

El concepto de los derechos fundamentales en Colombia

Jaime Vargas García

2019

Universidad Externado de Colombia

Facultad de Derecho

Doctorado en Derecho

Universidad Externado de Colombia

Facultad de Derecho

Doctorado en Derecho

Rector: **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

Secretaria general: **Dra. Martha Hineirosa Rey**

Decana: **Dra. Adriana Zapata Giraldo**

Director doctorado: **Dr. Edgar Cortés**

Director de tesis: **Dr. Carlos Alberto López Cadena**

Examinadores: **F t0P² uwqt 'Quwpc 'Rcvk q**

Dr. Edgar Solano

Dr. Mario Ospina

Dra. Ana María Montoya

Dra. Gloria Stella Ortiz

Contenido

Introducción	XII
Capítulo 1. El concepto de los derechos fundamentales desde un enfoque Iusnaturalista	1
1. Introducción	1
2. El Iusnaturalismo	3
3. La ley natural	6
4. Derecho natural	6
5. El Leviatán	10
6. El contrato social	12
7. Valores básicos de la existencia humana	16
8. Las exigencias básicas de la razonabilidad práctica. Los derechos naturales absolutos	17
8.1. Derechos absolutos	19
8.2. Derechos inalienables e inherentes a la persona humana	19
9. Teoría espacial absoluta del núcleo esencial	21
10. Conclusiones	29
Capítulo 2. El concepto de los derechos fundamentales en el enfoque positivista	33
1. Introducción	33
2. El Positivismo	35
3. Ideología	37
3.1. Positivistas	38
3.2. Realismo	52
4. Derechos subjetivos	68
5. Derechos a protección	75
6. Conclusiones	78
Capítulo 3. Los derechos fundamentales desde el enfoque axiológico	81
1. Introducción	81
2. La pretensión de corrección del Derecho	82
3. Los principios	90
4. Los derechos fundamentales	102

5. Teoría relativa del núcleo esencial.....	110
6. Conclusiones.....	114
Capítulo 4. El problema colombiano	115
1. Introducción.....	115
2. Los derechos fundamentales en Colombia	118
2.1. Línea jurisprudencial	120
2.2. Hallazgos	209
2.2.1. Primer período (1992-1993).....	210
2.2.2. Segundo período (1994-2000).	213
2.2.3. Tercer período (2001-2011).	215
2.2.4. Cuarto período (2012 en adelante).....	217
2.3. Ilustración de los hallazgos.....	221
2.4. Valoración de los hallazgos	229
3. Respuestas sobre los derechos fundamentales.....	231
3.1. No hay derechos absolutos en la Constitución de 1991	231
3.1.1. Línea jurisprudencial	231
3.1.2. Valoración	239
3.2. Dignidad humana – Derecho, valor y principio fundamental autónomo	240
3.2.1. Línea jurisprudencial	242
3.2.2. Valoración	251
3.3. Los derechos fundamentales (DF) son esenciales, inalienables e inherentes a la persona humana	255
3.3.1. Línea jurisprudencial	255
3.3.2. Valoración	261
3.4. La Tutela sólo protege el núcleo esencial	263
3.4.1. Línea jurisprudencial	266
3.4.2. Valoración	273
3.5. El catálogo de derechos es criterio auxiliar.....	277
3.5.1. El catálogo	277
3.5.2. La seguridad jurídica	278
3.5.3. Línea jurisprudencial	295

3.6. Los derechos son obligaciones subjetivas del Estado	300
3.6.1. Línea jurisprudencial	300
3.6.2. Valoración	305
3.7. Los derechos prestacionales trasmudan a fundamentales	306
3.7.1. Línea jurisprudencial	307
3.7.2. Valoración	311
3.8. Los derechos son mandatos de optimización	312
3.8.1. Los derechos no son absolutos	312
3.8.2. Los derechos son normas tipo principio	313
3.8.3. Los principios difieren de los valores	316
3.8.4. Los derechos son morales	319
3.8.5. Los derechos son mandatos de optimización	320
3.8.5.1. Línea jurisprudencial	320
3.8.5.2. Valoración	332
3.9. El núcleo esencial lo protege el principio de proporcionalidad	333
3.9.1. Línea jurisprudencial	334
3.9.2. Valoración	341
3.9.3. Conclusiones sobre el principio de proporcionalidad	342
4. Conclusiones del capítulo.....	344
4.1. Sinopsis sobre las respuestas de la Corte Constitucional colombiana	347
Capítulo 5. Consideraciones finales sobre la conceptualización de los derechos fundamentales	350
1. Introducción.....	350
1.1. La universalidad conceptual	351
1.2. Los derechos obedecen a una Constitución particular	352
1.3. Interrelación conceptual.....	352
1.4. Contingencia del concepto.....	353
2. La universalidad.....	354
2.1. El dilema de la universalidad	355
2.2. Los universales	362
2.3. Modelos de fundamentación.....	365

3. Teoría de la Constitución de 1991	368
3.1. Una teoría general	369
3.2. Una teoría jurídica.....	371
3.3. Una teoría particular.	374
3.4. Pilares básicos de los derechos fundamentales.....	378
3.4.1. El Estado de derecho	379
3.4.2. El Estado social de derecho	387
3.4.2.1. La dimensión social.....	388
3.4.2.2. La Constitución y el Derecho social	391
3.4.2.3. La función distributiva del Estado	400
3.4.3. El Estado social, constitucional y democrático de derecho	401
3.4.4. La dignidad humana.....	404
3.4.5. El juez constitucional	411
4. Interrelación conceptual.....	413
4.1. Validez	415
4.2. Eficacia	425
5. Contingencia	427
5.1. Un patrón conceptual modificable	429
5.2. Problema práctico	435
Conclusiones	436
Referencias	461
Abreviaturas	vii
Lista de tablas	viii
Lista de figuras	ix
Apéndice	x
Notas	471

Abreviaturas

CE	Constitución española
Cfr.	Confrontar
C. P.	Constitución Política
DF	Derechos fundamentales
LFB	Ley Fundamental de Bonn de 1949
SC	Sentencia de constitucionalidad
ST	Sentencia de Tutela
SU	Sentencia de unificación

Lista de tablas

Capítulo 4. El problema colombiano	115
Tabla 1. Modelos teóricos de fundamentación – Primer período	223
Tabla 2. Modelos teóricos de fundamentación – Segundo período	223
Tabla 3. Modelos teóricos de fundamentación – Tercer período	224
Tabla 4. Modelos teóricos de fundamentación – Cuarto período	224
Tabla 5. Modelos teóricos de fundamentación	225
Tabla 6. Comportamiento de la dignidad humana, independiente del modelo teórico de fundamentación - Primer período	226
Tabla 7. Comportamiento de la dignidad humana, independiente del modelo teórico de fundamentación - Segundo período	226
Tabla 8. Comportamiento de la dignidad humana, independiente del modelo teórico de fundamentación - Tercer período	227
Tabla 9. Comportamiento de la dignidad humana, independiente del modelo teórico de fundamentación - Cuarto período	227
Tabla 10. Sinopsis respuestas sobre DF de la Corte Constitucional	348
Apéndice	453
Tabla 11. Resumen de la jurisprudencia utilizada en la investigación	453
Tabla 12. Sentencias de constitucionalidad analizadas en la investigación	454
Tabla 13. Sentencias de Tutela analizadas en la investigación	456
Tabla 14. Sentencias de unificación analizadas en la investigación.....	460

Lista de figuras

Capítulo 4. El problema colombiano	115
Figura 1. Sentencias evaluadas según el modelo teórico	228
Figura 2. Interacción de los modelos de fundamentación	229

Apéndice

Apéndice	453
Tabla 11. Resumen de la jurisprudencia utilizada en la investigación	453
Tabla 12. Sentencias de constitucionalidad analizadas en la investigación	454
Tabla 13. Sentencias de Tutela analizadas en la investigación	456
Tabla 14. Sentencias de unificación analizadas en la investigación.....	460

Presentación

"A cada paso que avanzamos y a cada problema que solucionamos no solamente se nos descubren nuevos problemas pendientes de solución, sino que se nos impone la evidencia de que incluso allí donde creíamos estar sobre suelo firme y seguro todo es, en realidad, inseguro y vacilante." (Popper, 2008, pp. 11 a 40)

El objetivo de esta investigación consiste en establecer qué son los derechos fundamentales (DF) en la jurisprudencia constitucional colombiana. Los DF son un concepto histórico, indeterminado y contingente sobre el cual no existe un acuerdo en el Derecho constitucional y en todo el Derecho.

De acuerdo con Arango Rivadeneira (2012) el concepto de los DF constituye un concepto central en el actual debate constitucional. Sobre la importancia de los conceptos destaca que:

Los conceptos son para los seres humanos lo que las garras son para los animales. Con ello aprendemos el mundo, tanto lo natural como lo social. Los conceptos nos sirven para identificar, comprender y modificar los estados de cosas que nos rodean y afectan. Por medio de ellos, accede el ser humano a la historia, modificando el curso de los acontecimientos. Sin conceptos –así Kant–, la intuición es ciega y el pensamiento, sin intuiciones, vacío. (p.20)

El problema está concentrado en las dificultades teóricas y prácticas que implica una conceptualización de este tipo, porque los DF dependen de la ideología de los juristas, de los diferentes enfoques y del caso en concreto. Este debate se presenta en cada sistema constitucional, y con mayor énfasis al interior de los Tribunales constitucionales. Establecer qué

son esos derechos, significa acotar las propiedades intrínsecas y necesarias de un concepto indeterminado que le da identidad a un sistema jurídico (que no contingentes).

“Descubrir la naturaleza de una entidad” es a juicio de Shapiro (2014):

En parte, descubrir aquellas propiedades que tiene necesariamente. Un objeto tiene necesariamente una propiedad solo si no podría carecer de ella. Por lo tanto, determinar la naturaleza del derecho, en este segundo sentido, consiste en parte en descubrir sus propiedades necesarias, es decir, aquellas propiedades que el derecho no podría dejar de tener. (p.34)

De tal forma, resulta necesario indagar en la jurisprudencia constitucional de Colombia qué son los DF a partir de la Constitución de 1991. Esta tarea implica rastrear el origen del concepto (Hohfeld, 1977, pp. 45 a 87) e identificarle sus características necesarias para separarlo de las características de otro tipo, acudiendo tanto a la doctrina especializada, al análisis de los enfoques y finalmente al estudio de la jurisprudencia colombiana. El trabajo implica, previo el estudio de los enfoques, seleccionar, analizar e interpretar las sentencias de la Corte Constitucional que han intentado delimitar la naturaleza de estos derechos (qué son)ⁱ, pues se trata de hacer un análisis entre opuestos y correlativos jurídicos (Hohfeld, 1977, p.47).

Este tema de los DF fue escogido por tres razones principales. La **primera**, se relaciona con los cambios introducidos en la práctica jurídica colombiana a raíz del catálogo de derechos y la acción de Tutela previstos en la Constitución de 1991, vale decir al respecto que se trata de uno de los nuevos rasgos de la Constitución (abierto y pluralista) que supone un nuevo modelo de vida y sinónimo de esperanza para los colombianos. Con estos cambios, la Asamblea Nacional Constituyente aspiraba a obtener una verdadera transformación de sus instituciones políticas, sociales y jurídicas en Colombia, con la incorporación en un plexo axiológico de unos principios y unos derechos que tienen en la dignidad humana, su eje central. Sin embargo,

después de 27 años, el panorama no es el más alentador. Las acciones ordinarias fueron superadas ampliamente por la Tutela. Esta institución, por su naturaleza, inmediatez y eficacia es la preferida por la persona, cuando hay violaciones a los derechos. Por esta razón, el análisis de la Tutela constituye un reto, ya que, tiene la virtud de involucrar el Derecho con la realidad social, que es uno de los objetivos específicos de este trabajoⁱⁱ. La **segunda razón** alude a que existe una explosión de acciones de Tutela. Este fenómeno, sugiere que en Colombia subyacen problemas a nivel social, político y económico por ineficiencia gubernamental en el trazo de políticas públicas, oportunas y adecuadas. Por tanto, la Corte Constitucional ha tenido alta injerencia en la vida de los colombianos, siendo determinante en la protección de derechos como la salud, el trabajo, la educación, la seguridad social, la vida, la seguridad personal (el desplazamiento forzado), la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros, con la impartición de repetidas órdenes de protección a favor de víctimas del conflicto armado, y frente a los demás afectados por diferentes modalidades de violación a los derechos. Pero también, ha sido objeto de grandes cuestionamientos. Así, se percibe un protagonismo de esa Corte respecto a las demás Altas Cortes, Tribunales y Jueces, así mismo, de la rama Judicial frente a los poderes Ejecutivo y Legislativo, es decir, se experimentan cambios a nivel político, social y jurídico, pues desde ese Tribunal es donde se define parte de la política constitucional vigenteⁱⁱⁱ. Como **tercera** razón, la Corte Constitucional es la que define los DF, y así las cosas, la investigación tiene como fuente principal esa jurisprudencia mediante la búsqueda y el rastreo de los conceptos sobre los DF, previo el estudio de los enfoques, para posteriormente seguir esas pautas, criterios, rectificaciones, salvamentos de voto y en fin, todo ese encausamiento hecho por la jurisprudencia desde 1991. En ese escenario tan amplio, el concepto de los DF constituye el eje central del

trabajo, pues este debate constitucional se orienta a explorar una de las problemáticas que se relacionan con la cohesión del subsistema de derechos y la seguridad jurídica.

El problema se centra sobre el concepto de los DF, ¿qué son?, pues los DF existen en la realidad y son verificables. Así mismo, subyacen en el imaginario de las personas, en su mente y se comportan como un ideal suyo. Se trata de unas instituciones determinantes reconocidas, legitimadas y aceptadas individual y colectivamente por la población; por esta razón, la persona exige su protección porque los considera de su propiedad y si algo, le genera descontento es cuando no puede hacerlos realidad, pues, aunque no los percibe con la vista, sí suscitan conflictos en el mundo real, ya que los DF son parte de una realidad social, palpable y determinada. De acuerdo con lo anterior, la investigación intenta verificar cómo se protegen esos derechos en un mundo real y verificable. En este caso, el Derecho se comporta como una ciencia fáctica, en el caso concreto (contingencia) que es la razón por la que la protección de los DF admite demostración empírica. Ahora, es claro que para ello el Derecho requiere saber con anticipación ¿qué son? porque los DF hacen parte de un sistema consensuado de ideas y de conceptos aceptados previamente, por tal motivo indagar qué son, motiva porque como toda ciencia, el Derecho representa un marco de ordenación ideológica, donde el origen de las cosas define la naturaleza de sus instituciones, así es que nacen las tendencias y los enfoques, así mismo, las relaciones entre conceptos, como ocurre con los de validez y eficacia. De tal manera que, la coherencia y la ordenación de todo sistema jurídico, depende en gran medida de la unificación de los conceptos (seguridad jurídica).

Qué son los DF depende de los enfoques de los juristas. Ocurre lo mismo con los criterios de validez y eficacia que responden a las características de cada enfoque y de lo qué son los DF. Los enfoques afectan a la persona en su realidad frente a la protección de los DF. El problema

radica en que, sobre los derechos concurren variables poco controlables (contingencia), y por ese motivo, a los Tribunales Constitucionales les corresponde señalar un marco de ordenación ideológica, es decir, proveer un patrón conceptual que permita identificar las características necesarias de los conceptos en discusión (Shapiro, 2014, p.34) que conforme un enfoque ajustado a una Constitución particular, preserve la coherencia del sistema, la seguridad jurídica y la misma protección de los derechos.

Sobre los DF influyen entre otras, las siguientes variables: la indeterminación conceptual; la disparidad de conceptos e ideas sobre los DF; los desacuerdos de la doctrina; la dependencia del concepto de los diferentes enfoques teóricos y de las ideas de los juristas; la relación del concepto con la realidad social; que son un concepto histórico (dinámico y fluctuante), además indeterminado y contingente y que los DF, constituyen una expresión compuesta e indeterminada donde el concepto sujeto (derechos) es variable, lo mismo que el concepto predicado (fundamentales).

Este trabajo se justifica porque parte del supuesto que da la jurisprudencia constitucional colombiana y del que se puede extraer un patrón conceptual identificable de los DF, es decir, una idea que asegure las expectativas de protección de la persona humana, individual y colectivamente considerada. Si por el contrario tal patrón conceptual, todavía no está presente, tal deficiencia se puede superar con una propuesta de los DF, es decir, con una idea extractada de la misma jurisprudencia, pero atendiendo a los enfoques, y que se adapte a las características de la Constitución de 1991. Así es que, un concepto de los DF beneficia a la coherencia del sistema y la seguridad jurídica, pues, se trata de un concepto central del Derecho, que además se interrelaciona con otros conceptos del mismo nivel, como lo son los de validez y eficacia, tan importantes dentro del subsistema de derechos. Ahora, se trata de una investigación diagnóstica

que se muestra neutral, frente a la posición de la Corte colombiana, y del debate de los enfoques históricos; así que, a la Corte le corresponde crear sus propios enfoques existiendo como única limitante que, esté acorde con la Constitución de 1991. También es requisito que encaje en el marco de una realidad constitucional dinámica y cambiante, dado que el sistema constitucional requiere de un concepto, de una idea justificada e identificable acerca de lo qué son los DF, en tanto interpretación superior vinculante en virtud del principio de supremacía constitucional (Art. 4º). La investigación en consecuencia gira en torno a la siguiente pregunta: ¿qué son los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional colombiana? Las sentencias de la Corte Constitucional, en este caso, constituyen precedente vinculante que irradia todo el sistema de derechos, por lo tanto, son sentencias obligatorias en tanto normas de origen jurisprudencial, resultado de un proceso de interpretación constitucional y por tal motivo, normas jurídicas vinculantes.

La hipótesis principal, señala que, a la Corte Constitucional como suprema protectora e intérprete autorizada de los DF en Colombia, le corresponde generar un marco de ordenación ideológica sobre lo qué son estos derechos fundamentales, para preservar la coherencia del sistema y la seguridad jurídica, en el marco de la Constitución de 1991. Es decir, el sistema jurídico debe seguir un patrón conceptual identificable para estos derechos. Así las cosas, la investigación intenta demostrar que la Corte colombiana, hasta ahora no cumple cabalmente con ese marco de ordenación ideológica, pues se perciben muchos conceptos e ideas sobre los DF, y como esa jurisprudencia genera precedente e irradia todo el sistema, existe producción de normas jurídicas con distintos enfoques y variaciones conceptuales.

Para cumplir el objetivo principal, la investigación se desarrolla en cinco capítulos. En los tres primeros se hace un análisis de los enfoques que más se aplican en la jurisprudencia

colombiana. En ese orden, el **capítulo primero** se ocupa del enfoque iusnaturalista. Allí se revisa qué son los DF, desde el punto de vista del derecho natural, y los derechos naturales. Específicamente, se concentra en las discusiones sobre el derecho natural, los derechos naturales y la teoría espacial absoluta del núcleo esencial, principalmente, con el propósito de revisar esas ideas en la jurisprudencia constitucional, es decir, verifica su aplicación en Colombia. Este capítulo no se detiene en el iusnaturalismo clásico (las leyes de la naturaleza) y tampoco en el medieval (la divinidad). Enfatiza en el naturalismo racionalista del siglo XVI (humanismo - la razón) de Jean-Jacques Rousseau y el *Contrato social*, es decir, en el origen del Estado, como uno de los elementos principales de la discusión sobre los derechos. En este capítulo, se recoge también el pensamiento de John Finnis, en cuanto a los bienes humanos y a las exigencias básicas de la razonabilidad práctica. La utilidad de este enfoque se verá reflejado en la línea jurisprudencial del cuarto capítulo, porque en la Constitución de 1991 existen normas de origen iusnaturalista, lo cual explica por qué, la jurisprudencia colombiana sigue tan de cerca este enfoque. Es el caso de la dignidad humana, que admite por supuesto, las perspectivas positivista y axiológica (Art. 1º), los derechos inalienables (Art. 5) y los derechos inherentes a la persona humana (Art. 94) que hacen parte de la concepción iusnaturalista de los derechos.

El **capítulo segundo** estudia la perspectiva positivista de Kelsen, Hart y Bobbio, principalmente. En esta perspectiva los DF conforman un "orden" (Kelsen, 1988, p.3) y un sistema normativo separado de la política y de la moral. Según el modelo positivista, los DF son lo que diga el legislador. El capítulo se encarga de las diferencias entre reglas y principios y hace un análisis del problema de los derechos subjetivos, en tanto posiciones jurídicas a favor del ciudadano. También examina la corriente del realismo jurídico, atendiendo las ideas de varios autores escandinavos, suecos y norteamericanos. En tal sentido, los derechos se acogen desde la

perspectiva sociológica y la eficacia normativa, es decir, se apunta a los hechos (el derecho son los hechos), a la fuerza estatal y a las probabilidades asociadas con las decisiones judiciales (los derechos son predicciones o planes). El propósito principal de este capítulo se encamina a demostrar que el concepto de los DF cambia por autores y por enfoques, que son concepciones distintas, por ejemplo, dentro del positivismo, el enfoque de los autores realistas difiere de las ideas de Kelsen, Hart y Bobbio, y este fenómeno se demostrará en la línea jurisprudencial del capítulo cuarto.

El **tercer capítulo** aborda el modelo axiológico. Los derechos en tanto mandatos de optimización, junto con la pretensión de corrección del derecho que, constituye otro de los enfoques que, por el origen de sus ideas, se asemeja al iusnaturalismo. Las ideas de Ronald Dworkin se contrastan con las de H.A.L. Hart y con las del profesor Robert Alexy. También la teoría relativa del núcleo esencial y el principio de proporcionalidad. Sobre este enfoque, se previene que el debate es muy intenso y este fenómeno es uno de los que se revisa en la línea jurisprudencial central, que comprueba que los derechos fundamentales se acogen en Colombia como mandatos de optimización, y que desde 1991 en la jurisprudencia, se aplica conjuntamente las teorías espaciales absolutas y relativas del núcleo esencial.

El **cuarto capítulo** contiene una línea jurisprudencial general ampliada a nueve líneas específicas. En estas líneas, desde 1992 hasta el 2019, se intenta seguir el desarrollo del concepto de los DF en la jurisprudencia constitucional colombiana. Las líneas jurisprudenciales se estructuran a partir de una analogía conceptual que no fáctica, acerca de las distintas concepciones de la Corte Constitucional sobre este concepto, partiendo necesariamente de los enfoques analizados en los capítulos I, II y III. Estas líneas jurisprudenciales tienen como propósito, analizar las variaciones ideológicas y los enfoques que se utilizan en la Corte

colombiana. Esas líneas constituyen el eje central de la investigación en el sentido de comprobar sí en Colombia, se sigue un patrón conceptual identificable acerca de los DF.

El **capítulo quinto** hace unas consideraciones finales a partir de la identificación de cuatro problemas extractados a lo largo del trabajo, y que, a juicio del investigador, hacen en la práctica muy problemática la conceptualización de los DF.

Las fuentes principales del trabajo son dos: la doctrina especializada sobre los DF, referida a lo largo de los capítulos uno, dos y tres; y la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, sobre el concepto de los DF.

Capítulo I. El concepto de los derechos fundamentales desde un enfoque iusnaturalista

"Los mayores daños entre los hombres se van a derivar de que cada cual actúe según su propio instinto, que choca de infinitas maneras con el instinto de otros y realmente surgiría en poco tiempo la guerra de todos contra todos." (Tomasius C., 1994, p.174)

1. Introducción

El objetivo del capítulo consiste en un estudio del enfoque iusnaturalista y su relación con el concepto de los DF, es decir, qué son en ese modelo, para el posterior análisis jurisprudencial del cuarto capítulo. Así las cosas, se pretende demostrar que por la antigüedad de este enfoque se constituye en uno de los más influyentes para el concepto de los DF en Colombia, pero también, en uno de los modelos que más controversia suscita en la dogmática constitucional contemporánea. Por tal razón, se plantean los problemas que se discuten a nivel de la doctrina especializada, especialmente sobre la teoría espacial absoluta (núcleo esencial), y sobre los derechos inalienables, esenciales e inherentes a la persona humana. También, la dignidad humana, aunque no es sinónimo de iusnaturalismo. Sin embargo, la investigación tiende a demostrar que ésta se conecta con frecuencia con esos derechos inalienables, esenciales e inherentes a la persona humana que, son expresiones que provienen del iusnaturalismo y que sirven para fundamentar los DF. La dignidad humana ostenta el rango de derecho fundamental superior frente a los demás principios y derechos constitucionales, y sobre ella, se percibe una conexión de ideas iusnaturalistas con las siguientes perspectivas: (i) la concepción de la vida del hombre, su ejercicio y muerte y, (ii) el desarrollo humano.

El capítulo inicia con el surgimiento del Estado y la sociedad civil que, son dos elementos vitales en la discusión del concepto de los DF. Por tal motivo, en el capítulo se debate sobre las ideas del *Leviatán* de Thomas Hobbes y el *Contrato Social* de Jean-Jacques Rousseau.

La corriente iusnaturalista hace referencia a **tres etapas**: (i) la clásica o cosmológica desde el siglo VI (a. de C), es decir, la etapa del mundo griego; (ii) la medieval o cristiana, o del teocentrismo, la etapa de la divinidad de San Agustín y Santo Tomás de Aquino y (iii) la del iusnaturalismo moderno o racionalista del siglo XVIII que, dio lugar al movimiento humanista, a la Ilustración con el predominio de la razón, y del antropocentrismo. Algunas ideas de Jean-Jacques Rousseau serán tenidas en cuenta en la concepción de los DF desde la perspectiva del Estado.

Los DF tienen un núcleo concéntrico inmutable, y una parte periférica que no se puede intervenir, dice la teoría espacial absoluta. Este núcleo es inmutable para el legislador. En los derechos, el núcleo esencial es el límite de los límites, porque es la parte inmutable de cada derecho fundamental. Es decir, al legislador le está vedado intervenir el núcleo esencial de los derechos.

Este criterio se cuestiona porque no cuenta con un método que permita separar racionalmente el núcleo esencial, de la parte periférica de los derechos. Por lo tanto, como se verá en el capítulo cuarto, en la práctica, la delimitación la realizan los Tribunales Constitucionales, por vía de autoridad.

El enfoque iusnaturalista representa varios problemas para los derechos, pero no obstante, se utiliza mucho para determinar su fundamentación, y esa es su utilidad para la investigación. Ahora bien, un concepto de los DF basado en el iusnaturalismo no podrá separarse de los problemas que, a nivel general, se plantean para la teoría espacial absoluta.

Este criterio del núcleo esencial se basa en el concepto de Estado (Hobbes, T., 2014, pp.142 -150). Lo anterior, explica la discusión sobre el contrato social. Así las cosas, la teoría espacial absoluta tiene sus raíces en la teoría contractualista. Porque afirma que, sin el Estado los derechos seguirían en el “estado de naturaleza” como derechos absolutos e ilimitados que chocarían unos a otros, de manera caótica. Por esta razón, según la teoría contractualista, el hombre cede parte de sus derechos a la voluntad general, con el fin de obtener la protección del Estado, es decir, conforme a la teoría espacial absoluta, salvaguardar el núcleo esencial de los derechos.

La idea de los derechos absolutos no tiene mucha acogida, y en lo referido al criterio del núcleo esencial, éstos representan uno de los problemas que se plantean a todo nivel con la teoría espacial absoluta. No obstante, la jurisprudencia demuestra que este criterio es muy utilizado para fundamentar derechos constitucionales. El capítulo se dedica al estudio de la ley natural, el derecho natural, las teorías espaciales absolutas y relativas, el núcleo esencial y la dignidad humana, pues son conceptos que se relacionan con el iusnaturalismo que también influye en la jurisprudencia sobre el concepto de los DF.

2. El Iusnaturalismo

El iusnaturalismo es muy cuestionado en la dogmática constitucional actual, pues se basa en ideas que lo ubican en la línea de la metafísica. Bajo esta consideración, qué son los derechos en esta corriente, presenta los mismos problemas del iusnaturalismo. Traer a colación esta discusión, se hace necesario porque la Constitución de 1991, reconoce la primacía de los derechos inalienables (Art. 5) y los derechos inherentes a la persona humana (Art. 94), expresiones que se deben explicar recurriendo al enfoque iusnaturalista que, acepta un sistema

superior trascendente, unas veces con arraigo en ideas teológicas (Dios), el cosmos y lo racional, es decir, en el derecho natural. Al respecto del derecho natural Ross, A. (1969) advierte que:

Algunas veces el derecho natural se ha basado en concepciones teológicas; en otras ha sido concebido racionalmente. La naturaleza del cosmos, o de Dios, o de la sociedad y la historia, pero más frecuentemente lo ha sido la naturaleza del hombre como ser racional. Podemos distinguir así entre un derecho natural teológico, sociológico, histórico, y racional antropocéntrico... A pesar de todas las divergencias, hay una idea común a todas las escuelas del derecho natural: la creencia en que existen algunos principios universalmente válidos que gobiernan la vida del hombre en sociedad, principios que no han sido creado por el hombre, sino que son descubiertos, principios verdaderos que son obligatorios para todos, incluso para aquellos que no pueden o no quieren reconocer su existencia. La verdad de estas leyes no puede ser establecida por medio de los métodos de la ciencia empírica si no que presupone una interpretación metafísica de la naturaleza del hombre. (p.13)

Este sistema superior trascendente constituye la fuente de estos derechos. Así, se trata de un dato clave, porque los DF están muy influidos por la moral y la justicia que, constituyen sus principales criterios de validez. De este enfoque se pueden señalar, al menos tres etapas: (i) una primera, basada en las leyes de la naturaleza, conocida como la del iusnaturalismo clásico o cosmológico; se refiere al mundo griego, Homero (la *Ilíada* y la *Odisea*), Sófocles, (*Edipo rey*, *Edipo en Colono*, *Antígona*); (ii) una segunda, que se basa en el reconocimiento de la divinidad. En el teocentrismo se destaca el cristianismo de San Agustín y Santo Tomás, entre otros y, (iii) el racionalista, conocido como moderno, con la Ilustración que dio origen al movimiento humanista, el antropocentrismo.

La moral y la justicia son reflexiones propias del iusnaturalismo, éstas constituyen ideales distintos, a los del derecho positivo. Los DF bajo este enfoque, difieren a los del derecho positivo, incluyendo el realismo jurídico, y por su concepción, con arraigo en valores, se acercan al axiologismo. Entonces, así se afirma que los DF están influidos fuertemente por estos ideales del iusnaturalismo. Este derecho no se considera un derecho natural, indiscutible, absoluto y objetivo, sino “algo artificial y discutible, como algo relativo y convencional” (Hobbes, 2014, p.34)

Una crítica a la doctrina está dada por Arango R. (2004) quien considera que este derecho influye “pero sus efectos son negativos para la teoría del derecho y para la teoría constitucional”; “su teoría epistemológica no logra suministrar una base convincente para la teoría y la práctica constitucional” (pp. 95-110).

Arango R (2004) puntualiza, además, que:

Es así como las doctrinas constitucionales del “núcleo esencial” de los derechos fundamentales, “de la naturaleza de la cosa”, o de los derechos inalienables, revisten inevitablemente una resonancia metafísica que no se concilia con los desarrollos de la teoría jurídica moderna (p.95). Dice también que los contenidos del derecho natural perviven en el constitucionalismo moderno, pero la teoría epistemológica iusnaturalista pierde terreno frente a las teorías filosóficas que pretenden liberarnos de una visión esencialista y fundamentalista en el Derecho (pp. 95-96).

Estas primeras reflexiones, dan lugar al inicio del debate, pues el iusnaturalismo constituye un enfoque controvertido para la teoría constitucional moderna que se traslada al concepto de los DF.

3. La ley natural

Ante todo, es importante precisar una idea inicial de este concepto. Finnis J. (2000) sostiene que "una teoría de la ley natural pretende ser capaz de identificar condiciones y principios de rectitud práctica, de un orden bueno y correcto entre los hombres y en la conducta individual" (p.51). Para Racinaro R. (1978) "La ley natural se basa en el concepto de causa, es una aplicación particular de la ley causal general" (p.15).

Racinaro, R. (1978) explica que:

A diferencia de la ley natural, la norma no debe explicar lo que existe, debe crear un evento nuevo. Sólo que, además, la norma no "vale" porque *actúa* y dentro de los límites en qué *actúa*; su validez no consiste en su acción, en su ser seguida de hecho, no consiste en un ser (evento), sino en un deber-ser. La norma vale en los límites en que debe ser seguida; el objetivo de la norma es más bien su acción. Puede realizar su objetivo, pero no debe realizarlo necesariamente; también la norma que no tiene ningún efecto sigue siendo norma (pp.16-17).

Entonces, bajo esta idea los DF están asociados a las condiciones y principios básicos de la rectitud práctica. Es decir, se arropan en el deber ser, en las ideas de lo bueno, de la rectitud individual, de un orden correcto entre los hombres.

4. Derecho natural

Este derecho resulta de mucha importancia puesto que, varias expresiones que provienen de él se utilizan con cierta frecuencia en los Tratados y Convenios Internacionales sobre derechos. Léase, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 (derechos iguales e inalienables), o también algunas Constituciones y finalmente, la jurisprudencia sobre los DF, tal como se verá en el capítulo cuarto. Los DF históricamente han

sido influidos por el derecho natural, que hace parte de una genealogía, también con influencia del espíritu y de su tendencia metafísica. Por lo anterior, se traen algunas ideas de dos autores conocedores de este derecho, con el fin de ilustrar su importancia en esta investigación, puesto que, sin duda, este derecho hace parte muy activa de la discusión sobre lo qué son los DF.

Galán y Gutiérrez (1954) advierte que el problema del derecho natural, “constituye, en efecto, el tema más antiguo y, el más difícil de la filosofía jurídica” (p.1). Su origen está en Grecia, y la originalidad en el planteamiento del problema del derecho natural, corresponde a los sofistas^{iv}. Por su puesto, dice también Galán y Gutiérrez (1954) que, “la teoría acerca del derecho natural no constituye una invención europea; los escritores cristianos de los primeros tiempos son la puerta de acceso por donde penetra en el mundo espiritual, semejante concepción” (p.85 y ss).

La importancia de los sofistas en la filosofía jurídica es verdaderamente colosal. A ellos, agrega Galán y Gutiérrez (1954):

(...) les corresponde el mérito de haber planteado el problema que se encierra bajo la idea del derecho natural. Los sofistas fueron los primeros que, no como Heráclito dentro de una filosofía cosmológica, sino dentro del marco de una especulación orientada antropológicamente, suscitaron el problema de las relaciones entre lo justo en sí, y lo justo por ley o convención, entre lo que por naturaleza es justo, y lo que se considera como tal, en virtud de las tradiciones históricas o de las decisiones por el poder (pp. 32-41).

El punto de arranque de la teoría del derecho natural es el movimiento sofístico que, según Galán y Gutiérrez (1954) despierta una nueva forma de conciencia jurídica “capaz de contraponer a las exigencias de la ley o de la tradición otras que la razón sugiere y que ante ella aparecen investidas de un superior valor” (p.34).

El criterio de validez de los iusnaturalistas está dado por la idea de la justicia, de lo justo, de la moral, lo cual separa los DF del positivismo. Una ley puede ser legal por origen, pero no ser justa o moralmente correcta. Es decir, en el iusnaturalismo se pregonan un ideal de justicia basado en los valores superiores, lo que corrobora el carácter ideológico-espiritual y metafísico de los derechos.

Los sofistas, dice Bloch (1980, p.10), expusieron sobre la libertad, pues “subrayaron el valor de un sujeto individual-natural, libre, inteligente”. Y, así se habla de las aporías y de la herencia de la tricolor *libertad, igualdad, fraternidad* que “apuntan en dirección de una liberación que, al fin, vincule al hombre a sí mismo, a su singularidad susceptible de desarrollo” (Bloch, 1980, p.156). En este enfoque Bloch (1980) explica que:

Ser libre significa en primer lugar que, a un hombre no le es impuesto nada desde el exterior. Que se halla, más bien, en situación de hacer lo que quiere, lo que le parece que es su propia voluntad. La libertad psicológica de la voluntad se presupone aquí solo en el sentido de conceder al hombre la fuerza necesaria para escoger entre los impulsos contradictorios (p.157).

Desde las anteriores ideas, se empiezan a percibir las primeras raíces de algunos derechos e instituciones tan importantes como la *libertad, igualdad y fraternidad*.

Al siglo XVIII se le conoce como el siglo del derecho natural, pero también, como el del derrumbamiento de ese derecho, porque ahora se mencionan los derechos naturales. La importancia de este Derecho radica en que:

El derecho natural se convirtió en la potencia conformadora de la vida social. Alcanzó el triunfo en las declaraciones de derechos del hombre en América y en Francia, penetró las codificaciones austríaca, prusiana y francesa, y dominó la ciencia jurídica y social de la época.

Cuando, sin embargo, de una espera milenaria, comenzó a imperar sobre la realidad, depositó con ello el germen de su propia decadencia (Welzel, 1977, p.170).

En efecto, en las declaraciones de derechos se plasmaron expresiones provenientes del derecho natural que, aún están vigentes y que influyen en el proceso de institucionalización de los derechos; así fue como algunas constituciones insertaron expresiones que orientaron ideológicamente los catálogos de derechos hacia el derecho natural (derechos inalienables, esenciales e inherentes a la persona humana).

Estos datos históricos y conceptualizaciones son relevantes en esta investigación, dado que en las constituciones hay expresiones cuyo origen se puede explicar a la luz del derecho natural; dentro de estas expresiones están algunas ideas sobre la dignidad humana, los derechos inalienables, derechos inherentes a la persona humana y libertades fundamentales, tal como se comprobará en la jurisprudencia del cuarto capítulo. Es decir, desde ahora, se están aportando datos sobre el origen de estos derechos dado que, muchas expresiones sobre los derechos provienen de las declaraciones de derechos, lo cual indica que el concepto de los DF está altamente influenciado por la corriente del derecho natural, y los derechos naturales, es decir, por el deber ser del iusnaturalismo.

Se destaca que, según esta corriente nada de lo que se le imponga al hombre proviene del exterior, aquí sólo se vincula al hombre consigo mismo, es decir, que los derechos son provenientes del mismo hombre, de su naturaleza, y no impuestos por nadie, como ser individual, libre y consciente. Esos son los DF en esta corriente.

Sin embargo, es de capital importancia en el análisis del concepto de los DF, la existencia del Estado y la sociedad civil, del paso del estado de naturaleza, al Estado de derecho. Esta es la razón por la cual, la investigación ahora pasa a involucrarse con estos conceptos, teniendo en cuenta que los DF hacen parte inicial del Estado de derecho, y qué son precisamente, en ese tipo

de Estado. Es decir, el tipo de Estado influye sobre el concepto de los DF, y también se traslada a las demás concepciones, tales como el Estado social, constitucional y democrático de derecho.

5. *El Leviatán*

La expresión estado de naturaleza tiene varias connotaciones. Sin embargo, en esta investigación, no está asociada al concepto de desorden, ni al caos, o a una actitud arrogante y voraz del hombre. El estado de naturaleza, es eso: un estado donde el hombre es el único pensante que, naturalmente crea, y establece sus estamentos, su organización conforme al momento de la historia, a su propia cosmovisión y a su cultura (saberes, creencias y pautas), por tanto, de allí es que surgen instituciones como la convivencia y la propiedad comunitaria, formas particulares de regulación y orden social, concepciones sobre la libertad personal, sin influencia exterior, el trabajo comunitario, las chagras, la maloka, formas propias de liderazgo y jerarquización como el curaca, el intercambio inicial y elemental de productos, sin connotación económica, sin el dinero, entre otras, que por supuesto, no pueden ser el objeto de este trabajo; sin embargo, se parte de la base que, desde siempre han existido unos derechos independiente de la visión cosmológica, teológica-espiritual o racional del hombre, o del nombre que se les asigne. Frente a lo anterior, la existencia de una forma de organización Estatal puede tener explicación muy posterior, al nacimiento del ente ficticio que, por representación colectiva ofrece protección y seguridad, y así se entiende en el desarrollo de la investigación, pues en lo relacionado con los derechos, éstos se conciben desde antes de esa organización estatal.

Ahora bien, sobre el Estado existen muchas ideas. Por ejemplo, a Tomás Hobbes le preocupa la naturaleza humana, la rectitud humana y el orden social. Al respecto, Hobbes T. (2014) afirma que:

(...) el apetito natural empuja al hombre hacia un irracional afán de dominio y de honor, hacia una incesante superación del prójimo —que Hobbes señala como — la base de la felicidad humana; orgullo, ambición y vanidad (*superbia vitae*) son la fuerza motriz del hombre...pero a esa energía expansiva existe un límite precioso: el miedo a la muerte (*timor mortis*), el trance más doloroso y supremo, cuyo acaecimiento diferido pone en tortura la vida entera. Ese peligro mortal imprevisto, ese eterno temor identificado con la conciencia humana, es el origen de la ley y la raíz del Estado, formas expresivas del deseo de auto conservación; *El Leviatán*, constituye una penetrante crítica de la iglesia y de su política. (pp. 7-27)

Para Hobbes (2014) también:

(...) un Estado ha sido instituido cuando una multitud de hombres convienen y pactan, cada uno con cada uno, que a un cierto hombre o asamblea de hombres se le otorgará, por mayoría, el derecho a representar a la persona de todos (es decir, de ser su representante de esa institución, de un Estado derivan todos los derechos y facultades de aquel o de aquellos a quienes se confiere el poder soberano por el consentimiento del pueblo reunido. (pp.142-150)

Del Estado se derivan todos los derechos y así comprendida su propuesta, ésta constituye una clara negación de la *ley de la naturaleza*; así, Hobbes (2014) señala los doce derechos de la esencia soberana que considera incommunicables e inseparables. (pp.142-150)

A su vez, en el reino de dios por naturaleza, Hobbes (2014) dice que:

(...) la condición de mera naturaleza, es decir de absoluta libertad, como la de aquellos que ni son soberanos ni súbditos, es anarquía y condición de guerra; que los preceptos por los cuales se guían los hombres para evitar esta condición son las leyes de la naturaleza; que un Estado, sin poder soberano no es más que una palabra sin sustancia, y no puede subsistir. (pp.142-150)

En síntesis, en Hobbes el nacimiento del Estado es el origen de los derechos, pero también, el final del derecho natural. Esta reflexión importa mucho en la presente investigación, por cuanto pone sobre la mesa la discusión sobre la influencia del derecho natural en relación con el origen de los derechos, y por supuesto, sobre el interrogante de ¿qué son los DF? Entonces, ya se empieza a vislumbrar una tensión entre el derecho natural y el derecho positivo, en la concepción de los derechos. Este tipo de discusión influye en la jurisprudencia constitucional, porque allí, se conciben los DF como inalienables, esenciales e inherentes a la persona humana. En resumen, según la historia los derechos, basados en el Iusnaturalismo se alimentan, de una visión cosmológica, teológica, racionalista y teleológica del universo.

6. El contrato social

El contrato explica la protección de los derechos, pero no la existencia, ni la naturaleza de estos, se estima aquí. El *contrato social* tampoco puede sustituir el estado de naturaleza de Hobbes, pues ese estado está dado; las cosas de la naturaleza no las puede reemplazar el Derecho. Así, es muy discutible que si en el estado de naturaleza (...) los hombres viven sin un poder común que los atemorice a todos, se hallan en la condición o estado que se denomina de guerra; una guerra tal, que es la de todos contra todos. Porque la guerra no consiste solamente en batallar, en el acto de luchar, sino que se da durante el lapso de tiempo en la que la voluntad de luchar se manifiesta de modo suficiente...por consiguiente, todo aquello que es consustancial a un tiempo de guerra, durante el cual cada hombre es enemigo de los demás, es natural también en el tiempo en que los hombres viven sin otra seguridad que la que su propia fuerza y su propia

invención pueden proporcionarles (Hobbes, 2014, pp.100-105). O como lo describe Donoso (2001):

(...) que el estado de naturaleza sea “el estado más básico que se pueda imaginar” o que “sólo la libertad y la capacidad de perfeccionarse distinguen al hombre del animal” o que “de este modo, al formar la sociedad, el individuo se aleja de lo natural, se somete al poder para subsistir, creando necesidades que en un estado más básico de *sociedad naciente* estaban resueltas”. (pp. 5-17)

No obstante, la presencia del Estado o los Estados, las guerras y los conflictos internos y externos (religiosos, políticos, económicos, etc.) no han dejado de suceder, y la protección de los derechos se convierte en algo muy discutible, y una parte muy activa del actual debate constitucional (institucionalización-subjetivación). Ahora bien, la idea del contrato social es muy importante porque traslada la voluntad individual, a la voluntad general en la protección de los derechos, en virtud de la democracia representativa. La libertad, ya no es como lo decía Hobbes, la ausencia de restricciones, sino que, en el pacto social, la libertad está basada en la idea de imponerse sus propias restricciones, a través de la voluntad general, de la cual se es parte.

Rousseau (2001) dice que “el hombre ha nacido libre y en todas partes, lo hallamos prisionero. Hay quien se cree amo de los demás y, sin embargo, no deja de ser más esclavo que ellos” (p. 25). Y, así, de esta forma, es que el estado de naturaleza no garantiza ningún derecho. Esto explica el derecho. El problema se soluciona con lo que Rousseau (2001) llama:

Una forma de asociación que defienda y proteja la persona y los bienes de cada asociado con todas las fuerzas de la comunidad, y por lo cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino así mismo y quede por lo tanto" en la misma libertad de antes. (p. 37)

Bajo esta idea, despojado de todo lo que no es, en su esencia, el pacto social consiste en que “cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y recibimos a cada miembro como parte indivisible del todo” (Rousseau, 2001, p. 38)

Esta forma de asociación se basa en una agrupación de individuos que antes se conocía como ciudad o república, pero explicable desde el punto de vista de la protección de los derechos, no de su creación, para lo cual es necesario que éste se divida en poderes para cumplir su cometido. Y por eso, Rousseau (2001) añade que “ahora se llama el Estado, con poder o poderes por la disgregación del poder al interior del Estado, lo cual, más adelante, dará lugar a la división de poderes” (pp. 38-39).

Rousseau (2001) advierte además que:

Por el pacto social hemos dado existencia y vida al cuerpo político; ahora se trata de darle voluntad y movimiento por la legislación; pues el acto primitivo en virtud de la cual se forma y se une este cuerpo no determina aún nada de lo que debe hacer para conservarse. (p. 63)

De Vega García (1998), se suma a la discusión cuando señala que:

A diferencia del resto de las comunidades políticas que le precedieron en la historia, aparece así el estado moderno no como una gestación misteriosa de los dioses, sino creación racional de los hombres en la voluntad del pueblo se conjuga y se expresa en la propia voluntad del poder. (pp. 27-31)

Donoso (2001) resalta que la herencia intelectual de Rousseau se tradujo en “el enaltecimiento del hombre y de la conquista de los derechos fundamentales proclamados hoy por cualquier carta constitucional”. La obra paradójica, de este apasionado pensador, dice Donoso

(2001, p.17), hizo patente el hecho que todos los hombres, “sin importar su condición, nacen libres e iguales en derechos”. Este postulado sobre la libertad civil está escrito en las declaraciones de derechos humanos y en las constituciones del mundo. En el contrato social no sólo está el origen del Estado, sino el de los poderes públicos y los derechos humanos, al respecto, la investigadora Motta C. (1995) aporta para esta investigación, una definición de contrato social que resulta valiosa:

El acuerdo constituye, pues, el presupuesto necesario de la existencia en sociedad. Gracias a él, una comunidad humana rechaza el recurso de la violencia como método para la solución de sus conflictos. Se trata, sin embargo, un pacto frágil e inestable; siempre pre amenazado por la presencia del interés particular, la agresividad y los conflictos; en permanente riesgo de disolución, y por ello mismo requerido de renovación y reconstrucción incesantes. (p.102)

Estos derechos humanos, de acuerdo con Peces B. (1998, pp. 1-10) son un concepto histórico transitivo hacia la modernidad, son un concepto de origen antropocentrista previo a una idea de derechos fundamentales.

Así, la discusión está abierta, pero para los cometidos de la investigación el Estado se explica en esa concesión que hace el individuo a una forma de asociación para buscar seguridad y proteger sus derechos, no para refrendarlos porque ellos son de naturaleza ingénita y no consensuada.

Con todo, para mantener el equilibrio investigativo, es necesario refrendar la importancia de derecho positivo y por tanto el trabajo avanza hacia la demostración de que los derechos constituyen algo verificable donde importa tanto el derecho natural como el positivo.

7. Valores básicos de la existencia humana

Son idea de Finnis (2000) quien señala que (i) La autoridad del derecho depende “de su justicia o al menos de su capacidad para asegurar la justicia”. (ii) De la derivación del derecho positivo a partir del derecho natural (pp. 208-234). En este punto, se parte de las ideas de lo justo, lo injusto, de la moral y de los bienes humanos. Dice Finnis (2000) que estos son “los conceptos para una ciencia social descriptiva”. Y que, “hay bienes humanos que solamente pueden ser conseguidos mediante las instituciones de la ley humana, y exigencias de razonabilidad práctica que sólo esas instituciones pueden satisfacer” (p. 37-40). Entonces, la disertación iusnaturalista descansa sobre unos valores básicos (bienes humanos) y en las exigencias de razonabilidad práctica.

Así, en la *Ley natural y Derechos naturales* (2000), se plantea acerca de:

La relación entre el "ser" y el "deber ser"; entre metafísica y ética; entre naturaleza humana y razón práctica; el carácter evidente de los bienes humanos básicos y de los primeros principios de la razón práctica, y la no jerarquización objetiva entre ellos (por su inconmensurabilidad) sobre su bondad intrínseca como valores; la distinción en el ámbito de la razón práctica, entre el campo *pre-moral* de los bienes básicos pre-morales y el campo “moral” de la razonabilidad práctica, entre otros conceptos. (pp. 51-52)

Finnis (2000) citado en Orrego S. (2000) parte de la idea que “hay bienes humanos que solamente pueden ser conseguidos mediante las instituciones de la ley humana, y exigencias de razonabilidad práctica que sólo esas instituciones pueden satisfacer” (pp. 9-32).

Para explicar el sentido de *ley natural*, Finnis (2000) lo describe del siguiente modo:

Hay (i) una serie de principios básicos que muestran las formas básicas de la realización humana plena como bienes que se han de perseguir y realizar, y que son usados de una manera u

otra por cualquiera que reflexiona acerca de qué hacer, no importa cuán erróneas sean sus conclusiones; y (ii) una serie de exigencias metodológicas básicas de razonabilidad práctica (siendo ésta una de las formas básicas de realización humana plena) que distinguen el pensamiento práctico correcto respecto del incorrecto, y que, cuando se hacen todas operativas, proporcionan los criterios para distinguir entre actos que son (siempre o en circunstancias particulares) razonables consideradas todas las cosas (y no simplemente en relación a un objetivo particular) y actos que son irrazonables consideradas todas cosas, *i.e.* entre modos de obrar que son moralmente rectos o moralmente desviados, haciendo así posible formular una serie de pautas morales generales. (pp. 57-59)

8. Las exigencias básicas de la razonabilidad práctica. Los derechos naturales absolutos

Para Finnis (2000) las exigencias de la razonabilidad práctica son las siguientes: (i) La búsqueda de bienes (siete) que se orientan a la consecución del bienestar humano. (ii) Un plan de vida coherente. (iii) Ninguna preferencia arbitraria entre valores. (iv) Ninguna preferencia arbitraria entre las personas. (v) Desprendimiento y compromiso. (vi) Eficiencia dentro de lo razonable. (vii) Respeto por todo valor básico en todo acto. (viii) Las exigencias del bien común. (ix) Seguir la propia conciencia. (x) La moral.

Desde las exigencias de la razonabilidad práctica, se expone la siguiente idea: “hay derechos humanos absolutos”. Esta idea se basa en la exigencia número siete, en donde se afirma que los valores básicos, no son meras abstracciones, sino que, “son aspectos del verdadero bienestar de individuos de carne y hueso” (Finnis, 2000, pp. 251-253).

Hay unos derechos-exigencias, sin excepciones o absolutos. El más obvio, advierte Finnis (2000) es:

El derecho a no verse privado directamente de la propia vida como medio para ningún fin ulterior; pero también el derecho a que no nos mientan positivamente en ninguna situación (*e.g.* en la enseñanza, la predicación, las publicaciones científicas, las transmisiones de noticias) en la cual se espere razonablemente una comunicación real (a diferencia de la ficción, la broma o la poesía); y el derecho relacionado a no ser condenado sobre la base de cargos deliberadamente falsos; y el derecho a no ser privado, u obligado a privarse, de la propia capacidad procreadora; y el derecho a ser tenido en cuenta con respeto en cualquier valoración de lo que el bien común exige. (pp. 251-253)

Por lo tanto, se aclara en esta investigación que, la idea de los derechos absolutos encaja en la perspectiva iusnaturalista, planteada por Finnis (2000), pues una de las bases de su disertación está dada precisamente, en lo que él llama “el núcleo sólido de la dignidad humana” que, según él, constituye “un aspecto básico de la personalidad humana”. De modo que de Finnis parten las siguientes ideas que, son muy valiosas para los fines de esta investigación: (i) Los “derechos humanos absolutos” y (ii) El “núcleo sólido de la dignidad humana”. Estas ideas son muy influyentes porque, como se podrá apreciar en el cuarto capítulo, de estos dos conceptos está impregnada toda la jurisprudencia constitucional. La idea de los derechos absolutos ha sido rebatida por otros autores, y por la misma jurisprudencia; así mismo, se debe tener en cuenta que la dignidad humana, no solamente es de origen iusnaturalista, sino que, también, está positivizada en varias constituciones, y por supuesto, admite varios enfoques tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia constitucional.

Ahora, para entender qué son los DF es necesario aclarar algunas expresiones provenientes del iusnaturalismo, teniendo en cuenta que la jurisprudencia las utiliza con

frecuencia, es el caso de los derechos absolutos, derechos inalienables y derechos inherentes a la persona humana.

8.1. Derechos absolutos. En la jurisprudencia, se sostiene con mucho énfasis, la tesis de la inexistencia de derechos absolutos. Es decir, el aporte del iusnaturalismo a los derechos, en debate actual, se considera precario. Si los DF no son derechos absolutos, se abre la puerta a otro tipo de derechos, a muchas opciones, entre otras, a que los DF se interpreten como entes relativos o derechos relativizables y que necesitan del derecho positivo. La idea sobre la relatividad de los derechos tampoco ha sido fácil de concebir, teniendo en cuenta la influencia de la dignidad humana, por cuanto sí el hombre es un fin en sí mismo, y por tal motivo, la vida humana constituye una prerrogativa de dignidad, entonces ¿cómo relativizarla? Así, se observa que las discusiones sobre la existencia de los DF limitables, también generan gran controversia, pues existen derechos que, por su propia naturaleza, mantienen esas discusiones desde la perspectiva del derecho natural, es el caso de los derechos a la vida, la libertad, la autonomía o la igualdad. Esto conduce a posibles conflictos entre derechos o, más aún, a dilemas morales de difícil resolución, especialmente a través de la ponderación (*La decisión de Sofí*), tal y como se expresa en Martínez Z. (2007, p.292, p.375)

8.2. Derechos inalienables e inherentes a la persona humana. Algunas constituciones hacen alusión a derechos inalienables, esenciales e inherentes de la persona humana. Se trata de una manifestación del enfoque iusnaturalista en la fundamentación de los derechos. Desde esta perspectiva, son fundamentales todos los derechos inalienables, esenciales e inherentes a la persona humana. Ahora bien, la refrendación de este tipo de derechos ocurre en casos muy

concretos. Como es el caso, por ejemplo, de los derechos prestacionales de las personas que son refrendados por su condición económica, física o mental y que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, o que ostenten una especial relación de sujeción con el Estado. También es el caso de la población privada de la libertad, de los desplazados, enfermos y discapacitados, de los adultos mayores o ancianos desprotegidos o en estado de debilidad manifiesta o de las personas en situación de extrema pobreza. Estos derechos se protegen, teniendo como fundamento la dignidad humana, por las continuas y graves violaciones a esa dignidad. Es el caso específico de las cárceles. En éstas son frecuentes las situaciones de indignidad, las limitaciones a visitas familiares y conyugales; así mismo, las humillaciones por parte de los agentes del Estado, sobre cupo carcelario, la ausencia de privacidad, intimidad e higiene, problemas de salubridad, las requisas fuera de reglamento, todo tipo de intervenciones abusivas, públicas e indignantes, problemas de salud pública y salud personal, trabajo, educación, recreación, defensa, ausencia de resocialización y de preparación para el reintegro a la sociedad, entre otros aspectos.

Los derechos inalienables e inherentes a la persona humana van ligados a la naturaleza del hombre. Son connaturales, y no los suministra el derecho positivo. De él no se desprenden incluso aún, después de la muerte, pues son parte de su esencia como tal (*pensante*) y de su naturaleza (humana). Uno de ellos es la dignidad humana. Esta idea se podrá corroborar en la línea jurisprudencial, cuya tipología hace alusión a una categoría especial de derechos provenientes del derecho natural, muy anteriores al pacto social, al establecimiento del Estado y al nacimiento de la sociedad civil (Rousseau). Ahora bien, lo inalienable e inherente a la persona humana es todo aquello que le corresponde a persona como única *pensante* del universo, dotada de racionalidad e inteligencia que lo distinguen de los demás seres vivientes.

Una genealogía conceptual de los derechos inalienables e inherentes a la persona humana basada en la esencia y la naturaleza del hombre traza una línea conceptual muy fuerte en esta investigación, pero que, al mismo tiempo, exige separarla de la idea de los derechos absolutos. Dicho de otra manera, la concepción de los derechos, o lo que son, constituye un elemento de la discusión, pero no la discusión completa, pues ésta comprende todos los problemas de aplicación de los DF. Porque, como se podrá apreciar en la teoría espacial absoluta, frente a la aplicación de los derechos, una cosa es saber qué derechos corresponden a la esencia y a la naturaleza del hombre, no se puedan separar de él; y otra cosa es su aplicación a un caso concreto, o de la misma intervención legislativa. Es entendible que el subsistema está conformado por derechos que pueden colisionar entre sí, y por un conglomerado heterogéneo de normas iusfundamentales, que entran en conflicto para resolverle los problemas al individuo en una sociedad dinámica y cambiante.

9. Teoría espacial absoluta del núcleo esencial

Los problemas que se relacionan con el núcleo esencial de los derechos no se escapan al objetivo de este trabajo. Este problema está muy relacionado con su naturaleza, qué son y con la práctica jurídica. Lo que son los DF está concentrando en el núcleo esencial, y esa es la utilidad de la teoría espacial absoluta para esta investigación. El punto es ¿cómo determinar ese núcleo?, es decir, ¿cómo se halla, si no existe una metodología estandarizada para hacerlo? Hay varias constituciones que señalan que, los derechos tienen un núcleo intangible para el legislador (Alemania LFB 1949 Art. 19.2, España CE 1978 Art. 53.1, Colombia 1991 Art. 334, inc. 4º, *in fine*). Así, por el núcleo se entiende la parte concéntrica de una célula (según la biología) que

corresponde a la parte inmutable del derecho que está vedada para el Legislador, éste solo se podrá intervenir en la parte periférica (la zona general).

Alexy (1993) dice que las teorías del núcleo esencial pueden ordenarse sobre la base de los siguientes conceptos: “primero, según que refieran la garantía del núcleo esencial a posiciones subjetivas o a una situación objetiva de normación iusfundamental y, segundo, según que interpreten la garantía en sentido absoluto o relativo” (pp. 286-291).

Y, añade Alexy (1993) que “las teorías subjetivas del contenido esencial pueden ser absolutas o relativas. Según la teoría relativa, el contenido esencial es aquello que queda después de la ponderación”. En consecuencia, “la garantía del núcleo esencial se reduce al principio de proporcionalidad” (p. 288).

En *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn* de Juan Carlos Gavara de Cara se hace referencia a los problemas que se presentan con esta teoría. En este trabajo, se comparan las experiencias alemana y española. De allí se extraen algunas conclusiones que son de importancia para el desarrollo de la presente investigación: (i) La primera es que la cláusula del núcleo esencial no tiene ninguna efectividad práctica porque quienes determinan el contenido de los DF, son los Tribunales Constitucionales. (ii) Que interpretar el núcleo esencial, en el sentido de las teorías absolutas, implica caer en un burdo iusnaturalismo que conculcaría el principio de separación de poderes. (iii) Para determinar el contenido esencial, a partir del artículo 53, par. 1 de la Constitución Española, no se establece ningún mecanismo o metodología para su determinación “lo que convierte a la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en un problema interpretativo” (Gavara, 1994, p.345).

Además que, advierte Gavara (1994):

La garantía del núcleo esencial de los derechos fundamentales refleja la existencia de unos límites infranqueables para el legislador. Sin embargo, no impide que dicha garantía sea considerada como un concepto jurídico indeterminado que implica para el Tribunal Constitucional una carga tremenda para la determinación y protección de dicho contenido esencial. (p.345)

Amplía Gavara (1994) además:

Este núcleo está constituido por elementos típicos que configuran el derecho fundamental, lo cual implica recurrir a argumentaciones extra contextuales para su determinación. El contenido esencial es afectado cuando es perjudicada alguna de sus propiedades esenciales a través de una ley, y además el sistema de determinación del contenido esencial implica que el parámetro de control de constitucionalidad en materia de derechos fundamentales es el núcleo mínimo o contenido esencial de los derechos fundamentales. (p. 270)

Para López C. (2015) el núcleo esencial se entiende así:

Cada derecho tiene una zona nuclear y otra periférica o accidental, la primera corresponde al núcleo esencial y la segunda al contenido general, por tanto, el legislador podrá producir restricciones a los derechos en su ámbito periférico o accidental con el fin de suplir necesidades que se deriven de otros derechos o de la realidad social, pero nunca puede intervenir en el espacio nuclear; así las opciones políticas tendrán un espacio para operar en el interior de un derecho, esto es, en su zona accidental. (pp. 197-198)

Bernal P. (2007) señala que la teoría espacial absoluta se contrapone a las teorías temporales del contenido esencial, ya que:

Una teoría temporal define el núcleo de los derechos fundamentales como un conjunto de normas y posiciones jurídicas que siempre permanece en la estructura del derecho, a pesar de que éste sufra mutaciones con el paso del tiempo. Por el contrario, las teorías espaciales representan a los derechos fundamentales como algo estático, cómo entidades corpóreas dotadas de sustancia, que ocupan un lugar con coordenadas —piénsese en la metáfora de las células—. (p. 409)

En cuanto a las teorías absolutas, Bernal P. (2007, pp.409-410) añade que “la intervención legislativa sólo es constitucionalmente admisible en la zona accidental o <<no esencial>>, pero nunca en el núcleo esencial”. Expone además que “el núcleo es aquel mínimo que siempre debe permanecer en el derecho, antes y después, y siempre por encima de intervenciones legislativas” (Bernal P., 2007, p.411).

El Tribunal Constitucional español en sentencia 11/1981 plantea el problema del núcleo esencial. Se trae a colación, pues allí se plantea una discusión aplicable a la presente investigación. Se trata de un caso relativo al derecho a la huelga consagrado en el Art. 28 de la CE. El Tribunal plantea que:

El art. 28 proclama el derecho de huelga como derecho de carácter fundamental, pero no lo define, ni lo describe, dejando esta materia a las concepciones existentes en la comunidad y a las inherentes al ordenamiento jurídico. Tampoco en el Real Decreto-Ley 17/77 la definición se comprende.

En este caso, no existe una metodología para delimitar el núcleo esencial que corresponde a la parte *recognoscible* del derecho para que se pueda proteger el interés jurídico; esta deficiencia constituye una carga argumentativa adicional para los Tribunales Constitucionales. El problema radica en que cada DF tiene sus propias características, su propia naturaleza, de tal manera que,

la labor de esos Tribunales inicia a partir de las concepciones generales de la dogmática jurídica de acuerdo con un enfoque o los enfoques, y luego sí, pasar a señalarle el núcleo esencial a cada derecho en el marco de una legislación particular (una Constitución y su desarrollo legislativo). En el caso del español el Tribunal español recurre a dos caminos, tal y como se señala en la STC 11/1981:

(...) El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el *nomen* y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una *recognoscibilidad* de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del

contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

La CE no precisa cual es el contenido esencial del derecho a la huelga; para ese Tribunal el contenido consiste en el derecho del trabajador de dejar prestar transitoriamente los servicios en alguna de las manifestaciones o modalidades que pueda revestir, sin que la empresa pueda sancionarlo o retirarlo por ello; también puede adherirse o no, si lo quiere o abandonarla, si se adhirió. La violación se da cuando se obstaculice o se impida su ejercicio, este derecho está protegido por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, una vez se agote la vía jurisdiccional ordinaria. Lo interesante es que el Tribunal por vía de autoridad es él que establece los límites de hasta donde, se podría restringir el derecho a la huelga para que sea *recognoscible* como tal, y además para que se proteja el interés jurídico, por ejemplo, basado en el Real Decreto Ley 17/1977 y en otros parámetros, como lo son la importancia del servicio prestado o en sus características esenciales, si se trata de trabajadores en labores estratégicas, entre otros aspectos. Ahora, no se trata de dos fórmulas alternativas sino complementarias, de manera que, en la práctica, este núcleo lo fijan los Tribunales Constitucional por vía de Autoridad, porque no existe una metodología estandarizada para hacerlo.

Ahora bien, la realidad social es por antonomasia dinámica y cambiante, luego este núcleo no podrá ser estático, sino ante todo dinámico (López C., 2015). Este fenómeno influye en lo que son los DF, porque partiendo de este enfoque, la teoría espacial absoluta no ofrece herramientas para establecer un núcleo esencial, acompañado con la realidad, pues no presenta

fórmulas. Además, el Legislador está vinculado con normas adscritas y posiciones iusfundamentales explicitadas, que según Bernal P. (2007) “están comprendidas en el contenido esencial de cada derecho fundamental, pero, sin que exista la manera de trazar la frontera que separa a una y otra zona” (p. 407).

En la práctica, la intervención legislativa queda supedita a que el Tribunal Constitucional lo fije, para que el desarrollo legislativo concuerde con la jurisprudencia. Sin embargo, esta postura no es tan plausible, porque de suyo, se enfrenta con la división de poderes, con la libertad y la autonomía legislativa, lo cual constituye un conflicto inaceptable en un Estado Social, Constitucional y Democrático de Derecho, es decir, con la libertad de configuración del Legislador. De tal manera que, no se podrá desconocer esa autonomía y si se cree que alguna intervención legislativa compromete el núcleo esencial de un derecho, es decir, lo que son, lo que hay que hacer es recurrir al control de constitucionalidad. Ahora bien, las sentencias de Tutela o de Amparo generan precedente y frente a estos efectos, estas decisiones deben armonizarse con el trabajo del Legislador, para mantener la armonía del sistema y así es que, en muchos casos, los Tribunales constitucionales han optado por remitir al Legislativo ciertas limitaciones a derechos.

Bernal P. (2007), plantea dos situaciones de interés para este trabajo. La primera, responde a que, a pesar de los problemas que puedan generar con la teoría espacial absoluta, la idea de que los derechos, tengan un núcleo esencial, no es tan mala, pues:

Tiene como trasfondo un mérito loable: intentar armonizar la vinculación que los derechos fundamentales generan sobre el Legislador, con su competencia para configurar la Constitución, es decir, con el respeto de un ámbito en donde el Parlamento pueda escoger con libertad entre las diversas maneras de concretar y desarrollar los derechos fundamentales. (p.411)

El planteamiento anterior es importante para la investigación porque al Legislador en un Estado social, Constitucional y Democrático de Derecho, le corresponde adoptar las medidas legislativas necesarias para el desarrollo de los derechos. Es decir, intervenirlos sin afectar su núcleo esencial. Lo anterior significa que configurar legislativamente un derecho corresponde en esencia a decir ¿qué son? puesto que el Legislador, en todo caso, deberá respetar el núcleo esencial del derecho para no intervenirlo en la parte que le está vedada, dado que, sí el núcleo esencial es en realidad, la parte *recognoscible* de todo derecho (STC 11/1981), la teoría espacial absoluta es demasiado influyente en esta discusión, pues en el fondo ella intenta preservar los elementos sustanciales que, le otorgan identidad a todo derecho estableciéndole unos límites vinculantes al Legislador. El punto es que, la teoría también falla cuando no ofrece una metodología para lograr ese cometido, porque preservar el núcleo esencial es la tarea más importante que ofrece esta teoría. Entonces, esta dificultad le abre paso a la segunda situación de interés para este trabajo, y es que:

La idea de que los derechos fundamentales tienen un núcleo intangible, resulta de algún modo intuitivamente plausible. Si en la práctica jurídica se intentara analizar el contenido de cualquier derecho fundamental, se podría distinguir, de manera intuitiva, entre algunas posiciones jurídicas que con seguridad todos los participantes incluirían en el núcleo ya algunas otras que todos ubicarían en la periferia. (Bernal p., 2007, p.412)

Este segundo planteamiento desnuda las dificultades teóricas para delimitar el núcleo o definir lo que son esos derechos, porque claramente la inclusión de las posiciones jurídicas no se podrá hacer por intuición, como lo señala el profesor Bernal P. (2007): “la intuición es algo demasiado subjetivo” (p.413). Entonces, además de los consensos, los DF requieren de una metodología preestablecida que, permita la inclusión justificada de ciertas posiciones jurídicas en

el núcleo esencial, porque allí es donde se reúnen los elementos definitorios para que un derecho sea reconocible como tal, o de lo contrario, se termina afectando negativamente el concepto de los DF, o lo que son, dado que este núcleo quedaría sometido al arbitrio de los Tribunales Constitucionales en detrimento de la seguridad jurídica.

En resumen, conforme a la teoría espacial absoluta, lo que son los DF estaría circunscrito intuitivamente a distinguir las posiciones jurídicas esenciales y necesarias del núcleo esencial; ya se dijo que, lo que son los DF está concentrando exclusivamente en esa zona, en el núcleo esencial; entonces, la utilidad que le ofrece la teoría espacial absoluta a la investigación es esa. De modo que, la pregunta que surge es: ¿cómo hacen en la práctica los Tribunales para establecer el núcleo esencial de los derechos? Es decir, ¿qué son?

Bajo este interrogante, una línea jurisprudencial podría clarificar cómo es que se traza esta frontera, para que en ese núcleo queden incluidas las posiciones jurídicas necesarias y sustanciales que, hacen que un derecho sea *reconoscible* como tal (no contingentes), dicho de otra manera, para poder saber qué son (Por ejemplo, la libertad, la igualdad, la autonomía, la vida, entre otros).

10. Conclusiones

1. Depende de la cosmovisión del intérprete definir qué son los DF. La disertación iusnaturalista descansa sobre los valores básicos (bienes humanos), y las exigencias de la razonabilidad práctica que constituyen un mundo abierto ideales que, se basan en la naturaleza y la metafísica. En este enfoque convergen ideas cosmológicas, teológicas, racionalistas y teleológicas compatibles que, le generan la mayor parte de las críticas. La moral y la justicia constituyen sus criterios de validez. En esto difiere este enfoque del positivista, que se asemeja al

axiológico. Sus conceptos son abiertos e indeterminados, y están sujetos a constantes reflexiones esencialistas, del reino del espíritu y a un sistema superior trascendente. El enfoque iusnaturalista moldea un concepto de los DF basado en la *esenciabilidad*, *inalienabilidad* e *inherencia* a la persona humana. Así, los DF son inalienables, esenciales e inherentes a la persona humana que no tienen origen en el derecho positivo. Lo esencial, inalienable e inherente se concentra en el núcleo esencial, y es anterior al contrato social y al nacimiento del Estado.

2. El enfoque iusnaturalista amplía el debate sobre lo qué son de los DF. Sin embargo, resulta útil para esta investigación porque, el núcleo esencial constituye la parte más importante de todo derecho, pues contiene los elementos mínimos y las características básicas e irremplazables de un derecho que, según este enfoque no pueden ser intervenidas por el Legislador. En el núcleo está reunido lo inalienable, lo esencial e inherente a la persona humana. No obstante, la idea del núcleo no facilita responder a ¿qué son los derechos?, porque depende de cómo razone cada jurista sobre lo que se considera esencial, inalienable e inherente a la persona humana (indeterminación conceptual). Por ejemplo, los juristas lo podrían definir intuitivamente. La zona periférica, tampoco ofrece esa posibilidad porque, padece los mismos problemas. Así, aunque la teoría espacial absoluta no suministre la metodología para separar el núcleo esencial de la zona periférica, en este núcleo están concentrados los elementos necesarios que hacen que un derecho sea *recognoscible*, en forma particular y que, a falta de ellos, hace que desaparezca como tal, o deje de ser fundamental. El punto es cómo separar esa frontera, ¿cómo determinar cuando algo es esencial, inalienable e inherente a la persona humana? Esta conclusión es muy relevante para el análisis jurisprudencial del cuarto capítulo.

3. Del enfoque iusnaturalista provienen expresiones que hacen parte del debate constitucional actual, como derechos inalienables, esenciales e inherentes a la persona humana,

que son mencionadas en varias declaraciones de derechos. Pero, lo concluyente es que lo inalienable, esencial e inherente a la persona humana está concentrado en el núcleo esencial.

4. Varias constituciones repiten caracteres esencialistas que provienen de declaraciones de derechos. Así las cosas, los derechos naturales corresponden a la teoría moderna. Tal es el caso de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1793, cuyos artículos primero, segundo y cuarto establecen: (i) “los hombres **nacen y permanecen libres e iguales en derechos**. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”; (ii) “la finalidad de toda asociación política es la conservación de los **derechos naturales e imprescriptibles del hombre**. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”. Y (iii) “la libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los **derechos naturales de cada hombre** no tiene otros límites que, los que garantizan a los demás miembros de la sociedad, el disfrute de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley”; en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* adoptada y proclamada por la Asamblea General, en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 el Preámbulo dice:

“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base **el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...**” y la “**convención americana sobre derechos humanos**”

En el preámbulo del Pacto de San José (San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969) se lee:

Los estados americanos signatarios de la presente convención, reafirmando su propósito de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, **fundado en el respeto de los derechos esenciales del**

hombre; reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los estados americanos. (Negrillas del trabajo)

Capítulo II. El concepto de los derechos fundamentales en el enfoque positivista

“La historia entera de la especulación filosófico-jurídica bien puede encerrarse en el asunto de la distinción entre lo justo natural y lo justo legal, entre lo que es justo atendida la naturaleza de la cosa y lo que lo es por convención pública o privada. En pergaminos o en papeles, en manuscritos o en libros, han corrido -se ha dicho- amazonas de tinta para afirmar o negar la existencia de un orden jurídico colocado por encima de las leyes positivas” (Ayuso M., 2001, pp. 13-19).

1. Introducción

El objetivo de este capítulo es analizar qué son los DF, a la luz del positivismo jurídico. Ante todo, vale primero aclarar que la expresión *positivismo jurídico* de acuerdo con Roos A. (1969):

Nunca ha tenido un significado que haya recibido aceptación general. En la mayoría de los casos, la expresión es usada vagamente, sin ninguna connotación definida. Me parece razonable tomar la expresión “positivismo jurídico” en sentido amplio, como significando una actitud o enfoque de los problemas de la filosofía jurídica y de la teoría del derecho, basado en los principios de una filosofía empirista y anti metafísica. (pp. 8 y ss.)

Se trata entonces, de hacer un análisis sobre la controversia entre el positivismo jurídico y el derecho natural en un Estado social, constitucional y democrático de Derecho, teniendo como supuesto, las reflexiones del capítulo primero. Analizar dicha controversia, de acuerdo con Ross A (1969) nos ayuda a comprender que:

Este problema es considerado, a menudo, como el límite más importante dentro de la filosofía jurídica, que divide esta disciplina en dos campos hostiles e irreconciliables. Los positivistas han calificado a las doctrinas del derecho natural de creencias basadas en ideas

metafísicas y religiosas, incompatibles con los principios del pensamiento científico; y por su parte, los iusnaturalistas han acusado a sus adversarios de falta de comprensión del reino del espíritu y de los valores, un reino que es bien real, aunque no pueda ser descubierto o descrito por medio de la experiencia sensorial. (p. 7)

En este análisis es muy importante el debate dogmático-esencialista precedente para verificar si el catálogo influye en la fundamentalidad de los derechos. La importancia del enfoque positivista radica en que, provee unos límites que benefician a la seguridad jurídica. Sin embargo, más allá de esa seguridad jurídica, en realidad lo que se busca es la eficacia normativa. Es decir, entendida como la capacidad que tienen las normas iusfundamentales para obtener logros de tipo social. Por tanto, el capítulo se encarga de la discusión de si el catálogo es un parámetro que permite establecer qué son los DF. El presente capítulo se concentra en tres debates:

(i) El primer debate se refiere principalmente a las ideas de Hans Kelsen, H.L. Hart y Norberto Bobbio, con el fin de abordar el concepto de los DF, desde la perspectiva que plantean estos autores. El criterio de validez depende del sistema normativo (lógico formal, norma fundamental-seguridad jurídica), ya no es la moral, ni la justicia del iusnaturalismo. Esto es así, porque el positivismo no reconoce criterios que no sean comprobables a través del método científico, según las primeras ideas del sistema Kelseniano. Y, luego, los propios ajustes realizados por Kelsen, después del genocidio nazi (norma-contenido material)^v. No obstante, el positivismo toma distancia de la metafísica y de la religión, en donde todo lo relacionado con lo metafísico o la moral, lo consideran irracional. Así las cosas, lo justo moral difiere de lo justo legal. La seguridad jurídica está relacionada con la previsibilidad de las decisiones judiciales.

Esta garantía consiste en la certeza sobre el contenido material de los derechos; en que los jueces normativamente interpreten los DF de manera estable y uniforme (sin prejuicios morales).

(ii) El segundo debate alude a la posible insuficiencia del positivismo formalista-normativista para garantizar la eficacia de los derechos. A la ineficacia normativa. De acuerdo con lo anterior, en este debate se avanza hacia el realismo jurídico escandinavo (sueco) y norteamericano, con el fin de explorar otras expectativas basadas en la experiencia del Derecho como el empirismo, que de acuerdo con la definición que provee el Diccionario Real de la Academia Española, se entiende como el “conocimiento que se origina desde la experiencia; Sistema filosófico fundado principalmente en los datos de la experiencia”, en este caso, un concepto de los derechos a través del logro de verdaderas transformaciones sociales.

(iii) El tercer debate gira en torno a los derechos subjetivos. Se procura dar respuesta a qué son los DF, frente a los problemas que se plantean en la doctrina en relación con los conceptos de obligación jurídica, coacción, posición jurídica y derechos de aplicación inmediata, para afrontar desde este enfoque, la jurisprudencia en el cuarto capítulo.

2. El Positivismo

Se trata de un enfoque de mucha utilidad para el debate central de esta investigación, pues permite contrastar las variaciones que puede tener el concepto de los DF, cuando se asume desde una postura eminentemente rival: iusnaturalismo-positivismo. Para este último, la ciencia del derecho es una ciencia normativa, y no una ciencia de la naturaleza, tal y como lo expresa Kelsen (1985, p. 34). Aquí, en el positivismo, el Derecho se aprecia desde el punto de vista formal como un sistema de normas que, a través de la imputación arroja consecuencias jurídicas. La causalidad, en el mismo sentido, es propia de las ciencias de la naturaleza. El Derecho válido es

entonces, el producido por un órgano competente, a través de un procedimiento establecido, es decir, que son normas con la capacidad de crear un sistema escalonado, en cuya cabeza está la Constitución. Ahora bien, tal y como lo dice Kelsen (1985) “la eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez” (p.36). En contraste, advierte Calsamiglia (1982) que:

El término <positivismo> es muy ambiguo y tiene varias acepciones. Ello dificulta su definición, pero en principio todo positivista es anti metafísico —tiene horror a la metafísica— y además cree que en las ciencias factuales únicamente se puede descubrir la verdad mediante el recurso de la experiencia. En el marco cultural del positivismo existe una tendencia a identificar la razón humana con la razón científica. (pp. 8-34)

Este autor expresa dos ideas centrales en el entendimiento del problema actual del positivismo. La primera es que el positivismo decimonónico, parte del supuesto equivocado: el saber científico es el único y genuino conocimiento. En segundo lugar, esto conduce a una concepción sumamente rígida de la ciencia y de la racionalidad. Al reduccionismo. Por ello, para Kelsen (1985), la actitud positivista resultó ser una forma de hacer ciencia que, tuvo especial fortuna, aunque no es la única forma de llevarla a cabo (p.17).

El positivismo es, de otro lado, y según Faralli (2007) “una teoría que estudia el derecho en su estructura normativa, independientemente de los valores a los que sirve esta estructura, como también del contenido que ella encierra”. Advierte además Faralli (2007) que:

El debate contemporáneo ha puesto en crisis los dos presupuestos sobre los cuales reposaba el positivismo jurídico, determinando la apertura de la filosofía del derecho, por un lado, hacia el mundo de los valores ético-políticos y, por el otro, hacia el mundo de los hechos. (p.13)

Es decir, se trata de una ciencia normativa y valorativa. Ahora bien, retomando los derechos o, volviendo al concepto de los DF, es indudable que estos derechos operan en un contexto jurídico complejizado, tanto interno como externo y que, comprende varios tipos de normas, entre valores, principios, derechos y deberes, lo cual supone algo más complicado, normativamente hablando y también, más objetivado, desde el punto de vista material, tal como se plantea en el realismo jurídico. El punto es que, determinar el alcance que tiene cada tipo de norma sugiere un debate muy difícil, desde el punto de vista normativo, o de un problema visto como supuesto de hecho versus consecuencia jurídica. No obstante, hoy no se puede desconocer que hay algo más de fondo, desde el punto de vista iusfilosófico (valores, principios, derechos y deberes) y, además, que a ese debate se juntan unas exigencias de eficacia normativa. Así que, abordar el problema sobre un concepto de los DF no pasa por la mera consagración positiva, sino que hay que remitirse a sus raíces, por algo más profundo como las valoraciones, lo cual supera la propuesta positivista porque, allí no se consigue el auténtico conocimiento (Faralli, 2007, p. 21). A este problema, se le agrega el debate sobre la validez y eficacia de los derechos.

3. Ideología

El concepto de los DF depende de los enfoques teóricos, sin embargo, aún no existe acuerdo en la doctrina. Por ese motivo, a los Tribunales Constitucionales, les corresponde generar su propio marco de ordenación ideológica (un patrón conceptual identificable) para preservar la coherencia del sistema y la seguridad jurídica, en beneficio de la protección de los DF. Esto ocurre en el contexto de una Constitución, y en una legislación particular. Pues bien: el enfoque positivista, le da la oportunidad de comprobar a esta investigación que, existen distintas ideas sobre los DF, incluso dentro de un mismo enfoque. Estas variaciones son las que dificultan responder qué son

los DF, y ahí es donde cobra importancia la labor de los Tribunales Constitucionales. Entonces, el paso consiste en involucrarse con las distintas ideas de los autores del positivismo, con el fin de verificar el fenómeno discursivo que afecta el concepto de los DF.

3.1. Positivistas. El derecho está en la norma y la ley expedida por un órgano competente, a través de un procedimiento establecido. El Derecho es aquel sistema constituido únicamente por normas, a partir de otras normas. Ese es el Derecho, y el objeto de la ciencia jurídica. Es un sistema escalonado de normas, en cuya cabeza hay una norma fundamental, pero, para esta investigación es necesario aclarar que, en este sistema, los jueces también están habilitados para producir normas jurídicas. En el positivismo, los DF son los consagrados en normas de derecho, producidas por el Legislador. En un catálogo. El criterio de validez está dado por la legalidad, conforme a ese ordenamiento.

En la dogmática jurídica, el derecho positivo se considera como una reacción, contra el derecho natural. Este derecho, según Kelsen (1991) constituye un punto de vista teológico que no difiere de la idea “según la cual, la naturaleza está dotada de voluntad e inteligencia” y, que “ello implica que la naturaleza humana es una especie de ser sobrehumano a quien el hombre le debe obediencia” (pp. 64-65). Esta interpretación de la naturaleza dice Kelsen, se da en el animismo, que considera la existencia de espíritus o almas en las cosas naturales, y por ello reaccionan frente al hombre, como si fueran humanos, “siguiendo los principios de las relaciones humanas” (Kelsen, 1991, p. 65).

Basado en esa idea, Kelsen expone la separación de todos los elementos que, le fueran extraños al derecho. Una teoría pura del derecho es aquella que permite mantener a la ciencia

jurídica, separada de la política (Kelsen, 1985, pp.7-8). Y así se destacan dos puntos de partida en el positivismo kelseniano:

- (i) Para Kelsen (1985) todo lo que no sea abordable por el método científico, itera Albert Calsamiglia, no será auténtico conocimiento. Es por esa razón que, para Kelsen la justicia “es un ideal irracional”. Al respecto, una de las críticas señala que:

Es evidente que las tesis extremas del positivismo decimonónico no se pueden mantener en la actualidad. Hoy existe un consenso general sobre la posibilidad de conocimientos racionales no estrictamente científicos (...) La superación del concepto positivista de la Ciencia y la racionalidad supone la posibilidad de un tratamiento racional de los valores. (pp.21-22)

- (ii) Para Kelsen (1985), el método consiste en eliminar de la ciencia del derecho, todos los elementos que le son extraños (p.15). Bajo esa idea, un acto ilícito es seguido de una sanción, porque una norma creada por un acto jurídico, dice Kelsen (1985), prescribe o autoriza la aplicación de una sanción, cuando se ha cometido un acto ilícito (p.18).

Con base en esta teoría, los DF estarían separados de la moral y la justicia. En Kelsen (1985), toda norma, supone un acto por el cual ha sido creada, y los hechos a los cuales se aplican (p.36). Así que, “el derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un estado particular o del derecho internacional” (Kelsen, 1985, p.50). La profesora, Carla Farallí dice que, esta postura constituye una de las cosas que condujo a la crisis del positivismo, cual es, la superación de la rígida distinción entre derecho y

moral, y a la consiguiente apertura del debate filosófico-jurídico contemporáneo, hacia los valores ético-políticos (Farallí, 2007, pp. 27-46).

Derecho positivo corresponde a derecho objetivo. Por consiguiente, los DF son derechos objetivos, si hacen parte de un catálogo de una Constitución, bajo dicha rotulación. Así las cosas, el concepto de los DF solamente se refiere a los derechos enlistados por el legislador, bajo esta denominación. Sin embargo, este criterio aún no dice ¿qué son? Esto es así, cuando solo se estiman desde una rígida postura positivista. Por esta razón, la consagración positiva de los derechos, aunque lleva envuelta una idea de obligatoriedad, y de seguridad jurídica, no conduce de ninguna manera, a resolver el interrogante principal planteado para esta investigación. Es decir, que cuando la conceptualización positivista se refiere a que las normas que son expedidas por un órgano competente, cuya característica principal es la de expandir su carácter coactivo, y que establecen la diferencia que las separa de las normas de la moral, y la justicia, son algo más concreto y objetivado, no se considera lo suficiente como para responder qué son los DF. Es como pensar en algo menos valorativo. Al respecto, hay que tener en cuenta que, el debate de la investigación es ante todo valorativo, qué son los DF, y no está circunscrito a las normas que produce la legislación, sino también a todas las normas sobre DF que emanan de las decisiones judiciales que, también son Derecho objetivo. Por ese motivo, es que el trabajo se concentrará más adelante, en el cuarto capítulo, en las decisiones de la Corte Constitucional colombiana, pues, al fin y al cabo, son normas con iguales efectos que, las legislativas. Son normas de obligatorio cumplimiento pues, este tipo de sentencias también, son objeto de la ciencia del Derecho. (Kelsen, 1985, pp.43-49). Uno de los puntos que se quiere destacar con este planteamiento es que, la diferencia entre normas jurídicas, producidas por el órgano legislativo, y

las de origen judicial, se torna irrelevante, frente a la concepción de los DF pues, de todas ellas, emanan reglas de derecho.

Kelsen (1985) proyecta su tendencia hacia el derecho legislado, cuando explica que “entendemos por reglas de derecho (Rechtssätze) las proposiciones mediante las cuales, la ciencia jurídica describe su objeto. Este último, lo constituyen las normas jurídicas, tal cual han sido creadas por actos jurídicos” (p.46). *A contrario sensu*, dice que “las reglas de derecho no son creadas por actos jurídicos, es decir, por individuos que poseen la calidad de órganos o miembros de una comunidad jurídica. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho” (Kelsen, 1985). Es decir que, para el caso, no emanarían reglas de derecho puesto que, según el propio Kelsen (1985):

La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad. De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético. (p.47)

De tal manera que, la expresión normas jurídicas se refiere tanto, al derecho legislado, como al que proviene de los Tribunales, pues de él, también emanan reglas de derecho, según la definición que proporciona Kelsen. Por lo tanto, aunque el concepto de los DF puede o no, estar consagrado en una norma jurídica originaria del Legislativo, es decir, como un acto de voluntad, su consagración se suple con las normas provenientes del Derecho judicial. Esta es la razón por la cual, las sentencias de los Tribunales Constitucionales sobre los DF son tan importantes (por ejemplo, STC 11/1981), pues también constituyen derecho objetivo del cual se derivan reglas de derecho. La aparición de los Tribunales Constitucionales trajo consigo un cambio de paradigma,

y ese cambio justifica esta investigación que, está centrada precisamente, en ubicar un concepto de los DF que emane de la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, esta jurisprudencia está influenciada por los enfoques teóricos y por las ideas de los juristas.

H.L. Hart también contribuye a enriquecer este debate. La preocupación de Hart (1963) es el concepto de Derecho. En tal sentido, su análisis se basa en lo que él llama “preguntas persistentes”: ¿qué es el derecho? o, ¿cuál es la naturaleza (o la esencia) del derecho? Estos interrogantes inciden en la cuestión principal de esta investigación: ¿qué son los DF? teniendo en cuenta que, el concepto se desprende de lo que se considere por Derecho. Así, plantea **tres problemas** que, él considera recurrentes:

(i) El primero alude a la característica general, más destacada del Derecho que, es su existencia. Significa “que ciertos tipos de conducta humana no son ya optativos sino obligatorios, en algún sentido” (Hart, 1963, pp. 7-8).

Adicional a lo anterior, Hart (1963) agrega que:

La conducta no es ya optativa, se presenta cuando un hombre se ve forzado a hacer lo que otro dice, no porque sea compelido físicamente en el sentido de que actúa sobre su cuerpo, sino porque el otro lo amenaza con consecuencias desagradables. (pp.7-8)

Frente a este primer problema, Hart (1963) plantea que, a menudo este aspecto lo presenta un sistema jurídico:

Una ley penal que declara que cierta conducta es delito y especifica la pena para el trasgresor, puede asemejarse a la situación del asaltante en escala mayor; y podemos pensar que la única diferencia es relativamente pequeña, a saber, que, en el caso de las leyes, las órdenes están dirigidas, por lo común, a un grupo que habitualmente las obedece.

Así, se puede afirmar que, los DF son obligatorios y están dirigidos a un grupo de personas para que los obedezcan. Son obligatorios y, por lo tanto, no son normas optativas, y esta característica es muy importante para definir su eficacia normativa, dado que el gobierno, el Legislador y los Tribunales están obligados a cumplirlos. Si los DF son obligatorios y no optativos, también pertenecen a un orden coactivo, y así es obligatorio preguntar por sanciones y por su incumplimiento. Por ejemplo, en caso de daño antijurídico, ¿cuál sería la responsabilidad del Estado? Ahora bien, es claro que los DF cuentan con una estructura normativa que difiere de las normas que contienen órdenes respaldadas por sanciones, pero ello no significa que, no pertenezcan a ese orden coactivo pues, el derecho y las obligaciones jurídicas, respaldadas con sanciones también, contienen consecuencias jurídicas implícitas porque, al fin y al cabo, se trata de obligaciones jurídicas, y no pretensiones o de meras aspiraciones ideológicas o de otro tipo (Hart, 1963).

(ii) El segundo problema se refiere a que, las reglas morales comparten con el derecho, no sólo un vocabulario, de modo que, puede hablarse de obligaciones, derechos y deberes morales y jurídicos. Y, que todos los sistemas jurídicos nacionales reproducen la sustancia de ciertas exigencias morales fundamentales. Hart (1963, p.9) dice que “además, hay una idea, de la justicia, que parece unir ambos campos” (concepto de validez) El segundo problema se destaca porque, sí se detalla con detenimiento, se trata de la aceptación de que el sistema de derechos está impregnado, de todos modos, de ciertas exigencias morales fundamentales (aun en el positivismo). Por ejemplo, de la moral y de la justicia al mejor clamor del iusnaturalismo. Entonces, frente a los DF va implícita, la idea de la justicia que, une el derecho con la moral, lo cual significa que, los DF son en el fondo, derechos morales.

(iii) El tercer, y último problema recurrente que indica Hart (1963) tiene que ver con un sistema jurídico que, consiste:

Por lo menos, en general, en reglas. Tanto las órdenes respaldadas por amenazas, como los que ven en su relación con la moral o la justicia, hablan del derecho como algo que contiene reglas, si no está compuesto principalmente de ellas. (p.10)

En relación con el primer problema planteado por Hart (1963), desde el punto de vista del derecho positivo, la estructura normativa de los DF podría diferir de las normas de otro tipo. Por esta razón, hay necesidad de detenerse un poco, para lograr ciertas distinciones, teniendo en cuenta que, la jurisprudencia en algunos casos, ha dicho que los DF son el fruto o el reconocimiento del derecho positivo. Ahora, el concepto de regla importa mucho porque allí están comprendidos los DF. En tal sentido, los tres problemas recurrentes que señala Hart se refieren a órdenes, obediencia, hábitos y amenazas, pero no incluyen la idea de regla para “elucidar las formas más elementales de derecho” (Hart, 1963, p.101).

Hart (1963) considera dos tipos de reglas, a saber:

- (i) “El tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no”. (p.101)
- (ii) Las reglas de otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas de segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas de tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas de primer tipo imponen deberes; es decir es un concepto deóntico, las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas de primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos;

las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones. (Hart, 1963, p.101)

Así, con Hart (1963) “en la combinación de estos dos tipos de reglas se encuentra lo que Austin, erróneamente, creía haber hallado en la noción de órdenes coercitivas, a saber, <la clave de la ciencia de la jurisprudencia>” (pp.101-102). Así Hart (1963) llega a una idea de obligación que se basa en el siguiente postulado: “el enunciado de que alguien tiene o está sometido a una obligación, implica sin duda alguna la existencia de una regla” (pp.107-113). Por lo tanto, siguiendo esta pauta, los DF son obligaciones jurídicas y no meras normas programáticas. Ahora, Hart (1963) también señala que:

Mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, estas reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias. Ellas especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible. (p.107)

Adicional a lo anterior, Hart (1963) agrega que “la forma más simple de remedio para la falta de certeza del régimen de reglas primarias es la introducción de lo que llamaremos, una <regla de reconocimiento> (*Rule of Recognition*)” (p.107).

Dice también Hart (1963) que “donde hay ese reconocimiento, hay una forma muy simple de regla secundaria: una regla para la identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación” (p.118). Hart es consciente que la regla de reconocimiento presenta dificultades a partir de las complejidades propias de todo sistema jurídico, dado que un sistema está compuesto por diferentes tipos de fuentes:

En un sistema jurídico moderno donde hay variedad de <fuentes> de derecho, la regla de reconocimiento es paralelamente más compleja: los criterios para identificar el derecho son múltiples y por lo común incluyen una constitución escrita, la sanción por una legislatura, y los precedentes judiciales. (Hart, 1963, p.126)

De lo anterior se extrae que, los DF son normas obligatorias en el sentido de Hart, y también una combinación de normas primarias y secundarias que, arrojan consecuencias jurídicas. Una ella es la obligatoriedad de los DF. La faceta de este autor es más compleja, si se tiene en cuenta que, en los sistemas jurídicos contemporáneos no sólo existen tipos de fuentes del derecho, sino que también diferentes tipos de normas de DF. Frente a las normas del derecho penal que Hart utiliza como ejemplo, son perfectamente visibles los sistemas de coacción. Con todo, hay que tener en cuenta que, las normas también contienen consagraciones jurídicas implícitas. Por tal motivo, es muy normal que, las constituciones contengan diferentes tipos de normas de DF como valores, principios, derechos y deberes que, aunque constituyen tipos abiertos e indeterminados, no por ello dejan de ser normas obligatorias que arrojen consecuencias jurídicas. Tampoco se opone a este fenómeno que los DF requieren concreción, a través de la interpretación constitucional; por sus características, los DF encajan en una teoría material de los derechos fundamentales (López C., 2015, pp.239-258). Por consiguiente, sí alguien tiene un derecho, y éste posee el carácter de fundamental es porque existe una regla primaria, en el sentido de Hart, pues los derechos están en una norma con sentido deóntico (mandato, prohibición y permisión). De manera que, la ausencia de una regla primaria implicaría la inexistencia de la norma de derecho fundamental y, por consiguiente, la inexistencia de obligaciones jurídicas y de coerción. Y, finalmente, no habrá regla de reconocimiento por

ausencia de la regla principal. Esto es así porque según Hart (1963, pp.99-102) el derecho como tal, es la unión de reglas primarias y secundarias.

Entonces, una norma de los DF está compuesta por la unión de reglas primarias y secundarias. Es decir, el concepto de los DF hace parte de un sistema de reglas primarias y secundarias que contienen obligaciones de mandato, prohibición o permisión. Así que, las normas de los DF requieren de una regla de reconocimiento que “en la mayoría de los casos no es expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales o por otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros” (Hart, 1963, p.127)

En tal sentido, Dworkin (1993) como se verá en el tercer capítulo, en su crítica a Hart sostiene que:

Decir que alguien tiene una <obligación jurídica> equivale a afirmar que su caso se incluye dentro de una norma jurídica válida que, le exige hacer algo o, que le prohíbe que lo haga en ausencia de tal norma jurídica válida, no hay obligación jurídica. (p.66)

Bajo este entendimiento, los DF son obligaciones jurídicas que nacen de la unión de normas primarias y secundarias.

Los DF requieren de una regla de reconocimiento. No obstante, en este conjunto de normas primarias y secundarias no se agotaría el concepto de los DF puesto que, conforme a otros modelos de fundamentación caben otro tipo de valoraciones, de tal suerte que, hay casos que no se podrían decidir aplicando la ley (Dworkin, 1993, p.65). Ahora, los DF son obligaciones jurídicas, son normas obligatorias y coercitivas (no son optativas) y aunque explícitamente no se exponga una sanción, éstos hacen parte de un sistema implícito de coerción (amenaza de sanción) que pueden dar lugar a la responsabilidad del Estado.

Bobbio (1991, pp.40-43) señala que, en sentido subjetivo por derecho natural, se entiende la facultad o poder, y en sentido objetivo, como regla de conducta. Los DF son obligaciones jurídicas contenidas en una norma de derecho positivo. Es decir, en una norma de conducta. Hace una importante distinción, que se considera pertinente para este trabajo. Diferencia entre los conceptos de la doctrina del derecho natural y la doctrina de los derechos naturales. En ese sentido, la doctrina del derecho natural es tan antigua como la filosofía occidental mientras “la doctrina de los derechos naturales que se encuentra en la base de las famosas declaraciones, es moderna” (Bobbio, 1991, pp.40-41).

Bobbio (1991) agrega que:

Una verdadera y propia doctrina de los derechos naturales no aparece por primera vez hasta los escritores del siglo XVIII, comenzando por Hobbes, con su célebre distinción entre *lex*, entendida como fuente de obligaciones, y, *ius*, entendido como libertad de toda obligación. (pp.40-41)

Sobre el desarrollo del Estado moderno considera a Hobbes como el teórico más clarividente y coherente, a quien a este ordenamiento “único y soberano” le ha dado un nombre que lo ha hecho famoso: *Leviatán*. Bobbio (1991) señala que para Hobbes fuera del derecho positivo del Estado, no existe derecho alguno: “ni el derecho natural que desaparece con la aparición del Estado” (p.28).

Los DF son derechos humanos reconocidos “en la base de las constituciones democráticas” (Bobbio, 1991, pp.13-23). Una constitución es democrática, entre otros aspectos, cuando reconoce unos DF que están garantizados mediante la acción constitucional o legal. Bobbio (1991, p.14) destaca que “sin derechos humanos reconocidos y protegidos no hay

democracia”; así mismo que “la democracia es la sociedad de los ciudadanos, y los súbditos se convierten en ciudadanos cuando se les reconocen algunos derechos fundamentales”.

Bobbio (1991) afirma que desde el punto de vista teórico siempre ha sostenido que los derechos humanos, por más fundamentales que sean, son derechos históricos que nacen gradualmente —no todos a la vez— en las luchas por la defensa de nuevas libertades contra viejos poderes (pp.17-18). Bobbio (1991) además, se plantea el interrogante de ¿cómo se ha producido la ampliación del ámbito de los derechos del hombre? sosteniendo que esto ha sucedido con el paso del hombre abstracto al hombre concreto. Al respecto, dice que esta ampliación se produce “a través de un proceso de gradual diferenciación o especificación de las necesidades y de los intereses, de los que se exige su reconocimiento y protección” (p.15).

En *El tiempo de los derechos* —Introducción— Bobbio (1991) dice que “a pesar de las tentativas innumerables de análisis definitorios, en el lenguaje de los derechos permanece muy ambiguo, poco riguroso y usado a menudo retóricamente” (p.21). En la jurisprudencia ese lenguaje poco riguroso y ambiguo puede conducir, de acuerdo con Alexy (1993, p.38) a “colisión”. Desde luego, los diferentes puntos de vista sobre el origen de los derechos son algo que se considera normal y aceptable en el derecho constitucional, sin embargo, como estas valoraciones parten desde los distintos modelos de fundamentación de los derechos, un concepto de los DF debe surgir del respeto de cada teoría y de las reglas de cada modelo histórico de fundamentación.

Este fenómeno histórico también se presenta en la jurisprudencia, el momento actual también permite hablar de un proceso continuo de especialización de los derechos. Derechos de la mujer, derechos de las víctimas, derechos de los niños, derechos de la población anciana, derechos de los reclusos, derechos de la población desplazada, derechos de los indígenas,

derechos políticos, derechos de la población discapacitada, derechos de la salud, derechos por la educación, derecho al trabajo, entre otros. Cada una de estas categorías avizoran subespecialidades como parte de ese proceso de especialización, tal como lo señala Peces-Barba (1991, p.11) en el prólogo a la obra de Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*). Ahora bien, la postura de Norberto Bobbio es de tinte positivista y se concreta en la siguiente formulación:

(...) hablar de derechos naturales o fundamentales, inalienables o inviolables es usar fórmulas del lenguaje persuasivo que pueden tener una función práctica en un documento político para dar mayor fuerza a la exigencia, pero que no tienen valor teórico alguno, y son, completamente irrelevantes en una discusión teórica de derecho. (Peces Barba, 1991, p.11)

En estas palabras se percibe su descontento con el enfoque iusnaturalista, es decir, su oposición. El concepto de los DF encaja en la discusión clásica y, en el lenguaje de los juristas continentales, es decir, en la discusión entre derechos naturales y derechos históricos que nacen al inicio de la edad moderna, junto con la concepción individualista de la sociedad de los derechos positivos. —Bobbio (1991, pp.18-20) considera que la expresión derechos morales suena contradictoria—. Por consiguiente, el DF se debate entre la fuerte contraposición de dos sistemas normativos distintos, entre derechos naturales y derechos positivos, en los cuales “lo que cambia es el criterio de distinción” (Bobbio, 1991, p.20). Cada postura teórica se arraiga en el origen de los derechos (Bobbio, 1991). Por tanto, para Bobbio (1991) la palabra Derecho sólo es entendible en el sentido de derecho subjetivo. Él está de acuerdo con aquellos para quienes el derecho es una figura deóntica; la palabra Derecho tiene un sentido preciso, sólo en el lenguaje normativo, lo cual impregna a los DF: “(...) no hay derecho sin obligación, y no hay ni derecho ni obligación sin una norma de conducta” (Bobbio, 1991).

Según Bobbio (1991) no está claro que el lenguaje moral deba servirse de las dos figuras deónticas del derecho o de la obligación que son más propias del lenguaje jurídico, un derecho implica la de un deber, y viceversa. Considera que el lenguaje de los derechos es muy ambiguo, poco riguroso y usado a menudo retóricamente (p.21).

Son discusiones que también se dan en la jurisprudencia, el iusnaturalismo, como la base material y, de derecho positivo, como la base formal. No obstante, de ellas no surge algo concreto porque tanto la base material, como la base formal de los derechos están sujetas a cambios e interpretaciones. Un ejemplo está en la postura Kelseniana que cambia a partir del genocidio nazi y, tal como lo expone el profesor Mejía Quintana (2011), Kelsen acepta una norma fundamental con contenido material y así:

En conferencia pronunciada en Salzburgo, decide abjurar de su doctrina y reconocer que no puede sostener más su teoría en el convencimiento de que una norma como la fundamental tiene que ser una norma con contenido material, no simplemente lógico-formal. (p.39)

El concepto de los DF, a partir de unos criterios principales y, unos criterios auxiliares no concurrentes, debe en cuenta los giros que se van dando en la doctrina, en el caso de Kelsen, se habla de un segundo momento o de un segundo Kelsen en la teoría pura del derecho. Ahora bien, el punto que se quiere destacar es que cada concepción supone un distinto origen de los derechos (Norberto Bobbio), por ejemplo, los derechos naturales se consideran producto de una concepción individualista de la sociedad, estos derechos naturales nacen en la edad moderna y tienen por antecedente el derecho natural anterior al Estado. La perspectiva iusnaturalista permite señalar que, en los derechos naturales, la base material la constituye la persona humana. De tal manera que, en la discusión sobre lo qué son los DF, la perspectiva iusnaturalista es muy fuerte, frente al reconocimiento expreso como base formal. La positivización de los derechos dice

Bobbio, corresponde al primer proceso de los derechos, así las cosas, la segunda visión Kelseniana no tiene el mismo ímpetu pues, acepta allí, el contenido material de las normas fundamentales.

Corolario, Bobbio representa una fuerte oposición al iusnaturalismo y según sus ideas, los DF son considerados obligaciones jurídicas contenidas en una norma de derecho positivo. Los derechos naturales, por su parte, no tienen un valor jurídico relevante. En el constitucionalismo contemporáneo, la discusión con más tensión ocurre entre el iusnaturalismo-positivismo puesto que, las constituciones y la jurisprudencia no han dejado de lado los derechos naturales. Los DF siguen influenciados por los derechos naturales, pero, en combinación con el positivismo jurídico.

3.2. Realismo. La inclusión del realismo jurídico en este trabajo es muy importante porque aporta a la discusión una visión diferente a la del iusnaturalismo y del positivismo normativista sobre los derechos, es decir, una visión desde las transformaciones sociales, a partir de una concepción de lo qué son esos derechos. Esta perspectiva cambia totalmente porque, los derechos son los que digan los Jueces y no, el Legislador. Ese cambio es relevante pues la influencia del derecho judicial es más notoria desde la creación de los Tribunales Constitucionales. En el realismo existen varias ideas sobre los DF, por lo tanto, esta investigación se ocupará de las más relevantes para poder mantener el equilibrio discursivo. Bajo las anteriores consideraciones, la expresión “realismo jurídico” designa una doctrina filosófica que identifica al Derecho con el logro de transformaciones y cambios sociales, a partir del cuestionamiento de la dogmática esencialista (iusnaturalismo) y del mismo positivismo normativista formalista, por tal motivo, sus directrices se orientan hacia la eficacia normativa,

con la fuerza estatal o con la probabilidad asociada a las decisiones judiciales. Este movimiento es conocido en el realismo norteamericano como la *Revolución contra el formalismo* (Holmes Jr., 2012, pp.19-ss).

El estudio de Giovanni Tarello resalta sus modos de empleo:

(1) Para designar teorías relativas a la definición del concepto de derecho; (2) Para designar teorías relativas a la identificación del campo de estudio de los juristas; (3) Para designar teorías relativas a la naturaleza de particulares institutos jurídicos; y (4) Para designar teorías relativas a la “interpretación del derecho”, o mejor, a la individualización de los preceptos jurídicos por parte de los órganos jurisdiccionales y administrativos. (Castignone S. 2007, pp.9-23)

En el presente trabajo, el realismo jurídico se emplea para profundizar los DF desde otro punto de vista. En este enfoque, los derechos en general se consideran fundamentales, cuando alcanzan la meta de su realización material o empírica, a través del uso de la fuerza estatal. Es decir, esos derechos son tales, cuando alcanzan su eficacia normativa, con transformaciones y realizaciones de tipo social (Empirismo). El criterio de validez está dado por la eficacia social (Sociológica). Ese realismo se agrupa por tendencias geográficas, el escandinavo y sueco, el norteamericano, entre otros. Este realismo tiene puntos en común, pero cada uno genera puntos de vista propios, lo cual significa que cada cambio implica un concepto diferente de los DF.

Raz (2011) señala que el Derecho es un hecho social y un orden normativo. Expone que:

Los iusnaturalistas reconcilian dos aspectos del Derecho considerando el hecho social en qué consiste el derecho provisto necesariamente de fuerza moral. Los positivistas explican el hecho de que el orden jurídico sea un orden normativo como cualquier otro hecho social.

Raz (2011) puntualiza que no son incompatibles, el derecho natural y el positivismo, defendiendo la tesis que considera al Derecho como un sistema que pretende autoridad. Sin embargo, abre la posibilidad y mantiene la discusión, a lo largo de su trabajo, sobre que “no existe la obligación de obedecer el derecho”. Incluso Raz (2011) argumenta que “la exigencia del derecho por obediencia es muy diferente de la concepción filosófica común de la obligación de obedecer el derecho, como una razón *prima facie* para obedecer” (p. 294); con todo, agrega que “el derecho pretende que sus normas y sus decisiones sean *autoritarias*” (p.295) y no niega que, “algunas personas tengan razones morales para obedecer el derecho” (p.295). Del mismo modo, contribuye con la teoría de la naturaleza sistemática del Derecho que considera a “los sistemas jurídicos como sistema de normas” (Raz J., 2011, pp.153-204).

Raz J. (2011) parte de la teoría imperativa de las normas de Kelsen y de las ideas de Bentham y de Hart. Explica también las disposiciones jurídicas^{vi} como imponiendo directamente deberes sobre los súbditos para realizar los actos jurídicos, los actos normativos de las normas, y no como Kelsen, que otorga directamente permisiones e impone sólo indirectamente permisiones (Raz J., 2011, p.154). Así mismo, con Kelsen señala que las normas son creadas por ciertos actos de voluntad para explicar el sentido no metafísico por el cual, se puede decir, constituyen demandas estándares de evaluación (Raz J., 2011, p.160). Las órdenes respaldadas por amenazas son normas, porque guían el comportamiento de las personas a las cuales se dirigen. Son “estándares en virtud de los cuales, la conducta puede ser evaluada; son creadas por seres humanos con la intención de influenciar la conducta de otras personas y se encuentran respaldadas por razones estándares, a saber, evitar la sanción amenazada” (Raz J., 2011, p.161). No obstante, Raz J. (2011) alude a todos los filósofos, quienes piensan “que toda disposición jurídica es una norma” (p.205) defendiendo la tesis acerca de la normatividad que, es una

característica importante del derecho, pero algunas disposiciones jurídicas no son normas y en cualquier sistema jurídico (Raz J., 2011, pp.107-136) existen algunas disposiciones que no son normas. “Tal y como está formulada, la tesis se aplica a los sistemas jurídicos momentáneos únicamente” (Raz J., 2011, pp. 207-208). Señala Raz J. (2011) que “muchas de las disposiciones de todo sistema jurídico se ocupan de la institución, o presuponen la existencia, de derechos (subjetivos) y entre ellas, hay ciertas disposiciones jurídicas que, no son normas” (p.213). Los derechos son relaciones entre sujetos de derecho, los cuales son siempre personas, aunque no siempre personas físicas, y objeto de los derechos, los cuales son personas, o bien, objetos físicos o, también, entidades jurídicas abstractas, señala Raz J. (2011). Las disposiciones jurídicas que instituyen derechos caen en tres categorías: “ellas son disposiciones jurídicas investitivas, disposiciones jurídicas privativas o disposiciones jurídicas constitutivas” (Raz J., 2011, p.214). Las primeras, especifican las maneras por las cuales, los derechos pueden ser adquiridos; las privativas determinan las formas por las cuales, los derechos pueden ser transmitidos y, las constitutivas especifican las consecuencias de ser derechohabiente.

Una disposición jurídica investitiva es una disposición jurídica que determina que cuando ciertas condiciones se producen una persona que no tiene cierto derecho lo adquiere”; “Una disposición jurídica privativa es una disposición jurídica que determina que, cuando ciertas condiciones se producen en una cierta persona que tiene cierto derecho, este derecho lo pierde.”; y “Una disposición constitutiva es una disposición que determina que si una cierta persona tiene cierto derecho y ciertas condiciones se producen, entonces tiene cierto derecho (otro), cierto deber o cierta facultad. (Raz J., 2011, p.214)

Y así, para Raz J. (2011) “una definición teórico-jurídica de un derecho intenta tomar los rasgos más importantes de varios tipos de disposiciones jurídicas que instituyen tal derecho”.

Añade además que “es esencial para un análisis adecuado del concepto de cualquier derecho tomar en cuenta que los derechos son instituidos por disposiciones jurídicas investitivas, privativas y constitutivas y entender su función y estructuras”. (p.215)

Así para Raz J. (2011), en primer lugar, los DF constituyen un orden normativo como cualquier hecho social. Los derechos son fundamentales, si hacen parte de un sistema jurídico. En segundo lugar, los derechos son relaciones entre sujetos de derecho y, en tercer lugar, los derechos se adquieren, se transmiten, se pierden y se poseen. Es decir, son un producto más del derecho positivo. Pues bien, estos planteamientos denotan un cambio de concepción, pero no conducen sobre la verdadera naturaleza de los derechos (identidad), así que, bajo estos postulados, tan solo, se podría elaborar una clasificación. De otro lado, los conceptos de norma (Kelsen) y disposición jurídica (Raz) hacen parte de un debate sobre las relaciones entre normas o disposiciones de un sistema jurídico que tienen entre sí. Y, por supuesto, que los DF hacen parte de un sistema jurídico que pretende en todo caso autoridad. Según esta tendencia, los DF son las disposiciones jurídicas investitivas, privativas y constitutivas de un sistema jurídico con pretensiones de autoridad.

De otro lado, según Fassò (1988, p.239-ss.) el escandinavo y sueco rechazan el iusnaturalismo y el positivismo normativista. Este cambio ideológico afecta lo qué son los DF. A propósito, Fassò (1988) señala que:

Es típica del realismo escandinavo la concepción del Derecho como fenómeno síquico colectivo, consistente en considerar que existen derechos subjetivos y deberes como algo distinto de la realidad empírica...La fuerza vinculante del Derecho, afirman ellos, tiene una realidad solamente como idea de la mente humana, por lo que los derechos subjetivos y los deberes jurídicos son, por tanto, poderes y obligaciones imaginarias a las que fuera de la mente de los hombres no corresponde nada. (p.239-ss.)

Esta tendencia genera una conceptualización muy diferente a la vista, en el iusnaturalismo y en el positivismo normativista formalista porque, los DF aunque pertenecen al imaginario de las personas, como algo obligatorio o, como derechos subjetivos y así, en esta corriente no es fácil concebir que sean algo diferente a la realidad empírica pues, se percibe que la persona reacciona contra el Estado cuando, sabe que son obligatorios y no los puede hacer realidad. Es decir, las personas no pueden quedarse con un mero sentimiento de obligatoriedad. Ese tipo de realismo acoge la primera, segunda y cuarta acepción en el estudio de Giovanni Tarello:

(1) *El derecho es real* no porque exista en los hechos como realidad distinta, sino porque existe en las creencias como realidad distinta (sentimiento de obligatoriedad); (2) El objeto de conocimiento jurídico es la manipulación de una realidad naturalista (los comportamientos y las costumbres de los hombres) mediante una técnica particular constituida por el uso de las palabras, denominaciones y procedimientos rituales de carácter jurídico, que tendrían su origen en creencias religiosas o mágicas de vínculos invisibles considerados como “existentes” y puestos en funcionamiento por medio de rituales. A estos vínculos invisibles se les conecta “el sentimiento de obligatoriedad”; (4) En la “individualización” y “aplicación” de los enunciados preceptivos intervienen e interfieren (perfil teórico) y deben intervenir y deben interferir (perfil ideológico) consideraciones externas de diversa naturaleza, muchas veces arbitrarias, donde la conexión entre la aplicación individualizada y el enunciado normativo preexistente se presenta bajo el perfil de carácter mágico, que caracteriza toda calificación jurídica. (Castignone S., 2007, pp.12-13)

Este discurso es novedoso respecto de los enfoques iusnaturalista y positivista normativista pues, si los DF son algo obligatorio, entonces en el imaginario colectivo éstos

también operan como un poder que mantiene una relación de exigencia entre los DF como derechos subjetivos y el Estado.

Alex Hägerström fundador del realismo jurídico en Suecia y creador de la Escuela de Uppsala reacciona contra el idealismo metafísico dogmático. Claramente, sus ideas están contra el iusnaturalismo. El Derecho constituye un poder suprasensible de carácter mágico y, por tanto, una idea falsa, siendo estos conceptos de los que se sirve la ciencia jurídica, entidades místicas o metafísicas a las que no corresponde ninguna realidad (Fassò, 1988, pp.239-ss.).

Hägerström es el autor de la *tesis de la realidad* (Castignone, 2007, pp.25-35). Se caracteriza por su rechazo a la metafísica y, afirma la inexistencia de un deber en sentido objetivo, que concibe como una realidad imaginaria, derivada del uso inapropiado del lenguaje y de la arbitraria objetivación de la expresión de un sentimiento. También, se opone a la teoría imperativista que, en su época era la más aceptada del positivismo jurídico. Establece una distinción entre mandato y obligación, entre el estado de ánimo de quien es objeto de un mandato, y el estado de ánimo de quien es consciente de un deber (Castignone, 2007, pp.25-37-39). Bajo esta concepción, los DF son unas realidades imaginarias huérfanas de concreción.

Ahora está visto que, uno de los problemas de la conceptualización de los DF está en su fuerza normativa. En una eficacia social, acompañada con la comprobación empírica, muy lejos de lo metafísico (iusnaturalismo) pues, los DF son realidades comprobables empíricamente. Por esta razón, para Karl Olivecrona la interpretación de *positivo* del positivismo jurídico tiene un significado que, no es desde ningún punto de vista, positivo, sino que, con ese término, se entiende *empírico* o no *metafísico* (Castignone, 2007, p.65). Los DF son, por consiguiente, entidades verificables en la realidad empírica.

Castignone (2007) por su parte, expone que la locución “derecho positivo” deriva de un “derecho impuesto” donde se esconde la idea de una voluntad que lo establece y, en consecuencia, la idea de un sujeto titular de dicha voluntad.

Castignone (2007) también aclara que “el positivismo jurídico es una concepción voluntarista del derecho, y el voluntarismo, señala el autor, es su vicio de origen y la causa principal de su falta de fundamento”. (p.66)

Olivercrona es entretanto el autor de la obra *El derecho como hecho* que reafirma la tesis sobre el carácter imaginario y ficticio de los conceptos, históricamente de origen mágico, del Derecho subjetivo y el deber jurídico. (Fassò, 1988, p.240)

Olivercrona afirma que dicha fuerza “es una realidad tan sólo como idea presente en las mentes humanas, y no existe en el mundo externo que se corresponda con esta idea” (Fassò, 1988). Las normas jurídicas las considera “imperativos independientes” o “impersonales” es decir, no son mandatos ya que, el mandato presupone una persona que manda y otra a la que se le dirige el mandante, mientras que, en la ley, falta la persona de quien manda, no pudiendo considerarse como tal, al Estado, cuya obra legislativa es realizada por distintas personas, de las que ninguna es autora realmente del mandato (Fassò, 1988). Las normas jurídicas son aserciones en el sentido de “debe ser realizada esta acción” (Fassò, 1988). Según el autor, la palabra Derecho se refiere a normas relativas a la fuerza que, contienen modelos de conducta para el ejercicio de la fuerza (Fassò, 1988, p.241). Los DF pueden constituir una clase especial de normas de conducta, ahí está el debate, pero no exactamente para el ejercicio de la fuerza como aquí se plantea, ya que la palabra derechos tiene connotaciones mucho más elevadas, desde el punto de vista ideológico, como son el ejercicio libre, igualitario y autónomo de ciertas posiciones jurídicas y además, para recibir prestaciones que no necesariamente, implican el uso

de la fuerza, según lo que por esta se entienda, que además, no son posiciones puestas sino que, le son connaturales a la persona, como única pensante del universo y que desde luego, tienen la característica de ser verificables empíricamente en una realidad.

También se destaca el profesor Alf Niels Christian Ross, filósofo nacido en Dinamarca, que expone una visión realista y sociológica del Derecho (empirismo y emotivismo). Fue influenciado por la teoría de Hans Kelsen y Axel Hägerström (Castignone, 2007, pp. 9-23). Es de interés para la investigación porque, en relación con los “principios empiristas” señala que esta expresión puede ser interpretada de varias maneras, y que tal como él la entiende, conduce a dos tesis fundamentales que, constituyen el núcleo del positivismo: “primero, la tesis de que la creencia en el derecho natural es errónea. No existe tal derecho; todo derecho es positivo” (Ross, 1969, p9).

Al respecto de esta primera tesis, Ross (1969), aclara que:

(...) Esta tesis niega que los principios o juicios éticos (morales, jurídicos) sean la expresión de verdades, algo a ser descubierto y establecido objetivamente mediante algún proceso de conocimiento (...) la negación positivista de la existencia del derecho natural es una consecuencia implícita en la doctrina más general que niega la existencia de todo conocimiento ético: No hay derecho natural, como no hay una moral natural. (p.9)

Esta primera tesis aplicada a los DF significa que, son tal, pero por la voluntad del Legislador y no porque exista otro orden, se trata de una tesis antagónica (el derecho natural no es más que una parte de la ética, es la negación general de todo conocimiento ético). Bajo este entendimiento el concepto de los DF niega claramente la tesis iusnaturalista, es decir, cualquier postulado ético o moral.

La segunda tesis, también es de mucho interés porque Ross (1969) menciona que:

Es posible establecer la existencia y describir el contenido del derecho de un país en un momento determinado en términos puramente fácticos, empíricos, basados en la observación e interpretación de hechos sociales (conducta y actitudes humanas) (...) No hace falta recurrir a ideas o principios tomados del derecho natural, o la moral natural (un orden jurídico es un hecho social). (pp.9-15)

Es más radical entonces, enunciar la existencia de una regla jurídica, como perteneciente al derecho de un país. En un momento determinado es como “enunciar un conjunto de hechos sociales observables” (Ross, 1969, pp.10-11). El derecho es un hecho (Ross, 1969). Pero, “es obvio que los hechos jurídicos y morales, se encuentran relacionados entre sí, de varias maneras”. “Alejarse del formalismo” no es de ningún modo, lo mismo que “regresar al derecho natural” (Ross, 1969, p.12). Intenta demostrar que no existe conflicto entre el derecho natural y la segunda tesis. En efecto, afirma que un orden que no esté inspirado en la idea de justicia es un “régimen *gánster*” que puede tener éxito al establecer un régimen de terror que, no es un régimen de derecho porque, no está basado en la justicia, luego “carece de validez o fuerza obligatoria” (Ross, 1969, p.15). La fuerza obligatoria significa que se debe obedecer el derecho (Ross, 1969, pp.15-16). Pero la validez, en todo caso, es algo derivado de los principios del derecho natural¹.

Advierte Ross (1969):

Sostengo que no hay ninguna razón para que un filósofo del derecho natural no admita la tesis positivista y no reconozca que un orden jurídico es un hecho social, a ser descrito en términos puramente empíricos, sin referencia al concepto de validez. (pp.16-17)

¹ Ibíd. “Sostengo que no hay ninguna razón para que un filósofo del derecho natural no admita la tesis positivista y no reconozca que un orden jurídico es un hecho social a ser descrito en términos puramente empíricos, sin referencia al concepto de validez”. Págs. 16-17.

La segunda tesis finalmente acoge ideas iusnaturalistas, si es que se afirma que el concepto de Derecho está dado por la justicia que, es la que le otorga validez para que no sea un “régimen *gánster*”. Por tanto, el Derecho es un hecho social observable y reconocible empíricamente, si se basa en tesis empiristas y anti-metafísicas. Esta afirmación se traslada a los DF que se consideran entonces, unos hechos sociales circunscritos a determinada realidad, llevando consigo implícita una idea de justicia que, de alguna forma, los retorna al iusnaturalismo.

Por su parte, el realismo norteamericano representa otra idea de realismo y, por consiguiente, del concepto de los DF. Así, a finales del siglo XIX y comienzos del XX en el panorama jurídico estadounidense, se empezó a gestar un movimiento jurídico que planteaba criterios alternativos que demostraban una perspectiva realista, un método empirista y un enfoque funcional que concluyó con la llamada explosión del realismo jurídico americano en la década de los treinta (Holmes, 2012, pp.19-24).

Esta explosión del realismo jurídico dominada por el pragmatismo filosófico:

Implicaba una decidida voluntad de pasar <<de las formas a la función, de los conceptos a las actividades, de la estática a la dinámica, de fines individuales a fines sociales, de la satisfacción de ideales intelectuales a la satisfacción de necesidades humanas>> El talante anti metafísico y radicalmente empirista y funcional del pragmatismo conectó inmediatamente con la necesidad, socialmente sentida por determinados sectores políticos y jurídicos, de articular un pensamiento enraizado en la realidad concreta del país y capaz de plantear nuevas propuestas para la superación de los graves problemas a los que éste se enfrentaba (Holmes, 2012, p.20).

Para la profesora de la Universidad de Génova, Silvana Castignone este discurso de los realistas norteamericanos:

Oscila continuamente entre el plano del ser y el plano del deber ser, es decir, los realistas reivindican una esfera de actividad autónoma y creativa para el intérprete, sosteniendo que sólo así el derecho puede efectivamente servir a los objetivos sociales para los que fue creado (nivel prescriptivo), y al mismo tiempo afirman y tratan de demostrar (nivel descriptivo) que en efecto la interpretación no puede ser puramente mecánica. Por este motivo, los realistas norteamericanos dedicaron una fuerte atención al estudio de las decisiones judiciales. (Castignone, 2007, p.179)

Este enfoque se basa en tener de manera ineludible a la realidad, la cual en el proceso cognoscitivo no puede ser ignorada o esquivada, pero al mismo tiempo, no se descarta que ésta sea susceptible a interpretaciones y tratamientos diversos (Holmes, 2012, pp.21-22). De manera que, las normas cumplen con un criterio funcional frente a la realidad y, en este caso, la validez está dada por sus consecuencias prácticas y, por su eficacia social, es decir, por su eficacia normativa (sociológico). Los DF en cuanto normas con alto grado de eficacia y con comprobables alcances materiales operan en una determinada realidad social (Empirismo)^{vii}.

A Oliver Wendell Holmes, por su fuerte personalidad se le atribuye (disidente) ser uno de los mejores jueces y el autor del inicio del cambio, entre el viejo y el nuevo derecho estadounidense, es según muchos autores, el precursor del realismo norteamericano. A él se le adjudica, la siguiente afirmación: “la vida del derecho no ha sido la lógica; ha sido la experiencia” (Holmes, 1881). Esta es una de sus declaraciones, más conocidas en el pensamiento jurídico estadounidense. Su pensamiento está condensado en la conferencia titulada *La senda del Derecho (The Path of the Law)* que fue pronunciada en su calidad de juez del Tribunal Supremo de Massachusetts, en enero 8 de 1897, en el marco de la inauguración de un edificio de la Universidad de Boston. Esta conferencia se publicó en la *Harvard Law Review*. Cuando estudiamos Derecho, no estamos estudiando algo misterioso, sino una profesión bien conocida,

señala este autor (Holmes, 2012, p.55). Así, para este trabajo resulta de interés por la siguiente afirmación: “el objeto de nuestro estudio, entonces, es la predicción: la predicción de la incidencia de la fuerza pública, a través de la actuación de los tribunales” (Holmes, 2012). Y, por lo que agrega: “los derechos y deberes primarios de los que se ocupa la ciencia jurídica no son sino profecías” (Holmes, 2012, p.56). La palabra predicción proviene de la palabra “predecir” que, de acuerdo con la Real Academia de la Lengua, significa: “anunciar por revelación conocimiento fundado, intuición o conjetura algo que ha de suceder”. Ese conjunto de decisiones de los Tribunales constituye el *corpus*, llamado Derecho. Entonces, se infiere que, los DF en su acepción más básica, son predicciones en tanto, decisiones anticipadas de los Tribunales. Dicho de otro modo, si alguien tiene un derecho y éste es irrespetado según esta tendencia, se sabrá de ante mano, la decisión del Tribunal.

Estas predicciones son el Derecho, según enseña Holmes (2012): “las profecías acerca de lo que los tribunales harán realmente y nada más pretencioso que eso, es lo que yo entiendo por derecho” (p.60). El punto que suscita debate, respecto a los DF, es el hecho de que sean los Tribunales y los Jueces los que los establezcan, pues esta afirmación causa problemas para ubicar un concepto de los DF porque tampoco es posible aceptar un concepto basado en la mera intuición judicial, sin que el sistema disponga de un concepto predeterminado.

Por otra parte, está Karl Llewellyn, teórico de los Estados Unidos y representante del realismo jurídico. Las reglas no permiten prever como se ha de resolver un caso concreto, señala. A él se atribuye la siguiente afirmación: “el derecho se actualiza en cada nueva situación de litigio” (Cardesín, 2001, p.31). En el terreno empírico buscaba demostrar esta hipótesis^{viii}. Llewellyn sostiene que el foco del derecho debe ser el estudio de las controversias y cómo las resuelven los funcionarios a cargo. De no ser así, no se puede establecer un estándar sobre los

actos de los oficiales en situaciones similares. Según él, el realismo se caracteriza por los siguientes comportamientos:

Una atención concentrada sobre los cambios no sobre el carácter estático de la realidad jurídica; afirmación de la actividad creativa del derecho por parte de los jueces; concepción del derecho no como un fin sino como medio para alcanzar objetivos sociales; actitud científica dirigida a la observación de hechos, separada de su respectiva valoración (precisamente esta separación será fuente de fuertes críticas en contra a los realistas); y finalmente, una crítica a los conceptos jurídicos y a las normas entendidas en sentido tradicional, hasta llegar a la afirmación según la cual estas últimas no son más que "profecías" de lo que los tribunales harán (retomando la conocida afirmación del juez Holmes). (Castignone, 2007, pp.178-186)

Ahora, concluye en algo muy importante y, es que “no existe un derecho, o un conjunto de reglas jurídicas, anteriores a las decisiones de los tribunales” (Castignone, 2007, p.180). La idea de Llewellyn, se soportada en que las instituciones jurídicas se actualizan a través de la resolución de casos difíciles, lo cual influye sobre el concepto de los DF, y para ello está el cuarto capítulo. Por tanto, la interpretación constitucional cumple con esta tarea de actualizar el derecho, y por esa razón, son decisorias las líneas jurisprudenciales. De otro lado, está el Legislativo que, a través de la libertad de configuración (principio democrático), cumple con el objetivo de actualizar el derecho, pero a un ritmo más lento, al que se expone en la jurisprudencia. De otro lado, respecto de la previsibilidad de cómo se resuelven los casos, ahí entra a jugar, el concepto de los DF, puesto que sabiendo qué son, se puede anticipar un resultado supeditado a las variables de cada caso (contingencia). Pero el punto a destacar, gira en torno a que la previsibilidad de las decisiones judiciales que, juega un papel muy importante

sobre el concepto que se tenga del Derecho, y de los DF, ya que estas dos conceptualizaciones marcan un derrotero decisivo para el sistema jurídico.

Scott J. Shapiro, profesor de la universidad de Yale, precisamente plantea la pregunta ¿qué es el Derecho? Él lo considera muy abstracto. Sostiene que los problemas más acuciantes de los juristas no pueden resolverse, hasta tanto no se responda a esta gran pregunta filosófica, dado que el Derecho no puede comprenderse, simplemente en términos de reglas, sino que la mejor comprensión de los sistemas jurídicos, se logra —dice— cuando se los concibe como herramientas altamente sofisticadas y complejas para crear y aplicar planes (Shapiro, 2014, pp.159-ss.). Desde la perspectiva positivista, la moral y el Derecho son dominios diferentes, cada uno con sus correspondientes reglas fundamentales, afirma (Shapiro, 2014, p.159). En el caso del Derecho, las reglas satisfacen los criterios de validez jurídica y, estos criterios solo pueden descubrirse mediante observaciones empíricas, en las comunidades jurídicas relevantes. “Identificar las reglas jurídicas válidas requiere conocer qué piensan, pretenden, afirman, etc., los funcionarios públicos”. (Shapiro, 2014, p.160)

Para el positivismo es irrelevante que esos criterios de validez sean moralmente ilegítimos, o que consagren reglas indeseables (Shapiro, 2014). Y, “con independencia de sus méritos, el Derecho solo es, lo que ciertas personas piensan, pretenden, afirman y hacen por aquí” (Shapiro, 2014). Este es el punto de partida de su propuesta, así encuentra varias deficiencias con el positivismo. Su estrategia consiste en mostrar que existe otro ámbito, cuyas normas solo pueden descubrirse mediante la observación social, no moral, este es el ámbito de los planes (Shapiro, 2014). Las condiciones de existencia del Derecho son las mismas que las de los planes, porque las reglas fundamentales de los sistemas jurídicos son planes (Shapiro, 2014). En este punto, atendiendo a estas ideas, los derechos pueden considerarse reglas fundamentales

de los sistemas jurídicos y, así los DF, son planes dado que, su función consiste en estructurar la actividad jurídica que, solo se podría determinar sociológicamente (Shapiro, 2014). Para Shapiro, entender que las normas jurídicas fundamentales son planes, no sólo vindica la concepción positivista, sino que ofrece una solución convincente a la paradoja respecto de cómo es posible la autoridad jurídica, porque la persistencia de las reglas fundamentales del derecho, se fundan en la capacidad que tienen todos los individuos de adoptar planes. Esta potestad no está conferida por la moral, señala (Shapiro, 2014, pp.160-161). La actividad jurídica es entonces un plan social (Shapiro, 2014, p.161). Para Shapiro, los planes guían y organizan nuestro comportamiento, a lo largo del tiempo, lo que nos permite alcanzar fines que, de otro modo, podríamos no conseguir. Los planes son “entidades proposicionales abstractas que exigen, permiten o autorizan a los agentes actuar, de ciertas maneras en ciertas circunstancias” (Shapiro, 2014, p.169). La actividad jurídica es una forma de planificación social. Las reglas jurídicas son planes generalizados o normas similares a los planes, emitidas por quienes están autorizados a planificar por otros (Shapiro, 2014, pp.200-201). El plan maestro es la Constitución. No obstante, como *paradoja de la autoridad* intenta demostrar que “la autoridad jurídica es imposible” (Shapiro, 2014, p.226). Esto porque la autoridad jurídica tiene que ser conferida por normas jurídicas; sin embargo, las normas jurídicas deben ser creadas por la autoridad jurídica (Shapiro, 2014). Y, así Shapiro plantea su tesis del fin moral: “el objeto fundamental de la actividad jurídica es solucionar las deficiencias morales de las circunstancias de la legalidad” (Shapiro, 2014, p.265). Bajo estos postulados el positivismo jurídico se compromete con la idea de que el Derecho es una cuestión de hechos sociales exclusivamente, nunca de hechos morales, dado que “un juez no puede basarse en ningún hecho moral al decidir un caso, solamente los hechos sociales son relevantes, ya que solo ellos determinan el contenido del derecho”. “Un juez positivista no puede basarse en

la filosofía moral para resolver disputas.” (Shapiro, 2014, p.301) Por consiguiente, el razonamiento moral está presente, de un modo más obvio, en los casos del *common law*. (Shapiro, 2014, p.302)

Las ideas expuestas de Shapiro, desde otro punto de vista, le ayudan a esta investigación a aclarar lo qué son los DF porque, presenta una visión totalmente descolgada del iusnaturalismo y el positivismo, pues le atribuye al Derecho una función social que, se traslada a esos derechos. Por ejemplo, los DF también, se consideran hechos sociales relevantes porque, éstos determinan su contenido fáctico. Es decir, son planes que se corresponden con la observación social, que no morales, siendo ésta la función primordial de los sistemas jurídicos. Los DF hacen parte de toda esa actividad jurídica, pero adoptados como un plan social que permite alcanzar fines de ese tipo.

De lo analizado hasta aquí, iusnaturalismo, positivismo y realismo, la investigación ha ido identificando las variables para los debates que afrontan los DF, así mismo, las innumerables dificultades teóricas y el contraste entre los distintos enfoques jurídicos. Cada autor, incluso ubicado en un mismo enfoque o tendencia, representa una idea que, en la mayoría de los casos, no concuerda con la de su antecesor. Ahora, el paso es internarse en los derechos subjetivos teniendo en cuenta que, uno de los principales datos del concepto de los DF es que son derechos subjetivos.

4. Derechos subjetivos

Los DF se conciben como derechos subjetivos, a pesar de que, no hay claridad sobre este concepto (admite diferentes interpretaciones). Ahora, el acápite de los derechos subjetivos se ubica en el enfoque positivista, pues para su exigibilidad, los DF requieren como supuesto, una norma de derecho positivo (Estado de derecho). Para corroborar esta afirmación, la investigación

se interna en la doctrina de los derechos subjetivos, pues esta expresión equivale a que los derechos se consideren posiciones jurídicas exigibles a favor del ciudadano y, claramente, esa condición coincide con una de las características necesarias de los DF. Ahora bien, se expone que ciertos derechos no adquieren el calificativo de fundamentales porque, su protección se logre exclusivamente por vía judicial, sino que la exigibilidad está más relacionada con el origen y con su naturaleza. Es decir, la investigación postula que los DF y los derechos subjetivos comparten ciertas características que, los hacen exigibles ante los tribunales. Sin embargo, los DF cuentan con un ingrediente adicional que, no tienen los subjetivos y que poco a poco, se irá aclarando dentro del presente trabajo, pues existen derechos que, sin ser considerados fundamentales, también, son exigibles por vía judicial. Por consiguiente, lo que caracteriza a los derechos subjetivos es que su titular ostenta una posición jurídica de defensa de sus intereses, para exigirlos ante los tribunales. Sin embargo, son necesarias ciertas precisiones. En primer lugar, la exigibilidad de los derechos subjetivos se basa en la consagración de los derechos, en una norma de derecho positivo. Por tal motivo, constituyen también un deber jurídico. En segundo lugar, esa posición jurídica se complementa con normas jurídicas que provienen de los Tribunales que, también consagran derechos subjetivos. En tercer lugar, es consecuente con esta idea, el que la protección de los DF en principio se logre, a través de, las acciones ordinarias. Y, en cuarto lugar, los DF se consideran derechos subjetivos reforzados dado que, el constitucionalismo contemporáneo les provee un amparo adicional, una protección judicial superior para cuando las acciones ordinarias no logren la eficacia normativa. Es el caso de la acción de Tutela en Colombia.

Ahora, el concepto de los derechos subjetivos admite diversas interpretaciones. Una de ellas, podría entenderse como una acción procesal que, no se remite exclusivamente a la

naturaleza de los derechos. En este escenario, la idea de deber jurídico despliega toda su influencia sobre el concepto de derechos subjetivos. Así, aunque se afirma que los DF son obligaciones jurídicas subjetivas, en términos deónticos de mandatos, permisiones o prohibiciones, el concepto se puede ubicar en términos de una acción judicial.

Por ejemplo, para Norberto Bobbio (1991) la palabra derecho (*Right*) solamente tiene el sentido de derecho subjetivo (p.20). Este autor está de acuerdo con aquellos para quienes el <derecho> es una figura deóntica que, tiene un sentido preciso, sólo en el lenguaje normativo (Bobbio, 1991).

Borowski (2003) por su parte, señala que “lo característico de los derechos subjetivos es la posibilidad de que su titular, los haga efectivos ante los tribunales” (p.42) Kelsen (1985) por su parte advierte que “el deber jurídico, no es otra cosa que, la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado” (p.121) Sin embargo, afirma Kelsen (1985), no toda norma al establecer un deber y una correlativa responsabilidad jurídica crea un derecho subjetivo porque el establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo (p.121). Para Kelsen (1985) hay derecho subjetivo “cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de la voluntad, querrela o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito”. (p.122) Dicho de otro modo, para Kelsen (1985) hay derecho subjetivo, cuándo una norma jurídica, coloca al individuo en posición de defender sus intereses, que es lo que crea un derecho subjetivo a su favor. Agrega que esta técnica no es utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista, la cual, dice, aparece desarrollada en forma completa, en el ámbito del derecho privado y en algunos sectores del derecho administrativo Kelsen (1985). Sin embargo, más adelante en Kelsen (1985) desaparece el dualismo derecho objetivo-derecho subjetivo, bajo

el entendido que este último, no es más que un aspecto del primero, o sea, del derecho objetivo que dirige una sanción contra un individuo determinado (pp.122-123).

Kelsen (1985) también admite la posibilidad de otros derechos denominados subjetivos que, no se ejercen por una manifestación de voluntad que, tiende a la aplicación de una sanción. Así, pone de ejemplo el ejercicio de los derechos políticos, definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación del Estado (p.123). En esta posibilidad, encajan los DF, en los cuales, el accionante no persigue fines sancionatorios o económicos, sino otro tipo de fines, como, por ejemplo, el pleno ejercicio de un derecho, reivindicarlo o recibir algunos beneficios.

Alexy (1993), por su parte, señala que “la discusión sobre el concepto de derecho subjetivo no ha conducido a ningún consenso” (p. 173). Recuerda que los DF y la dogmática jurídica son disciplinas tridimensionales que tratan cuestiones normativas, empíricas y analíticas (Alexy, 1993). Por ese motivo, las cuestiones ético-filosóficas y jurídico-dogmáticas pueden jugar un papel en la dogmática de los DF.

Alexy (1993) menciona que:

La diferencia entre las cuestiones ético-filosóficas y jurídico-dogmáticas consiste en que, en el caso de las últimas, de lo que se trata es de saber qué es lo que vale en un sistema jurídico mientras que en las primeras pueden ser planteadas independientemente del sistema. (p.174)

Entonces, cuando se pregunta si un individuo tiene un determinado derecho subjetivo, se trata de una cuestión jurídica-analítica, señala Alexy (1993). Ahora, si el problema es saber si una norma confiere, o no, un derecho subjetivo, es un problema normativo (Alexy, 1993, p.175). De modo que, siguiendo a este autor, el problema de si los DF confieren, o no, derechos

subjetivos es un problema normativo que, surge de una norma, puesto que las cuestiones empíricas se refieren a los argumentos históricos y teleológicos de los DF (Alexy, 1993, p.176).

Alexy (1993) señala que, en una teoría estructural de los DF, lo que importa son las cuestiones analíticas y allí, tiene importancia la distinción entre norma y posición dado que “una norma es aquello que expresa un enunciado normativo” (p.177). Y si este enunciado es correcto, es decir, si vale la norma individual expresada por alguien, este individuo se enfrenta al Estado en una posición de, por ejemplo, profesar el derecho libre de asociación. Este sería el caso del artículo 38 de la Constitución de Colombia de 1991, que “garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad”.

Cuando Alexy (1993) se refiere a “los derechos subjetivos, se entienden como posiciones y relaciones jurídicas”. Para Alexy (1993) se distinguen: (a) razones para los derechos subjetivos, (b) derechos subjetivos como posiciones o relaciones jurídicas y (c) la imposibilidad jurídica de los derechos subjetivos, pues:

La distinción insuficiente entre estas tres cosas es una de las causas esenciales de la interminable polémica del concepto de derecho subjetivo que, sobre todo lleva a cabo entre las diferentes variantes de la teoría de los intereses y la de la voluntad. (pp.178-183)

Para Alexy (1993), la polémica sobre los derechos subjetivos se entiende así:

Los polos alrededor de los cuales gira la polémica sobre los derechos subjetivos son formulados con absoluta precisión por Jhering: dos son los elementos que constituyen el concepto del derecho, como sustancial, en el que reside el fin práctico del mismo, es decir, la utilidad, la ventaja, ganancia, que ha de ser proporcionada por el derecho, y uno formal que se comporta con respecto a aquel fin meramente como medio, es decir, la protección del derecho, la demanda. (p.179)

Sanchís (1990) sobre el problema de los derechos subjetivos formula las siguientes preguntas: ¿Qué clase de derechos son los DF? y ¿generan algún tipo de relación jurídica específica? Cuando se refiere a Kelsen, en cuanto para él, la mayor parte de los derechos subjetivos podrían explicarse como meros <<reflejos>> de obligaciones jurídicas (pp.75-80).

Sanchís (1990) anota que:

Si la expresión derecho subjetivo había de conservar algún significado no era para referirse al objeto protegido, sino más bien para aludir a una acción procesal, esto es, a la posibilidad reconocida al individuo de poner en marcha la coactividad estatal en orden a ver satisfecha una pretensión incumplida, pretensión que constituye el contenido del llamado derecho reflejo. (pp.75-80)

Sanchís (1990) recurre al esquema difundido por Hohfeld, en cuanto este autor tuvo el mérito de mostrar que, entre lo que habitualmente se denomina derecho subjetivo y obligación jurídica, no existe una relación unificada y siempre idéntica “sino una gama de posibilidades bastante compleja”. (pp.75-80)

Habermas (2010) que no es un positivista, le interesa a esta investigación porque, desde otra óptica, destaca el papel central que representa el concepto de derecho subjetivo. Este autor señala que:

Para la comprensión moderna del derecho, el concepto de derecho subjetivo desempeña, como hemos visto en el primer capítulo, un papel central. Se corresponde con el concepto de libertad subjetiva de acción: los derechos subjetivos (en inglés *Rights*) fijan los límites dentro de los que un sujeto está legitimado para afirmar libremente su voluntad. Tales derechos definen iguales libertades de acción para todos los individuos, entendidos como portadores de derechos o personas jurídicas (pp.147-ss.). Son derechos judicialmente accionables (p.150). Y conforme a

esta concepción, los derechos subjetivos son derechos negativos que protegen ámbitos de acción individual al fundamentar títulos o pretensiones, judicialmente accionables, concernientes a exigir la omisión de las intervenciones no consentidas en la libertad, la vida la propiedad de uno. En esta esfera sometida a protección jurídica, la autonomía privada queda asegurada sobre todo a través del derecho a concluir contratos y a adquirir propiedad, o a alinearla, o a trasmitirla. (p.150)

Los derechos subjetivos, se consideran desde Windscheid, advierte Habermas (2010) “como reflejos de un orden jurídico que trasfiere a los individuos el poder o soberanía de la voluntad que el objetivamente encarna: <un derecho es un poder, soberanía o dominio de la voluntad, conferido por el orden jurídico>” (p. 151) y alude a la siguiente paradoja:

Hemos partido de la historia de la dogmática de los derechos subjetivos, a fin de hacernos cargo con claridad de la paradoja del nacimiento de la legitimidad a partir de la legalidad; hemos desarrollado además una lectura del concepto de autonomía en términos de teoría del discurso que permite reconocer la conexión interna entre derechos del hombre y soberanía popular. (p.184)

Como se puede apreciar, no hay nada definitivo en relación con los derechos subjetivos. Entonces, si se considera que los DF son derechos subjetivos, también se podrían interpretar desde diferentes puntos de vista, por ejemplo: (i) como el poder que emana de una norma jurídica, (ii) del objeto protegido, (iii) de un deber jurídico y (iv) de la acción judicial propiamente dicha que, ubica a la persona en una posición jurídica de defensa de sus intereses, frente al Estado. Así, los derechos subjetivos se relacionan con todas las formas de coactividad judicial que protegen derechos o, como lo señala en su prólogo, el profesor Arango (2004), y para quien este concepto, también expresa “una visión pragmatista del derecho, a una concepción integral y relacional de los derechos” (p.25) donde se pueden distinguir tres características: “(i)

una norma jurídica, (ii) una obligación jurídica de otro derivada de esta norma, y (iii) un poder jurídico para la consecución de intereses propios reconocidos al sujetos (es decir, una posición jurídica)". (Arango, 2004, pp.8-9)

El concepto de los DF está altamente influenciado por los derechos subjetivos. Es decir, se trata de una de las posibles características necesarias del concepto de los DF. Sin embargo, hay que actuar con reserva pues, no existiendo consenso, como lo reconoce el profesor Alexy (1993, 2005), los análisis de la jurisprudencia del capítulo cuarto deberán orientarse a interpretar, cuál es la postura de la Corte colombiana, respecto a esos derechos subjetivos, ya que se trata de identificar una de las características que se consideran necesarias en los DF (exigibilidad judicial). Así, al trabajo también le corresponde concentrarse en el concepto de derechos subjetivos, por tratarse de un concepto debatido en alto grado y sobre el cual no hay acuerdo en la doctrina. Los derechos subjetivos están ligados a los DF, y en tal sentido, hace parte del objetivo principal de esta investigación.

5. Derechos a protección

De acuerdo con Doménech (2006), se trata de una categoría de los derechos subjetivos exigibles ante los Tribunales. Su primer elemento definitorio es la condición de fundamentales, y esa es la razón, por la cual, hacen parte de esta investigación (p.69). Su análisis, se justifica dado que, su característica principal es consagrar obligaciones positivas del Estado, y este tipo de obligaciones son muy influyentes en el desarrollo del concepto de los DF en un Estado social, constitucional y democrático de Derecho. Por tal motivo, el problema jurídico también los comprende; la interpretación de lo qué son los DF, se refiere, no solo a los llamados derechos de primera generación, sino que, abarca las diferentes facetas de los derechos, positivas o negativas, y

respecto de todas las generaciones, como con detalle se podrá observar en la jurisprudencia del cuarto capítulo. Así, en lo que concierne a las obligaciones positivas del Estado, se considera que son de aquellas facetas que en mayor grado han contribuido a desarrollar la idea de fundamentalidad de los derechos constitucionales. ¿Qué son? Es decir, son aquel tipo de obligaciones que, según la contemporánea tendencia de tipo social, obligan a los Tribunales Constitucionales a pronunciarse sobre la fundamentalidad en los derechos. La razón está dada porque casi siempre, las obligaciones positivas no se consagran en los catálogos de DF, tal como ocurre en Colombia. Por tanto, esa falta de consagración es la que ha hecho que los Tribunales se pronuncien reiterativamente para afirmar o negar la fundamentalidad de cierto tipo de obligaciones. Este fenómeno no ocurre —por sustracción de materia— con los derechos que explícitamente se consideran fundamentales. Del mismo modo, se percibe que en la práctica jurídica, las obligaciones positivas del Estado de tipo social redoblaron la carga argumentativa de los Tribunales Constitucionales.

Expuesto lo anterior, esta expresión derechos a protección designa “los derechos subjetivos establecidos en la Constitución tutelables judicialmente frente a cualesquiera poderes públicos, aun a falta de ley que los reconozca o a pesar de disposición legal en contrario” (Doménech, 2006). “Son los derechos que al Estado le imponen obligaciones positivas, lo que algunos autores alemanes designan como derechos fundamentales a prestaciones” (Doménech, 2006, pp.69-70).

Doménech (2006) plantea una distinción entre derechos prestacionales y los defensivos. Esa diferenciación es oportuna porque, como se intentará comprobar en el capítulo cuarto, el concepto de los DF se desarrolla, principalmente, por la injerencia cada vez más, de este tipo de derechos en el constitucionalismo moderno. Los primeros, imponen obligaciones positivas de

hacer o de dar, los segundos, negativas de no hacer o, de abstención (Doménech, 2006, p.70). No obstante, se trata de una distinción que depende de cada caso, en ese campo, el autor señala que al Estado le corresponde la protección de la vida mediante el establecimiento del código penal, pero una vez expedido, desaparecen ese tipo de obligaciones y éstas se transforman en obligaciones negativas, es decir, significa que al no despenalizar el asesinato es una obligación de abstención, y así es que surgen una gama de situaciones que se pueden ubicar como derechos prestaciones y/o defensivos, según sea la posición que adopte el intérprete. Bajo esta distinción, el concepto de los DF comprende tanto las obligaciones negativas (o de abstención) y obligaciones positivas, con todas sus variables y tendencias. Se trata de un concepto omnicomprendivo que se refiere a estas dos perspectivas, esta afirmación es válida cuando se intenta conceptuar qué son esos derechos. El profesor Alexy (1993) señala que “los derechos a prestaciones, en sentido estricto, son derechos del individuo frente al Estado a algo que —si el individuo poseyera medios suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente — podría obtenerlo también de particulares” (pp.482-483). También distingue entre derechos a prestaciones, explícitamente estatuidos y, derechos a prestaciones adscritos interpretativamente (Alexy, 1993). Así justifica “llamar a todos los derechos a prestaciones en sentido estricto "derechos sociales fundamentales" y distinguir de esa categoría, entre los explícitamente estatuidos y los interpretativamente adscritos” (Alexy, 1993, p.483)

Se trata, por consiguiente, de derechos subjetivos, referidos a las obligaciones positivas del Estado. Tal y como lo reafirma Arango (2004) “los derechos sociales fundamentales son derechos fundamentales, es decir, derechos subjetivos con un alto grado de importancia”. (p.37)

Así las cosas, desde el punto de vista normativo, se puede afirmar que, en el sistema jurídico concurren diversos sistemas de protección, tal es el caso de las normas de los códigos

penales, las normas de seguridad social, laboral, de vivienda, comercio, responsabilidad civil, libertad personal, seguros, entre otros. Este tipo de normas varían, dependiendo de la posición de la persona o, del enfoque del intérprete, siendo perceptible que, los derechos a prestación u obligaciones positivas del Estado —en un Estado social, constitucional y democrático de Derecho—, en el último tiempo, han contribuido, en alto grado, a la producción de jurisprudencia útil para verificar, cómo ese tipo de obligaciones positivas, influyen sobre el concepto de los DF. Ahora, si la jurisprudencia sobre los derechos a protección marca una tendencia, frente a las obligaciones negativas, significa que existen varios problemas asociados al cumplimiento de ese tipo de obligaciones positivas, lo cual se refleja sobre el concepto de los DF, dado que esa diferenciación entre obligaciones de abstención y obligaciones positivas del Estado es muy relevante para comprender las diferentes facetas de los derechos.

6. Conclusiones

El enfoque positivista ofrece tres tipos de conclusiones:

1. La primera, se relaciona con el **positivismo normativista**. Los DF son los que establecen el órgano competente, mediante un procedimiento establecido de acuerdo con la libertad de configuración del Legislador (conformidad con el órgano competente). Son derechos por fuera de cualquier consideración dogmática esencialista que, no se fija tanto, en la eficacia normativa (ámbito sociológico). Se consideran fundamentales, los derechos cuando están en un catálogo. Se trata de un concepto separado de la metafísica, son los que objetivamente consagra una norma jurídica. Ahora, este criterio no especifica, ni suministra mayores datos acerca de la fundamentalidad de los derechos (en qué consisten, o qué son). El criterio de validez está dado por la seguridad jurídica, es decir, la legalidad conforme al ordenamiento. Este concepto de los

DF se aparta totalmente de las explicaciones y de los dogmas religiosos y morales, surgiendo como reacción contra el Iusnaturalismo.

2. La segunda, se deriva del **realismo jurídico**. El realismo, por el contrario, se concentra en los hechos, en la realidad. De tal manera que, los DF son aquellos que alcanzan los fines, las transformaciones y las metas sociales, es decir, son aquellos que logran eficacia social y su validez está dada por la comprobación empírica de esas transformaciones (empirismo). Para este enfoque, el concepto de los DF tiene como impronta la eficacia social, teniendo en cuenta el punto de vista de cada uno de los autores realistas. Este enfoque, también, constituye una reacción, y una crítica muy fuerte, al positivismo normativista del que se nutre, y que también, desecha el debate dogmático esencialista del iusnaturalismo. Esta corriente se interesa en la capacidad que tienen las normas, para incidir en la vida social y, generar transformaciones en ese campo. Por ese motivo, este enfoque plantea cómo se resuelven los casos cotidianos porque, se basa precisamente en este tipo de hechos. De tal manera que, este Derecho permite hacer predicciones, también considera las normas, en tanto planes y, de otro lado, también, se concentra en el estudio de las controversias y, cómo las resuelven los encargados. Estos parámetros fácticos son los que actualizan al Derecho. Por tal motivo, las decisiones de los jueces crean Derecho. Este es eficaz, en la medida en que, obtenga beneficios para la sociedad. El Derecho está en los hechos y en la vida social, en lo cotidiano. En tal sentido, los conceptos jurídicos reflejan la realidad de las cosas, es decir, la vida como es. Este enfoque igual, acepta que, el Derecho está en pleno movimiento, porque la sociedad va más de prisa que el Derecho. Ahora, un punto conclusivo es que, los diferentes autores de esta corriente plantean conceptos y puntos de vista con notables diferencias. Por lo tanto, el concepto de los DF depende del autor que se escoja.

3. La tercera conclusión se refiere **al alto grado de influencia de los derechos subjetivos sobre el concepto de los DF**. ¿Qué son? Este concepto se asocia al de obligación jurídica, y también al de la exigibilidad judicial, pero su conceptualización no es unívoca, ni está consensuada en la doctrina porque, también, depende del enfoque de cada autor. Estos fenómenos hacen que el concepto de los DF varíe, a partir de lo que se considere por derechos subjetivos. Sin embargo, por derecho subjetivo, en alguna parte de la doctrina, se entiende como toda posición jurídica de defensa de la persona frente al Estado, que lo legitima para exigir el cumplimiento de deberes ante los Tribunales. Su principal característica está dada en que son derechos tutelables judicialmente. No obstante, también existe la posibilidad que, no todos los derechos subjetivos, se consideran fundamentales, pues algunos no están protegidos por la acción de Tutela, sino por las acciones ordinarias.

Capítulo III. Los derechos fundamentales desde el enfoque axiológico

“En el derecho, de lo que se trata es de qué es lo debido. Esto habla a favor del modelo de los principios”.

(Alexy, 1993, p.147)

1. Introducción

El enfoque axiológico supone un concepto diferente de los DF, a los expuestos anteriormente en los capítulos uno y dos. Esta perspectiva, se basa en la axiología y, en la teoría de los principios. Los derechos son principios y éstos, colisionan entre sí; este tipo de conflictos se resuelven, a través de la ponderación. Los DF son relativos e intervenibles, proporcionalmente. Ese contraste que genera, este enfoque, lo convierte en uno de los objetivos específicos de este trabajo y, así el objetivo del actual capítulo consiste en analizar la pretensión de corrección del Derecho. Desde la axiología jurídica, se estudia qué tipo de valores son los que harían más correcto el Derecho, dado que el concepto los DF, en el modelo axiológico, se basa en esa pretensión de corrección, es decir, en la discusión sobre cuáles son los valores que, harían mejor el Derecho; de la relación entre la moral y el Derecho, entre el Derecho como es (positivismo) y el derecho como debe ser, según los valores de la moral y la justicia (axiologismo). Se trata realmente de analizar una reacción contra el positivismo formalista normativista y quizás, una vuelta hacia ciertas tendencias iusnaturalistas. La corrección, es en el fondo de tipo moral dado que, la axiología aboga por un derecho justo. También comprende el estudio de los principios, en este contexto, las normas sobre DF son normas tipo principio y, esa característica los hace relativos y limitables a través del principio de proporcionalidad.

El trabajo del presente capítulo consiste en revisar la relación del concepto de los DF, con la teoría de los principios y los valores; también su forma de aplicación, a través de la ponderación, de donde también, surge un concepto acerca de lo que son, esos derechos. Estos son mandatos de optimización, esta postura ha recibido varias objeciones provenientes de otras tendencias ideológicas que, también son muy influyentes sobre los derechos y, en especial, sobre su concepto. Así se destacan los derechos morales. Un concepto relativizado de los DF puede aparecer como un concepto débil, en el campo de los derechos, según algunos críticos. Estas objeciones son muy importantes porque mantienen vivas las discusiones sobre los DF. De otro lado, si los DF son intervenibles, a través del principio de proporcionalidad, esta aplicación supone el estudio de la teoría relativa del núcleo esencial dado que es muy aplicada para intervenir los DF en la jurisprudencia constitucional contemporánea.

2. La pretensión de corrección del Derecho

La pretensión de corrección del derecho es de tipo moral y una exigencia de justicia. Al respecto Alexy (2008) resalta que “la inclusión de la moral en el derecho ayuda a resolver algunos problemas, pero crea también varios inconvenientes que sería posible sortear si se siguiera la tesis positivista de la separación”. (p.47). Esta pretensión se presenta como una reacción contra el positivismo formalista normativista, dado que en este tipo de positivismo “la sustancia, los conceptos iusnaturalistas que querían desterrar, se hacían en nombre de la ciencia” (Castignone, 2007, p.33). El profesor Villar Borda (2009) recuerda que:

La barbarie del nacional-socialismo, hecha a nombre de la ley, llevó a un serio cuestionamiento a la tesis positivista, una vez restablecido el orden democrático y el Estado de derecho con la derrota del fascismo. La idea Kelseniana de que toda norma legal es derecho, sin consideración a su contenido, fue duramente combatida en la posguerra, y al positivismo se le

adjudicó no poca responsabilidad en la legitimación de la dictadura (la ley es la ley) como en la deplorable conducta de la abrumadora mayoría de los juristas alemanes, incluidos algunos de elevada categoría intelectual. Para algunos juristas el problema quedaba resuelto al diferenciar la obligatoriedad y el deber de obediencia, en dos órdenes normativos distintos, el Estado totalitario y el del Estado democrático. (p.12)

El enfoque axiológico, desde la perspectiva que presenta Villar Borda (2009) tiene antecedentes históricos en contra del nacionalsocialismo. (pp. 14-19)

Radbruch (2009) señala que, mediante dos principios el nacionalismo supo encadenar a sus adeptos: los soldados de una parte, y los juristas, de otra, cuando pregona que “orden es orden y ley es ley” (pp.25-41). Así, como expresión del pensamiento jurídico positivista “legalidad injurídica era, en consecuencia, igual que derecho supralegal, una contradicción en sí misma” o ampliando la idea a “legalidad, búsqueda de la equidad, seguridad jurídica, son las exigencias de una justicia” (Radbruch, 2009, pp.25-26).

El positivismo, dice Radbruch (2009), en su convicción de que ley es ley, dejó a los juristas alemanes inermes, frente a las leyes arbitrarias y de contenido criminal. Por ello, “el positivismo, no está en absoluto, en condiciones de fundamentar su propia fuerza de validez de las leyes. Con el poder podrá quizás fundarse una obligación, pero jamás un deber y una obligación”. (p.33) Y, agrega un dato que, le ayuda a la presente investigación a entender el naciente axiologismo, y es que la “seguridad jurídica, no es el único y decisivo valor que, deba realizar el derecho. Junto a la seguridad jurídica se colocan otros dos valores: conveniencia y justicia”. (Radbruch, 2009, pp.33-34)

De tal modo, Radbruch indica que:

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debió resolverse con la primacía del derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto e

inconveniente, a no ser que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable, que deba considerarse "como falso derecho" y ceder el paso a la justicia. (pp.34-35)

De lo expuesto hasta aquí, sobre la pretensión de corrección del derecho, es manifiesto el giro ideológico que repercute sobre lo qué son los DF. En este giro conceptual, los DF adquieren una connotación diferente a la del derecho positivo, incluyendo al realismo jurídico, pero tampoco es muy diferenciable, respecto del iusnaturalismo. Ahora, frente al falso derecho de Radbruch (2009), no es claro ¿qué se entiende por una medida tan insoportable? Así, dice que “frente a la arbitrariedad legal de los doce años pasados, debemos buscar la realización de las exigencias de la justicia, con el mínimo posible de sacrificio, para la seguridad jurídica”. (p.37)

Entonces, acompasa dos ideas:

- (i) la de seguridad jurídica y,
- (ii) la de la justicia, como valores de toda, la actividad judicial.

Así, la seguridad jurídica es parte de la misma justicia. Esta por sí misma, es una idea de la justicia.

Sobre lo justo, se recuerda a Ross (1969), quien se refiere al derecho natural, y señala que, en el concepto de Derecho está implícita la idea de justicia y, esto significa que, ningún orden puede ser reconocido como jurídico, si no encarna esos principios, que la ausencia de estos valores hace que, se trate como a un régimen *gánster*, careciendo de “validez o fuerza obligatoria”. (Ross, 1969, p.15) Así las cosas, “un orden jurídico, por lo contrario, está investido de validez o fuerza obligatoria precisamente porque se funda en la idea de justicia” (Ross, 1969)

Rawls (2012) es conocido por exponer que:

La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad de los sistemas de pensamiento. Una teoría por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes o instituciones estén ordenadas y sean eficientes: “si son injustas han de ser reformadas o abolidas”. Es por la razón anterior, por la que la justicia niega que, la pérdida de libertad para algunos se vuelva justa, por el hecho de que, un mayor bien es compartido por otros”. (p.17)

De tal manera, dice Rawls (2012) que “los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales”. Estas ideas, constituyen otros ingredientes para el concepto de los DF. El nuevo giro ideológico ofrece un concepto de los DF que no se basa en la seguridad jurídica del positivismo, sino que, tiene en la moral y la justicia sus valores centrales. Por ello, la inclusión de la moral y la justicia reabren el Derecho a un debate más amplio, por cuanto son conceptos que también requieren concreción, porque una tal indeterminación, frustraría una conceptualización adecuada y correcta de los DF. El profesor Alexy (1994), al responder sobre cuál es el concepto correcto de Derecho, señala que se tienen que relacionar tres elementos: “el de la legalidad conforme al ordenamiento, el de la eficacia social y el de la corrección material”. (pp.22-ss.) Al respecto de la legalidad, señala Alexy (1994) conforme al ordenamiento, responde al criterio de validez del positivismo formalista normativista; sobre la eficacia social, menciona que corresponde al pensamiento del realismo jurídico (sociológico). Entonces, la atención de esta investigación queda centrada en el tercer elemento, esto es, la corrección material. Por consiguiente, Alexy (1994), quien no concede ninguna importancia a la legalidad conforme al ordenamiento, y a la eficacia social y tan solo, le apunta a la corrección material, obtiene un concepto de derecho iusnatural o iusracional. Y, al contrario, es positivista quien excluya la corrección material y, sólo le apunte a la legalidad

conforme al ordenamiento, y/o a la eficacia social. Ahora bien, el punto de discusión está dado por las tesis de separación de la moral y el derecho y, la de vinculación. Una y otra indican el campo de acción de los juristas. La tesis de la corrección se acoge a la perspectiva iusnaturalista. El punto es que se vuelve algo irreconciliable el hecho que los positivistas defiendan “un orden normativo coactivo” y que los iusnaturalistas “un orden moral” vinculado con el Derecho. Siguiendo estas directrices, este fenómeno se traslada a los DF o sobre lo qué son, ya que, los cambios de un enfoque a otro son radicales, incluso entre autores de un mismo enfoque, por cuanto estas diferencias inciden en toda conceptualización. Nótese, por ejemplo, que el criterio axiológico se suma al iusnaturalista, por su afinidad con la moral y la justicia, pero están separados por el positivismo y el realismo. Por ese motivo, un concepto de los DF deberá considerar los tres enfoques, dado que hay razones históricas para no rechazar alguno. Las razones, serían las siguientes: (i) La pretensión de corrección del derecho conduce a un concepto ético de validez, y de acuerdo con Alexy (1994) se trata de “una norma (que) vale moralmente cuando está moralmente justificada. A las teorías del derecho natural y racional subyace un concepto ético de validez”. (p.88)

Alexy (1994) agrega que:

La validez de una norma del derecho natural o del derecho racional no se basa, ni en su eficacia social, ni en su legalidad conforme al ordenamiento, sino exclusivamente en su corrección, que ha de ser demostrada a través de una justificación moral. (p.88)

(ii) En segundo lugar, ésta primera afirmación conduce a la norma fundamental de Kant. Esta norma precede a las leyes positivas y, con ello, se fundamenta la competencia del legislador para dictarlas, de ahí emana su validez, dice Alexy (1994). “La diferencia decisiva con respecto a

Kelsen consiste en que la norma fundamental de Kant no es solamente un presupuesto epistemológico sino una <<ley natural>>”. (p.116)

(iii) La fundamentación de Kant está dada por la necesidad del derecho positivo (Alexy, 1994, p.117). Añade Alexy (1994), que esta fundamentación se encuentra en la “tradicón de las teorías del contrato social” (sobre este contrato se expuso en el primer capítulo). Y que el elemento constitutivo de estas teorías está en la distinción, entre el estado de naturaleza, y un estado jurídico o estatal, al que Kant llama <<civil>>. “La diferencia decisiva con respecto a Kelsen consiste en que la norma fundamental de Kant no es solamente un presupuesto epistemológico sino una <<ley natural>>”. (Alexy, 1994, p.116)

“Según Kant, en él existen ya los derechos basados en la razón. Sin embargo, ellos no están asegurados en el estado de naturaleza. Por lo tanto, a fin de asegurarlos, la razón exige el paso al estado civil o estatal”. (Alexy, 1994, p.117)

Como se puede apreciar, según la posición kantiana recogida por Alexy (1994) se percibe que el ciclo del Derecho actúa en forma circular, por cuanto, se vuelve al capítulo primero; los derechos sí inician en el iusnaturalismo y, especialmente con el iusracionalismo (la razón), y el positivismo, se enfrenta a la corriente axiológica; es decir, vuelve al punto de inicio del derecho natural en el que el criterio de validez está dado por la moral y la justicia. Es decir, desde ahora se afirma que los DF dependen de los enfoques, y así es que a los Tribunales constitucionales les corresponde construir su propia doctrina para encausar los DF.

Alexy (1994) señala que:

El derecho es un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de normas que pertenecen a una Constitución, en general eficaz, y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social y no son extremadamente

injustas y al que (3) pertenecen los principios y otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección. (p.123)

Ahora, se pregunta (Alexy, 1994): ¿en qué consiste esa pretensión de corrección? La respuesta está dada por lo que significa la moral, o lo que se considere por correcto, dado que estos conceptos, también están sujetos a miles de interpretaciones. Para Alexy (1994) esto también depende de quién o qué se trate: un observador, un participante, normas aisladas o un sistema jurídico (pp. 34-41). Cada persona puede tener una idea de la moral, o qué es lo correcto. En estas ideas, lo que vale para una norma aislada, no tiene por qué valer para un sistema jurídico, como un todo. “Por ello, cabe preguntar si entre el sistema jurídico, como un todo y la moral, existe una relación conceptualmente necesaria”. (p.37)

Alexy (1994) dice que el argumento de la corrección constituye la base de los dos otros argumentos, es decir, el de la injusticia y el de los principios. (p.41) Este argumento de la corrección afirma que “tanto las normas aisladas y las decisiones judiciales aisladas como así también los sistemas jurídicos, en tanto un todo, formulan necesariamente una pretensión de corrección”. (p.41) En consecuencia “los sistemas normativos que no formulan explícita o implícitamente esta pretensión no son sistemas jurídicos”. (p.41) Son sistemas jurídicos deficientes, lo que tiene relevancia clasificatoria y cualificante, señala Alexy (1994). Estas afirmaciones, por su agudeza perviven en el debate.

Bulygin (2005), por ejemplo, señala que formular una pretensión no quiere decir que, al mismo tiempo se la satisfaga. Añade que “los sistemas jurídicos que ciertamente formulan la pretensión de corrección pero que no la satisfacen, siguen siendo sistemas jurídicos. Sin embargo, son sistemas jurídicos jurídicamente deficientes”. (p. 55) Las consecuencias del

argumento de la corrección son comparativamente tenues, dice Bulygin (2005) porque no se afecta la calidad jurídica, sólo se produce una deficiencia jurídica (p.55). Y que “a causa de la alternativa que se plantea entre su inaplicabilidad o su debilidad, parece que el argumento de la corrección no puede gozar de ninguna relevancia real”. (p.56). Para Bulygin (2005) no hay una moral objetiva, y tampoco principios de justicia verdaderos, por lo que no se puede determinar cuáles son, y que esto hace imposible toda discusión racional sobre cuestiones de justicia. (pp.34-35)

Este debate se ubica en el campo de lo relativo, considerando que estos conceptos asociados a la moralidad, por su naturaleza, no plantean un concepto definitivo de los DF, por el contrario, dejan la puerta abierta a interminables elucubraciones éticas y morales. Ahora bien, preocupa sobre los DF que la injusticia o algo moralmente incorrecto, eviten que esas normas no se cataloguen como derechos (cualificante) y mucho menos, como fundamentales (clasificatoria), de modo que, así no pueden considerarse como algo exigible ante la justicia (derechos subjetivos). Los derechos, dentro de los sistemas jurídicos, constituyen un subsistema. Es decir, establecen un sistema particular dentro de un sistema más grande. Ante la justicia no se puede reclamar un derecho moralmente incorrecto o injusto, porque entrañaría una seria contradicción, desde lo ético y lo jurídico. Lo jurídico debe ser ético, se concluye. Entendida así la ética como la rama de la filosofía donde se estudia la moral individual y social. Los derechos, por consiguiente, entrañan un concepto moralmente correcto y justo. Así las cosas, el concepto de los DF implica una vinculación necesaria de esas normas con la moral y la justicia. Con lo ético. Se trata de algo implícito, cualificante, y a la vez clasificatorio. Así las cosas, el axiologismo está dado por un sistema de valores que objetivamente hacen parte de todas las constituciones modernas. En realidad, esos valores son fines morales y de justicia que se persiguen en toda

protección, y en tal sentido, el principal objeto son los derechos de los individuos, a través de un sistema jurídico, moralmente correcto y justo, es decir, a través de un sistema normativo visto en perspectiva deontológica del Derecho. Estos valores actúan como verdaderas directrices o parámetros al estar ubicados en un lugar de privilegio. Estos valores dan lugar a un nuevo constitucionalismo, irradiado por valores y principios, que según Alexy (1998) tienen un efecto de irradiación que se manifiesta en la tendencia de reemplazar la subsunción por la proporcionalidad. (pp.7-32).

La pretensión de corrección también ha sido objeto de varias críticas, una de ellas se refiere a su circularidad, por lo que debería ser descartada, por cuanto se considera “un artificio teórico inconveniente, enigmático e inútil”. (García A., 2014, pp.6-40) Este tipo de críticas demuestra que nada es pacífico en este debate, dado que las objeciones son complejas, y se debe aceptar que, en medio de ese entramado, se halla el concepto de los DF. Hecha esta observación, el trabajo ahora se concentra en la teoría de los principios que corresponden al tercer elemento de la definición propuesta por el profesor Robert Alexy (1994).

3. Los principios

Para el concepto de los DF es central la teoría de los principios, ya que, en la jurisprudencia constitucional, reciben esa calificación. ¿Qué son? Por tanto, el trabajo en este acápite intenta desglosar las ideas principales de los autores que participan de este debate. En primer lugar, la investigación presentará las ideas de Ronald Dworkin, porque constituyen un ataque general al positivismo normativista (particularmente contra H.L.A. Hart). Se recuerda que el concepto de los DF se debate en una lucha entre iusnaturalismo-positivismo (incluido el realismo), y en este debate, las reflexiones de la axiología están muy cerca del primero. Ese debate contempla una

serie de dificultades para los DF. Para empezar, Dworkin (1993) defiende la siguiente tesis: “los ciudadanos tienen derechos morales contra sus gobiernos” (pp.276-279). Bajo este criterio, los DF son considerados derechos morales, en cuanto ofrecen razones de peso para su aplicación en los casos difíciles. Lo moral, se asocia al hecho de ofrecer razones plausibles a favor de los derechos. Se refiere a los casos difíciles, cuando los problemas parecen agudizarse, dice Dworkin (1993) que es donde se echa mano, a unos estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera muy diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas. (pp.72-80).

La crítica de Dworkin (1993) es radical cuando afirma que:

El positivismo es un modelo de y para un sistema de normas, y sostendré que su idea central de una única fuente de derecho legislativa nos obliga a pasar por alto los importantes papeles de aquellos estándares que no son normas. (pp.72-80)

En sentido genérico, un principio para Dworkin (1993) se refiere “a todo el conjunto de estándares que no son normas” (pp.72-80); una directriz política es un estándar que, propone un objetivo que ha de ser alcanzado, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (Dworkin,1993) Un principio es un estándar que ha de ser observado no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es “una exigencia de la justicia, equidad, o alguna otra dimensión de la moralidad”. (Dworkin,1993)

La diferencia entre principios jurídicos, y normas jurídicas Dworkin (1993), la considera una distinción lógica, por cuanto:

Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en

cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión. (pp.72-80)

Con un ejemplo, Dworkin (1993) pretende la siguiente claridad:

Un principio <nadie puede beneficiarse de su propio delito> no pretende ni siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige ninguna decisión en particular. (pp.72-80)

Señala Dworkin (1993) que, en la primera diferencia entre normas y principios, se establece que los principios tienen una dimensión que falta en las normas, la dimensión del peso o importancia. Las normas no tienen esa dimensión. (pp.72-80). Además, Dworkin (1993) advierte que “sí se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida”. Y en la resolución de casos difíciles, está en desacuerdo con la discreción judicial del positivismo. (pp. 146-147)

Los principios “son proposiciones que describen derechos”, así lo expone Dworkin (1993, p.158). La teoría dominante falla, dice Dworkin (1993) porque rechaza la idea de que los individuos pueden tener derechos contra el Estado, previos a los derechos creados por la legislación positiva. (p.36). Agrega Dworkin (1993) que “los derechos son triunfos políticos en manos de los individuos” (p.37), donde las políticas se consideran proposiciones que proponen objetivos. En resumen, las ideas de Dworkin (1993) son de mucha importancia para este trabajo, ya que, en primer lugar, a través de estas ellas, se rompe de manera rotunda con ideas positivistas y del mismo realismo, y ubica la investigación frente a aquellos principios que empiezan a influir sobre los DF, y con el desarrollo de los enfoques. En segundo lugar, la presencia de los Tribunales Constitucionales, paso a paso, se justifica y resulta definitiva para encausar un nuevo

concepto de los derechos, a partir de la teoría de los principios. Bajo las directrices de Dworkin (1993), los DF son principios, cuya prelación la deberá resolver el juez Hércules conforme a la fórmula del peso o importancia (los derechos pueden ser absolutos y también ser derechos relativos).

Las ideas de Dworkin (1993) constituyen una ruptura frente a la regla de reconocimiento de Hart (1963). Esta ruptura genera una nueva apertura interpretativa para los derechos, a partir de la teoría de los principios. Los DF son principios, es decir, son directrices normativas de obligatorio cumplimiento que contienen valores, deberes y obligaciones a cargo del Estado. Se distinguen por el peso, su fuerte contenido ideológico y por su textura abierta e indeterminada. Aquí, en este enfoque, los derechos fundamentales son un conjunto de estándares que no son normas, son exigencias de justicia, equidad o de cualquier dimensión de la moralidad. Así las cosas, los principios, le dieron un giro al Derecho Constitucional, y a todo el Derecho, dado que si los DF son normas tipo principio, es necesario diferenciarlos de otro tipo de normas que, por su cercanía expresan valores y que se distinguen por su alto contenido axiológico, por tal motivo, a lo largo de este trabajo es necesario seguir estableciendo diferencias.

Ahora, de parte de la doctrina se cuestiona que los DF se consideren normas tipo principio. Es decir, su diferencia estriba en que son normas con mayor grado de aplicabilidad que los valores — esta es una diferencia entre valores y principios —. Precisamente, el profesor Robert Alexy se ha referido en varias oportunidades, a la discusión desencadenada por este filósofo del derecho de la universidad de Oxford, en torno de ¿si en todo caso jurídico, existe una única respuesta correcta? Alexy (1998), por su parte, establece algunos criterios de distinción entre reglas y principios. En la teoría débil de la separación, dice que los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas normas de un grado de relativamente

bajo; es decir, que allí se presenta sólo una distinción de grado. (pp.1-16) La tesis fuerte, apunta a una diferencia de tipo cualitativo, que es considerada correcta. La diferencia entre reglas y principios está dada porque, los principios son mandatos de optimización que, se caracterizan porque, pueden cumplirse en diversos grados y, porque, la medida ordenada de su cumplimiento depende, de las posibilidades fácticas y jurídicas. — Esta afirmación de Alexy (1998) ahora es el centro de todos los debates sobre los DF. (pp.12) —.

Sobre la posibilidad de un orden estricto entre valores y principios, Alexy (1998) plantea en su crítica a Dworkin que:

No es posible un orden que conduzca en cada caso a un resultado; "un orden estricto solamente sería posible si el peso de los valores o de los principios y sus intensidades de realización fueran expresables en una escala numérica, de manera calculable. (p.14).

Como se puede observar desde el primer capítulo, los puntos de vista fluyen de un lado para otro, e inciden sobre el concepto de los DF. Esta influencia está dada por alto grado de indeterminación que presentan los principios y las normas sobre valores. Así, según Alexy (1998), los DF no son algo ordenable de manera definitiva, o por algún grado de importancia, dada la indeterminación que los caracteriza. Igualmente, poco a poco van concurriendo variedad de teorías sobre la interpretación de los DF que, impiden adoptar criterios de fundamentación e interpretación definitivos. (Böckenförde, 1993, pp.44-71) Sin embargo, aquí se sostiene que esta dificultad, es más bien una característica de los derechos que, no impide que los Tribunales Constitucionales en un Estado social, constitucional y democrático de Derecho adopten criterios propios de interpretación, dentro de un sistema constitucional particular.

Ahora, expuestas algunas ideas de Ronald Dworkin es el momento de concentrarse en las de Robert Alexy, autor de la teoría jurídica general alemana de los DF de la ley fundamental de

Bonn de 1949. Alexy (1993) plantea que entre las normas jurídicas y los DF existen estrechas conexiones. Su teoría, se puede considerar de origen positivista normativista de corte axiológico. Existe en todo caso, una relación necesaria entre normas jurídicas y los derechos, advierte Alexy (1993), porque todo derecho fundamental está garantizado por una norma jurídica. De este modo, “siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho”. (p.47)

Alexy (1993) distingue entre norma y enunciado normativo. Separa el contenido de la norma del concepto de validez. Alexy (1993) define la norma como “el significado de un enunciado normativo” (p.51) De ahí parte su clasificación de normas, directamente estatuidas y normas adscritas que, corresponden a la interpretación que surge de las disposiciones de la Constitución, es decir, de la interpretación que se hace de esos enunciados normativos. Las normas de DF cuentan con una estructura. Según Alexy (1993), hay numerosas distinciones teórico-estructurales. Sobre esa estructura normativa, dice que “ella constituye la base de la fundamentación iusfundamental, y es la clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales”. (p.81)

También es importante la distinción entre reglas y principios, dice Alexy (1993) que allí impera la confusión y la polémica porque existe una desconcertante variedad de criterios de distinción.

Dado lo anterior, Alexy (1993) afirma que:

Tanto las reglas, como los principios son normas porque, ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, permisión y prohibición. Los principios, al igual que las reglas son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente.

A propósito de lo anterior, el (principio) de generalidad es el más frecuentemente utilizado, según Alexy (1993), los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas, normas con un nivel relativamente bajo de generalidad.

De otra parte, Alexy (1993) considera que la tesis de la diferencia cualitativa es la tesis correcta, sobre la diferencia, entre reglas y principios y, que:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. (...) en cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. (pp.86-87)

De Alexy (1993), deriva la idea en torno a las colisiones entre principios y que se resuelven con la aplicación del principio de proporcionalidad, es decir:

Cuando dos principios entran en colisión —tal como es el caso, cuando según un principio, algo está prohibido y, según otro principio, está permitido— uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. (p.89)

La tesis central de Alexy (1993) es la siguiente:

Los principios son mandatos de optimización de un determinado tipo, es decir, mandatos de optimización. En tanto mandatos, pertenecen al ámbito deontológico. En cambio, los valores tienen que ser incluidos en el nivel axiológico. (p.141) Bajo estos postulados, se entiende que los derechos fundamentales son principios, es decir, son normas tipo principio, mandatos de

optimización que se deben cumplir en la medida de lo posible de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas.

El profesor Bernal (2006) añade una tercera tesis que, se sustenta sobre la idea de que “los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas, fácticas y — aquí viene la modificación — epistémicas existentes”. (p.65)

Se tiene entonces que, los DF son principios, y que, como tal, son mandatos de optimización. Los principios están en el ámbito deontológico y, los valores en el axiológico. Esta diferencia es muy importante para interpretar las normas iusfundamentales de las constituciones y para conceptualizar qué son los DF. Así que, desde este enfoque la investigación se halla frente a una posible respuesta a la pregunta principal, en cuanto los DF se consideren el resultado, o lo que queda después de la ponderación. No obstante, tal respuesta es provisional porque el concepto de los DF está en medio de un debate que la investigación debe corroborar en la jurisprudencia, de tal suerte que, por ahora, lo único que se observa es que la idea de fundamentalidad fluye de un lado a otro, de enfoque en enfoque, sin que el trabajo se encuentre con algo definitivo (ausencia de conclusividad). Por tal motivo, el paso obligado es referirse también a las objeciones sobre el criterio de los DF, como mandatos de optimización. Son varias, pero en particular se traen dos, por ser de las más influyentes sobre el concepto los DF y por consiguiente para el objetivo principal de este trabajo. Ahora, lo que pretende la investigación es mantener la neutralidad en este debate, señalando argumentos a favor o en contra, de las diferentes corrientes ideológicas.

Habermas (2010) manifiesta, por ejemplo, su reserva contra la legitimidad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y, específicamente, sobre la teoría de los

valores, allí desarrollada. La objeción recae sobre la expresión “orden concreto de valores” de dónde nace la idea de los principios como valores; esta objeción apunta a Robert Alexy en cuanto afirma que, los principios son mandatos de optimización.

Con base en lo expresado anteriormente, Habermas (2010) sostiene que:

Si los principios sientan un valor que debe ser realizado en forma óptima, y si el grado de cumplimiento de ese mandato de optimización no puede obtenerse de la norma misma, pues la norma ni lo establece ni lo puede establecer, la aplicación de tales principios en el marco de lo fácticamente posible hace menester una ponderación orientada a fines.

La otra parte de la objeción de Habermas (2010) es la siguiente: “pues si en caso de colisión todas las razones pueden cobrar el carácter de argumentos concernientes a fines, desaparecen esos contrafuegos que con la comprensión deontológica de las normas y principios jurídicos quedan introducidos en el discurso jurídico”. (p.332)

Si los DF, primero se debilitan al transformarse en mandatos de optimización y, luego amenazan con desaparecer en la vorágine de la ponderación irracional, Alexy (2002) la califica como un conjuro del peligro de un <<demasiado poco>> en derechos fundamentales (Año 22. Núm. 66)

Sobre el debilitamiento de los DF o pérdida de fuerza, dado su carácter de principios, se cree que esta objeción podría afectar su conceptualización porque, como además de los enfoques, y de las ideas de cada jurista, no emergen respuestas consensuadas sobre lo que son estos derechos, esta objeción implica que los derechos no constituyan mandatos definitivos, afecta su conceptualización y, esa incertidumbre, la tienen que conjurar los Tribunales Constitucionales. El trabajo de la jurisprudencia también comprende los efectos negativos de la ponderación o de los juicios irracionales que, según la objeción pondría en peligro su fuerza general.

Para Böckenförde (1993), los DF son:

Conforme a su literalidad y morfología de sus palabras, fórmulas lapidarias y preceptos de principio que carecen en sí mismas, además, de un único sentido material. Sí, no obstante, deben operar como derecho directamente aplicable, y ser efectivos, requieren, de un modo diverso al de los preceptos legales normales, una interpretación no sólo explicativa de, sino rellenadora, que percibe no pocas veces la forma de un desciframiento o concretización (pp. 44-47).

La discusión científica y los tribunales parten casuísticamente, sea cual sea, el precepto singular de derecho fundamental de diferentes teorías de los derechos fundamentales (Böckenförde, 1993) Así, que estos puntos de partida actúan como puntos de vista interpretativos, valiéndose no pocas veces, de una recomprensión irreflexiva para obtener un resultado al caso concreto.

Böckenförde (1993, pp.46-47) plantea dos problemas observados en la presente investigación: (i) La diversidad de teorías que influyen sobre el concepto derechos fundamentales. En este caso, el problema se está revisando sólo desde tres criterios. (ii) Y, en qué medida son elegibles esos criterios para interpretar los derechos fundamentales si la Constitución no los contiene.

Alexy (1993), responde a Böckenförde diciendo que existe una alternativa:

Decidirse a favor de los derechos fundamentales como principios y, con ello, a favor del Estado jurisdiccional, o decidirse a favor de la reducción de los derechos fundamentales a los clásicos derechos de defensa y, de este modo, a favor del estado de legislación parlamentaria. La pregunta es si verdaderamente sólo existen esas dos posibilidades. (p.15)

En el texto *Desafíos a la ponderación* en el capítulo denominado *Ponderación, estructura, alcance y limitaciones*, Alexy (2011) se refiere al “deber ideal”. Para efectos de ese

escrito, Alexy (2011), menciona un grupo de siete objeciones en contra de la teoría de los principios. Entre ellas, hace referencia a dos objeciones de la teoría de las normas y, a dos objeciones de la teoría de la argumentación (pp.13-49). Señala Alexy (2011) que los principios como mandatos de optimización, no suprimen la distinción entre reglas y principios. La objeción opera bajo la idea de los principios como “mandatos definitivos, en cuanto ellos exigen optimización definitiva y, no una media optima de la optimización a determinar, según las circunstancias del caso”. (p.13) Si la optimización es definitiva desaparecería la diferencia entre reglas y principios. —Porque los derechos expresarían un deber real—. Alexy (2011) dice que ha tratado de solucionar el problema, mediante la distinción entre mandatos que, deben optimizarse y los mandatos de optimizar.

A lo anterior, Alexy (2011) expresa que:

Los mandatos de optimización expresan, como mandatos de optimizar, un deber definitivo y en este sentido un deber real (*reales sollen*). Por otro lado, los principios como mandatos que deben optimizarse incluyen solo un deber ideal o un deber prima facie” (p.14)

Para Alexy (2011), la idea de un deber ideal sería superflua, “pues para reconstruir mandatos de optimización (no se precisarían) mandatos que deban optimizarse, sino tan solo objetos que deban optimizarse”. (p.14) Y, así, es que se pregona la existencia de un deber ideal: “un deber es un contenido de pensamiento, que puede ser expresado con la ayuda de las modalidades deónticas del mandato, de la prohibición y de la permisión, así como también con la ayuda de las modalidades más complejas”. (p.15)

Este último criterio del profesor Alexy (2011) indica que los derechos como mandatos de optimización expresan, como mandatos de optimizar, un deber definitivo y en este sentido, un deber real, lo que desaparecería la diferencia entre reglas y principios. Este es todo un debate.

Todos estos ajustes a las diferentes tesis, le otorgan al concepto de los DF, una dinámica que no le permite desconectarse de los enfoques teóricos y, en particular, de las tesis de ciertos juristas (Robert Alexy), como ocurre en el presente caso, donde sobre la tesis de los derechos como mandatos de optimización, recaen objeciones, lo que comprueba que lo que son los DF en un sistema jurídico depende, finalmente de la posición que adopte el Tribunal Constitucional. Estas dificultades no son ajenas a la jurisprudencia, así es que a éstos les corresponde construir sus propias directrices y, una de ellas es el concepto de los DF.

Porque está visto que la dogmática constitucional, está influida por la doctrina y, por la jurisprudencia de otros tribunales, y así las cosas, como los diferentes modelos teóricos de fundamentación también, se actualizan, padecen cambios y, surgen nuevas corrientes de pensamiento, esa dinámica se traslada a un concepto como el DF, pletórico de matices que lo modifican y ajustan, ya sea por virtud propia de los autores, de la jurisprudencia o por la influencia de ciertas objeciones doctrinales. En este sentido, el trabajo investigativo ha cumplido la función de exponer diferentes puntos de vista, ocupándose de dos de las principales objeciones sobre los principios como mandatos de optimización, sin perjuicio de otras que, están enumeradas y clasificadas por el propio profesor Alexy (1993, pp.147-172). Ahora bien, se aclara que, dentro de los objetivos de la investigación, no está la de debatir sobre los enfoques, teorías o sobre las objeciones, es decir, aquí no se trata de escoger el enfoque o tendencia más adecuado para Colombia, sino verificar qué son los DF en la jurisprudencia constitucional colombiana.

4. Los derechos fundamentales

Los principios constituyen la base de lo que son los DF. La investigación ahora se concentra en los DF, desde el enfoque axiológico. Así las cosas, frente a las dificultades para la conceptualización de los derechos, se ha ido comprobando que el concepto de los DF varía dependiendo del enfoque, y de sus matices, de las ideologías principalmente, y que este fenómeno es poco controlable. Ahora es del caso escudriñar, con un poco más de detalle, cómo afecta la teoría de los valores este concepto, para contrastarlo con lo expuesto en los capítulos primero y segundo. El eje central de esta búsqueda, parte de la idea de que la mayoría de los conceptos sobre los DF, son contrapuestos, porque cada autor expresa su propia conceptualización y, a su vez, su propio criterio de validez. El punto central del debate sigue siendo la separación entre el derecho y la moral que, como tal, parte en dos la conceptualización de los DF y, por ese motivo, se ha visto que, los debates aumentaron en intensidad, debido a las notables diferencias entre estos dos modelos históricos de fundamentación que son rivales, lo cual se advierte en las posturas de sus principales representantes. Ahora, con la ayuda de los valores, el trabajo espera desglosar un poco más el concepto de los DF, con el fin de recalcar en el predicado “fundamentales”. Es decir, la investigación se mantiene neutra en la discusión sobre la palabra derechos y, en qué consiste la fundamentalidad, pues esa fundamentalidad ostenta tanto poder clasificatorio, como cualificante, dado que, ese predicado “fundamentales” no se puede desligar del concepto sujeto “derechos”. Por lo tanto, el sintagma “los derechos fundamentales” expresa una unidad sintáctica que corresponde a un concepto indeterminado y centra para todo el Derecho.

Bajo estas directrices, se empieza por destacar que para Ronald Dworkin (1993) los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos (p.37). Los derechos individuales son derechos morales, tal como se expuso cuando se estudiaron los principios. Dworkin (1977, 1993) se basa principalmente en el derecho a la igualdad, así considera que los derechos “son triunfos sobre la mayoría. Ninguna directriz política, ni objetivo social colectivo puede triunfar frente a un auténtico derecho”. (pp.7-27) Calsamiglia (1977) dice que según Dworkin “los derechos jurídicos y los derechos morales no pertenecen a órdenes conceptuales distintos. En caso de conflicto entre derechos morales y jurídicos éstos no triunfan necesariamente sobre aquellos”. (p.17) Dice que la garantía de los derechos individuales es la función más importante del sistema jurídico. (Calsamiglia, 1977) En el esquema, el derecho a vencer existe siempre, aunque no exista exactamente una norma aplicable. (Calsamiglia, 1977, p.18) Estos primeros datos son relevantes para interpretar la obra de este autor norteamericano. En primer lugar, Calsamiglia (1977) refiere a Dworkin (1993) cuando dice que entre el derecho y la moral existe una interrelación, teniendo en cuenta que los dos pertenecen al mismo orden conceptual, al orden del Derecho, sin que lo jurídico triunfe sobre lo moral. En segundo lugar, la protección de los derechos es la principal función del sistema jurídico. En tercer lugar, los llamados DF son derechos morales. En cuarto lugar, el juez carece de discreción y de poder político. (pp.20-22). En quinto lugar, desde su percepción liberal distingue entre las políticas y los principios: “los principios son proposiciones que describen derechos; las políticas describen objetivos”. (Dworkin, 1993, p.158) Un derecho político es una finalidad política individualizada. (Dworkin, 1993, p.159) Los derechos así concebidos son derechos contra el Estado, éste es el responsable de la protección de los derechos morales.

Ahora, Robert Alexy en la *Institucionalización de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático* expresa que “aquí deben interesar solamente los derechos a algo. Derechos a algo son relaciones normativas entre tres elementos: el titular (a), el destinatario (b), y el objeto (G) del derecho”. (2000, pp.22-24) Todos son derechos de ese tipo que se distinguen por su universalidad, su validez moral, su fundamentalidad, su prioridad y su abstracción. (Alexy, 2000, pp.24-ss.) Esta es otra idea de los DF, puesto que frente a los derechos a algo influyen los conceptos de universalidad, validez moral y fundamentalidad planteados por el profesor Alexy: (i) En relación con la universalidad de titular (distingue entre la universalidad del titular y universalidad del destinatario) los derechos humanos son derechos que corresponden a todos los seres humanos; Así, dice que, no todos los derechos humanos pueden ser exigidos por todos. En este punto se destaca la siguiente expresión: “acerca de la universalidad de la titularidad se puede resumir en que los derechos humanos son derechos que tienen todos los seres humanos, como individuos, independientemente de un título adquisitivo”. (Alexy, 2000, p.25) Se destaca porque, plantea una afirmación en relación con los derechos humanos: “independientemente de un título adquisitivo”. Esta expresión denota la posibilidad que los derechos humanos ostenten un título adquisitivo. De modo que, se pregunta: ¿será que los DF requieren de un título adquisitivo? Una posible respuesta *prima facie* indica que los DF necesitan del derecho positivo. Sin embargo, esta expresión viene antecedida de otra afirmación: “los derechos humanos son derechos humanos que tienen todos los seres humanos, como individuos” y en este orden de ideas, esos derechos se consideran desde siempre, ligados al ser humano, luego ¿a cuál título adquisitivo, se refiere? Ahora, en el proceso de institucionalización de los derechos humanos, éstos cuando se incluyen en las constituciones, se convierten en DF (Alexy-Borowski). Entonces, se plantea ¿sí los DF requieren de título adquisitivo?, de modo que, esta

pregunta hace parte del debate Iusnaturalismo-positivismo. Aquí se considera, no cuando se conciben que sean ingénitos, connaturales; que el individuo los tenga desde siempre, ya que, por su propia génesis, no son discutibles y, que el rol del Legislador sea de mero reconocimiento y, no de concepción. Por lo tanto, la institucionalización de los derechos humanos es un proceso de reconocimiento que se cumple, a partir de unos derechos que son anteriores al derecho positivo. Ahora, lo que hace el derecho positivo es proveer la protección que no tenían en el estado de naturaleza. Así las cosas, la principal función del Estado es esa, precisamente la protección de los derechos humanos, mediante el proceso de incorporación en las constituciones. La institucionalización de los derechos constituye, por consiguiente, un proceso de positivización y subjetivación de los derechos humanos. Los convierte en exigibles ante los Tribunales, pero no cambia su naturaleza. Este punto se tendrá en cuenta para la conceptualización de los DF. (ii) En cuanto a su validez, el profesor Alexy (2000) considera que la característica esencial de los derechos humanos es que se trata de unos derechos morales. (p.26) Y, así Alexy (2000) puntualiza que:

Un derecho moral existe cuando la norma que lo concede vale moralmente. Una norma vale moralmente cuando puede ser justificada frente a todo el que toma parte en una fundamentación racional. De este modo, los derechos humanos existen cuando, en el sentido expuesto, pueden ser justificados frente a todos. (pp.26-28)}

La validez moral, según Alexy (2000) no es desde la adscripción Kantiana del deber, porque él acepta que también se pueden cumplir desde la coacción. Los derechos humanos, desde el sentido kantiano, pertenecen al ámbito de la legalidad (p.27) Y desde este ámbito, los derechos tienen la ventaja de que pueden ser transformados en derechos positivos (Alexy, 2000) Entonces, siguiendo esta pauta, los DF son derechos morales cuando están justificados frente a

todos. (iii) De otro lado, “fundamentalidad concierne al objeto de los derechos”, dice Alexy (2000). A este punto es el que se quería arribar en esta investigación, puesto que, allí se podría hallar el elemento esencial, necesario y diferencial del concepto los DF. De modo que, resulta vital para dicho propósito este señalamiento de Alexy (2000), cuando menciona que:

En los derechos humanos se trata de la protección y satisfacción de intereses y necesidades fundamentales. Un interés o una necesidad es fundamental cuando su violación o su no satisfacción significa, bien la muerte o padecimiento grave, o bien toca el núcleo esencial de la autonomía. Entre la fundamentalidad de los derechos humanos y su validez moral hay una conexión, pero las dos cosas no son idénticas. La conexión resulta de que un derecho, mientras más fácil pueda ser justificado frente a todos, es más fundamental. (p.28)

La importancia está dada por la necesaria protección de algunos intereses, sin los cuales el individuo puede existir y realizarse como ser humano, individual y colectivamente. Es decir, se trata de bienes que jurídicamente están a cargo del Estado y requieren de su protección en virtud del contrato social (la dignidad humana).

La justificación de los derechos humanos como criterio de moralidad es inversamente proporcional al grado de importancia de un derecho. Es decir, entre más fundamental sea un derecho, más expedita será su justificación. Al contrario, entre menos fundamental sea un derecho, más difícil será su justificación explica el profesor Alexy (2000).

Esta idea de los bienes jurídicos justifica la existencia del Estado y, ostenta una condición cualificante y clasificante, a la vez. Es plausible el ejemplo que, sobre el derecho a la vida propone este autor, ella, la vida, es el elemento vital, primero, y el más valioso objeto de protección de los derechos. Nadie podría discutir válidamente que, la vida en todas sus manifestaciones sea el objeto central de protección de los derechos, por parte del Estado. Su

fundamentación no es tan compleja desde el ámbito de la necesaria y vital protección del individuo, luego, ante lo evidente de esta obligación Estatal, lo que sigue es afirmar que, aquí se resume en gran parte, la idea de la fundamentalidad, por cuanto es algo que está fuera de discusión. Por eso, se afirma que es más expedita la justificación de un derecho cuando, se conecta de manera necesaria y, directa con el objeto de protección. Bajo este entendimiento, la moralidad, se explica como la justificación de la protección Estatal, a ciertos bienes del individuo, de tal suerte que, si el Estado no lo hace, siendo su principal función o deber, es válido afirmar que, se viola el contrato social. Con todo, aun si no se protegen, los DF siguen ahí, pues son ingénitos y no desaparecen por la desprotección Estatal.

Así, la protección Estatal se interpreta como un imperativo categórico, dice Fasso (1998). De ahí que sea importante comprender, la distinción entre Derecho y moral que, advierte Fasso (1998), cuando dice que:

La moral está compuesta de imperativos que son obedecidos por su valor intrínseco, por el deber que impele obedecerlos. La moral está compuesta de imperativos que son obedecidos por su valor intrínseco, por el deber que impele al hombre obedecerlos. (Vol.2, pp.266-269)

La protección del Estado, por tanto, es un deber inexcusable. En este caso, la desobediencia es amoral, es injusta y requiere de la coacción, esto justifica la existencia del derecho positivo y necesidad de una legislación. A propósito, dice Fasso (1998) que “el Derecho está constituido por imperativos a los que el hombre obedece y en conformidad a los que obra, en virtud de motivos distintos del deber de respetarlos (Vol.2, p.267) Por lo tanto, el Derecho, en el caso de los DF, se compone de la fusión de la moral, entendida como justificación y el derecho positivo.

En resumen, para esta investigación la idea de fundamentalidad está circunscrita al objeto de los derechos, tal cual lo expone el profesor Alexy (2000), o sea, se refiere a esos intereses necesarios y no contingentes, sin los cuales, el individuo puede existir y realizarse como ser humano, individual y colectivamente y, esos intereses, podrían estar concentrados exclusivamente en la dignidad humana. Porque, en lo que concierne al objeto de protección de los derechos, sí esos intereses objeto de protección involucran a la dignidad humana, implica que el derecho se considere fundamental, porque lo fundamental del derecho es en realidad la dignidad, que sólo corresponde al hombre y, lo diferencia de otros seres de la naturaleza, pues no es negociable o sujeto a regateos políticos, económicos, éticos, morales, jurídicos o sociales o de cualquier otro orden. Pero, el punto es definirla, porque dependiendo de su conceptualización, también, depende la idea de fundamentalidad del objeto de protección de esos derechos y, esta es otra labor que, atañe a la jurisprudencia constitucional, en materia de derechos.

El asunto no se detiene ahí, ya que, el concepto de dignidad humana está sujeto a interpretaciones y a muchas valoraciones y, tendencias iusfilosófica, axiológicas, morales y éticas. El trabajo desarrollado por el profesor Dorando Michelini, le ayuda a esta investigación porque se encarga de señalar, por ejemplo, que:

El concepto de dignidad humana es una expresión eminentemente ética y que "Más allá de las explicitaciones mencionadas, y de la relevancia que posee la noción de dignidad humana tanto en el ámbito filosófico como el político-jurídico y biomédico, no deja de ser problemático. (Michelini, 2010)

Michelini (2010) añade que:

Mientras que algunos pensadores sostienen que se trata de un criterio ético fundamental, que ofrece también la base para la vincularidad jurídica tanto para la política como para la

investigación genética y la biomedicina (Reiter, J. 2001; Spaemann, R. 2001), otros se muestran escépticos respecto de los aportes y del alcance ético y jurídico que pueda tener el criterio de la dignidad humana (Irrgang, B. 1995: 90ss.; Neumann, U. 2001). Estas divergencias muestran que cuando se aborda la cuestión de la “dignidad humana”, los problemas claves a resolver, por un lado, el problema de la fundamentación de su validez, y, por otro lado, las cuestiones vinculadas con las condiciones de aplicación situacional e histórica. (Vol.2, No. 1)

Recuerda Michelini (2010) que Kant distingue entre “valor” y “dignidad”. Kant concibe la dignidad, como “un valor intrínseco de la persona moral, la cual no admite equivalentes”. Y respecto a “la dignidad no debe ser confundida con ninguna cosa, con ninguna mercancía, dado que no se trata de nada útil o provechoso. Que lo que puede ser reemplazado y sustituido no posee dignidad, sino precio”.

Para Michelini (2010), el hombre:

En cuanto ser dotado de razón y voluntad libre, el ser humano es un fin en sí mismo, que a su vez puede proponerse fines...El valor de la persona no se remite al mercado ni a apreciaciones meramente subjetivas (de conveniencia, de utilidad, etcétera), sino que proviene de la dignidad que le es inherente a los seres racionales libres y autónomos. La “autonomía moral” es el concepto central de Kant y lo que constituye el fundamento de la dignidad humana. (Vol.2, No. 1)

Sobre Habermas, Michelini (2010) señala que para éste:

La persona en tanto que sujeto de dignidad, corresponde exclusivamente a los individuos de la especie humana que han nacido...los seres humanos deben ser considerados personas sólo a partir del nacimiento, puesto que el nacimiento marca la frontera entre la "naturaleza" y "cultura"; Merecedores de

dignidad absoluta son todos los seres humanos nacidos; la vida humana no debe ser tratada sólo como una cosa ni manipulada arbitrariamente. (Vol.2, No. 1)

Ahora, la discusión sobre la dignidad humana corresponde a otro trabajo, sin embargo, lo que se escribe, constituye un llamado de atención para la interpretación del objeto de protección de los derechos, puesto que como se podrá observar más adelante, en la línea jurisprudencial, la dignidad humana constituye un elemento vital en la discusión sobre la fundamentalidad de los derechos, de tal suerte que, se trata de otro problema iusfilosófico, ético y moral que conlleva a considerarlo en el análisis de la jurisprudencia constitucional.

5. Teoría relativa del núcleo esencial

El trabajo regresa al núcleo esencial de los derechos, sobre el cual se expuso en el iusnaturalismo, con sus principales problemas, a propósito de la teoría espacial absoluta. La importancia de la teoría relativa del núcleo esencial es porque de allí, emerge un concepto justificado de los DF que, responde a la pregunta ¿qué son esos derechos? El núcleo esencial de los derechos DF está protegido por el principio de proporcionalidad, es decir, los DF son el resultado, o lo queda, después de la ponderación. Sobre esta teoría, la doctrina del profesor Alexy (1993) expone que “las teorías subjetivas del contenido esencial pueden ser absolutas o relativas. Según la teoría relativa, el contenido esencial es aquello que queda después de la ponderación”; “la garantía del núcleo esencial se reduce al principio de proporcionalidad” (p.288)

Para el profesor López C. (2015), la idea principal de la teoría relativa del contenido esencial de los DF:

Se ciñe a que existe una identidad entre el principio de proporcionalidad y dicho contenido. Esta equivalencia trae consigo que toda medida desproporcionada tomada por el legislador vulnera el contenido esencial, es decir, el contenido esencial es todo aquello que queda después de emplear el principio de proporcionalidad. (p.199)

De esta acumulación de información, se extraen datos muy relevantes para los propósitos de esta investigación. En primer lugar, queda claro que la fundamentalidad de los derechos, se concentra en el objeto de protección según, lo expone el profesor Alexy (2000), porque allí se reúne el objeto de la protección y, la satisfacción de intereses y, necesidades que se consideran necesarias para la supervivencia de la persona humana, como el núcleo esencial de la autonomía (dignidad). En segundo lugar, el objeto de protección corresponde al núcleo esencial de los DF que, está resguardado por el principio de proporcionalidad y que los DF son lo que queda después, de la ponderación. La relevancia para esta investigación, de esta información, tiene que ver con que, a propósito de la teoría espacial absoluta, allí también se afirma que la fundamentalidad de los derechos está concentrada en su núcleo esencial, pero que no existe un método racional para separarlo de la zona periférica. Y que, por consiguiente, la importancia de la ponderación está dada por que justifica, la intervención racional de los derechos, protegiendo ese núcleo o el objeto de los derechos, de tal manera que, con la ponderación se cree que se resuelve la insuficiencia de la teoría espacial absoluta tal como se expuso con el trabajo de Juan Carlos Gavara de Cara (1994).

Ahora, este trabajo no se puede detener en el estudio de las críticas, sobre la aplicación del principio de proporcionalidad o, sobre la carencia de legitimidad de los Tribunales Constitucionales para aplicar el principio de proporcionalidad (Forsthoff y Alerinikof en Bernal P., 2007, pp.163-254) dado que, claramente desviaría el trabajo del objetivo principal, lo

importante es saber, tal y como se ha venido haciendo con los distintos enfoques y, con los matices de cada teoría, que la aplicación del principio de proporcionalidad tiene detractores muy fuertes y, que desde luego, son opiniones totalmente validas que deben considerarse por parte de los Tribunales Constitucionales en la conceptualización de los derechos, pues estas críticas hacen parte del debate doctrinal y jurisprudencial.

Entonces, para avanzar, de la teoría espacial absoluta también, se dice que, entraña una concepción aislada de los DF. Por el contrario, la teoría mixta acepta las intervenciones a la parte periférica de los derechos, pero a través del principio de proporcionalidad. Es decir, que “dichas intervenciones son admisibles, sólo si respeta el principio de proporcionalidad” (Bernal P., 2007, p.426) En este último caso, el concepto de los DF, no se vería afectado ya que, según se viene exponiendo lo que lo son esos derechos, *strictu sensu*, está ubicado exclusivamente en el núcleo esencial, o en el objeto de protección (Alexy) donde las intervenciones del Legislador son inadmisibles. Pero igual, esta teoría padece los mismos problemas que la teoría espacial absoluta porque, primero hay que separar la parte periférica de la zona nuclear del derecho y obtenida aquella, en segundo lugar, sí se acepta la ponderación para intervenir esa zona periférica. La nuclear es una zona definitiva o prefijada conforme a la teoría espacial absoluta y la zona periférica es restringible, pero, no queda al albur del Legislador, sino que, acepta intervenciones, sólo conforme al principio de proporcionalidad, lo cual constituye un avance significativo para proteger los derechos. Ahora, se decía que la teoría espacial absoluta entraña una concepción absolutista de los DF, y esto se basa en que no admite el principio de proporcionalidad para proteger la zona nuclear, entonces, el concepto de los DF está prefijado para ese núcleo esencial. Pero a esta idea, se opone la que dice que el núcleo esencial de los derechos puede ser protegido conforme al principio de proporcionalidad, y aquí también, se acepta que los derechos colisionan

entre sí y, que estas colisiones se resuelven conforme a la ponderación. Es decir, ya no se trata de una teoría asilada, sino que acepta intervenciones a los derechos, y muchas soluciones a los choques entre derechos y bienes jurídicos, se resuelve a través del principio de proporcionalidad. Por consiguiente, los DF son aquello que resulta después de la ponderación. Este es un concepto de DF muy utilizado en la jurisprudencia constitucional contemporánea, y este punto, por su trascendencia y relevancia en la conceptualización de los derechos, merece una revisión más detallada en la línea jurisprudencial del capítulo cuarto. Por consiguiente, mientras la teoría espacial absoluta es incompatible con la aplicación del principio de proporcionalidad, la teoría relativa de los derechos admite la ponderación para proteger el núcleo de los derechos, de cuyo resultado depende el concepto de los DF. Es decir, la aplicación del principio de proporcionalidad supone, un concepto justificado de DF.

Al decir, totalmente justificado, significa que la racionalidad está dada por el principio de proporcionalidad. Entonces, se está hablando de un concepto racional de los DF, en virtud de la aplicación del principio de proporcionalidad que, surge de una decisión sin contradicciones conceptuales, y de peso específico, en la intervención de un derecho constitucional. Las razones de peso específico, entre otras, emergen del caso en concreto (contingencia) y de la realidad, de la cual hace parte el derecho, y que conllevan a una decisión constitucionalmente justificada y equilibrada.

La aplicación del principio de proporcionalidad conlleva a, decisiones justificadas racionalmente. Luego, el concepto que emerge de los DF, o lo que son en virtud del principio de proporcionalidad, constituye un concepto justificado y equilibrado que le corresponde a los Tribunales Constitucionales, en el marco de una Constitución particular. Este concepto con estas

características (proporcionalidad), se considera apto y, con capacidad para convertirse en doctrina constitucional probable.

6. Conclusiones

1. Los DF son el resultado, o lo que queda de la ponderación y constituyen **normas tipo principio**, cuyo **núcleo esencial** está protegido por el principio de proporcionalidad, son derechos morales restringibles, en forma restringida, a través, de la ponderación.

2. El **objeto de protección** son las características necesarias que le dan identidad a los derechos y, que corresponden a los intereses y necesidades vitales de la persona que, permiten su existencia y, a los intereses y necesidades que, se relacionan con su desarrollo como ser único, pensante del universo, es decir, a la **dignidad humana**.

3. En consecuencia, el objeto de protección de los derechos corresponde al **núcleo esencial**. En este núcleo se encuentra ese objeto de protección. Así las cosas, los DF son morales, es decir, son derechos justificados axiológica y jurídicamente. Se entiende por moral, la justificación de la protección de los intereses, sin los cuales, el individuo puede existir y realizarse como ser humano, individual y colectivamente. Por tanto, una norma es moral y jurídicamente vale, si se justifica mediante una fundamentación que atienda a valores.

4. En la teoría relativa el núcleo esencial de los DF está protegido por el **principio de proporcionalidad**.

5. La **fundamentalidad**, concierne al objeto de protección de los derechos de acuerdo con el principio de proporcionalidad, es decir, a la protección de los intereses y las necesidades fundamentales que, no pueden ser intervenidas por el Legislador.

Capítulo IV. El problema colombiano

1. Introducción

En los capítulos I, II y III se realizó un análisis, por separado de los modelos históricos de fundamentación de los derechos, con el objetivo de responder en cada uno de ellos al cuestionamiento: ¿qué son los DF? Se tuvo como intención comprobar que, el concepto de los derechos varía de un enfoque a otro, e incluso, entre autores, de un mismo modelo. Así, la investigación demuestra, hasta ahora que, el concepto de los DF depende del enfoque teórico empleado y, de la ideología de cada jurista. Igualmente, que se trata de un concepto histórico, indeterminado, contingente y variable, en alto grado y, muy discutido en todo el Derecho. Así, la investigación, a esta altura ya cuenta con una serie de insumos teóricos, análisis y algunas conclusiones parciales de cada capítulo que, le permiten contrastar esos fenómenos, en un escenario más real, como el de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Las sentencias, tienen la virtud de acercar la investigación a una realidad constitucional determinada, como la colombiana. Por ello, partiendo de los enfoques teóricos y de los hallazgos que se deriven de una línea jurisprudencial, a partir de ahora, la investigación intenta llegar a unas conclusiones generales y, a responder la pregunta principal. Es esta la contribución que se espera de la investigación, sobre el concepto de los DF en Colombia. Se parte de la premisa de que Colombia es un Estado social, constitucional y democrático de Derecho que, se basa en el respeto de la ley, la división de poderes y porque el control constitucional, se ejerce de manera concentrada, a través, de una Corte Constitucional. Esta Corte tiene la función de revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de Tutela, y su jurisprudencia tiene el valor de

precedente constitucional obligatorio, y no de mero criterio auxiliar de la actividad judicial, en virtud del principio de supremacía constitucional (artículos 4º, 230, 241 y 243). Con base en estas directrices, esta línea jurisprudencial intenta demostrar que, no se perciben parámetros consolidados sobre la fundamentalidad de los derechos en Colombia, es decir, que no existe un patrón conceptual identificable. Ahora, es innegable que sí existen algunos parámetros establecidos en esa jurisprudencia, sin embargo, éstos se consideran insuficientes, por cuanto cambian con mucha frecuencia, no son regulares, se alternan y, en consecuencia, resulta muy difícil identificar una doctrina constitucional probable sobre este concepto. Bajo esta hipótesis, los operadores jurídicos no disponen de un concepto unificado de los DF. Como hipótesis subsidiarias se establecen que, esta jurisprudencia no se ciñe a un enfoque en particular, lo cual dificulta responder ¿qué son esos derechos? Entonces, a través de un desgajamiento a profundidad (Foucault, 1988, pp.3-4) la investigación procede a revisar el concepto los de los DF, esta línea intenta identificar qué problemas dificultan la reconstrucción del concepto de los derechos en Colombia, siguiendo las pautas del profesor Diego López Medina (2014) sobre la interpretación del Derecho de origen jurisprudencial.

Se intenta demostrar que, la Corte recurre a distintos enfoques y a conceptualizaciones que cambian con regularidad, que éstos no son estables, no se repiten y que no se percibe homogeneidad. Que el enfoque iusnaturalista se afinsa en la dignidad humana, igualmente en que los derechos esenciales, inalienables e inherentes a la persona humana, se aplican conjuntamente, con la teoría del núcleo esencial; así mismo con enfoques positivistas y funcionalistas (normativistas) como el de los derechos subjetivos y a los axiológicos (valores y principios del Estado social de derecho) y el realismo jurídico, frente al caso concreto (realidad). Se aclara que, no se trata de identificar cuál es el enfoque que mejor se acopla o, el más

adecuado para Colombia, sólo intenta identificar un concepto de los DF, junto al enfoque que sigue la Corte Constitucional colombiana. Se parte de la base que, concurren diferentes enfoques y matices, así es claro que, a nivel de la jurisprudencia constitucional, a ese Tribunal le corresponde unificar su jurisprudencia, es decir, debe seguir una postura conceptual que tiene la característica de tener el valor de precedente constitucional vinculante. Vale decir, que responda a una idea unificada de la jurisprudencia y, de ser un patrón conceptual identificable que asuma las características de una sociedad dinámica, indócil y cambiante que se basa en hechos, es decir, en una realidad social determinada. Por ejemplo, un Estado social de derecho como el colombiano. Se trata de seguir, por consiguiente, el rastro de un concepto histórico, contingente y que cambia por la influencia de los valores y los principios constitucionales. La profesora Cristina Motta (1995), por ejemplo, señala que “uno de los aspectos más importantes del estado social es la exigencia de realización material de los valores y las libertades individuales de realización material de los valores y las libertades individuales”. Y añade que:

La libertad se despliega en sentido positivo, esto es, como autonomía y posibilidad (...) en cuanto a los alcances de la consagración de los derechos sociales, el estado social se aleja del liberalismo libertario y pretende constituirse en la fase superior del liberalismo. Con el reconocimiento de tales derechos se acepta la existencia de diferentes tipos de conflictos de intereses, conflictos entre intereses individuales y el interés general y también tensiones entre intereses generales....la jurisprudencia de la Corte constitucional referida al tema del interés general y su conflicto con los derechos individuales ha oscilado entre el reconocimiento de las modificaciones anotadas la inmovilidad respecto de la jurisprudencia y doctrina anteriores a la constitución de 1991. (Motta, 1995, pp.207-233)

Esta investigadora identifica cuatro tipos de fallos: (i) Un enfoque liberal escéptico. (ii) Un enfoque hacía la idea de justicia. (iii) Enfoque hacia el colectivismo silogístico y (iv) Un enfoque pluralista igualitario (Motta, 1995, pp.224-233). En este contexto investigativo, cada uno de los enfoques identificados por la profesora Motta, plantea un concepto diferenciable de los DF, y a su vez, diferentes criterios de validez, a partir de la aplicación de valores, principios y de las distintas concepciones sobre los derechos constitucionales. Con este ejemplo, y con todas las variables anotadas en los tres primeros capítulos, se anticipa un debate muy interesante desde el punto de vista constitucional, y así se da inicio, a la línea jurisprudencial que, intenta identificar qué son los DF en la jurisprudencia constitucional colombiana.

2. Los derechos fundamentales en Colombia

¿Qué significa para un sistema jurídico que su jurisprudencia no cuente con un patrón conceptual identificable sobre lo qué son los DF? Un patrón conceptual identificable, es en general, una idea justificada de algo (por ejemplo, de los derechos) que se va construyendo y consolidando, a través del tiempo y que, permite identificarla y diferenciarla de otras ideas, por sus propiedades intrínsecas y necesarias. En el caso de la presente investigación, un patrón conceptual identificable acerca de los derechos es aquél que, conduce a una doctrina constitucional probable, acerca de lo qué son los DF. Es decir, es aquél que se concentra en el objeto de protección de los derechos porque, es allí donde se reúnen los intereses y, las necesidades de la persona humana, relacionadas con la dignidad humana (que no contingentes) que constituyen el objeto de protección por el Estado y que, en opinión de la investigación, corresponden al núcleo esencial de los derechos. Así, el problema jurídico se designa bajo un interrogante que surge como resultado de los análisis de los enfoques, y ahora, a través, de una línea jurisprudencial. Al

respecto, se tienen en cuenta que, las decisiones de la Corte Constitucional sobre los DF constituyen precedente constitucional conceptual vinculante, en virtud del principio de supremacía constitucional (Vargas G., 2011), por cuanto, se trata de una clase de interpretación que, en todo caso, reúne las características de ser superior y obligatoria, por tanto, genera precedente tanto vertical, como horizontal. Así las cosas, se percibe que se trata *strictu sensu* de un precedente diferenciable de la jurisprudencia, meramente indicativa o, vinculante relativa, acerca de un concepto jurídico (López M., 2014, Cap. 4) Por ese motivo, es muy importante consolidar y unificar el concepto los DF, y ajustarlo periódicamente, de acuerdo con la propia dinámica de la sociedad, del Derecho y de los DF.

Se trata de una línea jurisprudencial que, se expone con un enfoque netamente conceptual que, no se basa en la agrupación de cierta reiteración de hechos (analogía fáctica) como, por ejemplo, casos de desplazamiento forzado, el corte de cabello de los colegios, el agua potable, el aborto, la eutanasia, entre otros. Por el contrario, sin desligarse de los hechos, se concentra en la búsqueda de un concepto de los DF, porque su principal tarea es identificar un patrón conceptual identificable sobre un concepto que, es central para todo Derecho. Así las cosas, este trabajo intenta identificar una analogía conceptual e ideológica, estricta o permisiva, sobre lo qué son los DF, con el fin de clarificar sí, en Colombia se evidencia la reiteración de un patrón conceptual identificable, de lo que son los DF, sin que ello signifique desconocer las posibles analogías fácticas, dado que, en algunos casos, pueden o no coincidir. (López M., 2014, cap. 4-5)

Ahora bien, desde ya se advierten dificultades interpretativas propias del ejercicio y, que se derivan de la naturaleza de estas sentencias, o sobre el mismo criterio de selección, teniendo en cuenta que, el Estado colombiano es relativamente joven en materia de derechos, pues se refundó con la Constitución de 1991, cuando la Asamblea Nacional Constituyente introdujo

cambios estructurales y sustanciales en el sistema jurídico y, uno de ellos, fue precisamente la creación de una Corte Constitucional, como cabeza del sistema constitucional y organismo de cierre, a la vez con un control concentrado de constitucionalidad y, para que defina los derechos constitucionales.

Esta Constitución, por supuesto difiere de la Constitución de 1886, entre otras razones, por la presencia de un catálogo de DF que dieron lugar a la aparición de una tipología particular de sentencias como las “C” (de control constitucional), las “T” (de Tutela) y las “SU” (de unificación) cada una, con efectos propios dentro del sistema constitucional y, de las cuales, sin restricción, emana el concepto de los DF.

2.1. Línea jurisprudencial. El problema jurídico responde a la siguiente pregunta: ¿qué significa para un sistema jurídico que, su jurisprudencia no cuente con un patrón conceptual identificable, sobre lo qué son los DF? Este resultado, es el más importante, en toda la investigación, porque de él depende, el sentido de las conclusiones generales. La metodología, a seguir, es de carácter cronológica, independiente del tipo de sentencia. En todo caso, se intentará seguir la tipología propuesta por el profesor Diego López Medina, aunque, a diferencia del autor, éste no es un criterio definitivo porque, es claro que un enfoque fáctico (analogía fáctica) difiere del conceptual y en efecto, seguir un concepto histórico, indeterminado y contingente, a través de una jurisprudencia voluminosa y especializada, implica intentar alcanzar la génesis de la posición de la Corte, teniendo en cuenta que los enfoques, autores, objeciones, rupturas y contradicciones, en algunos casos, pueden estar expuestas, explícita o implícitamente, en cada fallo. Entonces, de aquí en adelante, el trabajo se concentrará en localizar un patrón conceptual

identificable, partiendo de la premisa de que la Corte Constitucional colombiana, ha intentado dar una respuesta unificada a lo que son los DF.

Así las cosas, este trabajo tiene como referencia a los modelos de fundamentación de los tres primeros capítulos, por cuanto, las diferencias entre el iusnaturalismo, el positivismo, el realismo y el axiologismo, constituyen la base para el estudio de la jurisprudencia. Así, es que se podrán describir las coincidencias, las rupturas, los autores, las objeciones y en general, toda la problemática para comprobar la hipótesis que, señala que el concepto de los DF, depende, de esos enfoques y, en particular, de las ideas de los juristas. De otro lado, para facilitar la lectura y, ofrecer una mayor claridad, para quienes accedan a este trabajo, se ha optado por extraer la parte pertinente de la sentencia, es decir, la idea principal para contrastarla con los enfoques, y así, evidenciar el problema jurídico, facilitando el aparte pertinente de la jurisprudencia, donde con mayor profundidad, se define la fundamentalidad de los derechos y, donde se concrete el objeto de protección de los derechos que corresponde a su núcleo esencial.

La idea principal, consiste en lograr una correlación entre las sentencias escogidas, pues como se trata de una línea que, se estructura alrededor de un concepto histórico, indeterminado y contingente, en la línea también, se podrán analizar los desacuerdos que se consideran propios de un estudio, como el que se está realizando. Así las cosas, un patrón conceptual y los consensos constituyen el ideal, pero es posible que no sea lo más destacado y, que, por el contrario, se adviertan variaciones ideológicas y desacuerdos que, son los que afectan a la jurisprudencia constitucional. Con estas consideraciones previas, se presenta la siguiente línea jurisprudencial:

2.1.1. T-002/92. MP. Alejandro Martínez Caballero. Hito y fundante frente al problema jurídico planteado en esta línea jurisprudencial. Desde los inicios, la Corte marca una pauta para

todo el desarrollo posterior del concepto de los DF. ¿Qué son? Esta sentencia se destaca porque la Corte plantea dos criterios sobre los DF: (i) En primer lugar, señala las limitaciones del criterio formal (catálogo) para determinar la fundamentalidad de los derechos, por cuanto, se trata de una directriz indicativa de la posible menor influencia del positivismo normativista en la interpretación del concepto los DF, y la mayor influencia del Artículo 94 (derechos inherentes a la persona humana) que coincide con la textura abierta y pluralista de la Constitución de 1991. Desde entonces, en la Corte se marca un criterio que, aún se mantiene vigente y, que dice que la consagración de los derechos, en un catálogo, constituye un criterio auxiliar de identificación, porque la fundamentalidad, depende, de la interpretación sistemática, finalística o axiológica que hagan los jueces, en un caso particular.

Esta sentencia afirma:

El hecho de limitar los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la constitución política bajo el título de los derechos fundamentales y excluir cualquier otro que ocupe un lugar distinto, no debe ser considerado como criterio determinante sino auxiliar, pues él desvirtúa el sentido garantizador que a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos otorgó el constituyente de 1991. El juez de tutela debe acudir a la interpretación sistemática, finalística o axiológica para desentrañar, del caso particular, si se trata o no de un derecho fundamental, lo que podría denominarse una “especial labor de búsqueda” científica y razonada por parte del juez.

Aquí se parte del enfoque positivista, pero a la vez, se radica en cabeza del Juez la función interpretativa y abierta de los derechos, esta idea también es compatible con los hechos que emergen de la realidad (conforme a las circunstancias del caso particular), así, el concepto se conecta con el realismo norteamericano, pues en definitiva, son los hechos y el Juez quienes

definen, si se trata, o no, de un derecho fundamental (el catálogo es auxiliar). Ahora, se trata de una postura mixta, porque, de todos modos, se basa en una interpretación orientada, conforme al enfoque axiológico. La idea de fundamentalidad, en consecuencia, está en cabeza del Juez y no depende de la ubicación de los derechos en la Constitución. La Corte, en esta sentencia, plantea un criterio novedoso para el momento histórico (se trata de la segunda sentencia de la Corte Constitucional) que consiste, en dejar en manos del Juez, la fundamentalidad de los derechos. Esta tendencia, puede implicar un efecto negativo para la seguridad jurídica, teniendo en cuenta que la conceptualización de los derechos depende, de la ideología del juez. En este caso, se afecta la seguridad jurídica, si el Juez no sigue una rigurosa línea de precedentes. Así mismo, se hace notar que, en Colombia, la jurisdicción constitucional no cuenta con jueces especializados, y expertos en derechos fundamentales, tal cual, como si los tienen conforme a su especialidad, las jurisdicciones administrativa, penal, civil, laboral, de familia, entre otras. De manera tal que, todos los jueces de Colombia, en primera instancia y sin consideración a su especialidad, son jueces de Tutela (salvo, los de la Justicia Penal Militar) y así, los DF están sujetos al criterio de un Juez no especializado. De otro lado, no todas las acciones de Tutela pueden ser revisadas por la Corte Constitucional y, es allí, donde se advierte la importancia del precedente constitucional-conceptual horizontal y vertical en la Corte Constitucional. En consecuencia, desde ahora se abre un debate muy importante, pues el ideal es que, el concepto de lo que son los DF, se interprete con auténtico sentido de precedente vinculante.

En segundo lugar, esta sentencia presenta una interpretación sistemática y iusfilosófica de lo que atiende a la esenciabilidad, inalienabilidad e inherencia de los derechos a la persona humana. Es decir, la Corte también transita por los senderos del Iusnaturalismo racionalista (la razón). Por lo tanto, la Corte con mayor énfasis, intenta una idea de fundamentalidad, a través de

una ruta interpretativa y esencialista de los derechos, con apoyo justificado en los artículos 1º, 5º y 94 de la Constitución de 1991. Estas conceptualizaciones de esencialidad, inalienabilidad e inherencia a la persona humana, se consideran muy relevantes porque, en la jurisprudencia colombiana, se habla con mucha frecuencia de esencialidad, inalienabilidad e inherencia de los derechos a la persona humana, a veces, sin atender a esta clarificación conceptual. Por consiguiente, para el estudio del Derecho Constitucional esta sentencia es hito porque, se encarga de responder a la siguiente pregunta: ¿cuáles son los criterios que debe aplicar el juez constitucional, para determinar si un derecho, para el cual se solicita protección, a través, de la Tutela es fundamental? La Corte responde: (i) La persona humana. (base material) y, el (ii) reconocimiento expreso (base formal). Esta jurisprudencia apela a un criterio combinado entre el iusnaturalismo y positivismo. Sin embargo, en la investigación se percibe una inclinación iusnaturalista, porque se apoya en el ser humano y, en toda su dimensión, como tal, y su dignidad. Así, al final se percibe una tendencia hacia los derechos naturales cuando, se definen los conceptos de inherente, inalienable y esencial. Para el concepto de los DF, se tiene en cuenta que, la persona humana, en toda su dimensión social, constituye la base material de los derechos, lo cual coincide con el iusnaturalismo, pero a su vez, el reconocimiento expreso, como su base formal, corresponde a una tendencia del positivismo normativista. El punto de vista es diferente dado que, el criterio de validez, en cada caso difiere, de tal manera que, una posible explicación al fenómeno que se percibe es que la Constitución de 1991, combina los enfoques. En consecuencia, para responder a la pregunta ¿qué son los DF?, éstos son los esenciales, inherentes e inalienables de la persona humana, a partir de su consagración formal. Así, la línea argumentativa es la siguiente:

2.1.1 **Los derechos esenciales de la persona.** El primer y más importante criterio para determinar los derechos constitucionales fundamentales por parte del Juez de Tutela consiste en

establecer si se trata, o no, de un derecho esencial de la persona humana. El sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana. No es pues el individuo en abstracto, aisladamente considerado, sino precisamente el ser humano en su dimensión social, visto en la tensión individuo-comunidad, la razón última de la nueva Carta Política. Los derechos constitucionales fundamentales no deben ser analizados aisladamente, sino a través de todo el sistema de derechos que tiene como sujeto a la persona. Es a partir del ser humano, su dignidad, su personalidad jurídica y su desarrollo (artículos 14 y 16 de la Constitución), que adquieren sentido los derechos, garantías y los deberes, la organización y funcionamiento de las ramas y poderes públicos. Los valores y principios materiales de la persona, reconocidos por la Constitución, están inspirados en el primer inciso del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que dice: “considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Y en otro considerando afirma que: “los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”. (Negrillas originales).

El hombre es el centro de atención de los derechos. Y bajo esta premisa, lo primero que tiene que hacer el Juez, es establecer, si se trata o no, de un derecho esencial de la persona humana. Pero ahí, surge el primer problema, por cuando la expresión “esenciales” cuenta con muchos significados y depende de la posición que, adopte el Juez. Las tendencias esencialistas, como se pudo comprobar en los tres primeros capítulos, son objeto de muchas críticas, sin embargo, es innegable que la Constitución de 1991, abriga esas tendencias (artículos 5° <inalienables> y 94 <inherentes a la persona humana>). Ahora bien, también se marca una

tendencia axiológica, en cuanto a los valores y, a principios como la dignidad y, la Corte y su jurisprudencia reconocen que, se encuentran en el Preámbulo de la Constitución de 1991:

Los valores y principios materiales de la dignidad, la personalidad jurídica y su libre desarrollo, así como los criterios de la esencialidad, la inherencia y la inalienabilidad, son atributos propios de la persona, reconocidos en la constitución, así...el preámbulo de la carta contiene los valores de la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz; y en el cuerpo de la constitución figuran además la moral social, la riqueza natural y el pluralismo expresado en la diversidad política, étnica y cultural en los artículos 1o. y 2o. de la Constitución se establece así mismo que Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana; y dentro de sus fines esenciales está el garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución en este sentido, con el fin de verificar si un derecho constitucional fundamental se deriva del concepto de derecho esencial de la persona humana, el juez de tutela debe investigar racionalmente a partir de los artículos 5o. y 94 de la Constitución, como se procede a continuación: el artículo 5o. de la carta establece: “el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”. El artículo 94 de la Constitución determina que: “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Esta disposición tiene como antecedente la enmienda novena de la Constitución de los Estados Unidos, aprobada en 1791, ambos artículos se interpretan a la luz de la Convención americana de los Derechos del hombre (norma interpretativa constitucional, según el artículo 93 de la carta). En efecto, la Convención americana sobre derechos humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, fue aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, ratificado el 31 de julio de 1973, y entró en vigencia, el 18 de julio de 1975. Ella es, por tanto, una norma jurídica vinculante

en el derecho interno. allí se encuentra la idea de que son los atributos de la persona humana lo determinante para establecer la esencialidad de un derecho, cuando en el preámbulo se dice: “reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual, justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los estados americanos”. (Subrayado original)

De tal manera que, la Corte en esta sentencia, se encarga de definir qué se entiende por inalienable, inherente y esencial, por consiguiente, estas interpretaciones desde los primeros inicios marcan una ruta interpretativa que constituye precedente constitucional. Así entonces, cuando surgen dudas sobre el sentido de los artículos 5° y 94 de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional cuenta con las siguientes respuestas:

Entonces, se pregunta, ¿qué es inalienable, inherente y esencial? Podría responderse que inalienable es: “que no se puede enajenar, ceder ni transferir”; inherente: “que constituye un modo de ser intrínseco a este sujeto”; y esencial: “aquello por lo que un ser es lo que es, lo permanente e invariable de un ser”. Estos términos “inalienables” e “inherentes” deben ser entendidos así: **algo es inalienable por ser inherente y algo es inherente por ser esencial.** (Negrillas de la investigación)

La jurisprudencia también pone de presente la concurrencia de unas obligaciones correlativas de la persona, es decir, es impensable la existencia de un derecho, sin un deber frente a sí mismo y frente a los demás. Este punto resulta de capital importancia para establecer unos límites frente a los derechos, pues, éstos no pueden ir más allá, frente a los derechos de los

demás, así mismo, es entendible que tener un derecho es tener una obligación correlativa. Dicho de otro modo, tener un derecho representa tener unos deberes, a su cargo:

Ahora bien, una característica de algunos de los derechos constitucionales fundamentales es la existencia de deberes correlativos. En el artículo 95 de la Constitución Política, se encuentran los deberes y obligaciones de toda persona. La persona humana, además de derechos, tiene deberes; ello es como las dos caras de una moneda, pues es impensable la existencia de un derecho, sin deber frente a sí mismo y frente a los demás (...). Concluyendo se advierte que, como definía Emmanuel Kant, en su libro *Fundamento de la Metafísica de las Costumbres*, ser persona es ser fin de sí mismo.

Así, en resumen, la Corte acepta la consagración expresa de los derechos a través de una tendencia positivista normativista, tal cual Hans Kelsen, pero al mismo tiempo, acepta y define las expresiones: inalienables, inherentes y esenciales del enfoque esencialista propio del Iusnaturalismo (del ser), por consiguiente, es claro que desde un comienzo, en la Corte colombiana se intenta una fundamentalidad de los derechos que, se basa en la persona humana y en su dignidad, es decir, desde dos posturas rivales (Iusnaturalismo <primer capítulo>-positivismo <segundo capítulo>). Así mismo, se puede afirmar que los DF son aquellos que independiente de su consagración expresa, son esenciales, inalienables e inherentes a la persona humana (El ser como tal). Son unos derechos anteriores al *Contrato social* y al nacimiento del Estado. La Corte, también tiene como referencia los tratados y convenios internacionales, sobre derechos humanos, según los artículos 1º, 5º, 93 y 94 de la Constitución de 1991. De tal manera que, desde sus comienzos, intenta delinear una línea jurisprudencial estable, abarcando las dos facetas más importantes de los derechos, esto es, su consagración expresa y la persona humana. Sin embargo, como se verá, el concepto, más adelante se torna inestable, sin que ello signifique

que, la conceptualización de las expresiones inalienables, inherentes y esenciales, pasen inadvertidas, dado que éstas constituyen precedente constitucional vinculante, en virtud del principio de supremacía constitucional, porque se trata de una interpretación superior y obligatoria en virtud del Artículo 4 de la C.P.

2.1.2. T-015-92. MP. Fabio Morón Díaz -ponente-, Simón Rodríguez Rodríguez y Jaime Sanín Greiffenstein. Esta sentencia implica un giro hacia el iusnaturalismo, bajo el entendido que, los derechos patrimoniales, no consagrados en la Constitución como fundamentales, que comprenden los materiales e inmateriales, por su naturaleza, se consideran fundamentales y, bajo este entendimiento, la investigación la considera una sentencia fundante. Se refiere a un caso muy relevante, a la fundamentalidad de derechos que, en la Constitución no figuran como fundamentales. (Es el caso del derecho a la propiedad que, comprende todos los derechos patrimoniales consagrados en el código civil, en ese sentido, se trata de un derecho fundamental). Así las cosas, un derecho se considera fundamental, por su naturaleza, según lo expone el iusnaturalismo, porque corresponden a la persona humana y, no por su consagración expresa. De todos modos, esta jurisprudencia se conecta con la T-002-92 por la textura abierta de la Constitución. La Corte rechaza desde un comienzo el reduccionismo que, implica un catálogo de DF. Nótese la tendencia:

“Cuando una decisión de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión.”. Entonces, si se tiene en cuenta que el derecho de propiedad reconocido y garantizado por la carta política, abarca todos los derechos patrimoniales de una persona, esto es, los que recaen sobre las cosas y los bienes, entendidos estos como los objetos inmateriales susceptibles de valor, y que se desarrollan en el

código civil, no cabe duda de que en este sentido es un derecho fundamental, “aunque es una función social que implica obligaciones”, según la precisa evolución política, económica y social a que se ha aludido más arriba. Que ello es así lo ratifica la Convención americana sobre derechos humanos de 1969 (ley 16 de 1972), la que en su artículo 21 prescribe, en primer término, que “toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”, y, además que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”.

Los derechos son fundamentales por su naturaleza, siguiendo al iusnaturalismo, y en este sentido, se mantiene la línea que dice que, el catálogo es criterio auxiliar de interpretación. Se trata, por tanto, de una sentencia fundante, en cuanto dice que, los derechos son fundamentales por su naturaleza y consolidadora, cuando reitera que el catálogo es un criterio auxiliar. Sin embargo, la investigación advierte que, presenta una debilidad. Esta consiste en que no señala en qué consiste la fundamentalidad de los derechos, es decir, no ofrece algún dato cualificante, adicional y concreto sobre el objeto de protección. La expresión “por su naturaleza” queda abierta, y en este caso, el capítulo primero ofrece varios parámetros para delimitarla. De tal manera que, fue seleccionada porque se refiere a la naturaleza de ciertos derechos patrimoniales que, sin estar consagrados, expresamente en la Constitución de 1991, por su naturaleza (es decir, por su relación con la persona humana) se permite su tutela, en casos concretos. Así, la expresión “por su naturaleza” se incorpora al lenguaje constitucional, y por ellos, se entiende que son aquellos fundamentales que, estando naturalmente ligados a la naturaleza del hombre, se consideran derechos naturales (Finnis, 2000, en el capítulo primero).

2.1.3. T-406/92. M. P. Ciro Angarita Barón. Esta sentencia se considera hito en grado superlativo en Colombia, porque: (i) Establece una conexión entre los derechos con los principios constitucionales, es decir, en cuanto en la Corte se considera que los DF son la emanación directa de un principio (Ronald Dworkin, Robert Alexy, Capítulo Tercero); (ii) Propugna por la eficacia directa, entendida en términos de aplicación directa del texto constitucional. Este principio, se refiere a todo tipo de derechos; (iii) Los DF tienen un contenido esencial. En esta sentencia, se advierten los problemas expuestos en la doctrina especializada sobre la teoría espacial absoluta que, en ningún momento, son considerados por la Corte. Allí, implícito, se reconocen unos derechos inalienables e inherentes a la persona humana que, se pueden establecer conforme, al iusnaturalismo racionalista y, además, se acepta que son anteriores al nacimiento del Estado y, al *Contrato social* (Primer capítulo); (iv) Se empieza a consolidar que, el criterio de la consagración expresa es insuficiente (lo cual coincide con la textura abierta y pluralista de la Constitución de 1991). Además, esta jurisprudencia introduce varios criterios adicionales, entre otros, el del consenso histórico, así mismo, la voluntad colectiva, el contenido esencial, la conexión con los principios y la eficacia directa:

Los criterios que determinan el carácter de fundamental de un derecho, sobrepasan la consagración expresa y dependen de la existencia de un consenso, histórico y de una voluntad colectiva en torno a la naturaleza específica de un derecho, con todas sus implicaciones relativas al contenido esencial, a la conexión con los principios y a la eficacia directa. Por eso, el criterio de la consagración expresa es insuficiente.

Los derechos son aquellos que dicen los jueces de Tutela. Esta afirmación se acerca a las ideas del realismo jurídico, sobre el rol de los jueces, respecto de los derechos. Por tal motivo, el Juez constitucional, desde la Constitución ostenta un rol protagónico, en materia de derechos,

pero a su vez, un motivo de muchas preocupaciones, pues los derechos dependen de la ideología del Juez. Sobre este punto, un concepto unificado, de los qué son los DF, constituye un argumento válido para delimitar la actividad del Juez, en pro de la seguridad jurídica. Igualmente, los derechos deben reunir unos requisitos esenciales. Este es un punto, a destacar, puesto que, desde esta sentencia se intenta responder en el constitucionalismo colombiano a ¿cuáles son los requisitos esenciales de los DF? Así mismo, se perfila que uno de los pilares del Estado social de derecho, está en un concepto de derecho fundamental unificado, destacándose su dimensión objetiva hacia todo el aparato organizativo del Estado, es decir, la trascendencia constitucional de los derechos fundamentales. Esa jurisprudencia señala:

Hoy, con la nueva constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela. (...) otro de los pilares del estado social de derecho se encuentra en el concepto de derecho fundamental. Dos notas esenciales de este concepto lo demuestran. En primer lugar, su dimensión objetiva, esto es, su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del estado. Más aún, el aparato no tiene sentido si no se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos. en segundo lugar, y en correspondencia con lo primero, la existencia de la acción de tutela, la cual fue establecida como mecanismo de protección inmediata de los derechos frente a todas las autoridades públicas y con posibilidad de intervención de la Corte constitucional para una eventual revisión de las decisiones judiciales, que sirva para unificar criterios de interpretación...Esta Corte considera que para que un derecho tenga la calidad de fundamental debe reunir unos requisitos esenciales. Para la identificación de un derecho de tal naturaleza existen unos criterios que ponen en evidencia los requisitos señalados y, de contera, el derecho fundamental mismo: 1) conexión directa con los principios constitucionales; 2) eficacia directa y 3) contenido esencial. (Subrayado por fuera del texto)

Esta sentencia reconoce la eficacia directa de los derechos, y su núcleo esencial. Pero también empieza a consolidarse la idea de que los DF, son aquellos que los jueces dicen en las sentencias de Tutela, asumiendo la Corte una postura propia del realismo norteamericano expuesta en el capítulo tercero. Según lo anterior, la tendencia de la Corte no está delineada hacia un solo enfoque, pues además del realista, es a la vez iusnaturalista y axiológica porque, acepta el contenido esencial de los derechos y los principios, pero sin centrarse en una sola idea de fundamentalidad. Esta mixtura puede explicarse en las características de la Constitución de 1991, sin embargo, el punto que le preocupa a la investigación es que, por ahora, no se vislumbra un patrón conceptual identificable, independiente de la tendencia o tendencias que asuma la Corte. Ahora, el tema de los principios y el contenido esencial, son criterios muy debatidos en la doctrina constitucional contemporánea, tal cual se expuso en el primer y tercer capítulo, razón por la cual, la conceptualización de los DF, requiere de ciertas precisiones terminológicas, para establecer en qué dirección, son utilizadas algunas expresiones. Se recuerda, por ejemplo, que, también concurren objeciones (Habermas, 2010; Böckenförde, 1993, por ejemplo, tercer capítulo) y en cuanto al núcleo esencial, siguen vigentes los reparos de la investigación realizada por Gavara (1994) sobre la CE que son aplicables al problema colombiano. Ahora bien, a pesar de los problemas que genera la concurrencia de diversos enfoques, se destaca una de las conclusiones del capítulo tercero que, acepta que el objeto de protección de los derechos se concentra en el núcleo esencial. Este dato es muy relevante, porque, la investigación a esta altura ya tiene conocimiento sobre el lugar donde reside la fundamentalidad, así no exista un método para separar ese núcleo de la parte periférica, y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, hasta ahora, no se sabe ¿cuál es el alcance dado a la expresión contenido esencial?

2.1.4. T-415-92. MP. *Ciro Angarita Barón.* Las condiciones básicas que rodean al hombre como miembro de una comunidad y que permiten su supervivencia biológica, definen la fundamentalidad de un derecho. Se trata de un criterio fundante, acerca de la fundamentalidad del derecho al medio ambiente. La Corte, basada en una concepción que proviene de los derechos naturales, define que los derechos de tercera generación son fundamentales porque, las condiciones básicas que rodean al hombre son las que permiten preservar la supervivencia de la especie humana. Así, el criterio de la conexión, entre derechos, aparece para establecer la fundamentalidad de los derechos de tercera generación. Es decir, en la práctica jurídica colombiana, se limita la clasificación tradicional de derechos de primera, segunda y tercera generación, y en esta materia, esas condiciones básicas que rodean al hombre son las que definen su carácter fundamental, no importando la naturaleza de derecho, o su clasificación. Este tipo de derechos, desde un comienzo, se han considerado fundamentales en Colombia. El medio ambiente, por tanto, es fundamental para la supervivencia de la especie humana (iusnaturalismo). El desarrollo de esta jurisprudencia está ligado a la dignidad humana y, en la parte pertinente señala:

El derecho al medio ambiente y en general, los derechos de la llamada tercera generación, han sido concebidos como un conjunto de condiciones básicas que rodean al hombre, que circundan su vida como miembro de la comunidad y que le permiten su supervivencia biológica e individual, además de su desempeño normal y desarrollo integral en el medio social. De esta manera deben entenderse como fundamentales para la supervivencia de la especie humana. Nuestra constitución consagra no sólo la protección de los derechos fundamentales cuando quiera que estén afectados por daños ambientales, sino también unos derechos del ambiente específicos a participar en las decisiones que lo afecten, por ejemplo y también un derecho fundamental al medio ambiente.

La supervivencia de la especie humana es un dato clave en la jurisprudencia constitucional colombiana para decidir la fundamentalidad de los derechos. No importa la generación. Se trata de una sentencia fundante de línea porque amplía los DF, a los de tercera generación. Allí, el objeto de protección del medio ambiente, lo constituye la supervivencia humana.

2.1.5. T-418-92. MP. Jaime Sanín Greiffenstein y Ciro Angarita Barón. Los derechos son fundamentales, en razón a su naturaleza. Así, la Corte se mantiene en el criterio de la supervivencia del ser humano empezando a consolidarse la idea iusnaturalista de la inherencia con respecto “al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre”, no así el de la consagración expresa de los derechos fundamentales (iusnaturalismo).

Los derechos obtienen el calificativo de fundamentales, en razón, de su naturaleza, esto es, por su inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre. Un derecho es fundamental por reunir estas características y no por aparecer reconocido en la constitución nacional como tal. Estos derechos fundamentales constituyen las garantías ciudadanas básicas sin las cuales la supervivencia del ser humano no sería posible.

Pero, cuando se habla de la naturaleza de los derechos, según el primer capítulo, se hace referencia a la existencia de unos derechos esenciales anteriores al *Contrato social*. En este caso, la inherencia está ligada a ese núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre que corresponde al iusnaturalismo, no así al positivismo, porque la Corte sigue sosteniendo que la fundamentalidad de un derecho, no depende, de su consagración en la Constitución (consolidadora). Este es un punto diferenciante y cualificante que, incide sobre la respuesta de lo

qué son los DF. Esta sentencia, se considera ratificadora de la T-415/ 92 proyectando una línea jurisprudencial que, señala que existen unos DF no consagrados en la Constitución de 1991 (textura abierta), y a su vez, ratifica que el catálogo de derechos es un criterio auxiliar que no determina la fundamentalidad de los derechos.

2.1.6. T-419-1992. MP. Simón Rodríguez Rodríguez. Los DF son los que corresponden al ser humano en cuanto tal, por su —dignidad humana—. La Corte introduce el criterio de la dignidad humana, como un principio constitucional y único que, ubica al ser humano en una condición de superioridad en el universo social que, lo hace acreedor de unos derechos; la protección, al principio de dignidad humana es lo que decide la fundamentalidad de los derechos:

Los derechos fundamentales son los que corresponden al ser humano en cuanto tal, es decir, como poseedor de una identidad inimitable caracterizada por su racionalidad que le permite ejercer sus deseos y apetencias libremente. De ahí que se le reconozca una dignidad —la dignidad humana— que lo colocan en situación de superior en el universo social en que se desenvuelve, y por ello, es acreedor de derechos que le permiten desarrollar su personalidad humana y sin los cuales ésta se vería discriminada, enervada y aún suprimida. son los derechos fundamentales que le protegen la vida, proscriben la tortura, aseguran su igualdad frente a sus congéneres, amparan su derecho a la intimidad, garantizan su libertad de conciencia, de cultos, de expresión y pensamiento; salvaguardan su honra, le permiten circular libremente, le preservan el derecho al trabajo, a la educación y la libertad de escogencia de una profesión u oficio, las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra; su juzgamiento debe respetar el debido proceso, se le garantiza el derecho a la libre asociación y a formar sindicatos, etc.

La dignidad humana constituye un principio superior único que, ubica al hombre en una condición de superioridad frente al universo. La libertad del hombre, como poseedor de una identidad inimitable y su racionalidad, definen la fundamentalidad de los derechos; esta jurisprudencia adscribe la dignidad al iusnaturalismo. No obstante, la dignidad humana admite varias concepciones e interpretaciones, como se advierte en el capítulo tercero, no todas las veces aparece del lado del iusnaturalismo porque, también, hace parte del derecho positivo, como principio rector autónomo, consagrado en el artículo 1º de la Constitución de 1991. De la dignidad humana, se nutre la libertad y los DF, son los que le permiten ejercer al hombre sus deseos y apetencias libremente. Pero al expresar la Corte que los DF son los que corresponden al ser humano, en cuanto tal, como poseedor de una identidad inimitable caracterizada por su racionalidad que, le permite ejercer sus deseos y apetencias libremente, está enviando un mensaje con enfoque iusnaturalista, de tal manera que, los DF a través de la dignidad, insinúan una tendencia provisional naturalista que más adelante, podrá ser confirmada o desvirtuada.

2.1.7. T-420-92. MP. Simón Rodríguez Rodríguez, Jaime Sanín Greiffenstein y Ciro Angarita Barón. Los DF pertenecen al ser humano, por ser él, la única persona pensante, dotada de razonamiento. Es decir, los derechos son fundamentales, en virtud de la dignidad humana:

Los derechos fundamentales se caracterizan “porque pertenecen al ser humano en atención a su calidad intrínseca de tal, por ser él criatura única pensante dotada de razonamiento; lo que le permite manifestar su voluntad y apetencias libremente y poseer por ello ese don exclusivo e inimitable en el universo social que se denomina dignidad humana.

Así, en la Corte se percibe una tendencia iusnaturalista con apoyo en la dignidad humana como elemento que, define la fundamentalidad de los derechos en Colombia (sentencia

consolidadora de línea); no obstante, tampoco define con claridad, qué son los DF, porque solo expresa algunas características, pero en ningún momento señala, qué son los derechos. Y, esta tendencia hacia la dignidad humana, de todos modos, marca una ruta acerca de la concepción de los derechos en Colombia, éstos son los que le pertenecen al ser humano, en su calidad intrínseca de ser él, la única criatura pensante, dotada de razonamiento. Es decir, la Corte avanza en una idea antropocéntrica de fundamentalidad, pero sin concatenar los criterios expuestos en las primeras sentencias.

2.1.8. T-426-92. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. La seguridad social es un derecho establecido, en forma genérica en el Artículo 48 de la Constitución, es decir, no es un derecho fundamental en la Carta de 1991; sin embargo, en relación con las personas de la tercera edad, adquiere ese carácter de fundamental, cuando según las circunstancias del caso, se ponen en peligro otros derechos y principios fundamentales del individuo. Frente a la protección de las personas de la tercera edad, la Corte acoge el enfoque axiológico e introduce la noción de peligro para otros derechos que, sí se consideran fundamentales:

El derecho a la seguridad social no está consagrado expresamente en la Constitución como un derecho fundamental. Sin embargo, este derecho establecido de forma genérica en el artículo 48 de la Constitución, y de manera específica respecto de las personas de la tercera edad, adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral o el libre desarrollo de la personalidad de las personas de la tercera edad.

Aunque no dice qué son los DF, sí ratifica el criterio que dice que, el catálogo de derechos es insuficiente, que además la seguridad social es un derecho no consagrado expresamente, como fundamental en la Constitución de 1991; además que el Artículo 48 consagra el derecho a la seguridad social, que adquiere la connotación de fundamental, por su conexión con otros principios, dentro de los cuales destaca, la dignidad humana. Así las cosas, la dignidad humana, se empieza a consolidar en la jurisprudencia colombiana como el elemento, sobre el cual, gravita la fundamentalidad de los derechos en esa jurisprudencia.

2.1.9. T-451-92. MP. Ciro Angarita Barón. Existen derechos indubitadamente fundamentales que, sólo se pueden determinar, en el caso concreto. Esta sentencia expone las siguientes subreglas jurisprudenciales: (i) en primer lugar, el carácter fundamental de un derecho no depende exclusivamente de su consagración en un catálogo de derechos, y en segundo lugar, (ii) el carácter fundamental de un derecho, depende, del caso concreto (de la realidad). (iii) En tercer lugar, la Corte expone que no se puede producir el rechazo, *in límine* de la Tutela, con el argumento que, un determinado derecho no es fundamental:

El carácter fundamental de un derecho no se puede determinar sino en cada caso concreto, atendiendo tanto la voluntad expresa del constituyente, como la conexidad o relación que en dicho caso tenga el derecho eventualmente vulnerado con otros derechos indubitadamente fundamentales y/o con los principios y valores que informan toda la constitución. De tal manera que el juez no puede rechazar “in-límine” la tutela con el argumento de que el derecho no es fundamental, pues es indispensable hacer previamente un análisis concreto para establecer con suficientes elementos de juicio su carácter de tutelable o no en las específicas circunstancias del caso. (Subrayado por fuera del texto)

La Corte, en este caso, atiende a la voluntad del constituyente en materia de derechos; igualmente a los hechos, o al caso en concreto y, a la conexidad con los principios que informan toda la Constitución. Así las cosas, expone tres enfoques, sin que allí se exponga una idea central de fundamentalidad. Ahora bien, se podría considerar una sentencia fundadora de línea, en cuanto al enfoque, a la injerencia definitoria de la realidad, y consolidadora, en cuanto a la labor del juez, frente al caso concreto. El punto es que, tantos enfoques sin que se defina qué son los DF, no hacen progresar una idea clarificadora de fundamentalidad, aquí en esta jurisprudencia no se consigue una respuesta unificada del concepto de lo qué son los DF. Sin embargo, la fundamentalidad de los derechos, se puede considerar contingente porque, está dada por el caso en concreto, y por su conexidad con otros derechos, principios y valores que informan toda la Constitución. Se trata de una concepción abierta de los DF, y este fenómeno, puede afectar la seguridad jurídica, y aunque, dentro de los principios y valores que informan toda la Constitución, se encuentra la dignidad humana, no se percibe una conexión concreta y clara con las jurisprudencias precedentes, como por ejemplo con la T-406/92 (aunque se trate del mismo Magistrado), por lo que hasta ahora, no se percibe, un patrón conceptual identificable. Esta jurisprudencia, aunque destaca la importancia del Juez constitucional, cae en un vacío, por cuanto, en la Corte, no se sigue una rigurosidad conceptual. Ahora bien, es destacable que se empiece a comprobar la importancia del Juez, y bajo esta directriz, los derechos pueden ser fundamentales, cuando así lo determine el Juez, en un caso concreto. De paso, el criterio positivista del catálogo de los derechos sigue siendo auxiliar, en esa jurisprudencia.

2.1.10. T-462-92. MP. Simón Rodríguez Rodríguez, Jaime Sanín Greiffenstein y Ciro Angarita Barón. Los DF son los inherentes e inalienables a la persona humana, la jurisprudencia

se refiere a su esencia, a su naturaleza, son los inalienables, sin los cuales la persona humana no podría subsistir. La Corte, se apoya en los derechos naturales y, propone un concepto de fundamentalidad, más cerca del ser que, del deber ser (iusnaturalismo). Precisamente, el capítulo primero, se ocupa de este enfoque y, de sus críticas que se orientaran a destacar la relación del concepto de los DF, con ideas provenientes de la metafísica, las cuales se considera que van en detrimento de la seguridad jurídica porque, no aportan un concepto unívoco de fundamentalidad. En el caso de los derechos sociales, éstos también se consideran esenciales, inalienables e inherentes al ser humano, así desde entonces, ese tipo de derechos son fundamentales por su conexión con la dignidad humana. En este caso la Corte expone las siguientes ideas:

Al definir los derechos fundamentales, se destacó la nota esencial de ser ellos inherentes al ser humano, a su esencia, a su naturaleza e inalienables y sin los cuales éste no podría subsistir como tal. Ello sucede con el derecho del trabajo, el cual además de realizar al hombre como tal, dignificándolo, constituye para él a la vez un medio insustituible para conseguir recursos económicos para su congrua subsistencia y la de su prole.

Se estima una sentencia consolidadora, en cuanto los DF son los esenciales, inalienables e inherentes al ser humano, lo cual encuentra respaldo en los artículos 5 y 94 de la Constitución de 1991. Así las cosas, se distingue que, el carácter esencialista de los DF no parte de la iniciativa de la misma jurisprudencia constitucional, sino que, esta caracterización tiene su explicación en las normas iusfundamentales de la propia Constitución de 1991. Luego, aunque la Carta Política no define el concepto de los DF, si consagra unas pautas y unas características específicas que, remiten a su intérprete a los postulados de los derechos naturales, y así mismo, a una conexión con la dignidad humana que, constituye según el Artículo 1º un principio fundamental. A la anterior explicación, se suma el hecho de que la Carta de 1991, también consagra un catálogo de

DF, en el Título II, y así mismo, unos “Derechos de aplicación inmediata” en el Artículo 85, de tal manera que, toda esa normatividad iusfundamental (derecho positivo) abre una serie de posibilidades interpretativas que, se reflejan en la jurisprudencia, por consiguiente, estos fenómenos también encuentran una explicación en la Constitución de 1991, puesto que, en este texto concurren unos valores, principios y derechos positivados, que desde luego, hacen más compleja la labor interpretativa de la Guardiania de la Constitución. Pero este es el punto, ahí cobra mayor importancia la labor interpretativa de la Corte, pues no se escapa de la obligación de unificar el concepto de los DF, y de alcanzar patrones conceptuales identificables.

2.1.11. T-473-92. MP. Ciro Angarita Barón. Los derechos son fundamentales por lo que significan para la realización de los valores y principios consagrados en la Constitución, no por su consagración expresa. Así, en la Corte sigue predominando la idea de que los derechos fundamentales, no se determinan sólo por su consagración expresa, sino básicamente por el significado que representan para la realización de los valores y principios constitucionales y también, por su conexión con otros derechos fundamentales.

Los derechos constitucionales fundamentales se determinan no sólo por la mención expresa que de ellos haga la Constitución, sino también por su significación misma para la realización de los principios y valores consagrados en ella y, además, por la conexión que tengan con otros derechos fundamentales expresamente consagrados. Esa conexidad, por supuesto, no debe valorarse en abstracto, sino en cada caso concreto, de acuerdo con las circunstancias particulares del mismo.

Representa un desarrollo del Artículo 94 de la Constitución de 1991. Su importancia radica en que promueve la interpretación sistemática de las normas iusfundamentales de la

Constitución de 1991, entre valores, principios y derechos que buscan su realización y esta labor, le corresponde al Juez constitucional. Así, el encuentro con las anteriores jurisprudencias está dado, precisamente, en la labor del Juez. Bajo esta interpretación, el caso concreto es el que suministra la evidencia fáctica para determinar la fundamentalidad de los derechos, porque es allí, donde realmente se pueden valorar las circunstancias de lugar, tiempo y modo; así mismo, la importancia del derecho afectado y su conexidad con otros derechos. De ahí que, en el caso concreto es donde se establece esa conexión con los valores y principios y, otros derechos establecidos en la Constitución. Ahora, el estudio de esta sentencia reafirma que, hay un cambio que las anteriores ya venían insinuando. Es que por la vía del precedente vinculante es que se delimitan las características de un sistema jurídico. Este fenómeno viene ocurriendo con la jurisprudencia constitucional desde 1991. Este cambio destaca la importancia del Juez y del derecho judicial que, conlleva a una reinterpretación del Artículo 230 de la Constitución de 1991 que está orientado a destacar el imperio de la ley, y no la jurisprudencia. Así las cosas, la investigación destaca que la definición de los DF, sólo se puede realizar por vía de una interpretación superior en la Corte, entonces, el Juez es quien finalmente atribuye el carácter de fundamental de un derecho (contingencia). Esta labor la puede realizar por diferentes vías, en este caso, lo hizo acudiendo a la conexidad de los valores y principios de la Constitución.

2.1.12. T-483-92. MP. Fabio Morón Díaz, Simón Rodríguez Rodríguez y Jaime Sanín Greiffenstein. La tendencia abierta y pluralista sobre los DF se va consolidando en la Corte Constitucional. Por consiguiente, un concepto abierto y extendido de lo qué son los DF, también se advierte en la jurisprudencia constitucional. Así, por ejemplo, están protegidos por la acción de Tutela, aquellos derechos que la Constitución considera fundamentales y excepcionalmente,

aquellos derechos que, por su naturaleza, en casos concretos, su violación se pueda impedir mediante, Tutela. La Corte, lo expone bajo la siguiente argumentación:

Los derechos que protege la acción de tutela, son aquellos que la Constitución considera como fundamentales y excepcionalmente serán cobijados los derechos constitucionales que a pesar de no tener el carácter de fundamentales, por su naturaleza en casos concretos, sea posible impedir su vulneración mediante el procedimiento de la tutela. La ley desarrolla el contenido de los derechos fundamentales consagrados en la carta política. Entonces es preciso concluir que cuando estos derechos de rango legal son un derivado o resultado del derecho fundamental o están vinculados esencialmente a él, son amparados por la acción de tutela cuando su efectividad no puede alcanzarse con el solo empleo del medio judicial ordinario que los garantiza, y se ha producido su vulneración.

Se trata en realidad de una concepción mixta, entre el legalismo y el iusnaturalismo que, se basa en la idea de que, los derechos que protege, la acción de Tutela, no son sólo los que la Constitución considera fundamentales. Esta idea se ha ido clarificando y fortificando; bajo esta égida están los del catálogo, según las ideas del positivismo normativista, y otros de carácter legal que, por su naturaleza, en un caso concreto, siendo un derivado o resultado de un derecho fundamental por ser protegibles, a través de la Tutela, adquieren esa connotación. No obstante, en el fondo, lo que se mantiene, con este criterio es el carácter aperturista y extensivo de los derechos, según el Artículo 94 de la Constitución de 1991 y en contraposición, el criterio del catálogo la jurisprudencia, lo sigue considerando insuficiente para determinar la fundamentalidad de los derechos, lo cual implica una reafirmación de la tesis expuesta en la sentencia T-002-92.

2.1.13. T-484-92. MP. Fabio Morón Díaz. Atentar contra la salud es atentar contra la vida. Por esta razón, se considera que el derecho a la salud es un derecho fundamental. Se constituye en una sentencia hito, respecto al carácter fundamental del derecho a la salud. El derecho fundamental a la vida determina la fundamentalidad de un derecho asistencial por conexidad, en virtud del Estado social de derecho. Se trata de la aplicación de un criterio funcionalista, emanado del enfoque positivista normativista que, desde ese entonces, ha ido adquiriendo mucha influencia en la doctrina constitucional colombiana porque, con él, se define no solo, el carácter fundamental de ciertos derechos constitucionales de carácter asistencial que, en principio, no lo son, sino que abre la posibilidad de protegerlos, a través, de la acción de Tutela.

El derecho a la salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. Por estos aspectos, el derecho a la salud resulta un derecho fundamental. El segundo bloque de elementos, sitúa el derecho a la salud con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado social de derecho, en razón de que su reconocimiento impone acciones concretas. La frontera entre el derecho a la salud como fundamental, y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso, pero en principio, puede afirmarse que el derecho a la salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida. Los derechos fundamentales, solo conservan esta naturaleza, en su manifestación primaria, y pueden ser objeto allí del control de tutela. (Subrayado por fuera del texto)

La equivalencia entre la vida, y otros derechos, como el de la salud, establece una interrelación conceptual de sujeto a predicado, a tal punto que, la innegable fundamentalidad del derecho a la vida, se trasmuta con la misma cualificación al derecho que actúa como predicado, haciéndolo fundamental. Esta sentencia es una expresión del positivismo funcionalista que, como se verá, tiene varias derivaciones y ejerce bastante influencia sobre lo qué son los derechos fundamentales. Sin embargo, no puede olvidarse que, al tiempo, se va desarrollando el enfoque esencialista de la sentencia T-02-92 y los criterios que a la par, señalan que, el Juez es quien decide la fundamentalidad de los derechos. Es decir, se trata de tres enfoques a la vez. Así las cosas, la idea de la conexión de los derechos consagrados como fundamentales en la Constitución de 1991, ya había sido expuesta por la Corte, aquí lo que cambia es que esa conexión es específica, es entre el derecho a la vida y otros derechos asistenciales, como el de la salud. Se puede apreciar una manifestación del criterio aperturista, pero con un matiz asistencial. Desde entonces, el derecho a la salud por constituir un predicado inmediato del derecho a la vida, se considera un derecho fundamental.

2.1.14. T-500-92. MP. José Gregorio Hernández. Desde una concepción material son fundamentales los derechos inherentes a la persona humana (los DF están más cerca del ser y no del deber ser) e indican una nueva retoma del iusnaturalismo en la jurisprudencia constitucional. Esta jurisprudencia, desde luego, se justifica en virtud del artículo 94 de la Constitución de 1991. Sin embargo, padece los problemas por los cuales se acusa al iusnaturalismo y, sobre lo cual, ya se expuso en el capítulo primero. A su vez, la consagración expresa, permanece en su condición de criterio auxiliar, tal como se expuso en la sentencia T-002-92.

La Corte señala:

El carácter fundamental de un derecho no depende de la ubicación del artículo que lo consagra dentro del texto constitucional, sino que, dentro de una concepción material, son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana.

Así, se percibe una concepción antropocéntrica del Derecho, pues se trata de una sentencia consolidadora del enfoque iusnaturalista. Igual, en este caso el criterio de la consagración expresa sigue siendo auxiliar, en lo cual, la Corte se ha mantenido en beneficio del criterio aperturista, de tal manera que, este enfoque iusnaturalista en Colombia sigue los patrones establecidos en el artículo 94 de la Carta de 1991, sin embargo, el punto que sigue pendiente en relación con los derechos esenciales es el de ¿cuáles son los criterios objetivos para establecer que un derecho se considera inherente a la persona humana?, es decir, ¿cuál es la conexión?

2.1.15. T-518-92. MP. José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz. El criterio formal, sobre los derechos fundamentales, no es el único, ni el más adecuado para definir la fundamentalidad de un derecho, dice la jurisprudencia. La Corte le da primacía a una idea de libertad inherente, y, basada en la condición humana. (La inherencia a la condición humana).

La argumentación completa es la siguiente:

La libertad de locomoción es un derecho fundamental, si bien ese carácter no lo deriva, de la ubicación formal del citado artículo dentro del capítulo de los derechos así denominados. Al respecto esta corporación tiene bien establecido que dicho criterio no es el único ni el más adecuado para definir el contenido fundamental de un derecho, en especial si se considera que “del análisis de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, publicadas en la *Gaceta Constitucional*, se concluye, en relación con el artículo 39 del reglamento, que la comisión

codificadora entregó los textos por asuntos y materias — Títulos y Capítulos —, pero que tal tarea, no fue aprobada en conjunto, en los términos del reglamento. El derecho que ahora nos ocupa es fundamental en consideración a la libertad — inherente a la condición humana —, cuyo sentido más elemental radica en la posibilidad de transitar o desplazarse de un lugar a otro dentro del territorio del propio país, especialmente si se trata de las vías y los espacios públicos.

Se empieza a conformar una línea que dice que, es auxiliar el criterio positivista de la ubicación formal, en la Constitución de 1991 (T-002-92) pero a la vez, emerge la idea de la inherencia de los derechos a la persona humana, lo cual representa un nuevo matiz en la concepción material de los derechos. El derecho a la libertad es fundamental porque, en la Corte, se considera inherente a la persona humana, y no por su consagración expresa, pues desde el punto de vista material, es impensable considerar al individuo, sin el atributo de la libertad. Así las cosas, el lector podrá observar que la Corte va exponiendo nuevos criterios que se pueden ubicar en los diferentes enfoques estudiados en los tres primeros capítulos, sin embargo, lo único claro hasta ahora, es que el criterio del catálogo de derechos, se sigue considerando auxiliar por la fuerte influencia de los artículos 1° (dignidad humana); 5° (derechos inalienables) y 94 (derechos inherentes a la persona humana. En esta dirección, aunque no exista una referencia expresa, las sentencias T-002-92 y T-406 del 92, están influenciando, en alto grado, el desarrollo de la jurisprudencia constitucional en lo que se refiere a la concepción de los derechos, ¿qué son?

2.1.16. T-571-92. M.P. Jaime Sanín Greiffenstein. Ratifica que los DF son los que pertenecen a toda persona, en razón, de la dignidad humana. Esta sentencia, reúne algunos de los elementos que, se consideran necesarios de los DF, y es muy influyente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Colombia. Se suma a la T-002-92 y a la T-406-92. Se trata de una

sentencia definitiva, en lo que se relaciona con la dignidad humana. Su importancia radica en que, en primer lugar, mantiene la apertura de los derechos expuesta desde la sentencia T-002-92. En segundo lugar, porque conecta la fundamentalidad de los derechos con la dignidad humana. En tercer lugar, esa dignidad —artículos 1º y 94 de la Constitución de 1991— la adopta en perspectiva iusnaturalista porque, indica que tales derechos, son los inherentes al ser humano, que le pertenecen desde su misma existencia, o antes de ella (para la investigación se consideran ingenitos). En cuarto lugar, señala que, en la definición de los DF se deben tener en cuenta las circunstancias del caso (Contingencia).

Nótese la argumentación tan importante de la Corte:

Los derechos humanos fundamentales que consagra la Constitución Política de 1991 son los que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana. De allí que se pueda afirmar que, tales derechos son inherentes al ser humano: es decir, los posee desde el mismo momento de su existencia —aún de su concepción— y son anteriores a la misma existencia del Estado, por lo que están por encima de él. Fuerza concluir entonces, como lo ha venido sosteniendo esta Corte que, el carácter fundamental de un derecho, no depende, de su ubicación dentro de un texto constitucional, sino que, son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana. La fundamentalidad de un derecho no depende sólo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares del caso. La vida, la dignidad, la intimidad y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable.

En quinto lugar, la dignidad humana rompe con una clasificación tradicional de los derechos, ésta involucra a los derechos sociales, económicos y culturales, los colectivos y del ambiente como fundamentales.

Este es el nuevo criterio de la conexidad:

La seguridad social es un derecho constitucional desarrollado en la ley que, en principio, no ostenta el rango de fundamental, salvo que las circunstancias concretas permitan atribuirle esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales”. “Los derechos fundamentales por conexidad, son aquellos que, no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida.

En sexto lugar, califica y define la función del Estado social de derecho, como aquella capacidad para proteger la libertad y promover la igualdad y, añade algo muy importante para el desarrollo del Derecho Constitucional, se trata del criterio de la efectiva realización y ejercicio de los derechos.

Los derechos son un elemento del Estado social de derecho:

El Estado se califica y define en función a su capacidad para proteger la libertad y promover la igualdad, la efectiva realización y el ejercicio de los derechos por parte de todos los miembros de la sociedad. El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance.

Atentar contra la salud es atentar contra la vida (efecto-resultado), como ya se había expuesto en la jurisprudencia, y es por ello, que, el derecho a la salud se considera fundamental y un derecho, a la vez que, le corresponde a cada persona en virtud de la dignidad humana:

El derecho a la salud contiene una serie de elementos, que se enmarcan, en primer lugar, como un resultado-efecto del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. El reconocimiento del derecho a la salud prohíbe conductas de los individuos que causen daño a otro, imponiendo a éstos las sanciones y responsabilidades a que haya lugar. Por ello se afirma que el derecho a la salud es un derecho fundamental. Esto significa que al reconocerle a alguien el derecho a la vida se le está reconociendo como algo suyo el derecho a ser y a permanecer en el ser. De tal modo que no sólo se viola este derecho con el homicidio, sino con todo acto que no le permita ser lo que es, que le impida obrar conforme a la dignidad humana que le corresponde por el hecho de ser persona.

En séptimo lugar, los derechos prestacionales (en el trabajo fueron definidos como derechos a prestación) son fundamentales al ser entendidos como la capacidad de exigir a los poderes públicos, o en ocasiones a los particulares, una actividad de hacer:

El término prestacional de un derecho está dado por su capacidad para exigir de los poderes públicos y en ocasiones de los particulares, una actividad de hacer o dar. Si la prestación contenida en el derecho constitucional se identifica con el fin o valor de la igualdad perseguido por el derecho, aquella constituye un “derecho constitucional prestacional”; mientras que, si el objetivo primordial del derecho es la simple abstención de los poderes públicos, los derechos correspondientes carecen de contenido prestacional. Se genera el deber “prestacional” a cargo del Estado de brindar la atención de la salud, y el derecho en favor del particular de exigirlo dentro de unos lineamientos que la propia Constitución señala.

Esta jurisprudencia se destaca porque, en ella, se condensan varios elementos necesarios que le sirven a la investigación para establecer qué son los DF en Colombia, aunque aún, no se percibe un patrón conceptual identificable. En primer lugar, se consolida desde muy temprano, la

idea de que el catálogo de derechos es un criterio auxiliar. Es decir, el positivismo normativista no es tan definitorio frente a la concepción de los derechos. Por el contrario, se advierte que la tendencia iusnaturalista toma mucha fuerza porque, los DF son los inherentes que le pertenecen a la persona, en razón, de la dignidad humana, desde su misma existencia y aún, antes de ella. Y, además, que son derechos anteriores a la existencia del Estado (desde antes del *Contrato social*). Entonces, basados en estas expresiones, los DF son derechos naturales que se basan en la dignidad humana, ésta se esboza en términos iusnaturalistas, aunque hasta ahora, no se explique su contenido, o no se suministren datos objetivos para otorgarles esa calificación. Ahora bien, los DF son exigibles, incluso los derechos a prestación, como se expuso en el capítulo segundo. Así, la investigación percibe que la Corte combina varios elementos del iusnaturalismo (derechos inalienables e inherentes al ser humano) con la dignidad humana; se basa la Corte en una concepción de la dignidad, en el hecho de ser persona y, también en la exigibilidad de los derechos asistenciales y prestacionales (derechos subjetivos). En suma, son todos derroteros se tendrán en cuenta para seguir analizando la jurisprudencia en esta línea jurisprudencial.

2.1.17. T-587-92. M.P. Ciro Angarita Barón. Los DF son límites al poder del Estado, son barreras al poder público que protegen la inmunidad del individuo. Frente a esta nueva concepción, se trata de una sentencia fundante. De regreso al positivismo, los derechos también constituyen un catálogo relativamente homogéneo; así las cosas, constituyen órdenes de abstención del Estado (derechos de libertad).

El Estado, por el contrario, es entendido como un poder instituido con la finalidad de vigilar el normal desarrollo de la sociedad, y de administrar la justicia y la fuerza pública. Los derechos fundamentales nacen así, como límites al poder del Estado que es el único poder que la dogmática clásica reconoce. Los derechos fundamentales son entonces barreras al poder público

frente a la órbita de inmunidad -libertad- del individuo. Tales derechos, constituyen bajo estas premisas un catálogo relativamente homogéneo, cuyos efectos son especialmente órdenes de abstención del Estado.

Los derechos son límites al poder del Estado. Esta jurisprudencia es nueva y se refiere a la protección de la libertad del individuo. La libertad, no puede ser intervenida por el Estado y sobre el catálogo de derechos, se entiende que, desde una perspectiva positivista normativista éste contiene básicamente órdenes de abstención. Sin embargo, en lo que corresponde a los derechos, como límites al poder del Estado, se podría interpretar que se trata de una sentencia que complementa la T-571-92 que, es esencialmente iusnaturalista. No obstante, aquí los derechos sufren una modificación sustancial porque, ya no son los considerados, como los inherentes a la persona humana, y tampoco, los anteriores al Estado (iusnaturalismo), sino que, ahora son los que nacen, con el derecho positivo como límites al poder del Estado. Ahora, en cuanto a las obligaciones negativas, se entiende que, la Corte ha ido avanzando en la aceptación como fundamentales, de ese tipo de obligaciones, cuando se consideran inalienables o inherentes a la persona humana. Sin embargo, en la investigación se observa que, aún en la Corte, no hace ninguna referencia al establecimiento de una línea jurisprudencial que defina, qué son los DF.

2.1.18. T-596-92. MP. Ciro Angarita Barón. Los DF no son sólo derechos subjetivos (obligaciones de abstención). Este concepto también involucra a los deberes positivos del Estado. El fundamento está dado por la dignidad humana que, como puede observarse había desaparecido desde la sentencia T-426-92. Este último criterio, incluye las facetas positivas y lo amplía a las negativas, de los derechos. La Corte lo expone de la siguiente manera:

Los derechos fundamentales no incluyen sólo derechos subjetivos y garantías constitucionales, a través, de los cuales, el individuo se defiende frente a las actuaciones de las autoridades públicas, también, incluye deberes positivos que, vinculan a todas las ramas del poder público. No sólo existe la obligación negativa por parte del Estado de no lesionar la esfera individual, también existe la obligación positiva de contribuir a la realización efectiva de tales derechos. La razón jurídica que explica este compromiso positivo del Estado se encuentra en el mandato constitucional según el cual, el Estado colombiano se funda en el valor de la dignidad humana, lo cual determina, no sólo un deber negativo de no intromisión sino también un deber positivo de protección y mantenimiento de condiciones de vida digna.

La Corte retoma la dignidad humana como elemento central para definir la fundamentalidad de los derechos, los cuales se amplían en tanto, derechos subjetivos, a las obligaciones positivas del Estado, y no solo a las negativas, o de abstención. Por tanto, se trata de una sentencia que empieza a delinear una línea jurisprudencial sobre la consagración de la dignidad humana (vida digna), este elemento se identifica básicamente con la fundamentalidad y también reconceptualiza, en cuanto extiende la idea a los derechos subjetivos (exigibilidad) que abarcan también, los derechos prestacionales. Tras esta sentencia, en la Corte Constitucional se abre paso a una idea de fundamentalidad que, también comprende las obligaciones positivas del Estado, siendo esta tendencia, un hito jurisprudencial fundacional. En resumen, se marca una tendencia positivista normativista y después, de esta jurisprudencia, los DF son obligaciones positivas y negativas del Estado.

2.1.19. T-615-92. MP. José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz. Reitera que, el carácter fundamental de un derecho no depende, de la

ubicación del artículo que lo consagra en la Constitución, por cuanto, puntualiza nuevamente que, dicha calidad de fundamental emerge de una concepción material, relacionada con la inherencia de la dignidad con la persona humana (al ser y no al deber ser).

Así, señala la Corte:

El carácter fundamental de un derecho no está supeditado a la ubicación del artículo que lo consagra dentro del texto de La Carta, pues el criterio predominante para determinar dicha calidad debe ser el que obedezca a una concepción material que parta de su inherencia a la dignidad de la persona.

Se consolida la dignidad humana, a partir de una concepción material de los derechos, ésta se presenta como inherente a la persona. La fundamentalidad viene atada a la inherencia de esa dignidad con la persona humana (antropocentrismo). Entonces, en esta sentencia se defiende una perspectiva antropocéntrica, una concepción iusnaturalismo-dignidad humana, reafirmando la tesis esencialista, expuesta en la sentencia T-002-92. Al respecto, en la investigación se viene aclarando que, la dignidad humana no es sinónimo de iusnaturalismo, sino que la dignidad, también, admite varias concepciones, como la tendencia positivista normativista de la dignidad. En Colombia, se consagra como el fundamento del Estado social de derecho en el Artículo 1º de la Constitución, es decir, que es admisible la postura positivista.

2.1.20. C-018-93. MP. Alejandro Martínez Caballero. El carácter esencial de los derechos de la persona sigue siendo uno de los criterios que, más sirve para definir los derechos constitucionales fundamentales. La división de la Constitución en Títulos, Capítulos y el orden del articulado, no se califican como norma vinculante para el intérprete. Según, la Corte, esta parte de la Constitución, no fue aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente, entonces, con

un argumento legislativo, se mantiene vigente el carácter esencial de los derechos y así, el catálogo, no es criterio definitivo para la fundamentalidad de derechos.

Se han establecido criterios para la definición de los derechos constitucionales fundamentales, entre los que se destaca el que el derecho sea esencial para la persona, todo ello partiendo del supuesto, según el cual la división, en títulos y capítulos de la Constitución y el orden del articulado no es una norma constitucional vinculante sino indicativa para el intérprete, pues ello no fue aprobado por la asamblea nacional constituyente conforme al procedimiento establecido en su reglamento.

Se trata de una sentencia de control de constitucionalidad “C”. Se aclara que son entendibles los fenómenos que, hasta ahora, se perciben en el análisis de esta jurisprudencia. En primer lugar, la Corte desde sus albores, en 1992, lo primero que hizo fue interpretar ¿qué son los DF? asumiendo posturas que se justifican dentro los enfoques expuestos en los tres primeros capítulos, pero con muchos matices, conforme a la realidad colombiana. Este fenómeno es comprensible, dado el momento histórico por el cual transitaba esa jurisprudencia, pues hasta el año 1992 inició la Corte, y por esta razón, de este año se estudiaron 19 sentencias, en las que se puede observar que la Corte, ha enfatizado una concepción de los derechos abierta, según sean inalienables e inherentes a la persona humana. Así, el catálogo se considera criterio auxiliar. En segundo lugar, ese primer año fue de mucho trabajo, a nivel conceptual, de tal manera que, los criterios han variado en un lapso muy corto. Ahora, se espera de las siguientes etapas que sean de consolidación conceptual. No obstante, si se han dado algunas pautas y éstas, se pueden resumir en dos: (i) La Corte empieza a consolidar la idea de la esencialidad de los derechos como sinónimo de fundamentalidad (inalienables e inherentes a la persona humana) y, (ii) Ratifica que

el catálogo de derechos es algo meramente indicativo para el intérprete, por lo que se considera auxiliar y desde entonces, ese criterio permea toda la jurisprudencia constitucional.

2.1.21. T-116-93. MP. Hernando Herrera Vergara. Son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana (desde el ser). Se trata de una sentencia que, va consolidando la idea de que la fundamentalidad de los derechos, depende, de su inherencia con la dignidad humana, en plena conexión con la anterior. El carácter fundamental de un derecho se relaciona entonces, con la dignidad humana que, es inherente al ser humano (para su existencia y desenvolvimiento social). Ratifica que la calidad de fundamental, de un derecho, no depende de su ubicación dentro de la Constitución, sino de la protección de la dignidad humana y, por la inherencia de esa dignidad, a la persona humana. Por lo tanto, estas dos características son las que definen en esencia la fundamentalidad de los derechos.

Esta jurisprudencia señala:

De todos modos, el carácter de fundamental del derecho lo da su íntima relación con la existencia y desenvolvimiento del ser humano en cuanto poseyendo una dignidad humana que le es inherente, es menester proteger tal derecho porque así se salvaguarda también dicho ser. Los derechos humanos fundamentales que consagra la Constitución de 1.991 son los que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana. Fuerza concluir, que el carácter de fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro de un texto constitucional, sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana.

Pero la fundamentalidad no sólo depende del carácter inalienable de los derechos, sino también de las circunstancias particulares del caso (Un derecho constitucional abierto a los hechos-contingencia). Por esa razón, la seguridad social, en principio, no ostenta el carácter de

fundamental, pero en circunstancias concretas alcanza esta connotación para lograr la vigencia de otros derechos.

La fundamentalidad de un derecho no depende sólo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares del caso. La vida, la dignidad, la intimidad y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable. En cambio, la seguridad social es un derecho constitucional desarrollado en la ley que, en principio, no ostenta el rango de fundamental, salvo que las circunstancias concretas permitan atribuirle esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales. En cuanto a su carácter de derecho fundamental, podría afirmarse que, per se, la seguridad social no está incluida como derecho fundamental, carácter que se deduce en cada caso particular según el componente de que se trate. Ha de destacarse que la seguridad social ha sido ya considerada por esta corporación en algunos eventos, como derecho fundamental amparado por la acción de tutela y ello en virtud de la función de primer orden que cumple en beneficio del ser humano.

Se advierte un énfasis en las circunstancias del caso (realismo), como factor altamente influyente en la consagración del carácter fundamental de los derechos sociales. La jurisprudencia de la Corte empieza a aceptar una fundamentalidad de los derechos sociales, con fundamento en los hechos y, por tanto, se ubica frente a una concepción realista de los derechos. Esta tendencia es muy importante, por cuanto, mantiene la idea de una fundamentalidad respecto de las obligaciones negativas (abstención) y positivas del Estado, lo cual marca una tendencia hacía una franca apertura a otros derechos. Esta tendencia influye en el concepto de los DF. Éstos se consideran obligaciones positivas y negativas del Estado.

2.1.22.T-240-93. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. Aquí se exponen varias tendencias ya expuestas en jurisprudencias anteriores: (i) Los derechos son fundamentales por su reconocimiento en el derecho positivo que, corresponde a un criterio positivista normativista (consagración formal). (ii) Este criterio no desconoce la conexión entre los derechos, valores y los bienes que protege la Constitución de 1991, con la realidad; sin embargo, la Corte enfatiza que su reconocimiento se basa en el cumplimiento del supuesto del constituyente para que el individuo pueda gozar de los derechos y, ese supuesto corresponde, en efecto, a una perspectiva positivista.

La Corte lo expone de la siguiente manera:

La constitución como norma básica de la convivencia social y de estructura abierta y dinámica tiene en la comunidad su correlato necesario. Los bienes que la carta protege y valores que prohíja tienen igualmente relevancia social y su existencia o defecto no son ajenos a su realidad fenomenológica. Sin embargo, el concepto de derecho fundamental, pese a inspirarse en la realidad y buscar en cierto modo moldearla, es fruto de la consagración o del reconocimiento del derecho positivo, de suerte que se impone encontrarse en un supuesto comprendido dentro de su ámbito material delimitado o supuesto por el constituyente para poder gozar de él.

La estructura de la Constitución de 1991 es abierta y dinámica. Este reconocimiento influye en la conceptualización de los DF, tanto así que, el concepto es igualmente abierto y dinámico. Se atiende conjuntamente al enfoque positivista donde se encuentra el supuesto del constituyente, pero con una estructura normativa abierta y dinámica, así mismo, se persigue una idea de fundamentalidad, basada en los valores e inspirada al mismo tiempo, en la realidad fenomenológica (hay un cruce de modelos).

2.1.23. T-292-93. MP. Alejandro Martínez Caballero. Se empieza a consolidar fuertemente la idea de los derechos expuesta en la sentencia T-002-92, en cuanto al criterio del catálogo de derechos que, se considera auxiliar en la definición de la fundamentalidad de los derechos:

El hecho de limitar los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la Constitución Política bajo el título de los derechos fundamentales y excluir cualquier otro que ocupe un lugar distinto, no debe ser considerado como criterio determinante sino auxiliar, desvirtúa el sentido garantizador que a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos otorgó el constituyente de 1991. El juez de tutela debe acudir a la interpretación sistemática, finalística o axiológica para desentrañar, del caso particular, si se trata o no de un derecho fundamental, lo que podría denominarse una “especial labor de búsqueda científica y razonada por parte del juez”. La Corte constitucional sólo va a reflexionar sobre los derechos constitucionales fundamentales.

Se trata de una interpretación finalística que, apunta a la materialización de los valores consagrados en cuanto fines de la Constitución de 1991 (Preámbulo). Por ello, se considera axiológica toda interpretación de la Constitución que reconoce que la labor del Juez es plausible cuando materializa una fundamentalidad que sigue valores.

2.1.24.T-249-98. MP. Hernando Herrera Vergara. Los DF por su naturaleza y finalidad son extra patrimoniales, (son personales y no cuantificables en dinero). Después de un periodo relativamente largo (cinco años), aparece una idea nueva de los derechos, a las ya conocidas en la Corte, y por sus efectos, sobre el sistema jurídico se considera fundante. Dice que los DF son los estrictamente personales y ligados a la persona, por su esencia humana que, reafirman la

tendencia Iusnaturalista de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, pero significa un paso muy importante, hacia la aceptación de nuevas concepciones sobre los derechos en la jurisprudencia constitucional. Es decir, la investigación experimenta un cambio. Son unos derechos que reúnen las características de ser inalienables, inherentes y esenciales pero que no son patrimoniales. Los DF son fundamentales porque no integran el patrimonio económico de su titular, dado que no son cuantificables en dinero. Este criterio se considera novedoso y constituye un referente necesario para separar los DF, de los que no lo son. El criterio de la adscripción de los derechos a un catálogo, en consecuencia, sigue como auxiliar. La Corte expresa el criterio de los derechos extra patrimoniales, con el siguiente texto:

Los derechos fundamentales por su naturaleza y finalidad, pertenecen a la categoría de los derechos extra patrimoniales, en el sentido de que no integran el patrimonio económico de su titular al no ser cuantificables en dinero, sino que forman parte de los estrictamente personales, quedando intrínsecamente ligados a la persona por su esencia humana sin poder escindirle de ella, y constituyen el sustento mismo de su desarrollo, ya que, se reitera, reúnen las características de inalienables, inherentes y esenciales al ser humano.

Son derechos personales, opuestos a los patrimoniales que, por el contrario, sí tienen un contenido económico y, por su misma connotación económica, no son fundamentales. Los DF no son cuantificables en dinero porque, por su naturaleza, están ligados exclusivamente a la esencia humana. En este contexto, se percibe una nueva tendencia claramente iusnaturalista de los derechos, por cuanto los DF son los personales que reúnen las características de ser inalienables, inherentes y esenciales al ser humano. De tal manera, esta nueva conceptualización reafirma el contenido de las expresiones: inalienables, inherentes y esenciales al ser humano que, ya tienen

una respuesta clarificada en la jurisprudencia colombiana, pues la Corte Constitucional, mediante las sentencias T-002-92 y T-1306-00, se encarga explicar su contenido y alcance.

2.1.25. SU-225-98. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. Se trata de una sentencia de unificación que combina varios criterios de fundamentalidad de los derechos: (i) Los DF son aquellos reconocidos directa o indirectamente por la Constitución, como derechos subjetivos de aplicación inmediata. Aquí, se aplica un criterio positivista normativista, e introduce la idea de unos derechos indirectamente reconocidos por la Constitución. Sobre este criterio, se cree que hace referencia a los derechos inalienables (artículo 5º), a los humanos reconocidos en los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso de Colombia, a los derechos inherentes de la persona humana (Artículo 94) y a los de aplicación inmediata, según el artículo 85. Esta clasificación del Artículo 85 supone que, también existen unos derechos constitucionales que, no son de aplicación inmediata (T-406-92). También que los fundamentales son derechos subjetivos protegidos y garantizados por la acción de Tutela. (ii) Que la vigencia de los DF no puede depender de decisiones políticas. (Ronald Dworkin, tercer capítulo). (iii) Los DF son derechos de libertad. Para la Corte, los DF usualmente corresponden a las obligaciones negativas del Estado y en este caso, los prestacionales son fundamentales por excepción. (iv) Igualmente, se aceptan los derechos prestacionales fundamentales. (v) Los derechos son poderes en cabeza de los menores. Así, como se podrá observar, cada criterio impone estudios y análisis particulares, teniendo en cuenta que, la Corte hasta ahora, no ha adoptado un patrón conceptual identificable, de tal manera, existe la necesidad de concatenarlos con el resto de la jurisprudencia y, en segundo lugar, identificar ¿para dónde va la Corte? Esta jurisprudencia empieza a generar

un cambio, es decir, un tránsito de la esenciabilidad de los derechos, hacia posturas positivistas normativistas. Esta jurisprudencia señala lo siguiente:

Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran reconocidos - directa o indirectamente - en el texto constitucional como derechos subjetivos de aplicación inmediata. En otras palabras, se trata de derechos de tal magnitud para el orden constitucional, que su vigencia no puede depender de decisiones políticas de los representantes de las mayorías. Usualmente, los derechos fundamentales son derechos de libertad. No obstante, en algunos casos, existen derechos prestacionales fundamentales, como el derecho a la defensa técnica, a la educación básica primaria o al mínimo vital”. (...) “del artículo 44 se deriva claramente que, la Constitución, respetuosa del principio democrático, no permite, sin embargo, que la satisfacción de las necesidades básicas de los niños quede, integralmente, sometida a las mayorías políticas eventuales. Por esta razón, la mencionada norma dispone que los derechos allí consagrados son derechos fundamentales, vale decir, verdaderos poderes en cabeza de los menores, que pueden ser gestionados en su defensa por cualquier persona, contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares.

Presenta varias ideas sobre la fundamentalidad de los derechos. Por tanto, intentar una clasificación a partir de un cualificante estable de fundamentalidad, significa abordar, una por una, las diferentes variables allí señaladas, pero en especial, consiste en primer lugar, responder a ¿cuáles son los derechos reconocidos directamente por la Constitución y cuáles indirectamente? Una vez satisfechos estos interrogantes, se podrá entrar a clasificar ¿cuáles son subjetivos? (pero el problema es la falta de acuerdo en la doctrina especializada, según el capítulo tercero); ¿Cuáles directos y de aplicación inmediata? Ahora, si usualmente los DF son subjetivos, a ello se le agregaría el problema de la jurisprudencia sobre la fundamentalidad de los derechos prestacionales. Entonces, un concepto de fundamentalidad, basado en esta jurisprudencia,

implica realizar un estudio de las diferentes variables comprometidas e incluso de conceptualizaciones antagónicas. Así las cosas, se presenta una tendencia en la Corte hacía los derechos subjetivos que hace parte del enfoque positivista normativista y un poco, no tan acentuado, el desprendimiento de las ideas de la esenciabilidad de los derechos que, se advertía en gran parte de la jurisprudencia anterior.

2.1.26. T-801-98. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. La realidad de cada caso concreto y, la dignidad humana, definen si se ha vulnerado un derecho fundamental. Esta combinación es novedosa. La Corte acepta la apertura del Derecho constitucional a los hechos, enfatiza que la fundamentalidad está dada por la afectación de la dignidad humana y por la situación de indefensión del actor, frente al agresor para otorgarle la Tutela.

La Corte en este caso señala:

Es la realidad de cada caso concreto, las circunstancias únicas y particulares que lo caracterizan, las que permiten definir si se encuentra verdaderamente vulnerado un derecho fundamental, si ello afecta la dignidad de la parte actora y si esta última está en situación de indefensión frente al presunto agresor. (Subrayado por fuera del texto)

Las circunstancias del caso concreto definen, si se ha violado un derecho fundamental (Los hechos). La Corte vuelve a otorgarle un valor preponderante a la labor del Juez, teniendo en cuenta que, es quien, en definitiva, se encarga de analizar la realidad y es quien, determina el grado de afectación de la dignidad humana, frente a una situación de indefensión del afectado. Sobre la dignidad humana, hasta ahora, no se le ha señalado un marco conceptual. De otro lado, tantas variaciones conceptuales se justifican en la medida que, la Corte después de seis años, se mantenga en la etapa explicativa de un concepto que es central para todo el Derecho. Lo anterior

permite reafirmar que, hasta ahora, no se consigue un patrón conceptual respecto a lo qué son los DF. En todo caso, se destaca que la realidad, los hechos y las circunstancias del caso concreto, en la práctica jurídica, los están definiendo la fundamentalidad de los derechos, y en tal sentido, el Juez es quien decide, sí se violó, o no, un derecho y sí éste, tiene el carácter de fundamental.

2.1.27. SU-819-99. MP. Álvaro Tafur Galvis. Acepta la trasmutación de la condición meramente programática de los derechos sociales, económicos y culturales a derechos subjetivos. Esta idea influye con mayor fuerza en la jurisprudencia colombiana (sobre los derechos a prestación, se expuso en el Capítulo segundo). Esta concepción se torna muy influyente frente a los derechos económicos, sociales y culturales y, señala que, los DF son todos aquellos que involucran una pretensión subjetiva. Los derechos sociales, económicos y culturales son una clase de los derechos constitucionales que, tienen la posibilidad de transmutarse a derechos subjetivos. Así, se introduce el criterio de la trasmutación de derechos sociales a fundamentales a una pretensión subjetiva. Esta jurisprudencia es muy importante, en materia de derechos a prestación, más exactamente, cuando su violación, pone en peligro otros derechos de rango fundamental (conexidad).

Esta jurisprudencia señala:

Según lo ha expresado la jurisprudencia constitucional, estos derechos son prestacionales propiamente dichos, para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimientos y organización, que hagan viable el servicio público de salud y que sirvan, además, para mantener el equilibrio del sistema. La implementación de este servicio requiere, entre otros aspectos, de la creación de estructuras destinadas a atenderlos y de la asignación de recursos con miras a que cada vez un mayor número de personas acceda a sus beneficios. Por ello, en principio los derechos de contenido social, económico o cultural, no

involucran la posibilidad de exigir del Estado una pretensión subjetiva. Empero, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en manifestar que “la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico”. Los derechos económicos, sociales o culturales se tornan en fundamentales cuando su desconocimiento pone en peligro derechos de rango fundamental o genera la violación de éstos, conformándose una unidad que reclama protección íntegra, pues las circunstancias fácticas impiden que se separen ámbitos de protección. A toda persona le asiste el derecho a la protección de un mínimo vital “por fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal” y en la medida en que la vida abarca las condiciones que la hacen digna, “ya no puede entenderse tan sólo como un límite al ejercicio del poder sino también como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado”. (Subrayado por fuera del texto)

El mínimo vital es un derecho social y es un ejemplo de los derechos trasmutado a derecho fundamental. Ese es el avance. Los DF son todos aquellos que involucran una pretensión subjetiva (Exigibilidad). Esta pretensión positivista también, se puede dar, respecto de los derechos prestacionales, de manera que, en uno u otro caso, frente a los derechos individuales, sociales, económicos y culturales, la fundamentalidad está dada por esa posibilidad de exigirle al Estado una pretensión subjetiva.

2.1.28. T-1306-00. MP. Fabio Morón Díaz. Su importancia radica en que retoma el iusnaturalismo y esencialismo de la línea jurisprudencial expuesta en la sentencia T-002-92 en cuanto los DF, son los esenciales de la persona humana (artículos 1º, 5º y 94 de la Constitución

política). Así mismo, la Corte vuelve sobre el significado de las expresiones inalienable, inherente y esencial, que debe entenderse, así: “(...) algo es inalienable por ser inherente y algo es inherente por ser esencial”. Esta jurisprudencia, es muy importante porque, enfatiza en los derechos esenciales a la persona humana, y da la sensación de que la Corte, se aparta de la línea positivista de los derechos subjetivos, sin embargo, parece que, en este caso, se cierra provisionalmente un capítulo de esta clase de derechos en la Corte. Así mismo, como en la T-002-92 la Corte también, atiende a la consagración expresa de los derechos (positivismo). Ahora, se destaca también porque, señala que el servicio telefónico, por no ser inherente al ser humano, no se considera fundamental, es decir, el hombre puede vivir sin servicio telefónico, este parámetro iusfundamental sirve para decidir ¿cuáles derechos son fundamentales y cuáles no?

2.1.29. T-374-01. MP. Eduardo Montealegre Lynett. Vuelve y se experimenta un cambio hacia los derechos subjetivos. La Corte retorna sobre el concepto de los derechos, expuesto en la sentencia SU-225-98. Los DF son los reconocidos en el texto constitucional como derechos subjetivos, es decir, como potestad del titular del derecho, contra el sujeto pasivo del mismo, es decir, la Corte reconoce la existencia de un deber jurídico que, se traduce en obligaciones de respetar, proteger y desarrollar.

La Corte expone:

Sin entrar en discusiones teóricas sobre el concepto de derecho subjetivo, puede sostenerse que el concepto designa, en lo que interesa para efectos de la presente decisión, la existencia de una potestad del titular del derecho que se dirige contra el sujeto pasivo del mismo. Dicha potestad supone la existencia de un deber jurídico que, en materia de derechos fundamentales, consiste en obligaciones de respetar, proteger y desarrollar.

Esta jurisprudencia se concentra realmente, en el concepto de deber jurídico, y lo define como “una potestad del titular del derecho que se dirige contra el sujeto pasivo del mismo”. Por tanto, los DF se consideran derechos subjetivos, respaldados por obligaciones de respetar, proteger y desarrollar, según una tendencia positivista. Sin embargo, no se sigue la jurisprudencia vigente y, se aparta de la base material de los derechos que, señala la sentencia T-002-92 reiterada por la recientemente sentencia T-1306-00 que, define los conceptos de esencialidad, inalienabilidad e inherencia. Esta jurisprudencia T-1306-2000 marcó un hito importante, en el año 2000, porque al retomar la T-002-92, insinuaba una inclinación de la Corte hacia las ideas esencialistas de los derechos. Con todo, ahora, es claro el cambio porque el concepto los DF, se basa en desarrollar los derechos subjetivos como obligaciones de respetar, proteger y desarrollar.

2.1.30. T-881-02. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Se trata de una sentencia hito que otorga a la dignidad humana la categoría de DF, porque allí, se define su naturaleza. Esta jurisprudencia es importante para esta investigación porque, se constituye en un referente conceptual de la jurisprudencia colombiana. El punto central de interés está dado porque, la Corte hace (i) una descripción de tres elementos claros y diferenciables de la dignidad humana, así mismo, (ii) tres lineamientos de la funcionabilidad, como entidad normativa del positivismo, pues respecto de los DF, constituye el objeto principal de protección. Es decir, por la dignidad humana, se define la fundamentalidad de los derechos. Por ejemplo, respecto de la privación del servicio público de energía en las cárceles es indiscutible que, afecta la dignidad humana de los internos (la Corte eleva el principio de dignidad humana a la categoría de derecho fundamental

autónomo). En este orden de ideas, la naturaleza de la dignidad humana, en la jurisprudencia constitucional es como sigue:

Una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión “dignidad humana” como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado, al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.

A su vez, la Corte también señala y, con mucho detalle que, el contenido material de la dignidad humana está vinculado a tres ámbitos exclusivos de la persona natural:

La Sala concluye que el referente concreto de la dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida calificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como

integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida). Estos tres ámbitos de protección integran, entendidos en su conjunto, el objeto protegido por las normas constitucionales desarrolladas a partir de los enunciados normativos sobre “dignidad”. Considera la Corte que ampliar el contenido de la dignidad humana, con tal de pasar de una concepción naturalista o esencialista de la misma en el sentido de estar referida a ciertas condiciones intrínsecas del ser humano, a una concepción normativista o funcionalista en el sentido de completar los contenidos de aquella, con los propios de la dimensión social de la persona humana, resulta de especial importancia, al menos por tres razones: primero, porque permite racionalizar el manejo normativo de la dignidad humana, segundo, porque lo presenta más armónico con el contenido axiológico de la Constitución de 1991, y tercero, porque abre la posibilidad de concretar con mayor claridad los mandatos de la Constitución. Los ámbitos de protección de la dignidad humana, deberán apreciarse no como contenidos abstractos de un referente natural, sino como contenidos concretos, en relación con las circunstancias en las cuales el ser humano se desarrolla ordinariamente.

Bajo este entendimiento de la dignidad humana, en la jurisprudencia colombiana se proyecta un nuevo ámbito para los derechos fundamentales y, a partir de esta sentencia, en relación con el objeto material de protección de los derechos (que según la investigación encuentra correspondencia con el núcleo esencial) puede afirmarse, que la dignidad constituye un elemento necesario. “La estrategia constructivista ayuda a los filósofos descubrir aquellas propiedades que son esenciales para la existencia del derecho”. (Shapiro, 2014, pp.48-49) Y que conforme al Artículo 1 de la Constitución de 1991, define la fundamentalidad de los derechos.

2.1.31. T-887-02. MP. Clara Inés Vargas Hernández. Pero la Corte vuelve atrás y reitera el criterio expuesto en las sentencias T-002-92 y T-1306-00. Destaca que el objeto de la acción

de Tutela, no son únicamente los derechos rotulados en la Constitución, con ese título. Así, la jurisprudencia retorna al carácter esencial de los derechos fundamentales, propio del iusnaturalismo, cuyo contenido fue desarrollado concretamente con la definición de las expresiones “esenciales, inalienables e inherentes a la persona humana” por la sentencia T-002-92 y reiterada en la T-1306-00:

Los derechos fundamentales objeto del ejercicio de la acción de Tutela no son únicamente los rotulados en la Constitución Política con este título, pues según la jurisprudencia “el juez de tutela debe acudir a la interpretación sistemática, finalística o axiológica para desentrañar, del caso particular, si se trata o no de un derecho fundamental, lo que podría denominarse una “especial labor de búsqueda” científica y razonada por parte del juez. Al efecto, esta corporación en diferentes pronunciamientos de las salas de revisión ha establecido los criterios para la definición de los derechos constitucionales fundamentales, entre los que se destaca el que el derecho sea esencial para la persona “todo ello partiendo del supuesto según el cual la división en títulos y capítulos de la Constitución y el orden del articulado no es una norma constitucional vinculante sino indicativa para el intérprete, pues ello no fue aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente conforme al procedimiento establecido en su reglamento.

La jurisprudencia mantiene una idea de la fundamentalidad de los derechos que no depende de su consagración expresa en la Constitución, pues, para que esos derechos se consideren esenciales para la persona humana, basta con establecer, sí son inalienables e inherentes a la persona humana, lo cual implica un retorno a las directrices de las sentencias T-002-92 y T-1306-00, es decir, se vuelve a una tendencia iusnaturalista. Que a pesar de la

consagración expresa de los derechos (base formal), los DF son los que corresponden a la base material, es decir, son esenciales, inalienables e inherentes a la persona humana.

Ahora bien, haciendo un repaso de lo que viene analizando, en la investigación se percibe que estas últimas jurisprudencias (seis) desde la SU-225-98, T-801-98, SU-819-99, T-1306-00 que reitera la T-002-92, T-374-01 hasta la T-887-02, que corresponden a un lapso corto de cuatro años, la Corte Constitucional, hasta ahora, no adopta, ni sigue un patrón conceptual identificable o, no estabiliza una idea acerca de los DF, pues se requiere un esfuerzo interpretativo para conectar ideológicamente cada jurisprudencia, toda vez que, las oscilaciones abundan y afectan el concepto de los DF. También se observa que, la Corte no sigue los enfoques teóricos. Con las sentencias T-002-92 y la T-1306-00 que lo ratifica, se dieron algunas señales de que, el concepto, se podría estabilizar, a partir de una concepción mixta de los derechos, es decir, con la consagración de la persona humana y su dignidad, como base material, y la consagración expresa como su base formal, pero las oscilaciones continúan y, ahora en esta sentencia, se marca una tendencia hacia los derechos subjetivos.

2.1.32. T-227-03. MP. Eduardo Montealegre Lynett. Se trata de una sentencia reconceptualizadora, muy influyente en la actualidad. Los DF, son derechos subjetivos cuando, funcionalmente, están dirigidos a conseguir la dignidad humana (sobre el concepto de derechos subjetivos, no existe unanimidad en la doctrina). Aquí, la Corte reflexiona que la Constitución de 1991, no define, qué se entiende por derechos fundamentales y, reconoce que, no ha dado una respuesta inequívoca sobre el concepto de los DF. Dice que, este concepto ha oscilado entre la idea de los derechos subjetivos de aplicación inmediata y, la esencialidad e inalienabilidad de los derechos a la persona humana. La Corte señala que: (i) Los derechos son fundamentales cuando

funcionalmente estén dirigidos a lograr la dignidad humana (una dignidad humana que se explica dentro del sistema axiológico de la Constitución) y que sean traducibles en derechos subjetivos.

(ii) No se consideran fundamentales los derechos, porque los consagre la Constitución, sino, en razón, de su naturaleza (define los conceptos de esencial, inalienable e inherente sin alusión a las sentencias T-002-92 y T-1306-200. Pero insiste en la necesidad de lograr consensos sobre la fundamentalidad de los derechos (consensos en una dogmática constitucional que, se apoye en una concepción común, de los valores de la sociedad). En su parte central, el argumento completo señala:

Sobre el concepto de derecho fundamental (8). La Corte constitucional no ha dado una respuesta inequívoca sobre el concepto de derechos fundamentales. Su postura ha oscilado entre la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona. Entre estos dos extremos se han presentado varias posturas teóricas: por otra parte, el artículo 94 de la Constitución indica que no todos los derechos tienen consagración positiva, pues no pueden negarse como derechos aquellos que “siendo inherentes a la persona humana”, no estén enunciados. (9). De la línea dogmática de la Corte Constitucional no es posible establecer un concepto claro y preciso de derecho fundamental. Ello no quiere decir que esta línea deba ser abandonada, sino que exige su sistematización, pues la Constitución no define qué se entiende como derechos fundamentales y, por otro lado, autoriza reconocer como tales, derechos no positivizados. El artículo 1 de la Constitución dispone que el Estado colombiano se funda en el “respeto por la dignidad humana”. En sentencia T-881 de 2002, la Corte analizó *in extenso* la jurisprudencia de esta corporación sobre el concepto de dignidad humana. La Constitución encarna un sistema axiológico que corresponde al sistema de valores imperante en el momento constituyente. Tal sistema axiológico está definido por aquellos intereses y valores que definen, en su momento histórico, las características propias de un grupo social. Así

mismo, comprende la posibilidad de desarrollo de tales valores en una perspectiva histórica. Con todo, ciertos valores y elementos del sistema axiológico tienen una calidad definitoria del tipo de sociedad al cual se dirige el sistema jurídico. En otras palabras, el sistema jurídico y la sociedad no tendrían sentido sin tales valores. Podrían ser otros valores o los mismos comprendidos de manera totalmente distinta, pero se trataría de una sociedad distinta y, por lo mismo, de un sistema jurídico distinto. (11). Teniendo lo anterior presente, el concepto de dignidad humana que ha recogido la Corte Constitucional únicamente se explica dentro del sistema axiológico de la Constitución y en función del mismo sistema. Así las cosas, la elevación a rango constitucional de la “libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle” y de “la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad”, definen los contornos de lo que se considera esencial, inherente y, por lo mismo inalienable para la persona, razón por la cual se traduce en derechos subjetivos (entendidos como expectativas positivas (prestaciones) o negativas) cuyos contenidos esenciales están sustraídos de las mayorías transitorias.

La Corte define los conceptos de esencial, inherente e inalienable, sin ninguna alusión al precedente que contiene las sentencias T-002-92 y T-1306 del 2000. Se entiende que, de ahora en adelante, la fundamentalidad está ligada a la dignidad humana y, al derecho a la libertad de acción, y al derecho de todo ser humano de gozar, de ciertos bienes y servicios, como derechos subjetivos. Igualmente, la dignidad, la libertad y el derecho a gozar de ciertos bienes y servicios (obligaciones positivas y negativas) están sustraídos de las “mayorías transitorias”. Es muy importante, porque, además, de una redefinición conceptual, como tal, se percibe el fenómeno

del cual se viene hablando. La Corte, *stricto sensu*, no parte de los precedentes para modificar su jurisprudencia. Aquí retoma la sentencia T-881-02 sobre la dignidad humana, pero abandona las T-002-92 y T-1306-00, sobre los conceptos de esencialidad, inherencia e inalienabilidad que se afincan en la persona humana y, su dignidad como su base formal, de tal suerte que, es muy necesario involucrarse con estos detalles para extractar, qué es lo que está vigente y, que va quedando relegado. Ahora, la Corte no aclara, si se trata de una complementación o, redefinición sobre la esencialidad, inalienabilidad e inherencia a la persona humana, según las sentencias aludidas. La Corte, en consecuencia, combina tres enfoques porque, lo esencial, inalienable e inherente de la persona humana tiene sus raíces en el iusnaturalismo; lo relacionado con los derechos subjetivos (funcionalmente) corresponde a una perspectiva normativista (positivismo) y finalmente, la dignidad, se asume desde el plexo axiológico de la Constitución.

Este tipo de combinaciones no se pueden descalificar *prima facie*, pero requieren más análisis, pues de hecho son todas posibles, en la medida, en que no representen contradicciones ideológicas ostensibles porque, la ciencia jurídica es en todo caso, un producto histórico, dinámico y el resultado de una serie de ideas, a favor y, en contra de sus instituciones. El punto es que la jurisprudencia, para mantener el orden y la coherencia de un sistema jurídico, requiere justificar sus cambios, del porqué abandona una idea y, asume un concepto, desde otro punto de vista o enfoque. Así las cosas, como resultado de esos cambios, el siguiente es el nuevo concepto de derecho fundamental:

En este orden de ideas, será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. (...) lo anterior, debe precisarse, no implica que en sí mismo derechos constitucionales no tengan carácter fundamental. La existencia de consensos (en principio dogmática constitucional) en torno a la naturaleza fundamental de un derecho constitucional

implica que prima facie dicho derecho se estima fundamental en sí mismo. Ello se explica por cuanto los consensos se apoyan en una concepción común de los valores fundantes de la sociedad y el sistema jurídico. Así, existe un consenso sobre el carácter fundamental del derecho a la vida, a la libertad y a la igualdad. Los consensos sobre la naturaleza fundamental de estos derechos claramente se explican por la imperiosa necesidad de proteger tales derechos a fin de que se pueda calificar de democracia constitucional y de Estado Social de derecho el modelo colombiano. No sobra indicar que, en la actual concepción de dignidad humana, estos derechos son requisitos sine qua non para predicar el respeto por dicho valor. (Subrayado por fuera del texto)

El catálogo, no define la fundamentalidad de los derechos. Se trata de una primera conclusión porque, ya que ésta se basa en el sistema de valores, principios, deberes y derechos, y la dignidad humana. Entonces, para este momento, la investigación cuenta con tres ideas principales, sobre los derechos: (i) La sentencias T-002-92 y T-1306-00 que los consideran esenciales, inalienables e inherentes a la persona humana. Lo interesante es que la Corte, se toma el trabajo de definir ¿qué es esencial?, ¿qué es inalienable? y ¿qué es inherente? Ahora bien, este desarrollo jurisprudencial se complementa con la T-571-92 que los considera anteriores a la existencia del Estado, con la T-249-98 que los define como extra patrimoniales, como personales no cuantificables en dinero y la T-227-03 que los concibe funcionalmente dirigidos a lograr la dignidad humana (subjetivos) y (ii) La sentencia T-881-02 que, le da contenido a la dignidad humana en la jurisprudencia constitucional colombiana (desde la base axiológica de la Constitución de 1991). Así, el sistema de valores sirve para definir qué son los DF, cuándo funcionalmente estén dirigidos a lograr la dignidad humana y que, sean traducibles en derechos subjetivos.

De manera que, la sentencia T-227-03, no se opone a las sentencias T-002- 92 y T-1306-00 pues, tiene su punto de unión en la dignidad humana. En esta última, se fija tanto la base material (la persona humana y su dignidad) y la base formal, el catálogo de los derechos. En resumen, un derecho se considera fundamental cuando protege la dignidad humana, como la base material y formal. Así se reafirma a la persona humana en toda su dimensión, como ser único pensante (como el único ser racional del universo). Esto significa que, la sentencia T-227-03 armoniza plenamente con la jurisprudencia anterior. El cambio está dado por el criterio normativo que le introduce al concepto de los DF. Al decir la Corte *funcionalmente* significa que, los derechos estén concebidos positivamente para lograr la dignidad humana. El objeto y la fundamentalidad de los derechos, en lo sucesivo, se conciben desde la dignidad humana y, por el carácter de derechos subjetivos. Con base en lo expuesto, se puede afirmar que, en esta última jurisprudencia, la Corte combina el iusnaturalismo, el positivismo y el axiologismo, desde la perspectiva de la dignidad humana.

2.1.33. T-423-03. MP: Eduardo Montealegre Lynett. Pero la Corte no sigue los criterios trazados en la sentencia T-227-03. En este caso expone una idea de universalidad basada en una cuantificación universal que, es novedosa en esta jurisprudencia. Los DF son indisponibles e inenajenables, por su propio titular o por el Estado.

La Corte dice que, los derechos están dotados de las siguientes características:

Serán derechos fundamentales sólo aquellos que puedan ser catalogados como universales “en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son sus titulares”, que son indisponibles e inenajenables por su propio titular y por el Estado (contra mayoritarios), que tienen su título *ex lege* o *ex constitutionem*, que establecen

relaciones verticales (relaciones de poder, jerarquía o subordinación), y que cuentan con una protección judicial reforzada (acciones ordinarias y acciones especiales como la de tutela).

Así las cosas, incorpora tres criterios adicionales a los ya expuestos en las anteriores jurisprudencias: (i) universalidad (contra mayoritarios), (ii) derechos que establecen relaciones verticales de poder, jerarquía o subordinación y (iii) que cuenten con protección reforzada (acciones ordinarias y extraordinarias). Esta jurisprudencia recoge una manifestación positivista, no se conecta del todo, con la idea de que son fundamentales los derechos que, funcionalmente estén dirigidos a lograr la dignidad humana y sean traducibles en derechos subjetivos, pues allí no se expone una línea argumentativa que, los conecte con la anterior jurisprudencia (Los criterios expuestos en la sentencia T-227-03, no se reiteran). Entonces, ahora los DF transitan entre aquellos que funcionalmente están dirigidos a lograr la dignidad humana y, los que no. Igualmente que, sean traducibles en derechos subjetivos y, se suman los criterios de la universalidad, el de las relaciones verticales de poder, jerarquía y subordinación y que cuenten con protección reforzada con acciones ordinarias y acciones extraordinarias. Cada uno de estos criterios aparece sin concatenación o con un enlace de ideas, razón por la cual, se percibe que, hasta ahora, la pregunta principal tiene varias respuestas en esa jurisprudencia.

2.1.34. T-859-03. MP. Eduardo Montealegre Lynett. Reafirma criterios de la sentencia T-227-03. La importancia de esta jurisprudencia radica en que explica el alcance de la expresión “funcionalmente dirigidos a lograr la dignidad humana” de la sentencia T-227-03. También, que en el caso del derecho a la salud, el comité de derechos económicos, sociales y culturales de Naciones Unidas “es el intérprete autorizado del pacto sobre la materia, y cuyos criterios son...relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales (CP artículo 93).

La precisión es la siguiente:

La definición de cuáles derechos están “funcionalmente” dirigidos a lograr la dignidad humana y su traducibilidad en derechos subjetivos, no está sometida a la libre apreciación del juez. Este, al igual que todos los operadores jurídicos, está sujeto a reglas y pautas propias del sistema jurídico que permiten, en muchos casos, hacer tal calificación. Tales reglas y pautas no se limitan a elementos de derecho positivo, sino que incluye la teoría del derecho, precedentes judiciales y, en general, todos aquellos racionamientos que el sistema jurídico admite como válidos para adoptar decisiones jurídicas. Por así decirlo, conforman elementos de juicio el arsenal argumentativo de todo aquello que resulta relevante para la ciencia del derecho. Claro está, tendrán especial relevancia las disposiciones jurídicas y la jurisprudencia u opinión de los jueces u organismos cuasi judiciales que tienen por función la definición del sentido de las normas positivas. La Constitución, precisamente, indica que, en punto a los derechos constitucionales, los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia constituyen pauta de interpretación, razón por la cual ha de tenerse en cuenta la posición de los intérpretes autorizados de tales tratados. Así, en sentencia C-671 de 2002, la Corte precisó que el Comité de derechos económicos, sociales y culturales de Naciones Unidas “es el intérprete autorizado del pacto sobre la materia, y cuyos criterios son... relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales” (C.P artículo 93) (Subrayado por fuera del texto). Por lo tanto, para establecer si el derecho a la salud puede comportar una relación funcional con el logro de la dignidad humana y que sea traducible en derechos subjetivos, habrá de considerarse lo indicado por dicho comité, así como por la propia Corte constitucional.

No obstante, la concreción conceptual de los derechos lograda, hasta ahora, se torna algo más compleja, pues esta sentencia no se limita a elementos propios del derecho positivo, sino

que incluyen toda la teoría del derecho, precedentes judiciales y en general, de toda clase de racionios jurídicos y filosóficos admitidos por un sistema jurídico.

2.1.35. T-1083-03. MP. Eduardo Montealegre Lynett. Es importante porque la Corte empieza a reconocer por primera vez que, ha establecido una línea jurisprudencial, a través, de la sentencia T-227-03. Así, expone un nuevo criterio de distinción entre los derechos, cuando le niega el carácter de fundamental a la propiedad privada porque, respecto de las empresas, no se puede afirmar que, se afecte el mínimo vital (la propiedad privada para ser un derecho fundamental deberá estar conectada a la dignidad humana). La Corte señala que, ha establecido una línea jurisprudencial a través de la sentencia T-227-03 que dice que, es derecho fundamental aquel derecho que, funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y, sea traducible en un derecho subjetivo.

Nótese la argumentación:

La Corte Constitucional ha negado el carácter de fundamental de la propiedad privada y ha sujetado su protección a la violación de derechos que se reputan constitucionales o a la afectación del mínimo vital. En el presente caso, tratándose de una empresa privada no es posible considerar el último elemento. Tampoco se observa violación alguna de un derecho fundamental. ¿Supone ello que la tutela de la propiedad privada, cuando existe una ocupación permanente por parte del Estado, sin indemnización alguna, es improcedente? 19. La anterior postura se basaba en una línea jurisprudencial sobre el carácter fundamental de los derechos constitucionales que ha sido revisada. En sentencia T-227 de 2003, la Corte adoptó el siguiente criterio para determinar este carácter: “en este orden de ideas, será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo)”.

Por consiguiente, una sentencia consolidadora de línea, en donde la expresión “funcionalmente” se entiende “normativamente”, de manera tal que, encaja dentro de un enfoque positivista de la dignidad humana. La fundamentalidad está dada, a partir, de la concepción funcional de la dignidad humana y de los DF, como derechos subjetivos de la persona humana. Ahora, en relación con los derechos fundamentales de la empresa privada, no los niega, pero aclara oportunamente que, no encuentra una afectación al mínimo vital, de tal manera, expone un argumento nuevo que clarifica al respecto de esas empresas que, no se puede alegar la dignidad humana, como un motivo de violación. En este caso, se considera que, el mínimo vital está conectado a la dignidad humana que, solo es propia de las personas naturales que, conforman las personas jurídicas y no a las jurídicas, como tal, es decir, al centro de su actividad.

2.1.36. C-019-07. MP. Jaime Araujo Rentería. Los derechos emanan de la dignidad de la persona humana (así se consolida el objeto de protección de los DF). Su interés radica en que la Corte, vuelve y reafirma a la dignidad, como la base para definir los DF. Esta jurisprudencia mantiene uno de los ejes conceptuales centrales de los derechos. No obstante, sí modifica la base de la conceptualización porque, aquí la dignidad, aparece ligada a una concepción iusnaturalista en tanto universales, inalienables e inherentes a la persona humana, según los artículos 5° y 94 de la Constitución de 1991:

En principio, los derechos fundamentales son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo. Son derechos que emanan de la dignidad de la persona humana, ligados por tanto indisolublemente a dicha persona y con carácter universal. En forma acorde con esa naturaleza, la Constitución colombiana los

considera “derechos inalienables de la persona” (artículo 5º) y derechos “inherentes a la persona humana” (artículo 94).

La Corte Constitucional retoma la sentencia SU-182-98 donde define unos derechos básicos inalienables:

Pero, del hecho de que se predique de la persona natural un conjunto de derechos básicos e inalienables alrededor de los cuales la Carta Política edifica todo un sistema jurídico organizado precisamente con miras a su plena y constante realización, no se desprende que ese ámbito -el de cada individuo de la especie humana- agote por completo el núcleo de vigencia y validez de los derechos constitucionales de carácter fundamental, cuando en la sociedad actúan —y cada vez representando y comprometiendo de manera más decisiva los derechos de aquella— las denominadas personas jurídicas, surgidas merced al ejercicio de la libertad de asociación entre las naturales o por creación que haga o propicie el Estado (...) hay derechos de las personas jurídicas, que ellas pueden reclamar dentro del Estado Social de derecho y que las autoridades se obligan a respetar y a hacer que les sean respetados. Y, claro está, entre la inmensa gama de derechos que les corresponden, los hay también fundamentales, en cuanto estrechamente ligados a su existencia misma, a su actividad, al núcleo de las garantías que el orden jurídico les ofrece y, por supuesto, al ejercicio de derechos de las personas naturales afectadas de manera transitiva cuando son vulnerados o desconocidos los de aquellos entes en que tienen interés directo o indirecto.

Resulta interesante, porque en la SU-182-98 (Esta sentencia no está en la línea) la Corte plantea que, dentro del Estado social de derecho, los DF de las personas jurídicas están ligados al centro de su actividad, es decir, al ejercicio realizado por personas naturales, pues todo está relacionado con la dignidad humana. En este caso, aunque la Corte no retoma la sentencia T-

227-03 la fundamentalidad de los derechos en contexto gira en torno a tres ejes conceptuales; (i) Dignidad humana, (ii) Derechos inalienables de la persona (Artículo 5) y (iii) Derechos inherentes a la persona humana (Artículo 94).

2.1.37. T-760-08. MP. Manuel José Cepeda Espinoza. Reconoce que existe una línea jurisprudencial sobre los DF. Los DF son el resultado de consensos y consagra el derecho a la salud como fundamental. En los apartados 3.2.1.1; 3.2.1.2 y 3.2.1.3, para la Corte, sin la pretensión de zanjar la discusión sobre los criterios de fundamentalidad expuestos en la línea jurisprudencial recogida en las sentencias T-01-92; T-418-92; T-462-92; SU-225-98; T-1306-00 y T-227-03 (salvo la T-01-92 las demás sentencias están en esta línea), concreta y expone las siguientes subreglas sobre lo qué son los derechos fundamentales:

Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo.

Entonces, además de los criterios fijados en la sentencia T-227-03, la Corte le adiciona que son fundamentales aquellos derechos respecto a que existe consenso sobre su naturaleza de fundamental. Pues bien, la Corte ahora plantea la discusión en el terreno de los consensos, pero la dificultad radica en establecer el escenario y el lugar. ¿Dónde se dan los consensos sobre la fundamentalidad de los derechos? En la investigación, se considera que el escenario natural para los consensos sobre los DF, es la jurisprudencia constitucional, porque es allí donde se generan reglas obligatorias de interpretación sobre los derechos, es decir, unas reglas interpretativas mínimas y obligatorias. Por tanto, la Corte al exponer que son fundamentales los derechos que

consensualmente así se consideren, esta idea, en la práctica no aporta un procedimiento en concreto, para definir la fundamentalidad de los derechos. En consecuencia, hasta ahora se tiene que la dignidad humana constituye el objeto central de protección de los derechos (T-881-02). Esta conclusión, de hecho, significa un gran avance, pues en su ausencia, la discusión sobre la fundamentalidad de los derechos se puede tornar infinita: Así las cosas, la alusión a que son fundamentales los derechos respecto de los cuales existe consenso, no le ayuda a esta investigación para resolver la pregunta principal.

2.1.38. T-970-09. MP. Mauricio González Cuervo. La fundamentalidad de los derechos y su naturaleza no depende de un criterio literal de agrupación formal, tampoco de un título de la Constitución, sino de su relación con los principios y valores constitucionales. La Corte continúa con un criterio abierto de derechos fundamentales totalmente desprendido del catálogo.

Esta jurisprudencia señala:

Pero desde sus primeras sentencias, la Corte estableció que el concepto de derechos fundamentales, susceptibles de protección mediante la acción de Tutela, no podía depender de este criterio meramente literal de agrupación formal y que la naturaleza fundamental o no de un derecho no depende de su ubicación bajo uno u otro título de la Constitución, sino de su relación estrecha con los principios y valores constitucionales.

Después de varias sentencias, la Corte reafirma que la fundamentalidad de los derechos no depende del catálogo, ni de su ubicación en la Constitución, sino que ésta depende de su relación con los principios y valores constitucionales. De esta manera, al concatenar toda la jurisprudencia analizada hasta ahora, la Corte mantiene el criterio de que la dignidad humana es el principio más influyente, dado que la fundamentalidad de los derechos está centrada en la

vigencia de los principios y valores constitucionales, pero sin hacer una concatenación explícita con la jurisprudencia influyente, en ese momento histórico (T-001-92, T-571-92, T-1306-00, T-249-98 y T-227-03).

2.1.39. T-235-11. MP. Luis Ernesto Vargas Silva. Retoma la evolución jurisprudencial del concepto DF. (Posible violación a DF de una comunidad indígena ubicada en el municipio de Dagua, Valle del Cauca). En este caso, la jurisprudencia reconoce la diversidad étnica de la nación colombiana; dice que las comunidades indígenas son sujetos de especial protección constitucional, conforme al artículo 13 de la Constitución Política. Su importancia radica en que la Corte, retoma la evolución jurisprudencial del concepto los DF (numeral 6.1). En primer término, empieza por recordar una diferencia vital entre los derechos fundamentales y derechos sociales:

Desde una aproximación tradicional a los derechos fundamentales, acogida por la Corte en buena parte de su jurisprudencia temprana, se consideraba que entre los derechos fundamentales y los derechos sociales existía una diferencia esencial: los primeros eran (exclusivamente) derechos de defensa y los segundos, en cambio, derechos prestacionales.

Los DF se consideran derechos de defensa (obligaciones negativas del Estado) y los derechos prestaciones obligaciones programáticas, recuerda esta jurisprudencia. Añade que, esta distinción, con el tiempo, comenzó a mostrarse inadecuada, desde los puntos de vista teórico y dogmático porque, desde el primer punto de vista, los derechos tienen una estructura compleja y presentan facetas negativas y positivas:

Los derechos fundamentales poseen una estructura compleja o una multiplicidad de facetas, por lo que su satisfacción acarrea el cumplimiento de un haz de obligaciones tanto positivas como negativas para el Estado.

Recuerda que con el fallo T-760 de 2008, la Corte sentenció “atribuir la cualidad de prestacional a un derecho es un error categorial, pues esa característica se predica de algunas de sus facetas y no del derecho considerado como un todo”. En relación con esa dogmática agrega:

En sentencia T-016 de 2007 explicó la Corte que en el marco del DIDH, se ha construido un consenso generalizado sobre las propiedades de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, las cuales destacan que, existe una relación intrínseca entre todos los derechos, en tanto su fundamento y finalidad es la eficacia de la dignidad humana, constatación que —siguiendo el fallo mencionado— hace en alguna medida artificioso el criterio de conexidad.

Esta evolución, dice:

Llevaron a la Corte a establecer en la sentencia T-227 de 2003 que los derechos fundamentales son aquellos que: (i) se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad humana, (ii) pueden traducirse o concretarse en derechos subjetivos y (iii) sobre cuya fundamentalidad existen consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario.

Entonces, la línea jurisprudencial sigue la senda de la dignidad humana traducible en derechos subjetivos (T-227-03). Esta labor, agrega, corresponde a los jueces quienes son los encargados de determinar: (i) la existencia de una posición jurídica subjetiva iusfundamental, (ii)

si están definidos el titular, el obligado y el contenido del derecho solicitado en la Tutela y su faceta y (iii) también la existencia de consensos.

La Corte lo precisa con el siguiente argumento:

La posibilidad de “traducción” en derechos subjetivos es un asunto que debe analizarse en cada caso y hace referencia a la posibilidad de determinar la existencia de una posición jurídica subjetiva de carácter iusfundamental en el evento enjuiciado o [en otros términos,] de establecer si están plenamente definidos el titular, el obligado y el contenido o faceta del derecho solicitado por vía de tutela, a partir de los citados consensos.

Este argumento representa un avance significativo para la teoría de los DF en Colombia porque, intenta una reconceptualización, a través, de reglas que se deben seguir para determinar la fundamentalidad de los DF, como derechos subjetivos. Es decir, en cuanto a la existencia de una posición jurídica iusfundamental donde se reconoce un titular, el obligado, el contenido del derecho y la faceta (positiva o negativa) y los consensos sobre su fundamentalidad. Así mismo, la Corte establece unas diferencias relevantes entre fundamentalidad y justiciabilidad, frente a los derechos (posibilidades de exigencia judicial).

Sobre esto último, señala:

Es posible distinguir entre el carácter fundamental de un derecho y la procedencia de la Tutela para su protección, enfoque bajo el cual se asume que son derechos fundamentales todos aquellos que cumplen los parámetros indicados previamente, y corresponde al juez determinar en cada caso si la tutela es procedente para hacer efectiva la faceta específica del derecho comprometido en el asunto sometido a su examen.

Los DF son aquellos que funcionalmente estén dirigidos a lograr la dignidad humana y sean traducibles en derechos subjetivos, pero, a ello se le agregan las diferentes facetas que presentan los derechos (Sobre la faceta prestacional de los derechos se deben tener en cuenta las sentencias T-595/02, T-043/07, T-760/08 y T-994/10). Además, se suma un nuevo criterio, el de la justiciabilidad de los derechos como posibilidad real de protección, a través de la Tutela. Ahora bien, lo anterior no significa que la Corte desplace el criterio de la base material y la base formal para determinar la fundamentalidad, expuesto en las sentencias T-002-92 y T-1306-00. Así las cosas, se trata de una jurisprudencia que llena vacíos y, que parte de los precedentes vinculantes. De tal manera, se puede decir en primer lugar que, reconoce una posición jurídica subjetiva de carácter iusfundamental acorde con el enfoque positivista y ubica (i) un titular, (ii) el obligado y (iii) el contenido o la faceta del derecho solicitado. Esta sentencia no define realmente qué son los DF, pero su importancia radica en que provee varios elementos para obtener una conceptualización. Por ejemplo, ahora se puede afirmar en esta investigación que, los DF se consideran posiciones jurídicas subjetivas de carácter iusfundamental, con facetas positivas o negativas. Bajo esta idea, y en concatenación con toda la jurisprudencia analizada, la dignidad humana, se ubica en la base material de los derechos y así es que, constituye el objeto principal de protección.

2.1.40. C-372-11. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. El punto central está dado por la dimensión objetiva que le otorgan los DF. Es decir, señala que debe existir una norma jurídica que reconozca el derecho, o del que se pueda interpretar, de la cual emane una obligación jurídica y, el poder del titular para reclamarla. Esta postura es abiertamente objetiva y representa un cambio valioso, en esta línea jurisprudencial, porque, la Corte reduce la esencialista

Iusnaturalista. Así las cosas, se encarga de ampliar los criterios de la T-227-03 en torno a la justiciabilidad, es decir, ahora la Corte se preocupa por la provisión de mecanismos de protección judicial que permitan la justiciabilidad de los derechos. La Corte recuerda que, tanto en la jurisprudencia, como en la doctrina, no existe una definición unificada del concepto los derechos fundamentales. Dice:

Como se indicó en la sentencia T-760 de 2008, no existe en la jurisprudencia constitucional ni en la doctrina una definición unificar de derecho fundamental. La sala no pretende zanjar tales debates en el presente proceso. Sin embargo, pese a la falta de definición, la Sala reconoce que la jurisprudencia constitucional sí ha concordado en que ciertos elementos hacen parte del contenido de los derechos fundamentales, uno de ellos, la obligación de prever mecanismos de protección judicial que permitan la justiciabilidad de los derechos.

También hace parte del contenido de los DF, prever mecanismos de protección de los derechos y su justiciabilidad (incorpora el concepto de justiciabilidad). Esta jurisprudencia presenta tres elementos para reconocer la fundamentalidad de los derechos:

En efecto, las sentencias T-227 de 2003 [10] y T-859 de 2003- reiteradas por un gran número de providencias de esta Corporación- señalan que un derecho fundamental es aquél “(...) que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”. Tampoco existe una definición única de derecho subjetivo. Sin embargo, la Corte ha considerado que todas las definiciones coinciden en que (i) debe existir una norma jurídica que reconozca el derecho o del que se pueda interpretar, (ii) el concepto de derecho involucra una obligación jurídica, (iii) así como un poder del titular del derecho para exigir el cumplimiento de dicha obligación del obligado.

Las jurisprudencias citadas son parte de la línea jurisprudencial. Ahora, se advierte que, a la Corte, le interesan los mecanismos de protección de los DF, y en tal sentido pregunta sí la garantía judicial, constituye un elemento de la estructura de los derechos subjetivos. Los mecanismos de justiciabilidad, afirma, constituyen una de las obligaciones del Legislador, ya que todo DF, deberá gozar de posibilidades de justiciabilidad, tanto ordinarios, como reforzados como la acción de Tutela. Sin embargo, para la Corte la no consagración normativa de esos mecanismos, tampoco, significa que, el derecho no sea fundamental. La Corte explica que, en este último caso, se presenta una consagración defectuosa o incompleta de los DF, pues estos derechos cuentan con mecanismos reforzados de protección que, permiten distinguirlos de otro tipo de derechos:

La doctrina debate sobre si el poder de exigir el cumplimiento de la obligación requiere necesariamente la existencia de mecanismos judiciales de exigibilidad. En otras palabras, hay un debate doctrinario sobre si las garantías judiciales son un elemento de la estructura de los derechos subjetivos. Por una parte, Kelsen afirma que la facultad de demandar es una característica constitutiva del concepto de derecho subjetivo. Otros doctrinantes sostienen, por el contrario, que la exigibilidad judicial es consecuencia de tener un derecho. La Corte no pretende zanjar tampoco esta discusión; no obstante, reconoce que la creación de mecanismos judiciales de protección es una obligación para el legislador que se desprende de la consagración constitucional de un derecho fundamental y hace parte de su dimensión objetiva ciertamente, un derecho fundamental debe gozar de mecanismos de justiciabilidad ordinarios y preferiblemente también reforzados -como en el caso colombiano la acción de Tutela. Sin embargo, el que un derecho no goce de tales mecanismos no significa que no sea fundamental, sino que su consagración normativa es defectuosa o incompleta.

Así las cosas, el concepto de justiciabilidad se incorpora a la línea jurisprudencial que traza la sentencia T-227-03. Ahora se exige que una norma jurídica que reconozca derechos esté consagrada junto con sus garantías judiciales que faciliten su justiciabilidad. Según esta línea, estas normas incluyen las de origen jurisprudencial que, también contemplan las obligaciones jurídicas que le permiten al titular, exigir su cumplimiento, es decir, son normas que contemplan derechos subjetivos. Esta postura se complementa realmente con la pretensión subjetiva de lograr la dignidad humana, expuesta en la sentencia T-227-03 (contenido axiológico de la Constitución) y que sea traducible en derecho subjetivo, pues los derechos subjetivos hacen parte de la dimensión objetiva de los derechos. Por tanto, se advierte una nueva tendencia en la Corte hacia la efectividad de los derechos fundamentales, como derechos subjetivos que, parte de una postura positivista normativista que, se basa en la existencia de una norma jurídica que reconozca el derecho, y del cual, se pueda interpretar, que se complementa con la idea de justiciabilidad.

2.1.41. C-228-12. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Se ocupa del principio de sostenibilidad fiscal incorporado en la Constitución de 1991 mediante el artículo 334, A. L. 03-11. Señala que una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra, la aptitud para hacerse efectivos, teniendo en cuenta la escasez de recursos que, caracteriza a un escenario como el colombiano. La Corte hace varias diferenciaciones. En primer lugar, todo DF posee la capacidad de ser efectivo, independiente de los problemas económicos o financiamiento (es el caso de los derechos a prestación). En segundo lugar, fundamentalidad implica efectividad o “justiciabilidad”. En tercer lugar, según esta investigación los problemas de financiamiento se

pueden solucionar racionalmente, a través, de la ponderación especialmente, en el campo de los derechos prestacionales.

La Corte expone lo siguiente:

Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra – muy distinta – la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o las vías que se utilicen para ese fin.

La Corte, por tanto, retoma la sentencia T-227-03 y considera que, la posibilidad de traducirse en derechos subjetivos es un asunto que debe analizarse en cada caso, respecto a una posición jurídica, en la que estén definidos el titular, el obligado y el contenido o faceta del derecho tutelado:

A partir de las consideraciones anteriores, las propiedades de interdependencia e indivisibilidad han permitido concluir a la jurisprudencia constitucional que “los derechos fundamentales son aquellos que (i) se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad humana, (ii) pueden traducirse o concretarse en derechos subjetivos y (iii) sobre cuya fundamentalidad existen consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario”. A su vez, ese mismo precedente determina que la posibilidad de “traducción” en derechos fundamentales subjetivos es un asunto que debe analizarse en cada caso y hace referencia a la posibilidad de determinar la existencia de una posición jurídica subjetiva de carácter iusfundamental en el evento enjuiciado o de establecer si están plenamente definidos el titular, el obligado y el contenido o faceta del derecho solicitado por vía de Tutela, a partir de los citados consensos.

Por tanto, se extrae que todo DF, contiene una posición jurídica subjetiva, de carácter fundamental (dignidad humana) donde están definidos el titular, el obligado y el contenido del derecho:

De manera tal que la jurisprudencia constitucional ha concluido que la definición de un derecho como fundamental depende de factores específicos, relacionados con el vínculo entre la dignidad humana y la prestación correspondiente. Por ende, no de otra forma puede interpretarse la prohibición mencionada, sino de manera acorde con estos postulados, esto es, que cuando se hace referencia a los “derechos fundamentales”, se entiende con claridad que son aquellas posiciones jurídicas que adquieren naturaleza *iusfundamental*, según la metodología antes expuesta. Esta explicación dista radicalmente de distinciones simplemente convencionales entre libertades y derechos prestacionales, sino que versa sobre el grado de necesidad de protección constitucional en el caso concreto, valorado en términos de vigencia del principio de dignidad humana.

Toda posición jurídica está dada por una relación entre el titular del derecho, el obligado, el derecho y la prestación correspondiente, junto con la necesidad de protección constitucional de la dignidad humana. Es decir, los derechos se interpretan como posiciones jurídicas fundamentales relacionadas con la dignidad humana, consolidándose la tendencia jurisprudencial positivista expuesta por la Corte en la sentencia T-227-03.

2.1.42. T-428-12. MP. María Victoria Calle Correa. Retoma los elementos de los DF y en este caso, se encarga de replantear el problema de la justiciabilidad de los derechos. El concepto de DF se basa en las sentencias T-227-03 y T-235-11 (carácter polifacético de los derechos, sentencias T-595-02, T-016-07 y T-760-08) principalmente, dice la Corte. De estas sentencias

extracta los siguientes parámetros de fundamentalidad: (i) Los DF son derechos concebidos por generaciones de acuerdo con un momento histórico, y de allí, las diferencias en cuanto a su estructura. (ii) Los DF son derechos que presentan diferentes facetas (obligaciones negativas y positivas). Este criterio ya se había expuesto en la T-596-92. (iii) Los derechos prestaciones son también derechos subjetivos exigibles. Luego, son fundamentales. (iv) Existen derechos sociales por filiación y fundamentales por mandato expreso de la Constitución. (v) Una vez se cumple la concreción normativa de los derechos sociales, trasmutan a DF. (VI) Reconoce que, existe pluralidad de criterios para determinar el carácter fundamental de un derecho. Así, la dignidad humana interviene como elemento central de identificación. Los DF se consideran en esta jurisprudencia como un conjunto de posiciones jurídicas y una pluralidad de obligaciones para el Estado; por tanto, mantiene la distinción entre “fundamentalidad” y “justiciabilidad”.

La Corte presenta el siguiente examen jurisprudencial:

De acuerdo con una aproximación teórica acogida por la jurisprudencia temprana de esta Corporación, los derechos humanos surgieron en momentos históricos claramente diferenciables, a manera de oleadas o generaciones, cada una de las cuales reflejaba una forma de organización estatal y de concebir las relaciones entre Estado y ciudadanos. En el ámbito del DIDH la primera generación se asoció a los derechos civiles y políticos, y la segunda, a los derechos económicos, sociales y culturales. En el contexto nacional esa orientación se reflejó en la división de los derechos constitucionales propuesta por la comisión codificadora de la Asamblea Nacional Constituyente, entre derechos fundamentales y derechos sociales.

Una de las discusiones que se han dado en la jurisprudencia, se relaciona con la fundamentalidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Esta discusión conlleva a una

forma de organización estatal que, conforme a la Constitución de 1991, deriva en el reconocimiento de una teoría, de una constitución particular, de tal manera, se puede afirmar que la fundamentalidad de ese tipo de derechos, se justifica en virtud de la consagración de un Estado social del derecho en Colombia, es decir, a partir de la inclusión del derecho social de los derechos que representa un cambio, muy influyente, respecto de la Constitución de 1886. Este análisis de los derechos por generaciones es muy importante, pues de cada generación se puede extraer un concepto diferenciado de lo qué son los DF. Con base en lo expuesto, la importancia de este estudio radica en que, en esta jurisprudencia colombiana está la descripción de las características de cada generación, lo que permite a la investigación establecer en qué lugar está ubicada la idea de exigibilidad judicial o justiciabilidad de los derechos, conforme a la última tendencia de la Corte que, corresponde a una postura positivista normativista de los derechos. Nótese su importancia:

1.2. Las notas centrales de esa perspectiva, en lo atinente a la división entre derechos fundamentales, de una parte, y sociales, de la otra, son las siguientes: (i) Los primeros corresponden al Estado Liberal clásico, cuya función esencial es la de garantizar la seguridad pública, mientras los segundos obedecen a formas de Estado que asimilaron las luchas sociales y los enfoques intervencionistas de la economía, reconociendo un ámbito de actuación estatal en la distribución de recursos y previendo sistemas de seguridad social en torno al derecho al trabajo; (ii) En consecuencia, los primeros se orientan a proteger un ámbito individual de autonomía y se asocian al valor de la libertad mientras los segundos se dirigen a garantizar mínimos materiales de subsistencia y por ese motivo se relacionan principalmente con la igualdad material. (iii) Esas diferencias comportan a su vez una distinción en cuanto a la estructura de cada grupo de derechos: los derechos fundamentales son de carácter “negativo” o “de defensa”, pues su eficacia sólo exige del Estado obligaciones de abstención. Los derechos sociales, en cambio, son “positivos” o

“prestacionales”, pues su goce requiere que el Estado asuma obligaciones concernientes a la entrega de bienes y la prestación de servicios públicos. (...) Esa división de los derechos en generaciones (IV) tuvo en momentos históricos una notable incidencia en la exigibilidad judicial (justiciabilidad) de los derechos constitucionales: en virtud de sus características estructurales y particularmente de su carácter negativo, sólo los derechos fundamentales eran—desde esa óptica— de aplicación inmediata y, por lo tanto, exigibles mediante la acción de Tutela. Los derechos sociales, a su turno, tenían la naturaleza de orientaciones programáticas dirigidas al legislador (o la administración en lo pertinente) y resultaban por ello ajenos al control judicial por vía de amparo.

Pero, para llegar a ella, es decir, a la idea de justiciabilidad, tuvo que producirse un cambio porque en la Corte, los derechos sociales, según se consideren esenciales, inalienables e inherentes a la persona humana, o por el grado de afectación a la dignidad humana, inicialmente a través, del criterio de conexidad fueron tutelados y ahora, finalmente, trasmutan a derechos fundamentales, luego, dejaron de ser meras expectativas programáticas y son considerados obligaciones exigibles judicialmente.

La Corte hace la siguiente sinopsis:

A pesar de que la jurisprudencia constitucional plasmó esa orientación en sus primeras decisiones, también desde entonces algunas Salas De Revisión comenzaron a percibir que esa postura resultaba insuficiente para proteger adecuadamente los derechos constitucionales, especialmente, al constatar cómo graves violaciones a derechos considerados sociales o colectivos atentaban contra la dignidad humana de manera evidente. Ello dio lugar al surgimiento del criterio de conexidad, de acuerdo con el cual en aquellos eventos en que el desconocimiento de un derecho social implique la afectación de uno fundamental autónomo, la Tutela procede para su protección. (...) 1.4. En pronunciamientos

posteriores, la Corte Constitucional encontró nuevas fisuras en la distinción tajante entre derechos fundamentales y derechos sociales. Así, en sentencia SU-225 de 1998 expresó que el derecho a la salud de los menores de edad es a la vez un derecho social (por filiación), y fundamental (por mandato expreso de la Constitución). (...) En la misma dirección, mediante el criterio de transmutación, la Corporación señaló en un amplio número de pronunciamientos, que (i) si bien los derechos sociales están sometidos a un desarrollo legislativo y administrativo para su adecuada garantía, (ii) una vez cumplida esa etapa de concreción normativa, frente a los ámbitos definidos por las ramas legislativa y ejecutiva del poder público, esos derechos se tornan fundamentales y su eficacia puede ser exigida por vía de Tutela. (...) 1.5. La perspectiva actualmente dominante en la Corte Constitucional sobre los derechos fundamentales se articula en torno a tres premisas: (i) la existencia de una pluralidad de criterios para determinar el carácter fundamental de un derecho (“fundamentalidad”), partiendo sin embargo de la relación con la dignidad humana como elemento central de identificación; (ii) la concepción de los derechos como un amplio conjunto de posiciones jurídicas, de las cuales se desprende también una pluralidad de obligaciones para el Estado y, en ocasiones, para los particulares; y (iii) la independencia entre la “fundamentalidad” y “justiciabilidad” de los derechos.

Del mismo modo, efectuadas estas distinciones, la Corte hace una reseña de su jurisprudencia que, partiendo de la sentencia T-227 de 2003, advierte que, ahora su mayor preocupación es la eficacia de los derechos que presentan un carácter polifacético, obligaciones negativas, obligaciones positivas, concluyendo finalmente que, sobre la justiciabilidad de la faceta negativa de los derechos, no se presenta ninguna discusión, pero que no ocurre lo mismo frente a las obligaciones positivas del Estado, porque éstas han sido objeto de intensas discusiones en la doctrina especializada y a nivel de la jurisprudencia constitucional.

El recorrido jurisprudencial es el siguiente:

Sobre los criterios de identificación de los derechos fundamentales, en la sentencia T-227 de 2003 expresó la Corte: “los derechos fundamentales son aquellos que (i) se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad humana, (ii) pueden traducirse o concretarse en derechos subjetivos y (iii) encuentran consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario sobre su fundamentalidad”. (...) La segunda afirmación efectuada en aquella oportunidad fue desarrollada posteriormente, entre otros, en el fallo T-235 de 2011, así: “la posibilidad de “traducción” en derechos subjetivos es un asunto que debe analizarse en cada caso y hace referencia a la posibilidad de determinar la existencia de una posición jurídica subjetiva de carácter iusfundamental en el evento enjuiciado o [en otros términos,] de establecer si están plenamente definidos el titular, el obligado y el contenido o faceta del derecho solicitado por vía de Tutela, a partir de los citados consensos”. (...) 1.5.2. El carácter polifacético de los derechos fue constatado, principalmente, en las sentencias T-595 de 2002, T-016 de 2007 y T-760 de 2008, relacionadas con la libertad de locomoción de personas con discapacidad frente a barreras arquitectónicas del sistema de transporte masivo *Transmilenio*, la primera, y el derecho al acceso a los servicios de salud, las dos últimas. (...) En el primero de esos pronunciamientos (T-595 de 2002), la Corte hizo énfasis en que todos los derechos poseen facetas positivas y negativas, por lo que la expresión “derechos prestacionales” constituye un “error categorial”: lo prestacional se predica de determinadas facetas y no del derecho considerado como un todo. En el pronunciamiento T-016 de 2007, recogiendo los conceptos de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, la Corporación indicó que el criterio de “conexidad” resulta artificioso pues todos los derechos son conexos entre sí y se dirigen a la realización de la dignidad humana, por lo que su plena eficacia, en un plano de igualdad entre derechos, es obligación de todos los Estados. (...) En la providencia T-760 de 2008, además de reiterar tales consideraciones, la Corte, siguiendo la dogmática del DIDH

señaló que es posible identificar obligaciones de respeto, protección y garantía frente a la eficacia de cada derecho, así que la diversidad de facetas de los derechos se refleja en la diversidad de obligaciones que el Estado debe asumir para su eficacia. (...) 1.5.3. Para terminar este breve recuento, en las sentencias T-595 de 2002, T-016 de 2007 y T-760 de 2008 (ya citadas), este tribunal explicó que la compleja estructura de los derechos constitucionales y la pluralidad de obligaciones estatales de que depende su eficacia, lleva a considerar la “fundamentalidad” y “justiciabilidad” de los derechos como cuestiones relacionadas pero independientes. (...) La relación que existe entre uno y otro concepto es evidente pues cuando el Estado y la comunidad deciden elevar al rango de derechos fundamentales determinadas facultades, libertades, prerrogativas o prestaciones, es obvio que su eficacia se torna en un compromiso ineludible. Pero no son conceptos entre los que exista una relación de necesidad lógica, así que deben considerarse de manera independiente, pues frente a cada faceta de un derecho resulta adecuado determinar cuáles garantías son más efectivas para su plena realización, en el marco de las competencias de los distintos órganos del Estado y ramas del poder público. (...) Así, la justiciabilidad de las facetas negativas de un derecho fundamental es un asunto que no presenta mayor controversia. Si se cumplen los requisitos generales de procedibilidad, esta puede perseguirse por la vía de la acción de Tutela. La justiciabilidad de las facetas positivas, en cambio, ha sido objeto de intensas discusiones en la doctrina de los derechos humanos, y en la jurisprudencia constitucional.

En este escenario, la sentencia T-428-12 se destaca porque reafirma: (i) La pluralidad de criterios para determinar la fundamentalidad de los derechos y porque allí, se acepta que la dignidad humana constituye el elemento central de identificación de la fundamentalidad de los derechos. (ii) Que los derechos fundamentales son un conjunto de posiciones jurídicas positivas y negativas a cargo del Estado. (iii) Que existen diferencias relevantes entre los conceptos de

fundamentalidad y justiciabilidad. Entonces, frente a ese conjunto de posiciones positivas y negativas a cargo del Estado, la dignidad humana constituye el elemento central de identificación, es decir, la dignidad se ubica en la base material de los derechos expuestos en las sentencias T-002-92 y T-1306-00.

2.1.43. T-720-14. M.P. María Victoria Calle Correa. En esta sentencia, la Corte retoma la jurisprudencia de los DF, como límites al poder del Estado, pero con un enfoque a la dignidad humana y preservando, en todo caso, su eficacia. Dice que los derechos suelen concebirse como límites al poder del Estado para resguardar la dignidad humana, la libertad e igualdad de los seres humanos, estableciendo prohibiciones a la intromisión del Estado en ámbitos intangibles de la libertad del individuo. La idea de los derechos como límites al derecho a la libertad, dignidad e igualdad, está asociada con el Estado liberal y al Estado de derecho, mientras la idea de los derechos como vínculos se explica en forma más adecuada con la fórmula social de Estado:

Los derechos fundamentales suelen concebirse como límites al poder del Estado destinados a resguardar la dignidad, libertad e igualdad de los seres humanos o bien, en aproximaciones más recientes, como *límites* y *vínculos* para las autoridades, es decir, normas que a la vez que prohíben la intromisión del Estado en ámbitos intangibles de libertad del individuo, ordenan su intervención decidida para asegurar mínimos materiales de bienestar e igualdad. La idea de los derechos exclusivamente como *límites* se asocia al concepto de Estado liberal o Estado de derecho, mientras que aquella que destaca también su condición de *vínculos* explica más adecuadamente la forma social del Estado. En ese orden de ideas, suelen asumirse también dos premisas sobre su estructura: (i) el titular de los derechos es la persona humana y (ii) el Estado es el único destinatario u obligado a lograr su eficacia.

Por tanto, la Corte combina ideas positivistas y antropocéntricas dentro del Estado liberal y el Estado de derecho. Los DF se consideran límites que impiden la intromisión del Estado a los ámbitos intangibles de la libertad, dignidad e igualdad del individuo, se trata de un concepto que, reafirma un individuo libre de intromisiones. Igualmente, bajo la misma concepción, el Estado es el obligado a lograr la eficacia de los derechos, en lo cual concuerda con la T-428-12.

2.1.44. C-493-15. M.P. María Victoria Calle Correa. La Corte reconoce que la sentencia T-585-08 “hace parte de una etapa jurisprudencial en la que la Corte reconceptualizó el significado de los derechos fundamentales, en el orden interno, a partir de avances en la dogmática y el derecho internacional de los derechos humanos”. Esta etapa comprende el período 2002 a 2008. La Corte abandona la tesis de los derechos por generaciones y, acoge la dignidad humana como elemento definitorio de la fundamentalidad. Así mismo, reafirma que la consagración de los principios de integralidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos (precedente histórico de los derechos fundamentales) trivializa el concepto de conexidad y desde esta sentencia, la Corte enfatiza en el carácter polifacético o poliédrico de los derechos, desde sus facetas de prestación y de abstención.

La Corte puntualiza estos cambios de la siguiente manera:

Ese contexto jurisprudencial, construido principalmente entre los años 2002 y 2008 —aunque con claros antecedentes en decisiones previas como la C-257 de 1997— se basa en las siguientes características: (i) el abandono de la tesis de las “*generaciones*” de derechos, y de las diferencias insalvables entre los derechos tradicionalmente llamados civiles y políticos y aquellos denominados sociales económicos y culturales; (ii) el vínculo entre el derecho y la dignidad humana como criterio definitorio de su fundamentalidad; (iii) los principios de integralidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, que tornan en

trivial el concepto de conexidad, pues todos los derechos guardan “conexiones” entre ellos, y con la dignidad humana; y (iv) el carácter polifacético o poliédrico de los derechos, reflejado en el hecho de que todos poseen facetas de abstención y de prestación.

La efectividad de los derechos se alcanza por diferentes vías (legislativas, políticas públicas o por intervención judicial directa). La Tutela protege las facetas de abstención o de prestación, respecto de esta última, según haya disponibilidad de recursos. En esta jurisprudencia todos los derechos constitucionales son fundamentales y protegidos por la acción de Tutela, tanto en sus facetas de abstención y de prestación. De esta forma, diferencia tres conceptos relevantes en el estudio de los DF. En primer lugar, el concepto de fundamentalidad. En segundo lugar, el de justiciabilidad y, en tercer lugar, el de efectividad. Sobre el último, dice que su alcance puede lograrse por vías legislativas, de políticas públicas o por intervención judicial directa.

El planteamiento completo es el siguiente:

Este conjunto de premisas llevó a la Corte a plantear una construcción dogmática sobre los derechos fundamentales según la cual (i) todos los derechos constitucionales son fundamentales. Sin embargo, (ii) en atención a la pluralidad de facetas que los caracterizan, su efectividad puede alcanzarse por diversas vías, tales como las medidas legislativas, las políticas públicas o la intervención judicial directa. En ese escenario, (iii) la acción de Tutela procede para la protección de (iii.1) todas las facetas de abstención, (iii.2) las esferas prestacionales que no supongan costos elevados; (iii.3) las dimensiones que han sido objeto de precisión legislativa o reglamentaria, así como (iii.4) para suplir espacios de indeterminación o lagunas persistentes a pesar de aquellos desarrollos, especialmente cuando estas afectan a personas en condición de debilidad manifiesta, grupos vulnerables o sujetos de especial protección constitucional.

En resumen, el concepto los DF: (i) Supera la idea de los derechos por generaciones, los derechos clásicos de libertad (faceta negativa o de abstención) y avanza hacia una fundamentalidad que, comprende una faceta prestacional. (ii) La fundamentalidad de los derechos incluye la justiciabilidad, a partir de los derechos subjetivos. (iii) La eficacia y efectividad de los derechos, constituye un elemento muy importante para los derechos. Para ello, el Estado dispone de medidas legislativas, de políticas públicas o de la intervención judicial directa. (iv) En este contexto, la dignidad humana constituye el elemento central y más importante que, define la fundamentalidad de un derecho. Entonces, los derechos son fundamentales por su relación interna con la dignidad humana.

2.1.45. Sentencia C-246-17. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Se trata de una sentencia reconceptualizadora. El núcleo esencial de los derechos se debe respetar mediante criterios de razonabilidad y proporcionalidad. El Estado no tiene la obligación de garantizar el pleno goce de cada derecho. Esta afirmación genera debate por las consecuencias que acarrea. Así, se observa que la jurisprudencia se va desligando de sus precedentes. Los DF son lo que queda después de la proporcionalidad. Los DF no tienen carácter absoluto y son limitables, por tanto, el Estado no tiene la obligación de alcanzar el goce pleno de cara derecho, debiéndose respetar, en todo caso, el núcleo esencial del derecho involucrado, conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la restricción.

Así lo señala la Corte:

La jurisprudencia constitucional ha establecido de forma unificada que los derechos fundamentales, en general, no tienen un carácter absoluto y pueden ser limitados. Tal posibilidad responde al deber de armonización los derechos, libertades, deberes y los demás bienes y valores reconocidos en la Carta Superior, pues de lo contrario la convivencia no

sería posible. Luego, el Estado no tiene el deber de garantizar el alcance pleno de cada derecho y por lo tanto el legislador se encuentra habilitado para restringirlos bajo parámetros específicos. En efecto, esta Corporación ha dicho que la restricción de un derecho fundamental es procedente cuando se fundamenta en: (i) el carácter prevalente de los principios y valores contenidos en la Constitución; (ii) el interés general; (iii) la salubridad pública; (iv) el orden público; (v) la protección de otros derechos y libertades; (vi) los derechos de terceros; y (vii) la correlatividad de los derechos frente a los deberes establecidos en el artículo 95 de la Constitución, entre otros. En el mismo sentido, ha trazado los criterios que el legislador debe respetar para que esa limitación se ajuste a la Constitución, aún bajo los anteriores fundamentos, a saber: (a) el respeto al “núcleo esencial del derecho”; y (b) la razonabilidad y proporcionalidad de la restricción. (Subrayado por fuera del texto)

Esta sentencia readecúa la línea jurisprudencial. Rompe con la perspectiva positivista normativista en curso. Por otro lado, reafirma que los DF no tienen carácter absoluto y son limitables, es decir, demuestra que, la Corte sigue sin armonizar completamente una línea jurisprudencial sobre los derechos fundamentales. En este caso, los derechos son limitables conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad que indica una tendencia axiológica. Los DF son entonces derechos relativos, restringibles y limitables, por tanto, no son derechos definitivos.

2.1.46. Sentencia T-721-17. M.P. Antonio José Lizarazu Ocampo. Resuelve un caso límite en el que es el padre quien solicita el amparo de la eutanasia a una menor desahuciada. En este caso, la Corte recoge parte de su jurisprudencia y atendiendo a un enfoque axiológico

encuentra que, el derecho a morir dignamente tiene carácter fundamental y, que, para nada influye la edad de la persona.

Esta sentencia dice lo siguiente:

Respecto del derecho fundamental a la muerte digna, la jurisprudencia constitucional ha establecido que: (i) tiene carácter fundamental y una íntima relación con la vida, la dignidad humana y la autonomía; (ii) obligar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale a un trato cruel e inhumano; (iii) la falta de regulación constituye una barrera para su materialización; (iv) no hay distinciones o condicionamientos relacionados con la edad de los destinatarios de este derecho; (v) en virtud de los principios de igualdad y no discriminación, defensa del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la efectividad y prioridad absoluta de sus derechos, éstos son titulares del derecho a la muerte digna.

El derecho a morir tiene una relación íntima con la vida, dignidad humana y con la autonomía, como derechos fundamentales autónomos. Este caso involucra el derecho fundamental a morir, de una menor enferma y desahuciada. La Corte aplica el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, arraigado en la dignidad humana, siendo esta la razón, por la que esa jurisprudencia, le da prioridad a ese tipo de derechos. La dignidad humana, como principio y derecho fundamental, se potencia superlativamente, en el caso de los menores, no tiene barreras para su aplicación, cuando se trata de la protección constitucional de derechos de niños y niñas.

2.1.47. Sentencia T-366-19. MP. Alberto Rojas Ríos. Se trata de un caso emblemático que discute el derecho a la no discriminación, por razón de género, de una menor deportista, arquera de un equipo mixto de fútbol, pues según la Corte, bajo esa rúbrica, en el deporte, en

tanto expresión cultural que transmite valores y define identidades, se han reforzado los estereotipos enfocados en delinear la personalidad y los comportamientos de mujeres y hombres desde la infancia, lo que se ha constituido en una barrera para que aquellas se impliquen en igualdad de condiciones en las disciplinas de la actividad física:

El deporte es un ámbito tradicionalmente masculino que, además de asumir los estereotipos asignados socialmente a cada sexo, ha justificado y perpetuado la poca presencia de las mujeres en todos los niveles del deporte, basándose en la creencia de que ellas no están capacitadas para hacer deporte, para competir, para hacer esfuerzo físico. Después de más de cien años, ha quedado patente que las teorías que avalaban estas creencias no tienen fundamento científico, que la supuesta superioridad en capacidades y habilidades físicas de los hombres se debe, fundamentalmente, a motivos culturales y educaciones. A pesar de ello, las mujeres siguen discriminadas en todos los niveles del ámbito deportivo, ya que, el mito de la falta de capacidad de las mujeres para desarrollar las cualidades físicas ha legitimado la construcción social de otras nuevas creencias: la falta de interés, de gusto por el riesgo, de eficacia en los diferentes aspectos del deporte (práctica deportiva, competición, gestión, dirección, labores técnicas o arbitrales), etc. En definitiva, desde la infancia se limita el acceso de las mujeres al deporte, lo que las excluye de los efectos saludables y placenteros de la actividad física y cuando consiguen acceder se infravaloran sus actividades y logros, y se las discrimina manifiestamente, por ejemplo, a través de la concesión de menos recursos y de inferior calidad por parte de las entidades deportivas.

La importancia, para la investigación de esta sentencia, está dada por el reconocimiento que hace el Corte al deporte, como un derecho de todas las personas, como parte de la formación integral, la preservación de la salud y el desarrollo humano, de tal manera, el Estado tiene la obligación de incentivar este tipo de actividades:

Desde el artículo 52 de la Constitución se reconoce que el deporte en todas sus manifestaciones tiene como función la formación integral y la preservación de la salud y el desarrollo del ser humano, y se consagran la recreación, la práctica del deporte y el aprovechamiento del tiempo libre como un derecho de todas las personas, vinculado a la educación. Asimismo, se dispone que el Estado tiene la obligación de incentivar este tipo de actividades, e inspeccionar, vigilar y controlar las organizaciones deportivas, cuya estructura y propiedad deberán ser democráticas.

El punto de interés se concentra en el concepto de desarrollo humano. Así las cosas, esta investigación ha venido corroborando que la jurisprudencia colombiana tiende a reconocer claramente, dos facetas de la dignidad humana. La primera, atiente a la faceta vital biológica del individuo que, inicia desde la concepción, incluso desde antes (derecho a la autonomía), hasta la muerte y posterior a ella (eutanasia-buen nombre). En este lado, se encuentra la sentencia T-721-17 acabada de analizar, donde se ampara el derecho a la eutanasia (el derecho a morir dignamente de una menor de edad). Y, de otro lado, no menos importante, la faceta del desarrollo humano y que precisamente desde la “inherencia a la persona humana” (Artículo 94) reconoce en un plano de igualdad, el derecho el aprovechamiento del tiempo libre de todas las personas, como parte fundamental del derecho a la educación. El desarrollo humano comprende el derecho *inherente* de toda persona autónomamente y en un plano de igualdad, a decidir sobre su futuro y, a lograr su realización personal y colectiva (ser social), a su inserción dentro de la sociedad, a través del estudio, el acceso al conocimiento, el trabajo, la cultura, los sentimientos, el deporte, la recreación, entre otras, para alcanzar metas que lo satisfagan como persona humana. No obstante, esa jurisprudencia, también, reconoce que, existen postulados sexistas y estigmatizadores que afectan a la mujer, por ejemplo, en el derecho al deporte, como ocurre con

la niña arquera, que ubica a la mujer en determinados estereotipos de género, totalmente discriminadores.

Por ello la Corte, reivindica:

Bajo este esquema sexista, el acceso de las mujeres al deporte ha sido lento y ha estado plagado de obstáculos, pues, en ocasiones, aquellas que se animan a desafiar las imposiciones culturales son criticadas y/o estigmatizadas bajo los prejuicios de que el deporte las “masculiniza” o que practicarlo es perjudicial para su salud, no encuentran suficiente apoyo en sus círculos más próximos, no reciben el mismo entrenamiento ni el patrocinio que se da a los varones para llegar a un nivel de alto rendimiento, se les restringen significativamente los recursos, sus certámenes deportivos son considerados de segunda categoría y se les brinda escasa atención por parte de la sociedad (por ejemplo, en términos de cobertura mediática) en comparación con los hombres, entre otros fenómenos de discriminación que acaban por invisibilizar sus esfuerzos y sus méritos.

Es decir, a:

Exigencias impuestas a las mujeres en razón del rol social que históricamente les ha sido asignado impiden que ellas tengan la posibilidad de dedicar el mismo tiempo que los hombres a los espacios lúdicos y al deporte, pues por lo regular ellas se ven compelidas a atender simultánea y conjuntamente diversidad de tareas (de cuidado de las personas dependientes, de labores domésticas, de productividad en el mercado laboral, etc.), lo que las obliga a intensificar sus tiempos y ritmos de trabajo para satisfacer las demandas de todos los ámbitos", quedándoles muy pocos espacios para buscar realizarse a plenitud en otras áreas como la actividad física; dilemas a los que usualmente no se tienen que enfrentar los hombres.

Así, en correlación a esta jurisprudencia que se analiza, la Corte señala que:

Desde sus pronunciamientos más tempranos, este Tribunal ha destacado el carácter dignificante del deporte y ha reconocido la recreación como una “actividad inherente al ser humano y necesaria tanto para su desarrollo individual y social como para su evolución”, gracias a la cual las personas asimilan el entorno que las rodea y se adaptan a él mediante la creación de un orden que favorece su propio progreso. (T-466-92).

Pues bien, el derecho al deporte y a la recreación constituye un derecho fundamental autónomo, dignificante e inherente del ser humano, practicable en plano de igualdad, sin discriminaciones o estereotipos de género, para que así propenda con cabalidad por el desarrollo humano. En suma, la Corte colombiana, en este caso, sigue postulados iusnaturalistas (derechos inherentes a la persona humana, en conexión con la dignidad humana) para reconocer la fundamentalidad de este tipo de derechos.

2.2. Hallazgos. La línea jurisprudencial está compuesta por 47 sentencias y, reúne destacados criterios jurisprudenciales, seleccionados cronológicamente desde 1991, que siguen el concepto de los DF en Colombia. Los criterios extractados de estas sentencias constituyen, una muestra calificada para responder al siguiente planteamiento: ¿qué significa, para un sistema jurídico que, su jurisprudencia no cuente con un patrón conceptual identificable, sobre lo qué son los DF?

Así las cosas, **en primer término**, una respuesta por ahora atendible es que la Corte Constitucional colombiana, aún no tiene una respuesta de lo qué son los DF, por cuanto, no sigue un patrón conceptual identificable. De esta forma, en Colombia los derechos presentan una falla por ausencia de un concepto unificado de lo que son los DF, que afecta la coherencia del sistema y, la seguridad jurídica. De modo que, la investigación llega a esta respuesta, después de analizar

esa jurisprudencia. Por tanto, la Corte sólo ofrece distintas respuestas acerca de lo qué son los DF, ya que, existen múltiples variaciones sobre los DF en Colombia. Por consiguiente, en la investigación se considera que estas respuestas, requieren de análisis más detallados, e incluso de una agrupación complementaria, dado que, las sentencias que intentan concretar el concepto de los DF no son estables y, se percibe que, la Corte varía de un Magistrado a otro. En **segundo lugar**, se reconoce que la investigación clarifica que la dignidad humana, constituye el elemento definitorio de la fundamentalidad de los derechos, pues, en suma, constituye el objeto central de protección. En **tercer lugar**, a través de la línea se comprueba que la Corte Constitucional ha intentado depurar el concepto de los DF (se valora que acepta que no ha dado una respuesta). En **cuarto lugar**, pocas sentencias se concentran en la naturaleza de estos derechos (¿Qué son?). Es decir, en las características necesarias que los identifican y diferencian de otros derechos. En **quinto lugar**, el universo jurisprudencial es tan amplio, e incontrolable, que a medida que pasan los años, se torna más complejo y diverso, de tal manera, desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, resulta un desafío acercarse a la naturaleza de esos derechos. No obstante, esta línea jurisprudencial es determinante, porque allí, se reúnen valiosos criterios con los que es posible hacer un diagnóstico del concepto de los DF en la jurisprudencia colombiana. En este orden de ideas, los hallazgos se agrupan en cuatro periodos:

2.2.1. Primer período (1992-1993). Se califica como un periodo de iniciación y activa exploración conceptual acerca de los DF en Colombia. La Corte Constitucional inicia labores el 17 de febrero de 1992, con siete Magistrados, elegidos por un año, conforme al artículo 22, transitorio de la Constitución. En ese primer período, se percibe una intensa labor de concretización de los derechos que, se refleja en los análisis de las sentencias seleccionadas. Así,

hasta diciembre de 1993, se examinaron un total de 23 sentencias, de las cuales se concluye que esa jurisprudencia, se concentró en lograr los primeros criterios sobre la fundamentalidad de los derechos y, bajo estas circunstancias, tres de ellas, se destacan por su influencia, aún vigente, en el subsistema de derechos, a saber:

La primera sentencia es la **T-002 de 1992** del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, advierte al respecto del catálogo de derechos de la Constitución de 1991 que no es lo que determina la fundamentalidad de los derechos, porque, el catálogo constituye un criterio auxiliar. Para la Corte, los derechos dependen de una interpretación sistemática, finalística y axiológica en un caso concreto y, que se trata de una especial labor de búsqueda científica y razonada, por parte del Juez. *(i)* La primera conclusión se refiere al catálogo de derechos que, influye, pero no determina, esa fundamentalidad. Esta postura, aún se mantiene vigente en la Corte, de manera tal, que el derecho positivo no es suficiente y, el que define la naturaleza del subsistema de derechos. Entonces, este criterio formal, desde un principio, se considera subsidiario y se complementa con otro tipo de criterios. *(ii)* En segundo lugar, la figura del Juez constitucional adquiere una relevancia especial (la que no la tenía en la Constitución de 1886). Para la Corte, quien realmente decide sobre la fundamentalidad de los derechos, es el Juez Constitucional, y esta tendencia, también se mantiene vigente. *(iii)* En tercer lugar, la Corte apertura el Derecho a los hechos y, a las circunstancias del caso en concreto (contingencia), que suministran el supuesto fáctico para decidir porqué, en un momento dado, un derecho se considera fundamental. Esta tendencia abre la posibilidad a la creación de nuevos derechos. *(iv)* En cuarto lugar, la Corte hace referencia a los métodos de interpretación de los derechos (sistemático, finalístico y axiológico) sin que se incline por alguno. (Böckenförde, 1993, pp.13-ss.)

La segunda sentencia, destacada por su influencia es la **T-406-92** que, señala los siguientes elementos del concepto de los DF: “(i) conexión directa con los principios constitucionales; (ii) eficacia directa y (iii) contenido esencial”. Es influyente y, ocupa un lugar destacado en el sistema constitucional colombiano, entre otras razones, porque desde sus inicios, la Corte incluye los derechos sociales, económicos y culturales dentro de los DF (se trata del caso del alcantarillado de Cartagena). Esta apertura le ha permitido a la Corte establecer pautas jurisprudenciales trascendentales, como señalar diferencias, entre principios y valores. Sin embargo, lo que despierta el mayor interés para esta la investigación es el señalamiento de los elementos del concepto los DF que, son influyentes desde entonces, y a la vez, constituyen los referentes obligatorios para cualquier estudio en esta materia.

Y, por último, se encuentra la sentencia **T-571-92** que contiene varios elementos definitorios de los derechos, como la inalienabilidad, e inseparabilidad de los derechos de la persona humana. Se le considera hito y definitoria en lo que concierne a la dignidad humana. Su importancia, radica en que mantiene la apertura de los derechos, expuesta desde la sentencia T-002/92, y también, porque conecta la idea de fundamentalidad con la dignidad humana. Así mismo, se percibe la tendencia de acoger la dignidad en una perspectiva iusnaturalista. Lo anterior, indica que los DF son los inherentes al ser humano, que le pertenecen desde su misma existencia o antes de ella, de tal manera, se consideran anteriores al *Contrato social* y al nacimiento del Estado. En cuarto lugar, en la definición de los DF influyen las circunstancias del caso en concreto.

Este primer período, se destaca porque, la jurisprudencia se ubica más cerca del ser, que del deber ser, dado que, a lo largo de este periodo, se utilizan expresiones, tales como: dignidad

humana, derechos esenciales, inalienables e inherentes a la persona humana, el núcleo y contenido esencial, sin una verdadera concreción terminológica de sus significados.

2.2.2. Segundo período (1994-2000). Después del primer período, baja la intensidad conceptual y es así como durante 1994 a 2000, se expiden varias sentencias que se enmarcan en los criterios expuestos entre 1992 a 1993. Se considera el periodo de la esenciabilidad y transición, hacia un concepto de DF, basado en los derechos subjetivos. No obstante, se aclara que, no desaparecen los criterios sobre la esenciabilidad de los derechos. Así, poco a poco, surgieron varias ideas acerca de lo que son los DF, pero no es fácil hallar un punto claro de convergencia, sobre el concepto de los DF. Al respecto, se podría señalar que los DF, no son sólo los del catálogo, o los de aplicación inmediata del Artículo 85 de la Constitución de 1991. Pero también, que los DF pueden ser producto de un consenso histórico, este criterio empieza a rondar como una exigencia de fundamentalidad. Ahora bien, de los DF, se excluyen los patrimoniales que se consideran más cerca del deber ser, que del ser. En esta dirección, los DF son los más cercanos al ser humano por su esenciabilidad, inalienabilidad e inherencia.

Bajo este cruce de ideas, transcurre la jurisprudencia hasta el año 2000. En este segundo período se ubican algunos criterios que, más adelante fueron perdiendo fuerza, tal como ocurre con el criterio de la conexidad y, por el contrario, otros se consolidaron, como es el caso de la perspectiva de la dignidad humana y la de los derechos subjetivos. Así, se destacan dos sentencias de unificación. La primera es la SU-225-98 que considera que los DF son los derechos subjetivos protegidos y garantizados por la acción de Tutela. En tal sentido, la sentencia SU-819-99 mantiene esa tendencia. Dice que los derechos son fundamentales, cuando involucran una pretensión subjetiva. Este fallo es relevante, debido a que, a partir de él y de otros

complementarios, los derechos sociales, económicos y culturales en la jurisprudencia colombiana se empezaron a consolidar como fundamentales, debido a su trasmutación a derechos subjetivos.

Sin embargo, es notoria la tendencia hacia los derechos subjetivos. Por ejemplo, la sentencia T-002-92 ratificada por la T-1306-00 reconceptualizó los criterios expuestos en el primer periodo sobre los DF y, los asume desde una perspectiva iusnaturalista y positivista (esenciabilidad, inalienabilidad e inherencia a la persona humana, contenido esencial, dignidad y consagración formal). De modo que, la Corte recuerda que existen unos criterios principales y unos criterios auxiliares para definir los DF. Dentro de los criterios principales, se reconoce una base formal y una base material. La base formal, constituye la consagración expresa (positivismo) y, la base material corresponde a la persona humana. En esta base material, se incluye la dignidad humana, a partir de una concepción antropocéntrica. La Corte define y se da a la tarea de concretar los conceptos de esencialidad, inalienabilidad e inherencia a la persona humana, demostrando con ello, una tendencia iusnaturalista (ser). Bajo esta concepción esencialista, la dignidad humana se compagina con la intangibilidad de bienes no patrimoniales, según la sentencia C-045-96.

La Corte define tres conceptos claves del iusnaturalismo: los derechos esenciales, inalienables e inherentes a la persona humana. No obstante, esa tendencia no se mantiene y se modifica, muy rápido, como se verá más adelante, en el tercer período. Los DF son los inalienables e inherentes a la persona humana, definiendo que “estos términos “inalienables” e “inherentes” deben ser entendidos del siguiente modo, tal y como se expone en la Sentencia T-1306 del 2000 del MP Fabio Morón Díaz de la Corte Constitucional: “algo es inalienable por ser inherente y algo es inherente por ser esencial”.

2.2.3. Tercer período (2001-2011). Corresponde a un lapso relativamente largo, sucedido entre las sentencias T-1306-00 (que reitera la T-002-92) hasta la sentencia C-372-11. La tendencia, ahora, se dirige hacia la consolidación de la dignidad humana, como la base material para declarar la fundamentalidad de los DF. El criterio impartido por la sentencia T-1306-00 hizo repensar que, la Corte asumiría la dignidad humana como eje conceptual principal y, que adoptaría una tendencia claramente esencialista. No obstante, se presenta una nueva ruptura, hacia la postura funcionalista de los derechos (concepción normativista). La sentencia T-227-03 ahora, influye mucho más que, la T-1306-00 en la concepción de los derechos en Colombia y vuelve y se conecta con la SU-819-99 (pretensiones subjetivas). Los DF son los que funcionalmente están dirigidos a lograr la dignidad humana y son traducibles en derechos subjetivos. Por consiguiente, los derechos que, no cumplen esos presupuestos, no corresponderán a la categoría de fundamentales. En este contexto, la expresión “funcionalmente” responde a ese alcance. La dignidad humana, constituye, por consiguiente, el objetivo principal desde el punto de vista normativo en la protección de los DF (el objeto principal de protección). Por lo que la expresión “funcionalmente” equivale a decir “normativamente”, pues no son DF, los que no estén normativamente orientados a lograr la dignidad humana. Es decir, serían los opuestos a los fundamentales. Es el caso del servicio telefónico que, según las sentencias T-517-94 y T-1306-00 ostenta un carácter patrimonial y, por tanto, no se considera un DF. (El hombre puede existir y desarrollarse como persona, con o sin servicio telefónico).

La sentencia T-881-02 se anticipa cronológicamente a la T-227-03, tras explicar el sentido de la expresión “funcionalmente”:

La Sala concluye que el referente concreto de la dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida

cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida). Estos tres ámbitos de protección integran, entendidos en su conjunto, el objeto protegido por las normas constitucionales desarrolladas a partir de los enunciados normativos sobre “dignidad”. Considera la Corte que ampliar el contenido de la dignidad humana, con tal de pasar de una concepción naturalista o esencialista de la misma en el sentido de estar referida a ciertas condiciones intrínsecas del ser humano, a una concepción normativista o funcionalista en el sentido de completar los contenidos de aquella, con los propios de la dimensión social de la persona humana, resulta de especial importancia, al menos por tres razones: primero, porque permite racionalizar el manejo normativo de la dignidad humana, segundo, porque lo presenta más armónico con el contenido axiológico de la Constitución de 1991, y tercero, porque abre la posibilidad de concretar con mayor claridad los mandatos de la Constitución. Los ámbitos de protección de la dignidad humana, deberán apreciarse no como contenidos abstractos de un referente natural, sino como contenidos concretos, en relación con las circunstancias en las cuales el ser humano se desarrolla ordinariamente. (Subrayado por fuera del texto)

Ahora, los ámbitos de protección de la dignidad humana pasan de tener una concepción abstracta, proveniente de los derechos naturales, a una normativa funcionalista, acerca del objeto protegido, en la Constitución de 1991, en términos de concreción. Este cambio, es relevante constitucionalmente hablando, porque influye en la interpretación de los derechos. Es decir, se pasa de una concepción iusnaturalista de la dignidad humana, a una concepción con amplia influencia del derecho positivo, en tanto considera a esa dignidad, como el objeto principal de protección en Colombia.

De todos modos, se dificulta la interpretación constitucional, cuando la Corte no sigue la línea o el patrón conceptual que, ella misma había trazado. La sentencia T-881-02 precisa que, ahora, los ámbitos de protección de la dignidad humana dejan de ser contenidos abstractos, (derecho natural), pasando a ser contenidos concretos. Pero el criterio de la dignidad humana se diluye cuando la misma Corte, aborda de nuevo, el concepto en la sentencia T-859-03 y, lo abre de manera genérica y ambigua, a toda la teoría del Derecho, es decir, a todo tipo de precedentes judiciales, y en general, a todos aquellos raciocinios que el sistema jurídico prevé y, admite en sus decisiones. Es decir, como lo expone la Corte: “(...) conforman elementos de juicio el arsenal argumentativo de todo aquello que resulte relevante para la ciencia del Derecho”. La sentencia T-760-08 por ejemplo le agrega algunas reglas a la T-227-03 así: “son fundamentales aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental”. La sentencia T-235-11 vuelve y retoma los parámetros de la T-227-03. Es decir, impera que son fundamentales los derechos traducibles en derechos subjetivos.

2.2.4. Cuarto período (2012 en adelante). El período inicia, entre otras, bajo la influencia de las sentencias T-002-92, T-406-92, T-571-92, SU-225-98, SU-819-99, T-1306-00, T-881-02 y T-227-03, principalmente. Todas inciden alternativamente sobre el concepto de los DF. De ese modo, se llega al momento de las ideas de justiciabilidad (exigibilidad judicial), eficacia y los consensos sobre los DF. Ahora bien, conceptualizar qué son los DF, a esta altura, supone un trabajo más específico, pues hay que armonizar las diferentes tendencias o enfoques que se aglutinan en todo el conglomerado jurisprudencial. No obstante, es claro que la Corte Constitucional continúa en el empeño de hallar un concepto estabilizado de los DF (En la T-227-03 acepta que, no ha dado una respuesta).

Este momento, inicia con las sentencias C-228-12 y T-428-12. Un análisis posterior a esta jurisprudencia identifica varias ideas sobre los DF, dada la pluralidad de conceptos que se empiezan a reunir. No obstante, la dignidad humana, sigue constituyendo el elemento central de identificación (T-721-17 y T-366-19). La Corte, le reconoce a los DF su carácter histórico y sus diferentes facetas. En ese contexto, se consideran fundamentales los derechos negativos o de defensa y, los positivos o prestacionales. La Corte, renueva su jurisprudencia y reconoce que, el principio de conexidad ha quedado atrás. Sin embargo, el concepto de los DF sigue abierto al conjunto de posiciones jurídicas positivas y negativas del Estado. Es decir, esta nueva ruptura del 2012 encauza el concepto, hacia una idea de fundamentalidad, basada en el carácter polifacético de los derechos, agregándole al debate los conceptos de justiciabilidad y exigibilidad judicial. Así, la justiciabilidad, se mantiene en la sentencia C-493-15. La tendencia es que los derechos ostentan varias facetas, de prestación y de abstención y que, dado su carácter polifacético o poliédrico la exigibilidad judicial comprende todas las facetas a las que igualmente se añade su efectividad.

Por tanto, la investigación comprueba que, no se ha logrado estabilizar un concepto de fundamentalidad respecto a los derechos, porque la Corte no se ha centrado en su naturaleza, sino en algunas de sus características aleatorias. No ha dicho ¿qué son? En suma, el carácter de esenciales, inalienables e inherentes a la persona humana y las circunstancias del caso y la circunstancia, de que funcionalmente estén dirigidos a lograr la dignidad humana, son las ideas que determinan la fundamentalidad de los derechos. En ese contexto, la dignidad humana constituye el elemento central de identificación. De otro lado, la discusión también se amplía a los derechos subjetivos y a los conceptos de justiciabilidad y eficacia.

Del mismo modo, los DF también se conciben como derechos limitables (flexibles), pues, entonces, por sustracción de materia, no se consideran derechos definitivos. Esta idea se ha mantenido, a lo largo de la existencia de la Corte Constitucional colombiana. Un fallo muy reciente, se lo confirma a la investigación, al afirmar que la ponderación se considera como *última ratio* (C-246-17). El punto es cómo lograr un equilibrio conceptual en esa jurisprudencia que divaga entre las ideas de limitabilidad, derechos subjetivos, un funcionalismo dirigido a obtener la dignidad humana, esenciabilidad (inalienabilidad, e inherencia a la persona humana) exigibilidad judicial y eficacia de los derechos. En suma, estos conceptos integrarían una idea de fundamentalidad de los derechos. Por ejemplo, el hecho de ser considerados limitables significa que, operan con restricciones, afectando su carácter de derechos subjetivos, desde una perspectiva normativista-funcionalista. Del mismo modo, dado su carácter de esenciales, inalienables e inherentes a la persona humana, proyecta una idea iusnaturalista poco reconciliable con el derecho positivo y el realismo jurídico. Ahora, lo poco unificado es que los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto:

La jurisprudencia constitucional ha establecido de forma unificada que los derechos fundamentales, en general, no tienen un carácter absoluto y pueden ser limitados. Tal posibilidad responde al deber de armonización los derechos, libertades, deberes y los demás bienes y valores reconocidos en la Carta Superior, pues de lo contrario la convivencia no sería posible. Luego, el Estado no tiene el deber de garantizar el alcance pleno de cada derecho y por lo tanto el legislador se encuentra habilitado para restringirlos bajo parámetros específicos.

Complementando lo anterior, la Sentencia C-246-17 de la Corte Constitucional de la M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, menciona que:

La jurisprudencia constitucional ha establecido de forma unívoca que los derechos fundamentales, en general, no tienen un carácter absoluto y pueden ser limitados. Tal posibilidad responde al deber de armonización los derechos, libertades, deberes y los demás bienes y valores reconocidos en la Carta Superior, pues de lo contrario la convivencia no sería posible. Luego, el Estado no tiene el deber de garantizar el alcance pleno de cada derecho y por lo tanto el Legislador se encuentra habilitado para restringirlos bajo parámetros específicos. En efecto, esta Corporación ha dicho que la restricción de un derecho fundamental es procedente cuando se fundamenta en: (i) el carácter prevalente de los principios y valores contenidos en la Constitución; (ii) el interés general; (iii) la salubridad pública; (iv) el orden público; (v) la protección de otros derechos y libertades; (vi) los derechos de terceros; y (vii) la correlatividad de los derechos frente a los deberes establecidos en el artículo 95 de la Constitución, entre otros. En el mismo sentido, ha trazado los criterios que el Legislador debe respetar para que esa limitación se ajuste a la Constitución, aún bajo los anteriores fundamentos, a saber: (a) el respeto al “núcleo esencial del derecho”; y (b) la razonabilidad y proporcionalidad de la restricción”.

Así, se establece finalmente que, el Estado no tiene el deber de garantizar el alcance pleno de los derechos. Entonces, se pregunta: ¿cómo es que operaría en la práctica la exigibilidad judicial? Del mismo modo, ¿cómo se garantizaría la eficacia de los derechos? Al paso que la tesis del núcleo esencial sigue vigente, bajo el criterio de “la razonabilidad y proporcionalidad de la restricción” (C-246-17). Precisamente, una jurisprudencia lo precisa:

En lo que se refiere al desconocimiento del núcleo esencial, la Corte ha dicho que es posible limitar el ejercicio de los derechos, pero ello no puede conllevar al desconocimiento de su contenido esencial o a hacer nugatorio su ejercicio. En otras palabras, no puede limitarse tanto un derecho que lo vuelva impracticable. Con respecto al segundo criterio, como lo ha advertido ampliamente la jurisprudencia constitucional, el principio de

proporcionalidad impone que para que una restricción de derechos sea razonable, ésta no puede vulnerar una garantía específica y debe superar el juicio de proporcionalidad y razonabilidad. Es decir, la restricción debe: (i) perseguir un fin constitucionalmente imperioso; (ii) constituir un medio adecuado e idóneo para alcanzarlo; (iii) ser necesaria, por no existir otro medio menos lesivo con igual o similar eficacia para alcanzar el fin propuesto; y (iv) debe existir proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la aplicación de la medida.

En resumen, la investigación encuentra que hasta en la jurisprudencia colombiana, concurren varios problemas que, no facilitan unificar el concepto de los DF. Estas dificultades se han venido planteado, a nivel teórico, con los enfoques, desde lo jurisprudencial y desde lo práctico. Allí, en estos contextos no se logra ubicar: ¿cuál es ruta clarificadora de los derechos? o ¿cuál es el patrón conceptual identificable, sobre el concepto de los derechos? Ahora bien, las siguientes tablas, se encargan de ilustrar, la posible interrelación de los enfoques que se soportan en los análisis de la línea jurisprudencial.

2.3. Ilustración de los hallazgos. Los enfoques expuestos, en los tres primeros capítulos de este trabajo, constituyen el fundamento principal, para realizar el análisis de las sentencias. Es decir, lo que la investigación intenta demostrar es que, históricamente ha existido el problema del antagonismo conceptual en las ciencias sociales y éste, se traslada sobre lo qué son los derechos. Para corroborarlo, el trabajo presenta una serie de tablas y figuras con las que pretende ubicar cada una de las sentencias, en alguno de los enfoques: (i) Iusnaturalismo; (ii) Positivismo; (iii) Realismo jurídico y (iv) Axiologismo. Por consiguiente, la ubicación de cada sentencia, en esta investigación, tiene como sustrato los análisis realizados en la línea jurisprudencial, así cada

tabla y figura, representa a cada uno de estos análisis, pues éstos, al fin y al cabo, constituyen el soporte principal que comprueba que la Corte Constitucional, no tiene un concepto unificado sobre los DF. Del mismo modo, los análisis y la tendencia que, se percibe en la jurisprudencia, comprueban que la dignidad humana, constituye el elemento central de identificación en Colombia (objeto de protección), junto con el bien jurídico o el interés protegido, cuando el Juez define en un caso, sí un derecho se considera o no, fundamental.

A continuación, en la **Tabla 1**, se observa el comparativo de los Modelos teóricos de fundamentación, correspondientes al primer período de sentencias analizadas que se caracterizan por la exploración conceptual acerca de lo que son los DF.

Tabla 1*Modelos teóricos de fundamentación – Primer período*

Período	No.	Sentencia	Iusnaturalismo	Positivismo	Realismo	Axiologismo	
Iniciación y activa exploración conceptual sobre los derechos fundamentales	1	T-002/92	X	X	X	X	
	2	T-015/92	X				
	3	T-406/92	X		X	X	
	4	T-415/92	X				
	5	T-418/92	X				
	6	T-419/92	X				
	7	T-420/92	X				
	8	T-426/92					X
	9	T-451/92			X	X	X
	10	T-462/92	X				
	11	T-473/92				X	X
	12	T-483/92	X		X		
	13	T-484/92			X		
	14	T-500/92	X				
	15	T-518/92	X				
	16	T-571/92	X		X	X	
	17	T-587/92			X		
	18	T-596/92			X		
	19	T-615/92	X		X		
	20	C-018/93	X		X		
	21	T-016/93	X		X	X	
	22	T-240/93			X	X	X
	23	T-292/93				X	X
Primer período Subtotal			15	11	8	7	

Nota. Elaboración propia

Así mismo, se hace un paralelo de los Modelos teóricos de fundamentación y el segundo período de sentencias estudiadas en esta investigación, tal como se aprecia en la **Tabla 2**.

Tabla 2*Modelos teóricos de fundamentación – Segundo período*

Período	No.	Sentencia	Iusnaturalismo	Positivismo	Realismo	Axiologismo
Esenciabilidad y transición a derechos subjetivos	24	T-249/98	X			
	25	SU-225/98		X		
	26	T-801/98			X	
	27	SU-819/99		X		
	28	T-1306/00	X	X	X	X
Segundo período Subtotal			2	3	2	1

Nota. Elaboración propia

Continúa el comparativo de los Modelos teóricos de fundamentación, a la luz de las sentencias que conforman el tercer período y que se observan en la **Tabla 3**.

Tabla 3
Modelos teóricos de fundamentación – Tercer período

Período	No.	Sentencia	Iusnaturalismo	Positivismo	Realismo	Axiologismo
Consolidación de la dignidad humana	29	T-374/01		X		
	30	T-881/02		X		X
	31	T-887/02	X			X
	32	T-227/03	X	X		X
	33	T-423/03		X		
	34	T-859/03		X		X
	35	T-1083/03	X	X		X
	36	C-019/07	X			
	37	T-760/08		X		X
	38	T-970/09				X
	39	T-235/11			X	X
Tercer período Subtotal			4	8	0	8

Nota. Elaboración propia

El cuarto período de sentencias revisadas, en esta investigación, corresponde a la **Tabla 4** que muestra el paralelo con los Modelos teóricos de fundamentación, tal y como se observa a continuación:

Tabla 4
Modelos teóricos de fundamentación – Cuarto período

Período	No.	Sentencia	Iusnaturalismo	Positivismo	Realismo	Axiologismo
Transición hacia la justiciabilidad y exigibilidad judicial (eficacia)	40	C-372/11		X		
	41	C-228/12		X		X
	42	T-428/12		X		X
	43	T-720/14		X		
	44	C-493/15		X		X
	45	C-246/17	X	X		X
	46	T-721/17				X
47	T-366/19	X				
Cuarto período Subtotal			2	6	0	5

Nota. Elaboración propia

Por último, respecto a este paralelo efectuado entre los cuatro períodos y los modelos teóricos de fundamentación, se muestran a modo de resumen, en la **Tabla 5** las tendencias involucradas en el análisis de las 47 sentencias que conforman la línea jurisprudencial. En este caso se evalúan cuatro tendencias: (i) El iusnaturalismo, (ii) El positivismo, (iii) El realismo, (iv) El axiologismo, siendo el positivismo y el iusnaturalismo los enfoques más destacados en este estudio de jurisprudencia.

Tabla 5
Modelos teóricos de fundamentación

Período	No. Sentencias	Iusnaturalismo	Positivismo	Realismo	Axiologismo
Primer período	23	15	11	8	7
Segundo período	5	2	3	2	1
Tercer Período	11	4	8	0	8
Cuarto período	8	2	6	0	5
Total	47	23	28	10	21

Nota. Elaboración propia

De otra parte, se realizó un comparativo, independiente del Modelo de fundamentación, con respecto al comportamiento del concepto de la dignidad humana en los cuatro períodos de las sentencias analizados.

Tal y como se observará, de modo detallado en la **Tabla 6, Tabla 7, Tabla 8 y Tabla 9**, se evidencia que la Corte Constitucional se apoya, con frecuencia, en la dignidad humana para proteger los derechos constitucionales, con independencia de los enfoques.

En la **Tabla 6**, se identifica que de las 23 sentencias que corresponden al primer período, sólo el 43 % de ellas, evidencia el concepto de la dignidad humana, es decir, sólo en diez de ellas, tal y como se aprecia a continuación:

Tabla 6

Comportamiento de la dignidad humana, independiente del modelo teórico de fundamentación - Primer período

Primer período	No.	Sentencia	Dignidad humana
Iniciación y activa	1	T-002/92	X
exploración conceptual	2	T-015/92	
sobre los derechos	3	T-406/92	
fundamentales	4	T-415/92	X
	5	T-418/92	X
	6	T-419/92	X
	7	T-420/92	X
	8	T-426/92	X
	9	T-451/92	
	10	T-462/92	
	11	T-473/92	
	12	T-483/92	
	13	T-484/92	
	14	T-500/92	
	15	T-518/92	
	16	T-571/92	X
	17	T-587/92	
	18	T-596/92	X
	19	T-615/92	X
	20	C-018/93	
	21	T-016/93	X
	22	T-240/93	
	23	T-292/93	

Nota. Elaboración propia.

En la **Tabla 7**, se identifica que de las cinco sentencias que corresponden al segundo período, sólo el 40 % de ellas, evidencia el concepto de la dignidad humana, es decir, sólo en dos de ellas, tal y como se observa, a continuación:

Tabla 7

Comportamiento de la dignidad humana, independiente del modelo teórico de fundamentación - Segundo período

Segundo período	No.	Sentencia	Dignidad humana
Esenciabilidad y transición a	24	T-249/98	
derechos subjetivos	25	SU-225/98	
	26	T-801/98	X
	27	SU-819/99	
	28	T-1306/00	X

Nota. Elaboración propia.

En la **Tabla 8**, se identifica que de las once sentencias que corresponden al tercer período, sólo el 58 % de ellas, evidencia el concepto de la dignidad humana, es decir, sólo en ocho de ellas, tal y como se aprecia, a continuación:

Tabla 8

Comportamiento de la dignidad humana, independiente del modelo teórico de fundamentación - Tercer período

Tercer período	No.	Sentencia	Dignidad humana
Consolidación de la dignidad humana	29	T-374/01	
	30	T-881/02	X
	31	T-887/02	
	32	T-227/03	X
	33	T-423/03	
	34	T-859/03	X
	35	T-1083/03	X
	36	C-019/07	X
	37	T-760/08	X
	38	T-970/09	X
	39	T-235/11	X

Nota. Elaboración propia.

Por último, en la **Tabla 9**, se identifica que de las ocho sentencias que corresponden al cuarto período, sólo el 75 % de ellas, evidencia el concepto de la dignidad humana, es decir, sólo en seis de ellas, tal y como se ve, a continuación:

Tabla 9

Comportamiento de la dignidad humana, independiente del modelo teórico de fundamentación - Cuarto período

Cuarto período	No.	Sentencia	Dignidad humana
Transición hacia la justiciabilidad y exigibilidad judicial (eficacia).	40	C-372/11	X
	41	C-228/12	
	42	T-428/12	X
	43	T-720/14	X
	44	C-493/15	X
	45	C-246/17	
	46	T-721/17	X
	47	T-366/19	X

Nota. Elaboración propia.

Dado lo anterior, se evidencia que, en su conjunto, la jurisprudencia revisada adopta en un 55 % el comportamiento de la dignidad humana, independiente del modelo teórico de fundamentación que maneje.

A continuación, en la **Figura 1**, se muestra que el concepto de los DF no está unificado y depende del Magistrado Ponente. Se percibe una mezcla de enfoques.

Figura 1. Sentencias evaluadas según el modelo teórico

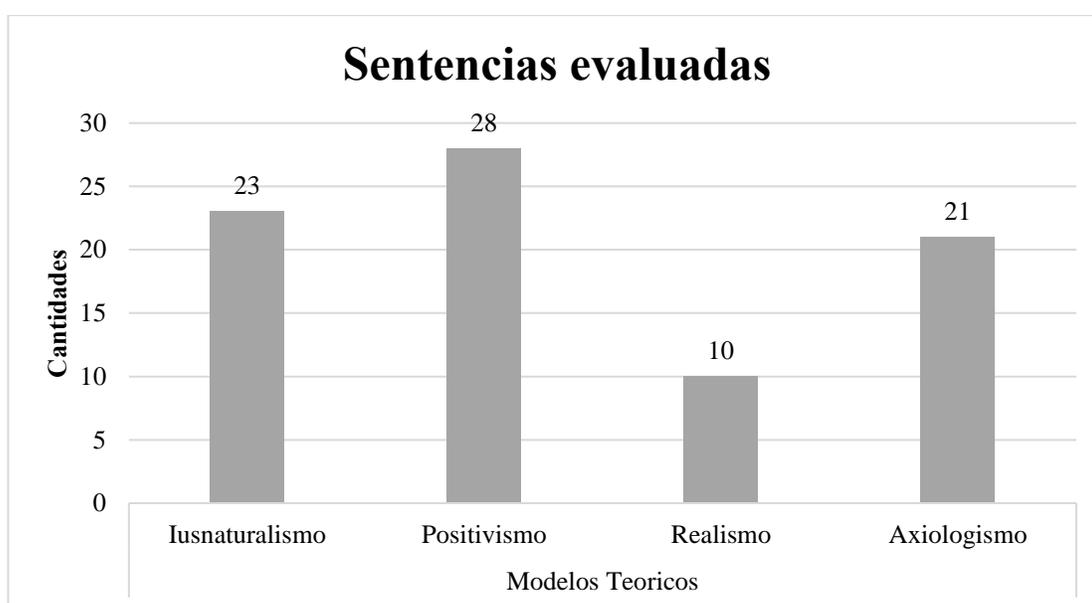


Figura 1. Elaboración propia.

De otra parte, se observa en la **Figura 2** el comportamiento de cada una de las sentencias estudiadas, por año, frente a los modelos de fundamentación. Evidencia que para el año 1992 predominó el Iusnaturalismo. En el 2003, se evidencia una mayor participación del positivismo y menos del iusnaturalismo.

Figura 2. Interacción de los modelos de fundamentación

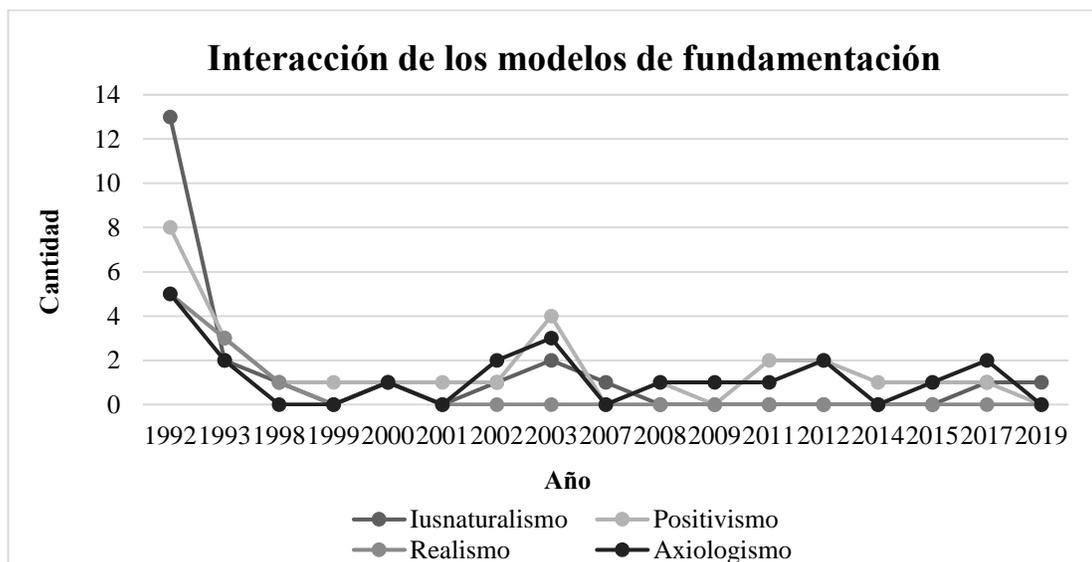


Figura 2. Elaboración propia.

2.4. Valoración de los hallazgos. La Corte Constitucional colombiana aún no cuenta con una respuesta sobre los DF y tampoco, sigue un patrón conceptual identificable. Esta investigación comprueba que la Corte aplica diferentes enfoques, tal es el caso del iusnaturalista, el positivista y el axiológico, principalmente. El realismo lo utiliza cuando recurre al caso. De lo expuesto, se extractan al menos **cinco subreglas**:

(i) Que el catálogo de derechos de la Constitución constituye un criterio auxiliar (desde la sentencia T-002-92). Se trata de un criterio que contraataca las tesis positivistas sobre los derechos. Esta señala que, dado el carácter histórico y contingente de los derechos en un momento histórico, o frente a un caso, pueden ser considerados o no, fundamentales (contingentes). A propósito, la sentencia T-406/92 señala:

Por otra parte, la categoría de derecho fundamental posee también un carácter histórico.

Dos implicaciones se derivan de este postulado: a). No todos los derechos fundamentales lo han sido en todos los tiempos y algunos de ellos bien han podido tener este carácter en forma

transitoria y luego perderla, todo ello de acuerdo con la evolución de la sociedad civil, y b). La entidad de fundamental de un derecho se encuentra ligada al estado de la representación colectiva sobre el tema. Vale decir, la visión que la sociedad tiene de dichos derechos. (Subrayado original)

Esta postura tiene sus raíces en los artículos 1° (dignidad humana), 5° (derechos inalienables) y 94 (derechos inherentes a la persona humana) de la Constitución de 1991.

(ii) Que los jueces son los que deciden sobre la fundamentalidad de los derechos (se acerca al realismo).

(iii) Que la Constitución colombiana no contempla derechos absolutos; que los DF son esenciales, inalienables e inherentes a la persona humana y que, la dignidad humana constituye el eje gravitacional y un referente conclusivo para determinar la fundamentalidad de los derechos.

(iv) Que los DF son derechos subjetivos, aunque se recuerda que, sobre los derechos subjetivos no hay acuerdo en la doctrina y están dirigidos funcionalmente (entiéndase normativamente) a la protección de la dignidad humana.

(v) Que los DF tienen un contenido esencial inmutable para el Legislador resguardado por el principio de proporcionalidad.

Sin embargo, la investigación considera estas subreglas parciales. Por ese motivo, es necesario ordenar las respuestas de la Corte colombiana para lograr un estudio más detallado del problema planteado, aunque las sentencias están expuestas cronológicamente, se requiere presentar las respuestas de la Corte, por tendencias, sin descuidar los enfoques, a través de líneas jurisprudenciales específicas, es decir, que consulte las diferentes respuestas de la Corte sobre los DF, a través, de una ordenación temática de esa jurisprudencia.

3. Respuestas sobre los derechos fundamentales

En este punto, es necesario para la investigación poder ampliarse a otras sentencias, con el fin de revisar las diferentes respuestas de la Corte Constitucional respecto a los DF. En este campo, se expone que la línea jurisprudencial, compuesta por 47 sentencias, demanda un trabajo adicional, con el fin de intentar ordenar cada respuesta y siguiendo la misma metodología de las líneas jurisprudenciales, pero abordando el problema por temas. El objetivo que se persigue es el de profundizar aún más este estudio, para reunir otros elementos de juicio que contribuyan a ratificar el problema jurídico detectado, pero visto desde las diferentes respuestas de la Corte colombiana, tal y como se hará a continuación:

3.1. No hay derechos absolutos en la Constitución de 1991. La tesis de los derechos absolutos no tiene respaldo en la jurisprudencia colombiana (respecto a la tesis de la inexistencia de derechos absolutos, se pueden revisar las sentencias C-355/94, C-916/02, C-258/13 y T-6901/15, entre otras). Esta respuesta dice que, los DF no son absolutos. Se trata de una respuesta consistente e identificable. Esta postura de la jurisprudencia colombiana afirma que, salvo tres casos en la Constitución de 1991, la Carta Política no contempla derechos absolutos. Con todo, esta respuesta debe armonizarse porque, involucra la teoría espacial absoluta. El núcleo esencial de los derechos se considera inmutable para el legislador (hay que tener en cuenta las críticas de Juan Carlos Gavara de Caro, en relación con la teoría espacial absoluta).

3.1.1. Línea jurisprudencial. Con esta línea se intenta responder al siguiente planteamiento: ¿la Constitución de 1991, sí consagra derechos absolutos? La hipótesis sugiere que el sistema constitucional colombiano, no contempla ese tipo de derechos. Así mismo, que

esta postura de la Corte influye, en alto grado a la conceptualización de los DF, por cuanto, en Colombia, salvo el derecho a la vida, los demás derechos son limitables. Las siguientes sentencias demuestran la estabilidad de este criterio en la Corte Constitucional:

3.1.1.1. Sentencia C-454-93. En relación con la posibilidad de participación política de algunos empleados del sector público, la Corte señala las siguientes subreglas:

La Carta Política no ha plasmado derechos absolutos y, por tanto, a nadie le es posible alegar en su favor uno de ellos para sacrificar el bien de todos. (Sentencia C-454/93 M.P, José Gregorio Hernández Galindo)

3.1.1.2. Sentencia C-355/94. La Corte reitera que, al no existir derechos absolutos en la Constitución de 1991, el Legislador no puede reglamentar su ejercicio, al punto de desaparecerlos:

Si bien para la jurisprudencia y la doctrina constitucional no existen derechos absolutos, lo cual implica que el legislador puede reglamentar el ejercicio de los derechos por razones de interés general o para proteger otros derechos o libertades de igual o superior entidad constitucional, esas regulaciones no pueden llegar hasta el punto de hacer desaparecer el derecho. (Sentencia C-355-94. M.P., Antonio Barrera Carbonell)

3.1.1.3. Sentencia T-405/94. Mantiene la tendencia. Se trata de un caso de afectación a los derechos de la población del resguardo indígena “Monochoa” en Araracuara (Amazonas). La posible violación a los DF se origina en la instalación de un radar, por parte de la Fuerza Aérea colombiana, con la intervención de contratistas de los Estados Unidos de Norteamérica. La Corte no acepta la existencia de derechos absolutos:

No se puede decir que se trate de derechos absolutos, pues como lo ha sostenido esta Corporación, y así se deduce del texto de la Carta Política, ningún derecho es absoluto. (Sentencia T-405/94. M.P., Hernando Herrera Vergara)

3.1.1.4. Sentencia C-555-94. Sobre el derecho a la educación, sostiene que los derechos públicos subjetivos, en el plano individual, no son derechos absolutos:

La Corte Constitucional ha reiterado que los derechos constitucionales no son absolutos. Al deber del Estado de impartir educación, correlativamente se acompañan en el plano individual derechos públicos subjetivos, que no pueden ser absolutos. El esfuerzo fiscal y humano que realiza el Estado, que no es otra cosa que la comunidad organizada, reclama de los estudiantes un debido aprovechamiento de las oportunidades brindadas en condiciones de escasez. (Sentencia C-555/94. M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz)

3.1.1.5. Sentencia C-045-96. La Corte distingue entre el concepto de inviolabilidad de los derechos y el hecho que sean absolutos. En cuanto al primer concepto, destaca que, los derechos son inviolables porque la dignidad humana es inviolable. Sobre el segundo, mantiene la línea jurisprudencial, en cuanto, su inviolabilidad signifique que, sean derechos absolutos porque, dice, lo razonable es pensar que sean derechos adecuables a las circunstancias. (Habla de derechos flexibles y derechos universales). Esta jurisprudencia señala:

Una cosa es que los derechos fundamentales sean inviolables, y otra muy distinta es que sean absolutos. Son inviolables, porque es inviolable la dignidad humana: En efecto, el núcleo esencial de lo que constituye la humanidad del sujeto de derecho, su racionalidad, es inalterable. Pero el hecho de predicar su inviolabilidad no implica de suyo afirmar que los derechos fundamentales sean absolutos, pues lo razonable es pensar que son adecuables a las circunstancias. Es por esa flexibilidad que son universales, ya que su naturaleza permite que,

al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona. De ahí que puede decirse que tales derechos, dentro de sus límites, son inalterables, es decir, que su núcleo esencial es intangible. Por ello la Carta Política señala que ni aún en los estados de excepción se “suspenden” los derechos humanos y que, en todo caso, siempre se estará de conformidad con los principios del derecho internacional humanitario. Se deduce que cuando se afecta el núcleo esencial de un derecho fundamental, éste queda o violado o suspendido.

El detalle está en las expresiones “su núcleo esencial es intangible” y “se deduce que cuando se afecta el núcleo esencial de un derecho fundamental, éste queda o violado o suspendido”. Esta jurisprudencia, ubica la investigación en el problema de la teoría espacial absoluta que, hace parte de las discusiones del capítulo primero. Así, se percibe que la Corte no repara en el problema que se plantea a nivel de la doctrina. Entonces, ¿cómo se establecen esos límites? Lo que se infiere es que, en estos casos, el núcleo esencial lo fija la Corte por vía de Autoridad, pero, se vuelve a la crítica sobre esta teoría porque, no existe una metodología para separar el núcleo esencial, de la parte periférica que, sí puede ser intervenida por el Legislador. Ahora bien, en esta investigación se afirma que, la fundamentalidad de los derechos está en ese núcleo esencial, porque allí, es dónde reside el objeto de protección de los derechos que de acuerdo con la tendencia es la dignidad humana.

3.1.1.6. Sentencia C-475-97. Plantea el problema de la jerarquía entre derechos absolutos. De los derechos ilimitados o no restringibles, de la jerarquía entre derechos ilimitados, de las reglas de precedencia e imposibilidad de confrontación entre derechos absolutos, dado que, los derechos responden a normas tipo principio, según Dworkin (1993, pp.72-101). Esta característica constituye una dificultad de carácter práctico y conceptual, es decir, lleva a la

pregunta de ¿cómo se podrían establecer jerarquías entre derechos? La Corte reitera la inexistencia de derechos absolutos, o de unos derechos que, no se opondrían entre sí y, así a los poderes del Estado, les correspondería garantizar el alcance pleno de cada derecho. La Corte considera que la Carta de 1991 opta por preferir que, los derechos se cumplan en la mayor medida de lo posible (se aclara que trata de una impropiedad dado que, la Constitución de 1991 no consagra el principio de proporcionalidad). Los argumentos de la Corte son los siguientes:

Si el sistema constitucional estuviese compuesto por derechos ilimitados sería necesario admitir *(i)* que se trata de derechos que no se oponen entre sí, pues de otra manera sería imposible predicar que todos ellos gozan de jerarquía superior o de supremacía en relación con los otros; *(ii)* que todos los poderes del Estado, deben garantizar el alcance pleno de cada uno de los derechos, en cuyo caso, lo único que podría hacer el poder legislativo, sería reproducir en una norma legal la disposición constitucional que consagra el derecho fundamental, para insertarlo de manera explícita en el sistema de derecho legislado. En efecto, de ser los derechos “absolutos”, el legislador no estaría autorizado para restringirlos o regularlos en nombre de otros bienes, derechos o intereses constitucionalmente protegidos. Para que esta última consecuencia pueda cumplirse se requeriría, necesariamente, que las disposiciones normativas que consagran los “derechos absolutos” tuviesen un alcance y significado claro y unívoco, de manera tal que constituyeran la premisa mayor del silogismo lógico deductivo que habría de formular el operador del derecho. Cómo la concepción “absolutista” de los derechos en conflicto puede conducir a resultados lógicos y conceptualmente inaceptables, la Carta opta por preferir que los derechos sean garantizados en la mayor medida posible, para lo cual deben sujetarse a restricciones adecuadas, necesarias y proporcionales que aseguren su coexistencia armónica. (Sentencia C-475/97. M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz)

Para la Corte solo hay tres casos de derechos absolutos en la Constitución de 1991: (i) La prohibición de la pena de muerte, (ii) La proscripción de la tortura y (iii) La consagración del principio de legalidad de la pena. La jurisprudencia señala que:

La Constitución no diseñó un rígido sistema jerárquico ni señaló las circunstancias concretas en las cuales unos han de primar sobre los otros. Sólo en algunas circunstancias excepcionales surgen implícitamente reglas de precedencia a partir de la consagración de normas constitucionales que no pueden ser reguladas ni restringidas por el legislador o por cualquier otro órgano público. Son ejemplo de este tipo de reglas excepcionales, la prohibición de la pena de muerte (C.P. artículo 11), la proscripción de la tortura (C.P. artículo 12) o el principio de legalidad de la pena (C.P. artículo 29). Ciertamente, estas reglas no están sometidas a ponderación alguna, pues no contienen parámetros de actuación a los cuales deben someterse los poderes públicos. Se trata, por el contrario, de normas jurídicas que deben ser aplicadas directamente y que desplazan del ordenamiento cualquiera otra que les resulte contraria o que pretenda limitarlas. La mayoría de los derechos fundamentales pueden verse enfrentados a otros derechos o intereses constitucionalmente relevantes. En estas condiciones, para asegurar la vigencia plena y simultánea de los distintos derechos fundamentales y, adicionalmente, para garantizar el respeto de otros intereses constitucionalmente valiosos, es necesario que los derechos se articulen, auto-restringiéndose, hasta el punto en el cual resulte posible la aplicación armoniosa de todo el conjunto. (Sentencia C-475/97. M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz)

Así las cosas, para la investigación, excepto el derecho a la vida, los DF son derechos flexibles, y salvo los tres casos anunciados por la Corte, de los que surgen unas reglas de precedencia que, no están sujetas a ponderación, y en los demás casos, los DF si pueden

enfrentarse entre sí, y pueden auto-restringirse para que resulte armoniosa su aplicación en todo su conjunto.

3.1.1.7. Sentencia C-581-01. Los DF pueden sufrir restricciones, por parte del Legislador sin que se pueda afectar el núcleo esencial, o se llegue a desaparecer el derecho.

Es copiosa la jurisprudencia de esta corporación, especialmente en procesos de tutela, en los que se ha rebatido dicho argumento, la Corte ha dejado sentado que: a) Los derechos fundamentales pueden sufrir restricciones por parte del legislador, siempre y cuando no vulneren el núcleo esencial. b) El legislador puede reglamentar el ejercicio de los derechos por razones de interés general o para proteger otros derechos o libertades de igual o superior entidad, pero esas regulaciones no pueden llegar hasta el punto de hacer desaparecer el derecho. c) Los derechos fundamentales necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles. d) Las pretensiones respecto de un determinado derecho no pueden ser ilimitadas, sino que deben ajustarse al orden público y jamás podrán sobrepasar la esfera donde comienzan los derechos y libertades de los demás.

Lo interesante es que paralelamente a esta jurisprudencia, se van desarrollando otras, siendo muy tímidas, por ahora, las referencias al principio de proporcionalidad, y tan solo, se habla que los derechos deben armonizarse entre sí; igualmente los demás bienes y valores protegidos por la Constitución política. Ahora bien, ¿cómo puede el Legislador separar el núcleo esencial de la parte periférica para proteger ese núcleo?

3.1.1.8. Sentencia C-916/02. La Carta de 1991 no admite la existencia de derechos absolutos y elabora una relación de los casos en los que ha mantenido la tesis de la inexistencia de los derechos fundamentales absolutos, que constituye un argumento muy sólido, en cuanto a esta respuesta sobre lo qué son los DF.

En la Sentencia C-916/02. M.P., Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte reitera su posición de la negación de derechos absolutos y hace la siguiente relación de casos en los que ya se había pronunciado hasta esa fecha en el apartado 6.2.:

Ver entre otras las sentencias Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 1993, MP: Fabio Morón Díaz, al examinar la constitucionalidad de varias disposiciones del Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991 que regulaban el debido proceso en el proceso penal, la Corte reiteró que no existen derechos absolutos; C-355 de 1994, MP: Antonio Barrera Carbonell, al examinar la constitucionalidad de las limitaciones para el ejercicio profesional de la odontología, la Corte reiteró que no existían derechos absolutos; C-189 de 1994, MP: Carlos Gaviria Díaz, donde la Corte al examinar la libertad de fundar medios masivos de comunicación, reiteró que en un Estado Social de Derecho no existen derechos absolutos, pues “el absolutismo, así se predique de un derecho, es la negación de la juridicidad”; C-454 de 1993, MP: Hernando Herrera Vergara, en donde la Corte señaló que el derecho a participar en política no era un derecho absoluto, pues la Constitución no autoriza a nadie alegar en su favor la existencia de un derecho para sacrificar el bien de todos; C-448 de 1998, MP: Hernando Herrera Vergara, donde la Corte examina la constitucionalidad de una disposición que según el demandante afectaba el derecho político a elegir y a ser elegido, y de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos de los aspirantes a concejal del Distrito Capital y reitera la inexistencia de derechos absolutos; C-531 de 2000, MP: Álvaro Tafur Galvis, donde la Corte examina los derechos de personas discapacitadas y señala: “Es de reiterar, según lo señalado por esta Corte con anterioridad, que la legislación que favorezca a los discapacitados “no consagra derechos

absolutos o a perpetuidad que puedan ser oponibles en toda circunstancia a los intereses generales del Estado y de la sociedad, o a los legítimos derechos de otros” (Sentencia T-427 de 1992, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz); C-1172 de 2001, MP: Alfredo Beltrán Sierra, donde la Corte examinó la constitucionalidad de una disposición que permitía la utilización por parte del Presidente de la República del servicio de televisión “en cualquier momento y sin ninguna limitación”, y luego de reiterar que la Constitución no reconocía derechos absolutos, declaró que la expresión “y sin ninguna limitación” era contraria a la Carta Política, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

3.1.1.9. Sentencia C-114-05. Sigue el mismo sendero. En este caso, se estudia el servicio social obligatorio de la población estudiantil, y el derecho a la recreación, allí la Corte precisa lo siguiente: “esta Corporación ha afirmado sostenidamente que los derechos fundamentales no tienen el carácter de absolutos y que pueden ser limitados en su ejercicio por disposiciones de carácter legal”. (Sentencia C-114/05. M.P., Humberto Antonio Sierra Porto)

3.1.2. Valoración. La jurisprudencia en Colombia, no acepta la tesis de los derechos fundamentales absolutos, tal y como se aprecia en estas sentencias que, pertenecen también a la línea jurisprudencial sobre la inexistencia de derechos absolutos: C-296-95, C-578-95, C-045-96, C-581-01, C-648-01, C-157-02, C-758-02, C-622-03, C-114-05, C-258-13, C-378-15 y C-246-17. Esto significa que la perspectiva planteada por Finnis (2000), sobre unos derechos humanos absolutos se aplica al caso del derecho a la vida, y salvo los tres casos señalados de la Constitución de 1991, por ahora, está descartada en la interpretación constitucional colombiana. Eso sí, considerando la posibilidad de futuras reformas a la Constitución y a los cambios de criterio que suelen suceder en la misma jurisprudencia. No obstante, se perciben algunas

tensiones, entre la inexistencia de derechos absolutos, con la tesis del núcleo esencial. Es el caso de la sentencia C-246-17, la Corte se apoya en el principio de proporcionalidad, bajo el entendido de que, el núcleo esencial se considera inmutable para el Legislador, es decir, que, en esta parte, el derecho se considera absoluto (inmutable). Así mismo, la misma jurisprudencia señala que, el núcleo esencial de los derechos está resguardado indirectamente por el principio de proporcionalidad. Así las cosas, salvo las observaciones hechas sobre el núcleo o contenido esencial de los derechos (teoría espacial absoluta) se puede afirmar que, la tesis de los derechos ilimitados o absolutos no es reconocida en la jurisprudencia colombiana. Por consiguiente, la respuesta al interrogante general de la investigación dice que los DF no son derechos absolutos. (Desde la negativa)

3.2. Dignidad humana - Derecho, valor y principio fundamental autónomo

Desde párrafos atrás en esta investigación, se viene planteando que la dignidad humana podría constituir el objeto principal de protección de los DF (se refiere a la tesis del profesor Robert Alexy), es decir, que allí reside la fundamentalidad de los derechos.

Dado lo anterior, es preciso decir que: en Colombia la dignidad humana ostenta el rango de principio constitucional fundamental. El artículo 1º de la Constitución de 1991, así lo establece:

Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y en la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Título I, Artículo 1, CPC)

Dada la importancia de la dignidad humana, esta línea jurisprudencial intenta destacar de manera más específica, tres aspectos relevantes de la dignidad humana que, influyen en grado alto, sobre el concepto de los DF:

- (i) La dignidad humana, además de ser un principio constitucional, ostenta otras connotaciones en la jurisprudencia constitucional colombiana. Es un valor transversal, un pilar básico estructural de los DF, un pilar ético, un principio fundante del Estado, un presupuesto y principio constitucional a la vez y un DF autónomo. La dignidad humana como derecho se ubica en un plano superior respecto de los demás principios y derechos;
- (ii) La dignidad humana, como objeto de protección, es uno de los elementos definitorios del carácter fundamental de los derechos y,
- (iii) La dignidad humana ostenta al menos dos facetas reconocibles: a) una faceta vital-biológica orientada a la preservación de la vida humana, como tal y b) otra que promueve el desarrollo humano, según el estudio de Nussbaum (2012, pp.37-65)

Bajo estas consideraciones, son fundamentales los derechos que protegen la dignidad humana. Dicho de otra manera, donde quiera que el objeto principal de protección esté dado por una afectación a la dignidad humana, el derecho se considera fundamental. Esta tesis se defenderá, de ahora en adelante, dado que tiene respaldo en esta jurisprudencia.

Sin embargo, es parte de la respuesta, dado que, la investigación se orienta a revisar la naturaleza de esos derechos, es decir ¿qué son? Por consiguiente, la fundamentalidad reside en la dignidad humana porque ésta no puede ser limitada, ni relativizada. Este es su objeto.

En Colombia la jurisprudencia sobre los DF, adopta una perspectiva antropocéntrica, tendiente a proteger al individuo, como ser único pensante del universo, dotado de una racionalidad.

3.2.1. Línea jurisprudencial.

3.2.1.1. Sentencia T-401-92. Desde sus inicios, la Corte Constitucional le reconoció a la dignidad humana, su carácter absoluto, como principio fundante del Estado, que no puede ser limitado y tampoco relativizado, bajo ninguna circunstancia. La dignidad humana, constituye presupuesto esencial de la consagración y efectividad de los derechos y es la clave para proteger todas las garantías contempladas en la Constitución. La jurisprudencia dice:

La dignidad humana (...) es en verdad principio fundante del Estado (CP artículo1). Más que derecho en sí mismo, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución. La dignidad, como principio fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia.

Dado lo anterior, la dignidad humana no podrá ser limitada o relativizada por el Legislador, se concluye.

3.2.1.2. Sentencia T-419-92. Los derechos constitucionales son fundamentales cuando corresponden al ser humano, en cuanto tal, y se basan en la dignidad humana como pilar básico a nivel constitucional, valor, principio y derecho fundamental, a la vez (perspectiva ética-iusnaturalista-axiológica). La dignidad humana ostenta una condición de superioridad que, la

ubica por encima de los demás valores, pilares, principios y derechos. La jurisprudencia constitucional señala lo siguiente:

Los derechos fundamentales son los que corresponden al ser humano en cuanto tal, es decir, como poseedor de una identidad inimitable caracterizada por su racionalidad que le permite ejercer sus deseos y apetencias libremente. De ahí que se le reconozca una dignidad - la dignidad humana- que lo colocan en situación de superior en el universo social en que se desenvuelve, y por ello, es acreedor de derechos que le permiten desarrollar su personalidad humana y sin los cuales ésta se vería discriminada, enervada y aún suprimida. (Sentencia T-419/92. M.P., Simón Rodríguez Rodríguez)

3.2.1.3. Sentencia T-420-92. Los DF adoptan una interpretación pro homine, es decir, una interpretación que promueve una fundamentalidad basada en la dignidad humana. Esto es así, porque, desde sus inicios, la Corte ha tenido como parámetro interpretativo de la fundamentalidad de los derechos, el principio de dignidad humana. En esta sentencia se considera que, los derechos son fundamentales porque, pertenecen al individuo en su condición de ser humano y en virtud de la dignidad humana:

Los derechos fundamentales se caracterizan porque pertenecen al ser humano en atención a su calidad intrínseca de tal, por ser él criatura única pensante dotada de razonamiento; lo que le permite manifestar su voluntad y apetencias libremente y poseer por ello ese don exclusivo e inimitable en el universo social que se denomina dignidad humana. (Sentencia T-420/92 M.P. Simón Rodríguez Rodríguez y Ciro Angarita Barón)

3.2.1.4. Sentencia T-499-92. En la dignidad humana se inspiran todas las acciones del Estado. Es la razón de ser, el principio, y fin último de la organización estatal. Dice la jurisprudencia:

El respeto de la dignidad humana debe inspirar todas las actuaciones del Estado. Los funcionarios públicos están en la obligación de tratar a toda persona, sin distinción alguna. La integridad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal.

Así, se puede observar que la Corte Constitucional, poco a poco, va consolidando la idea acerca de que la fundamentalidad de los derechos, reside en la dignidad humana.

3.2.1.5. Sentencia T-465-96. La dignidad humana es una norma jurídica de carácter vinculante (principio), es el valor fundante constitutivo del ordenamiento jurídico que se expresa en el respeto a la vida y la integridad (primera faceta). La jurisprudencia, le destaca estos caracteres de la siguiente manera:

El principio de la dignidad no es sólo una declaración ética, sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades; es consecuencia un valor fundante y constitutivo del orden jurídico y de los derechos fundamentales, que se expresa en el respeto a la vida y a la integridad física de los demás; es un sentido moral y jurídicamente extenso que no se reduce sólo a un ámbito policivo o penal; también compromete el deber de las autoridades y de los particulares de no maltratar ni ofender ni torturar ni infligir tratos crueles o degradantes a las personas por razón de sus opiniones, creencias, ideas políticas o filosóficas, pues cualquier acción contraria desconoce el derecho a la igualdad.

La dignidad humana, no sólo corresponde a una declaración ética, sino que dentro del sistema constitucional constituye un valor fundante y constitutivo del orden jurídico, y de los DF, es decir, un elemento a nivel jurídico que, es definitorio del Estado. Luego, una fundamentalidad

de los DF que tenga como soporte a la dignidad humana, no dependerá de meras consideraciones esencialistas o éticas, sino que requiere del derecho positivo para su materialización.

3.2.1.6. Sentencia SU-062-99. La dignidad humana es el merecimiento de un trato especial que tiene toda persona, por el hecho de ser tal. Por tanto, es un DF de eficacia directa que, no solamente, se refiere a la conservación de la vida (primera faceta) sino también a las condiciones intrínsecas de la vida en dignidad, o mínimo vital de subsistencia (segunda faceta). La jurisprudencia dice:

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política, Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana. La dignidad, como es sabido, equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano. Desarrollando los conceptos anteriores, la jurisprudencia constitucional en torno del derecho a la vida ha hecho énfasis en que éste no hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que abarca también las condiciones de vida correspondientes a la dignidad intrínseca del ser humano. Ha tratado entonces del derecho a la vida digna, y se ha referido al sustrato mínimo de condiciones materiales de existencia, acordes con el merecimiento humano, llamándolo mínimo vital de subsistencia. (Sentencia SU-062/99. M.P., Vladimiro Naranjo Mesa)

Se perciben, por lo tanto, dos tendencias acerca de la dignidad humana: (i) Una que se refiere a la faceta biológica del ser humano (a la vida como hecho biológico) y la segunda (ii) referida a las condiciones de vida. Esta separación es muy importante, ya que, como se podrá

observar más adelante, permite diferenciar dos elementos claves del objeto principal de los DF. Dicho de otro modo, dos elementos de la fundamentalidad de los derechos constitucionales.

3.2.1.7. Sentencia T-1430-00. Sobre la redistribución de bienes y servicios dentro del Estado social de derecho, la jurisprudencia constitucional, le otorga el rango de pilar ético fundamental de nuestro ordenamiento, a la dignidad humana:

En concordancia con lo anterior, el Estado y la sociedad deben asumir un papel activo en la redistribución de bienes y servicios con el fin proteger la dignidad humana, pilar ético fundamental de nuestro ordenamiento.

Sobre la dignidad humana se hizo alusión a que, la Corte no había definido su naturaleza. Esta línea jurisprudencial no tiene la virtud de zanjar esta discusión, aunque la Corte no la adopta con una sola connotación, este es un hecho que se encuentra justificado porque, no existe en la filosofía moral una concepción única de la dignidad y éste fenómeno, se trasmite a la doctrina sobre los DF. A ese propósito, oportunamente se hizo referencia en los trabajos del profesor Michelini (2010) *Sobre la dignidad humana en Kant y Habermas*. Este filósofo afirma que “el concepto de dignidad humana es una expresión eminentemente ética”, pero que, se trata de un concepto controversial y, objeto de muchos debates filosóficos (Michelini, 2010). Este fenómeno iusfilosófico, se traslada a la doctrina y repercute en la jurisprudencia. La Corte colombiana le otorga precisamente un valor ético a la dignidad humana, en un caso muy sensible para la sociedad, como es la redistribución de bienes y servicios en un Estado social de derecho. La dignidad humana constituye un pilar ético fundamental que, se ubica en el objeto principal de los DF, es decir, lo ético de la dignidad es lo que define que, un derecho se considere o no, fundamental y a su vez que, se pueda diferenciar de otros que, no lo son. En este sentido, se

recuerda la sentencia T-1306-00 en la que la Corte no considera el servicio telefónico como fundamental. Dicho de otro modo, atendiendo a ese criterio, ese servicio no se considera fundamental porque, no afecta ninguna faceta de la dignidad humana. Se recuerda que, además en esa oportunidad, la Corte es cuando da contenido a las expresiones esenciabilidad, inalienabilidad e inherencia a la persona humana, pero basada en la dignidad.

3.2.1.8. Sentencia T-881-02. Se hace la salvedad que esta sentencia hace parte de la línea jurisprudencial general (número 30). Ahora se vuelve sobre ella, para referirse no solo sobre el objeto principal de protección de los DF, sino sobre la naturaleza de esa dignidad. Allí, la Corte presenta dos versiones de la dignidad humana: (i) La primera desde el punto de vista del objeto de protección y (ii) Una segunda como entidad normativa (positivismo).

(i) Desde su naturaleza alude a tres lineamientos diferenciables (vivir como quiera, vivir bien, vivir sin humillaciones); (ii) y desde el punto de vista funcional, constituye un principio fundante del ordenamiento jurídico y del Estado; la dignidad como valor, como principio constitucional y como derecho constitucional autónomo. Esta jurisprudencia destaca una dignidad más plegada al deber ser que al ser, es decir, reconoce su estatus de entidad normativa. También se presenta una dignidad humana ligada a tres ámbitos de la persona natural (Iusnaturalismo), es decir, al ser como tal, en este caso a la autonomía individual, a unas condiciones de vida cualificadas y, a la intangibilidad del cuerpo y del espíritu. Este es el contenido material de la dignidad humana que se armoniza con el plexo axiológico de la Constitución de 1991. Esta jurisprudencia presenta dos enunciados de la dignidad humana con estructura lógico-normativa de principios (enunciados normativos); el principio de la dignidad humana y el derecho a la dignidad humana. La dignidad humana entonces es un DF de origen

jurisprudencial y un principio constitucional, cuyo origen está en el artículo 1° de la Constitución de 1991, nótese la parte tan destacable de esta jurisprudencia:

En aras de la identificación de las normas constitucionales a partir de los enunciados normativos constitucionales sobre el respeto a la dignidad humana, se afirmará la existencia de dos normas jurídicas que tienen la estructura lógico normativa de los principios: (a) el principio de dignidad humana y (b) el derecho a la dignidad humana. Las cuales a pesar de tener la misma estructura (la estructura de los principios), constituyen entidades normativas autónomas con rasgos particulares que difieren entre sí, especialmente frente a su funcionalidad dentro del ordenamiento jurídico.

La dignidad humana presenta también un origen Iusnaturalista (en lo inalienable, inherente y esencialista de la persona humana). Pero igual, tiene un origen positivista-normativista-funcionalista, (la dignidad humana como principio y la dignidad humana como derecho fundamental). Desde luego, la dignidad también se conecta con el plexo axiológico de la Constitución de 1991. Estas tres categorías se pueden diferenciar claramente en la jurisprudencia colombiana (Sentencia T-227/03. M.P., Eduardo Montealegre Lynett). Por tanto, un derecho se considera fundamental sí lleva implícita o contiene una exigencia de dignidad humana, en la que “cada ser humano posee un valor intrínseco y disfruta de una posición especial en el universo” (Barroso, 2014, p.19). La Corte, en relación con la dignidad humana, se acoge a la propuesta sobre el desarrollo humano (segunda faceta) de Nussbaum (2012): “El objetivo básico del desarrollo es crear un ambiente propicio para que los seres humanos disfruten de una vida prolongada, saludable y creativa”. (p.19)

3.2.1.9. Sentencia C-438-13. La Corte Constitucional recurre a una interpretación *pro homine* o *pro persona* que da lugar a dos acepciones posibles de una disposición, y será el intérprete quien prefiera la que más favorezca la dignidad humana. Esta jurisprudencia categoriza de manera superlativa a la dignidad humana, en la medida que, la ubica en un plano superior en materia interpretativa de los DF. Dice la Corte:

El Estado colombiano, a través de los jueces y demás asociados, por estar fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) y tener como fines garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes (artículo 2º), tiene la obligación de preferir, cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición, la que más favorezca la dignidad humana. Esta obligación se ha denominado por la doctrina y la jurisprudencia “principio de interpretación *pro homine*” o “*pro persona*”.

3.2.1.10. Sentencia C-143-15. La dignidad humana es el fundamento del ordenamiento jurídico y un pilar del Estado social de derecho, de la democracia constitucional, de los Derechos Humanos y de los DF, siendo vinculante para todas las autoridades. La persona es un fin para el Estado y constituye un parámetro interpretativo, de todas las normas del ordenamiento. Por la dignidad humana, el individuo es un fin en sí mismo y, la persona humana tiene un valor moral “que no tiene ninguna equivalencia posible en el mundo material, y que se deriva de su condición de sujeto moral, libre y autónomo”. Le otorga a la dignidad humana el carácter de valor absoluto del ordenamiento jurídico. De esta jurisprudencia, se destaca:

La dignidad humana, según se desprende del artículo 1 Superior, es el fundamento del ordenamiento jurídico, es decir que este concepto es un pilar determinante en el Estado Social de Derecho y en la democracia constitucional, y por tanto de los Derechos Humanos y de los derechos fundamentales en general, y constituye una norma vinculante para toda

autoridad....La consagración constitucional del principio de la dignidad humana, indica que debe existir un trato especial hacia el individuo, ya que la persona es un fin para el Estado y por tanto para todos los poderes públicos especialmente para los jueces, pues este principio debe ser el parámetro interpretativo de todas las normas del ordenamiento jurídico, este principio impone una carga de acción positiva de cara a los demás derechos...Esta consagración se basa en la teoría iusfilosófica de origen kantiano según la cual toda persona tiene un valor inherente a su propia condición humana que es su dignidad, la cual la hace ser no un medio, un instrumento para la consecución de diversos fines, sino un fin en sí mismo. Así, Kant afirma que un ser humano y generalmente todo ser racional existe como un fin en sí mismo. De esta máxima se deriva la primera formulación del Imperativo Categórico, esto es, la Fórmula de Humanidad que ordena que uses a la humanidad, tanto en tu propia persona o en la persona de cualquier otro siempre al mismo tiempo como un fin y nunca solo como un medio. De esta manera, la persona contiene en sí misma un valor moral que no tiene ninguna equivalencia posible en el mundo material, y que se deriva de su condición de sujeto moral, libre y autónomo. (Sentencia C-143-15. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

Asume la posición Kantiana de la dignidad humana, en cuanto reconoce al ser humano como un fin en sí mismo que, no puede ser considerado como un instrumento para fines diversos. Esta sentencia es muy relevante pues, responde cuál es la alineación de la Corte en relación con el concepto dignidad (Kantiana), es decir, cuál es el sentido otorgado. Esta aclaración importa porque el objeto principal de protección de los derechos está centrado en la dignidad humana y ese objeto, adquiere la misma connotación. En consecuencia, el trabajo, a esta altura, ya cuenta con otra respuesta en la conceptualización de los DF.

3.2.1.11. Sentencia T-594-16. Destaca que la dignidad humana además de ser un pilar ético o presupuesto esencial del reconocimiento y de la efectividad del sistema de derechos, ostenta tres connotaciones adicionales: (i) El de principio fundante de la Constitución de 1991, (ii) El de un valor transversal de la Carta Política y (iii) El de un derecho fundamental autónomo.

La dignidad humana es un principio fundante de la Carta de 1991, un valor transversal a la misma y un derecho fundamental autónomo. En tal sentido, la jurisprudencia constitucional la ha reconocido como pilar ético o presupuesto esencial del reconocimiento y la efectividad de todo el sistema de derechos y garantías de la Constitución. Como derecho autónomo, ha dicho que garantiza “(I) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere) (II) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien) (III) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

3.2.2. Valoración. En **primer lugar**, la línea jurisprudencial reafirma que, la dignidad humana ostenta varias categorías (siete para precisar) en la jurisprudencia constitucional colombiana:

(i) valor transversal de la Constitución de 1991 (Sentencia T-594/16, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado)

(ii) pilar básico estructural a nivel constitucional;

(iii) pilar ético (Sentencia T-594/16, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado);

(iv) principio fundante del Estado. Al respecto de esto, la Sentencia T-696 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao, cita la sentencia T-401 de 1992, que afirma que:

La dignidad humana es en verdad principio fundante del Estado (CP artículo1). Más que derecho en sí mismo, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del

entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución. La dignidad, como principio fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia.

Las otras categorías que la jurisprudencia constitucional colombiana ubica para la dignidad humana son:

(v) presupuesto (Sentencia T-499/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y principio constitucional a la vez (Artículo 1º C.P.), tal como lo menciona la Sentencia T-465/96. M.P., Fabio Morón Díaz, cuando refiere los parámetros de este principio:

El principio de la dignidad no es sólo una declaración ética, sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades; es consecuencia un valor fundante y constitutivo del orden jurídico y de los derechos fundamentales, que se expresa en el respeto a la vida y a la integridad física de los demás; es un sentido moral y jurídicamente extenso que no se reduce sólo a un ámbito policivo o penal; también compromete el deber de las autoridades y de los particulares de no maltratar ni ofender ni torturar ni infringir tratos crueles o degradantes a las personas por razón de sus opiniones, creencias, ideas políticas o filosóficas, pues cualquier acción contraria desconoce el derecho a la igualdad.

También se encuentra la categoría de (vi) un derecho fundamental autónomo de origen jurisprudencial (perspectiva normativista-funcionalista de la Constitución de 1991), y

Por último, está la categoría de (vii) un derecho de eficacia directa que compromete el fundamento político del Estado. La jurisprudencia lo ubica en un plano superior respecto de los demás derechos.

En **segundo lugar**, la jurisprudencia destaca el carácter antropocéntrico de la dignidad humana. Ésta constituye un elemento vital en la discusión ¿qué son los derechos fundamentales?

y plantea dos perspectivas de la dignidad que responden a las exigencias de un Estado social, constitucional y democrático de derecho.

El hombre en este entramado político e ideológico constituye el centro de protección del sistema constitucional:

(i) La primera se refiere a la esfera vital-biológica del individuo. Esta esfera está orientada a la conservación de la existencia humana, como tal. A propósito de la expresión “vital-biológica” se recoge de las palabras “vida-biológica” que aparecen en la sentencia SU-062/99, cuando la Corte reconoce a la dignidad humana, como un derecho fundamental.

(ii) La segunda que promueve el desarrollo humano. Esta esfera corresponde a la expresión “condiciones de vida” señaladas en la misma sentencia SU-062/99. Allí la Corte se refiere al derecho a ciertas condiciones materiales de existencia, o de vida orientadas al desarrollo intrínseco del individuo.

En **tercer lugar**, las dos facetas de la dignidad están conectadas ideológicamente con el principio de interpretación *pro homine*. La Corte en una de sus más influyentes jurisprudencias sobre derechos de las víctimas acoge dicha interpretación. De acuerdo con ella, en caso de dos interpretaciones, deberá preferirse la que más favorezca la dignidad humana. La Corte Constitucional expone lo siguiente:

El Estado colombiano, a través de los jueces y demás asociados, por estar fundado en el respeto de la dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) y tener como fines garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes (artículo 2º), tiene la obligación de preferir, cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición, la que más favorezca la dignidad humana. Esta obligación se ha denominado por la doctrina y la jurisprudencia “principio de interpretación pro homine” o “pro persona”. A este principio se ha referido esta Corporación en los siguientes términos: “El principio de interpretación

<pro homine>, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional.

Adicional a lo anterior, la Sentencia C-438/2013. M.P., Alberto Rojas Ríos agrega que:

Éste es entonces un criterio de interpretación que se fundamenta en las obligaciones contenidas en los artículos 1° y 2° de la Constitución antes citados y en el artículo 93, según el cual los derechos y deberes contenidos en la Constitución se deben interpretar de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia. En lo que tiene que ver con los derechos, los mencionados criterios hermenéuticos se estipulan en el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, se debe afirmar que estos criterios configuran parámetro de constitucionalidad, pues impiden que de una norma se desprendan interpretaciones restrictivas de los derechos fundamentales. El principio, por persona, impone que “sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera [aquella] que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental.

De acuerdo con la Corte Constitucional, se pueden destacar dos facetas de la dignidad humana:

(i) La esfera vital-biológica orientada a la conservación de la existencia humana que comprende desde la gestación humana (nascituros) y desde antes (autonomía), el goce de la vida y la muerte digna del individuo y hasta después de ella.

(ii) La otra esfera es la que promueve y facilita al desarrollo humano. (Salud, trabajo, educación, seguridad social, recreación, entre otros aspectos). La interpretación de la dignidad humana corresponde a una interpretación *pro homine* de los derechos. En consecuencia, los DF son fundamentales cuando se afecte al individuo en su dignidad, siendo protegido mediante la acción de Tutela. Se concluye que la dignidad humana, corresponde al objeto principal de los derechos, pero no equivale a lo que son esos derechos. La dignidad humana, constituye, por tanto, un elemento de los derechos, pero no los derechos fundamentales.

3.3. Los DF son esenciales, inalienables e inherentes a la persona humana

Los derechos esenciales, inalienables e inherentes de la persona humana, se definieron en las sentencias T-002-92 y T-1306-00. El problema jurídico responde a la siguiente pregunta ¿sí los derechos inalienables e inherentes a la persona humana, se consideran fundamentales por la dignidad humana? La hipótesis señala que, en Colombia por su conexión intrínseca con la dignidad humana adquieren esas categorías. Esta afirmación, se basa en que, entre los derechos inalienables e inherentes a la persona humana y, la dignidad humana, se presenta una conexión interna de tal naturaleza que, impide considerarlos por fuera de ella. No obstante, esta afirmación no equivale a que se consideren absolutos.

3.3.1. Línea jurisprudencial.

3.3.1.1. Sentencia T-002-92. La Corte reconoce como fundamentales a los derechos esenciales e inalienables de la persona humana y, también admite la posibilidad, de algún tipo de restricción, sin que implique su pérdida total. La dignidad humana, no admite restricciones porque se encuentra ubicada en el núcleo esencial de los derechos. Esta sentencia contiene un

criterio que, sirve para establecer la fundamentalidad de los derechos, como es el caso del derecho a la educación.

La Corte afirma:

El primer y más importante criterio para determinar los derechos constitucionales fundamentales por parte del Juez de Tutela consiste en establecer si se trata, o no, de un derecho esencial de la persona humana. El sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana. No es pues el individuo en abstracto, aisladamente considerado, sino precisamente el ser humano en su dimensión social, visto en la tensión individuo-comunidad, la razón última de la nueva Carta Política. Los derechos constitucionales fundamentales no deben ser analizados aisladamente, sino a través de todo el sistema de derechos que tiene como sujeto a la persona. Es a partir del ser humano, su dignidad, su personalidad jurídica y su desarrollo (artículos 14 y 16 de la Constitución), que adquieren sentido los derechos, garantías y los deberes, la organización y funcionamiento de las ramas y poderes públicos. Los valores y principios materiales de la persona, reconocidos por la Constitución, están inspirados en el primer inciso del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que dice: “considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;”; Siendo la educación un derecho constitucional fundamental, el incumplimiento de las condiciones para el ejercicio del derecho, como sería el no responder el estudiante a sus obligaciones académicas y al comportamiento exigido por los reglamentos, puede dar lugar a la sanción establecida en el ordenamiento jurídico para el caso y por el tiempo razonable que allí se prevea, pero no podría implicar su pérdida total, por ser un derecho inherente a la persona. (Sentencia T-002-92. M.P. Alejandro Martínez Caballero)

3.3.1.2. Sentencia T-462/92. La fundamentalidad está dada por la inherencia de los derechos al ser humano. Aquí se enfatiza sobre el derecho al trabajo, como derecho unipersonal en la perspectiva del desarrollo humano:

Al definir los derechos fundamentales, se destacó la nota esencial de ser ellos inherentes al ser humano, a su esencia, a su naturaleza e inalienables y sin los cuales éste no podría subsistir como tal. Ello sucede con el derecho del trabajo, el cual además de realizar al hombre como tal, dignificándolo, constituye para él a la vez un medio insustituible para conseguir recursos económicos para su congrua subsistencia y la de su progenie. (Sentencia T-462/92. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez)

3.3.1.3. Sentencia T-598/92. Aunque no todos los derechos, tienen el carácter de inalienables de la persona, algunos son necesarios para la existencia del hombre porque, son derechos que dependen más de la acción del Estado.

En este importante criterio se expone:

Salvo algunas expresiones de primacía de un derecho sobre otro, por ejemplo, la establecida en el artículo 5° de la Carta que beneficia los derechos inalienables de la persona, en el derecho positivo, no existe suficiente previsión para dilucidar la supresión de un derecho amparado, en beneficio de otro, principalmente cuando son de igual o similar naturaleza, en los casos de concurrencia competitiva o complementaria de los distintos derechos, de modo que se presenta un amplio campo en esta temática para la interpretación jurisprudencial, con la limitante para el asunto, de que ésta encuentra su alcance reducido al caso concreto de que se ocupa. Se plantea una concurrencia complementaria de los derechos a la vivienda (residencias universitarias) y a la alimentación (cafetería) con el derecho a la educación, derechos todos que por su naturaleza pertenecen a la categoría de los asistenciales, denominados por la doctrina de la segunda generación. Son derechos que

dependen más de la acción del Estado y de sus posibilidades en general que de la existencia misma del hombre; por lo tanto, no tienen el carácter de inalienables. (Sentencia T-598-92. M.P. Fabio Morón Díaz)

3.3.1 4. Sentencia T-249/98. Los derechos inherentes son derechos unipersonales, ligados a la persona humana y, a la vez, son extra patrimoniales. Por ello, la Corte, además, de destacar el carácter de inalienables, inherentes y esenciales al ser humano, también les otorga el carácter de derechos fundamentales que, por su esencia, los considera unipersonales ligados a la persona, por tanto, en la jurisprudencia son derechos extra patrimoniales. (Sentencia T-249/98. M.P. Hernando Herrera Vergara)

3.3.1.5. Sentencia T-1306/00. Señala que los DF tienen una base material (la persona humana) y una base formal (reconocimiento expreso). Esta sentencia que transcribe el summum de la T-002/92, contiene varios puntos de interés, sin embargo, en esta línea sólo se destacarán las aclaraciones de los conceptos de inalienable, inherente y esencial. Estos conceptos son importantes para el objetivo del trabajo, teniendo en cuenta, la reiterada utilización en la jurisprudencia de las expresiones esenciales, inalienables e inherentes a la persona humana. Las respuestas son las siguientes:

Entonces, se pregunta, ¿Qué es inalienable, inherente y esencial? Podría responderse que inalienable es: “que no se puede enajenar, ceder ni transferir”; inherente: “que constituye un modo de ser intrínseco a este sujeto”; y esencial: “aquello por lo que un ser es lo que es, lo permanente e invariable de un ser”. Estos términos “inalienables” e “inherentes” deben ser entendidos así: algo es inalienable por ser inherente y algo es inherente por ser esencial.

3.3.1.6. Sentencia T-690/15. La Corte, basada en el artículo 94 de la Constitución de 1991, desarrolla un concepto de la inherencia de ciertos derechos a la persona humana. Esto ocurre cuando se integran sistemáticamente varios principios y preceptos constitucionales, como el contenido en el artículo 5° sobre la primacía de los derechos inalienables de la persona, con otros principios y preceptos constitucionales.

Esta jurisprudencia señala lo siguiente:

Si se tiene en cuenta que el artículo 94 de la Carta Política dispone que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”, aun cuando el derecho a la comunicación no se desarrolle expresamente en un precepto puntual en la Constitución, es un derecho inherente a la persona. El derecho a la comunicación se convierte en inalienable de toda persona cuando “se integran sistemáticamente varios principios y preceptos constitucionales, entre otros los consagrados en los artículos 5 (primacía de los derechos inalienables de la persona), 12 (prohibición de la desaparición forzada y de tratos inhumanos o degradantes), 15 (inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada), 16 (libre desarrollo de la personalidad), 20 (libertad de expresión y derecho a emitir y recibir información), 23 (derecho de petición), 28 (libertad personal), 37 (libertad de reunión), 40 (derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político), 73 (protección de la actividad periodística), 74 (derecho de acceso a los documentos públicos) y 75 (igualdad de oportunidades en el acceso al uso del espectro electromagnético), garantías todas éstas que carecerían de efectividad si no se asegurara que la persona goza de un derecho fundamental a comunicarse. (Sentencia T-690/15. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio)

3.3.1.7. Sentencia T-560/16. Reconoce la precaria situación de los reclusos en Colombia y traza directrices puntuales para el desarrollo del Derecho constitucional. Señala que, los derechos inherentes a la naturaleza humana son aquellos que, por ningún motivo, podrán suspenderse o limitarse porque tienen su fundamento en el hombre, como ser racional, único pensante. Se trata de un criterio de fundamentalidad relevante, basado en la dimensión de la persona humana (Iusnaturalismo-antropocentrismo). Estos derechos son de origen iusnaturalista, cuyo fundamento está dado por la naturaleza misma del hombre. La Corte elabora una nueva clasificación de los derechos, a partir de la precaria situación de las personas privadas de la libertad en Colombia.

Esa clasificación es la siguiente:

(i) Aquellos que pueden ser suspendidos, como consecuencia de la pena impuesta (como la libertad física y la libre locomoción); (ii) aquellos que son restringidos debido al vínculo de sujeción del recluso para con el Estado (como derechos al trabajo, a la educación, a la familia, a la intimidad personal); y (iii) **derechos que se mantienen incólumes o intactos, que no pueden limitarse ni suspenderse a pesar de que el titular se encuentre sometido al encierro, en razón a que son inherentes a la naturaleza humana, tales como la vida e integridad personal, la dignidad, la igualdad, la salud y el derecho de petición, entre otros**". (Sentencia T-560/16. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) (Negrillas de la investigación).

Aquí se puede pensar, que los fundamentales corresponden únicamente a la tercera categoría y, son aquellos que, se mantienen incólumes e intactos, que no pueden suspenderse ni limitarse por ningún motivo, porque son inherentes a la naturaleza humana. No obstante, esta conceptualización puede entrar en conflicto con otras jurisprudencias, porque puede coincidir, en

algunos puntos, con los derechos absolutos o derechos no restringibles o ilimitables. De otro lado, para esta investigación existe claridad que la libertad, la libre locomoción y el trabajo, aunque pueden ser suspendidos, son también inherentes a la naturaleza humana.

3.1.2. Valoración. Los derechos esenciales, inherentes e inalienables de la persona humana son categorías muy relacionadas entre sí, dado que, provienen de los derechos naturales (Iusnaturalismo), son expresiones muy usadas en la jurisprudencia colombiana. Las dos últimas están en la Constitución de 1991 (artículos 5° y 94). El punto de unión está dado por la dignidad humana (artículo 1) y corresponden a la base material de los derechos acerca de qué es la persona humana (Sentencias T-002-92 y T-1306-00). Sin embargo, es necesario distinguir estas tres categorías con los derechos absolutos así: (i) En primer lugar, son expresiones que provienen de los derechos naturales (Iusnaturalismo). (ii) En segundo lugar, estas categorías pueden tener el mismo significado en la interpretación constitucional, o pueda que no lo tengan, dependiendo de ciertos criterios de diferenciación aplicados por la jurisprudencia. (iii) En tercer lugar, un derecho absoluto también podría corresponder a un derecho inherente e inalienable y, esencial de la persona humana. Es decir, son unos derechos no intervenibles, inmutables o que ostentan doble connotación y que, están ubicados en el núcleo esencial de los derechos y, no son intervenibles por el Legislador. (iv) En cuarto lugar, aunque se pregona un mismo origen, las consecuencias jurídicas podrían ser distintas. Un derecho inherente e inalienable o esencial, se pregunta, ¿podrá ser intervenido por el legislador?

Los derechos inalienables e inherentes y esenciales al ser humano y los derechos absolutos que ostentan ese carácter, en virtud de ser derechos naturales, pero todo depende del intérprete y del enfoque, dado que, no se conoce un catálogo de derechos naturales. Así, se cree

que, tanto los derechos inalienables e inherentes y esenciales al ser humano, según la jurisprudencia colombiana, se podrían limitar porque, salvo el derecho a la vida, no hay derechos absolutos en la Constitución de 1991, pero sin afectarles el núcleo esencial. Es decir, son derechos ponderables y admiten limitaciones, por parte del Legislador, pero en la zona periférica, por cuanto, estas limitaciones excluyen el núcleo esencial, de acuerdo con la teoría espacial absoluta. Así, el problema se origina en la expresión contenida en el artículo 94 de la Constitución de 1991 que dice: “no debe entenderse como la negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Esta literalidad designa una categoría de derechos con tendencia Iusnaturalista, aunque en la Constitución de 1991 no hay mención a los esenciales y absolutos. Los derechos inalienables e inherentes a la persona humana, los consagra en los artículos 5 y 94.

Los derechos esenciales, inalienables e inherentes a la persona humana se consideran DF y conforme a la teoría espacial absoluta, no son restringibles en su núcleo esencial. De tal manera, la jurisprudencia colombiana reconoce la fundamentalidad de los derechos que se consideren inalienables e inherentes y esenciales a la persona humana y los derechos esenciales y absolutos no los reconoce, pues señala que la Constitución de 1991 no consagra derechos esenciales y absolutos.

Ahora, sobre los derechos esenciales, inalienables e inherentes a la persona humana la sentencia T-462/92 admite como fundamental el derecho al trabajo, señalando que:

Al definir los derechos fundamentales, se destacó la nota esencial de ser ellos inherentes al ser humano, a su esencia, a su naturaleza e inalienables y sin los cuales éste no podría subsistir como tal. Ello sucede con el derecho del trabajo, el cual además de realizar al hombre como tal, dignificándolo, constituye para él a la vez un medio insustituible para conseguir recursos

económicos para su congrua subsistencia y la de su progenie. (Sentencia T-462-92. M.P., Simón Rodríguez Rodríguez, Jaime Sanín Greiffenstein y Ciro Angarita Barón)

Pero el derecho al trabajo, a pesar de ser considerado un derecho inherente al ser humano, admite restricciones, y por ese motivo, no se considera absoluto y es objeto de ponderación. La sentencia T-690/15, por su parte, reconoce el derecho a la comunicación, como inherente a la persona humana, aunque no hace parte del catálogo de los DF. Luego, se trata de un fenómeno más complejo, dado que las diferentes categorías y enfoques de los derechos, admiten distintas interpretaciones, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia, dependiendo del intérprete. Así las cosas, lo importante para destacar es que, aun siendo considerados derechos inalienables e inherentes y esenciales a la persona humana, admiten limitaciones, lo cual no ocurre con los derechos absolutos que, al estar situados en un mismo plano, pueden chocar caóticamente.

3.4. La Tutela sólo protege el núcleo esencial

En Colombia la acción de Tutela sólo protege el núcleo esencial de los DF. Este criterio está muy relacionado con el concepto de los DF, bajo el entendido que, estos derechos tienen un núcleo inmutable para el Legislador, es decir, que la fundamentalidad de los derechos corresponde sólo a su núcleo esencial. Además, en esta investigación ese núcleo corresponde al objeto de protección de los derechos. La Corte Constitucional, reconoce ese núcleo a lo largo de toda su jurisprudencia:

Debe entenderse el núcleo esencial de un derecho fundamental como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental.

(Sentencia C-993-04. M. P. Jaime Araujo Rentería)

Con el criterio del núcleo esencial, se delimita la competencia del Legislador, tal como lo expresa la C-993-04:

No le es dable al legislador en ningún caso, sea por intermedio de una ley estatutaria que regule los aspectos principales e importantes de un derecho fundamental o sea a través de una ley ordinaria que regule aspectos no principales y menos importantes de un derecho fundamental; vulnerar la esencia de este tipo de derechos. El núcleo esencial de un Derecho Fundamental no puede ser afectado por el Legislador. (Sentencia C-993-04. M. P. Jaime Araujo Rentería)

Y también se recurre al núcleo esencial para designar uno de los elementos del concepto de los DF (Sentencia T-406/92. M.P. Ciro Angarita Barón). Precisamente, en la presente investigación, constituye uno de los elementos del concepto de los derechos fundamentales. El núcleo esencial, se incluyó en la Constitución de 1991, a partir del Acto Legislativo 03 de 2011, Artículo 1º, que reforma el artículo 334 Constitucional con la consagración del “principio de sostenibilidad fiscal”, así las cosas, el criterio del núcleo esencial aparece explicitada *in fine*, en el inciso cuarto del artículo 334 de la Constitución de 1991, así: “En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales”.

En el ámbito internacional, el contenido esencial, lo consagra el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn (1949). Su tenor es el siguiente: “en ningún caso, un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”. También lo estipula el artículo 53.1 de la Constitución española (1978), con la siguiente redacción: “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo la ley, que

en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”.

Ese criterio del núcleo esencial es muy reiterado por la Corte Constitucional, para proteger el contenido de los derechos, también lo contempla, como uno de los elementos del concepto DF y es el criterio con el cual, se delimita el contenido de las leyes estatutarias sobre los DF. Al respecto, la Sentencia C-319/06. M.P. Álvaro Tafur Galvis, refiere:

La jurisprudencia ha sostenido que los criterios determinantes para identificar si una disposición que regule derechos y deberes fundamentales debió ser tramitada como ley estatutaria son los siguientes: (i) en primer la materia regulada pues ha de tratarse de derechos y deberes de carácter fundamental, (ii) que trate sobre los elementos estructurales y los principios básicos del derecho o deber en cuestión, (iii) que se refiera los contenidos más cercanos al núcleo esencial del derecho, (iv) que regule aspectos inherentes al ejercicio del derecho, (v) que consagre límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afecten el núcleo esencial, (v) cuando se trae de un cuerpo normativo que pretenda regular de manera integral, estructural y completa un derecho fundamental, (vi) que aludan a la estructura general y principios reguladores pero no al desarrollo integral y detallado (vii) que la disposición se refiera a situaciones principales e importantes de los derechos.

Estos antecedentes permiten inferir que son fundamentales los derechos, cuyo núcleo esencial, se considera inmutable para el Legislador, pero sin acogerse a las ideas de Finnis (2000) sobre la existencia unos derechos humanos absolutos (p.251) Este criterio, se basa en la teoría “espacial absoluta” que identifica el “núcleo esencial” de los derechos, delimitado por un círculo concéntrico que, corresponde a un espacio predeterminado inmutable para el Legislador, pero su aplicación, genera bastantes inconvenientes. En estos inconvenientes se concentran las

críticas a esta teoría, pues no se conoce un procedimiento para hallar ese núcleo esencial, es decir, para separar la zona periférica que, sí puede ser intervenida por el Legislador.

3.4.1. Línea jurisprudencial. Esta línea jurisprudencial intenta responder a la siguiente inquietud: ¿sí en el núcleo esencial, se concentra la fundamentalidad de los DF? porque es la parte que protege la acción de Tutela. La parte periférica, por su parte, la resguarda la justicia ordinaria, así el núcleo esencial no ofrece una solución práctica para definir el concepto los DF, por esta razón se afirma que, el núcleo esencial no proporciona un concepto de los DF, a partir de la teoría espacial absoluta. La siguiente línea jurisprudencial demuestra la aplicación del núcleo esencial, a pesar de los problemas que ha señalado la doctrina:

3.4.1.1. Sentencia T-002/92. (Se analiza por tercera vez, pero desde otro punto de vista) La Corte Constitucional, desde sus inicios acoge el criterio del núcleo esencial. Por ejemplo, a través de él, reconoce como fundamental el derecho a la educación. El punto está en establecer si la fundamentalidad de un derecho se concentra en el núcleo esencial del derecho que, es la parte que según, la jurisprudencia protege la acción de Tutela, dado que, la parte periférica, sí puede ser intervenida por el Legislador:

“La educación puede ser encauzada y reglada autónomamente pero no negada en su núcleo esencial”. (Sentencia T-002-92. M.P. Alejandro Martínez Caballero)

Esta jurisprudencia genera varias lecturas, una de ellas señala que, el núcleo de este derecho puede ser regulado en su núcleo esencial, pero no negado. Se deduce que, la acción de Tutela sólo protege la parte del derecho que, no puede ser negada, es decir, la parte del derecho que está en el núcleo esencial. Entonces, bajo este entendido, al solicitante de un derecho, le

corresponde, la carga de señalar el núcleo esencial del derecho, para invocar el amparo constitucional, porque allí, reside la fundamentalidad. Dicho de otro modo, el daño a la dignidad humana. Así las cosas, los DF son aquellos que corresponden al núcleo esencial. Lo antedicho, interpreta que la parte fundamental de todo derecho es aquella que, no puede ser negada y que es, la que corresponde, al núcleo esencial.

3.4.1.2. Sentencia T-406-92. (Se analiza por segunda vez, de cara al problema que se plantea en esta línea) La Corte señala los requisitos esenciales para que, un derecho adquiriera ese carácter de fundamental. Por tanto, según la Corte, son fundamentales los derechos que cumplen con tres requisitos esenciales. Al efecto señala:

Esta Corte considera que para que un derecho tenga la calidad de fundamental debe reunir unos requisitos esenciales. Para la identificación de un derecho de tal naturaleza existen unos criterios que ponen en evidencia los requisitos señalados y, de contera, el derecho fundamental mismo: 1) Conexión directa con los principios constitucionales; 2) Eficacia directa y 3) Contenido esencial. (Sentencia T-406/ 92. M.P. Ciro Angarita Barón)

Así, lo esencial para determinar la fundamentalidad de un derecho, lo señala esta jurisprudencia y, el contenido esencial, es solo una parte de la discusión sobre la fundamentalidad de los derechos, dado que, ésta no se agota en el núcleo esencial. Ahora bien, esta sentencia T-406 de 1992, ha sido muy influyente, en el sistema constitucional colombiano porque, es de aquellas que, desde sus inicios, se refiere a un significado del contenido esencial. Los términos son los siguientes:

El contenido esencial. Existe un ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en las que

se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas. El concepto de “contenido esencial” es una manifestación del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, según el cual, existe un catálogo de derechos anteriores al derecho positivo, que puede ser establecido racionalmente y sobre el cual existe claridad en cuanto a su delimitación conceptual, su titularidad y el tipo de deberes y obligaciones que de él se derivan. (Sentencia T-406/ 92. M.P. Ciro Angarita Barón)

También señala que, los derechos son fundamentales, en cuanto así los consideren los jueces de Tutela. De manera que, para definir la fundamentalidad de un derecho, se deben considerar dos aspectos: (i) el núcleo esencial y (ii) la interpretación del Juez de Tutela. Porque “(...) Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela”. (Sentencia T-406/ 92. M.P. Ciro Angarita Barón)

La dependencia de la fundamentalidad de los derechos, a lo que diga el Juez de Tutela, genera mucha incertidumbre porque, depende de variables tales, como su preparación, ideología y tendencia, y a éstas, se suma, el núcleo esencial, desde la órbita de la teoría espacial absoluta o de la teoría relativa de los derechos (ponderación).

3.4.1.3. Sentencia T-412/92. El núcleo esencial, constituye uno de los requisitos para determinar, cuándo un derecho, se considera fundamental. Esta postura, se mantiene con todo y los problemas que, señala la doctrina. Tampoco, se dice en la Corte, cómo se podría separar el núcleo esencial de la parte periférica. Pero se insiste:

El contenido esencial de un derecho, es aquella parte que, le es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos y que le dan vida resulten real y efectivamente tutelados”. (Sentencia T-412-92. MP. Alejandro Martínez Caballero)

Por su parte, también en la sentencia T-426-92, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte, se mantiene en la línea de la teoría espacial absoluta del núcleo esencial:

Visto desde la perspectiva de los derechos subjetivos, el contenido esencial de un derecho fundamental consiste en aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose. Por otra parte, la jurisprudencia de intereses ha diseñado una fórmula según la cual el núcleo esencial del derecho fundamental es aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Así, la tutela va dirigida a la protección de ese núcleo esencial de los derechos.

3.4.1.4. Sentencia T-336/95. La Corte mantiene el criterio y con él, establece que, la Tutela se dirige a la protección del núcleo esencial de los derechos. Sin embargo, en esta oportunidad, la jurisprudencia combina el criterio del núcleo esencial, con una exigencia que, en vez de solucionar genera más dificultades interpretativas. Nótese que la Corte se refiere a un *mínimum de la dignidad racional* (Pero, no dice, ¿en qué consiste ese *mínimum de la dignidad*

racional?) Así, se aumenta la incertidumbre, teniendo en cuenta que, el núcleo esencial es un concepto indeterminado y hasta ahora de difícil concreción, al menos desde la teoría espacial absoluta. Dice la jurisprudencia:

El núcleo esencial del derecho fundamental es el *mínimum* de la dignidad racional, sin cuyo reconocimiento el hombre no puede vivir o desarrollarse como ser humano. La acción de tutela se dirige pues al núcleo esencial de un derecho fundamental, y por ello su protección debe ser inmediata. Ya ha señalado esta Corporación cómo extremar un derecho es equivalente a negarlo, por cuanto la extralimitación no puede ser protegida. De ahí la importancia de saber cuándo se afecta el núcleo esencial de un derecho fundamental. Lo anterior no quiere decir que, si se afecta un derecho fundamental, pero no en su núcleo esencial, no tenga la protección del Estado. Desde luego la tiene, y sería absurdo pensar lo contrario, pero no mediante la acción de tutela. (Sentencia T-336/95. M.P., Vladimiro Naranjo Mesa)

La parte periférica, está protegida mediante, las acciones ordinarias y no, por la acción de Tutela, que está reservada para proteger, exclusivamente, el núcleo esencial de los DF.

3.4.1.5. Sentencia C-221/94. Como la teoría espacial absoluta, no resuelve el problema del núcleo esencial, el Juez de Tutela es quién señala el contenido esencial de los derechos. En el caso del derecho a la honra, le corresponde un núcleo esencial que determine la Corte. Esta sentencia, comprueba que, en la práctica jurídica la Corte Constitucional, es quien señala el núcleo esencial.

Al respecto dice la Corte:

El contenido esencial de un derecho es aquella parte que le es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos y que le dan vida resulten real y efectivamente tutelados. En el derecho a la honra, el núcleo esencial es el derecho que tiene toda persona a ser respetada ante sí mismo y ante los demás, independientemente de toda limitación normativa. El núcleo esencial de este derecho lo regulan los artículos 21 de la Constitución, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que prevén todos, el mismo núcleo esencial. Los artículos mencionados anteriormente determinan que la ley señalará la forma de protección del derecho a la honra. (Sentencia T-412-92. MP. Alejandro Martínez Caballero)

Ahora bien, existen casos difíciles como la despenalización de la dosis mínima de sustancias estupefacientes, en donde la Corte Constitucional hizo manifiesta su orientación desde entonces, hacia el criterio del núcleo esencial, pero sin ofrecer una solución para determinar el núcleo de los derechos:

En ese mismo orden de ideas puede el legislador válidamente, sin vulnerar el núcleo esencial de los derechos a la igualdad y a la libertad, desconocidos por las disposiciones que serán retiradas del ordenamiento, regular las circunstancias de lugar, de edad, de ejercicio temporal de actividades, y otras análogas, dentro de las cuales el consumo de droga resulte inadecuado o socialmente nocivo, como sucede en la actualidad con el alcohol y el tabaco. (Sentencia C-221-94 MP. Carlos Gaviria Díaz)

3.4.1.6. Sentencia C-576/08. No obstante, las dificultades teóricas que, se han venido planteando, la Corte expone dos nuevos criterios que, sirven para determinar el contenido esencial de un derecho fundamental:

Los criterios que sirven de apoyo para determinar el contenido esencial de un derecho fundamental, son principalmente dos: (i) hacen parte del núcleo esencial las características y facultades que identifican el derecho, sin las cuales se desnaturalizaría y, (ii) integran el núcleo esas atribuciones que permiten su ejercicio, de tal forma que al limitarlas el derecho fundamental se hace impracticable. Esto explica entonces por qué el constituyente exigió que la regulación del núcleo esencial de los derechos fundamentales esté sometida a la reserva de ley estatutaria, pues es evidente que la brecha que separa la limitación legítima del núcleo y su anulación (que por ese hecho resultaría contraria a la Constitución) no sólo es muy sensible, sino que además requiere de un debate legislativo responsable, consciente y fundamentado que soporte la decisión. (Sentencia C-756/08. M.P., Marco Gerardo Monroy Cabra)

El “núcleo esencial” sigue constituyendo, por consiguiente, un dilema no resuelto por la doctrina (Borowski, 2003, pp.99-100), tampoco por la jurisprudencia. Por tanto, vale la pena evidenciar que, no existiendo un método para hallarlo, al Legislativo le representa la misma dificultad y, le corresponde en cada caso, señalar el núcleo esencial de los derechos fundamentales para determinar qué, parte del derecho debe regularse mediante ley estatutaria, y cuál, por ley ordinaria, pues así se interpreta de la jurisprudencia constitucional, dado que “existe un núcleo fijo que no depende de la ponderación” (Sentencia C-756/08. M.P., Marco Gerardo Monroy Cabra)

3.4.1.7. Sentencias: *C-373/93, C-993/06, C-662/04, C-473/05, C-756/08, C-662/09, C-018/10, C-149/10, C-398/10, C-577/11, C-748/11, C-791/11 AV., C-909/12, C-010/13, C-258/13, C-264-13, C-511/13, C-624/13, C-256/14 y T-488/14.* Demuestran que, la teoría

espacial absoluta del núcleo esencial se utiliza con frecuencia en Colombia, para determinar el contenido de los derechos fundamentales. El núcleo esencial es uno de los elementos del concepto los DF, y constituye un elemento que, determina la fundamentalidad de los derechos (sentencia T-406-92). Este grupo de sentencias comprueba que, la teoría espacial absoluta del núcleo esencial se mantiene vigente en Colombia porque, es allí donde se concentra la fundamentalidad de los derechos constitucionales.

3.4.2. Valoración. La Tutela protege el núcleo esencial porque, en ese núcleo, se concentra la fundamentalidad de los derechos constitucionales. Así las cosas, la parte periférica por las acciones ordinarias. Este razonamiento, se deduce de la línea jurisprudencial e indica que, lo fundamental de un derecho está concentrado en su núcleo esencial. Ahora bien, ¿cómo se separa el núcleo esencial, de la parte periférica? o ¿cómo se selecciona el procedimiento legislativo? La jurisprudencia demuestra que, la teoría espacial absoluta, se aplica sin un método racional para delimitarlo. Así que, este dilema de la teoría espacial absoluta, no ayuda a definir qué son los derechos fundamentales, y tampoco sirve, para limitar la intervención del Legislador. Consultada la página oficial de la Corte Constitucional (Relatoría- el 25-03-2019) aparecen 202 registros de sentencias, en las que la Corte ha expuesto el criterio del “núcleo esencial” para limitar la intervención del legislador sobre los derechos fundamentales.

En todo caso, sí es concluyente que, en la práctica jurídica, el Juez es quien lo define en cada caso. Ahora bien, la Corte Constitucional se apoya en el artículo 152.1 de la Carta Política que establece que: “(...) mediante leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección”. Entonces, basada en esta reserva de ley, la Corte establece que el

núcleo esencial de los derechos se regula mediante ley estatutaria. Por ejemplo: “la Corte Constitucional, en forma unánime y reiterada, ha venido haciendo una interpretación restrictiva en relación con los asuntos atinentes a los derechos fundamentales que deben ser regulados mediante ley estatutaria, llegando a la conclusión de que, en ella deberán incluirse únicamente aquellos aspectos que se relacionan con el ámbito intangible del derecho fundamental respectivo, esto es, su núcleo esencial”. (Sentencia C-313/95. M.P., Carlos Gaviria Díaz) Por esta razón, establece cinco reglas interpretativas que, deben reunir las leyes estatutarias sobre los DF:

Son cinco las reglas interpretativas que permiten conocer cuáles son los aspectos relacionados con derechos fundamentales que deben ser objeto de ley estatutaria y en qué casos corresponde al legislador ordinario establecer las limitaciones o restricciones del derecho, a saber: *i*) La reserva de ley estatutaria en materia de derechos fundamentales es excepcional, en tanto que la regla general se mantiene a favor del legislador ordinario; *ii*) La regulación estatutaria u ordinaria no se define por la denominación adoptada por el legislador, sino por su contenido material. En consecuencia, el trámite legislativo ordinario o estatutario será definido por el contenido del asunto a regular y no por el nombre que el legislador designe; *iii*) mediante ley estatutaria se regula únicamente el núcleo esencial del derecho fundamental, de tal forma que si un derecho tiene mayor margen de configuración legal, será menor la reglamentación por ley estatutaria; *iv*) las regulaciones integrales de los derechos fundamentales debe realizarse mediante ley cualificada; y *v*) Los elementos estructurales esenciales del derecho fundamental deben regularse mediante ley estatutaria”. (Sentencia C-942-09 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

Por consiguiente, mediante ley estatutaria, se regula el núcleo esencial del derecho fundamental. Esto constituye una carga argumentativa para el Legislador, porque es a quién

corresponde señalar el ámbito intangible del derecho, para regular los derechos mediante ley estatutaria. Estas dificultades evidencian la ausencia de un procedimiento estandarizado, a fin de determinar el núcleo esencial. De tal manera, escoger la vía de la ley estatutaria, o la vía de la legislación ordinaria, implica enfrentarse a un problema teórico que incide en el resultado del procedimiento legislativo.

El núcleo esencial y la inviolabilidad de derechos plantea un dilema iusnaturalista. En esta postura, se dice que, lo inviolable no equivale a lo absoluto. La jurisprudencia puntualiza que el núcleo esencial es inviolable. Los derechos son inviolables porque es inviolable la dignidad humana. No obstante, el carácter absoluto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, gozan de cierta flexibilidad que, les permite adecuarse a las circunstancias y por esta razón se considera que son limitables. El punto no se percibe muy clarificado en la jurisprudencia colombiana, y así las cosas, lo que ahora interesa es determinar qué parte del derecho, es el que goza de cierta flexibilidad, para amoldarse a las circunstancias, dado que al no existir derechos absolutos en la Constitución de 1991 y, siendo el núcleo esencial intangible, y no goza de esa flexibilidad ¿cuáles son las partes del derecho fundamental que, sí son adecuables? La jurisprudencia se encarga de exponer ese problema:

Una cosa es que los derechos fundamentales sean inviolables, y otra muy distinta es que sean absolutos. Son inviolables, porque es inviolable la dignidad humana: En efecto, el núcleo esencial de lo que constituye la humanidad del sujeto de derecho, su racionalidad, es inalterable. Pero el hecho de predicar su inviolabilidad no implica de suyo afirmar que los derechos fundamentales sean absolutos, pues lo razonable es pensar que son adecuables a las circunstancias. Es por esa flexibilidad que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona. De ahí que puede decirse que tales derechos, dentro de sus límites, son inalterables, es decir, que su núcleo esencial es

intangibles. Por ello la Carta Política señala que ni aún en los estados de excepción se “suspenden” los derechos humanos y que, en todo caso, siempre se estará de conformidad con los principios del derecho internacional humanitario. Se deduce que cuando se afecta el núcleo esencial de un derecho fundamental, éste queda o violado o suspendido. (Sentencia C-045/96. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)

Aquí se cree que, este dilema plantea otra discusión, pues aquí, se entiende que, ante la flexibilidad de los derechos, se desprende que éstos no equivalen a conceptos pétreos, dado que, por su naturaleza son históricos, dinámicos, contingentes y adecuables a una realidad constitucional determinada, dinámica y cambiante. Esta característica también afecta lo que son, pues la mencionada actualización y flexibilidad de los derechos, también, se supone comprende el núcleo esencial. Así las cosas, es concluyente que el Juez constitucional es quien, en cada caso, lo concreta ya sea por vía de autoridad o a través del principio de proporcionalidad (teoría relativa).

Respecto a la vía de autoridad, por ejemplo, la corte a través de la Sentencia C-256/14. M.P., Jorge Pretelt Chaljub, fija el núcleo esencial al derecho al sufragio:

Para la Corporación el núcleo esencial del derecho al sufragio contempla tres elementos: (i) la libertad política de elegir y ser elegido; (ii) el derecho subjetivo a una actividad prestacional del Estado para la realización del derecho; esto es, obtener del Estado los medios logísticos e informativos para que la elección pueda llevarse a término de manera adecuada y libre; y (iii) el deber ciudadano de contribuir con su voto a la configuración democrática y pluralista de las instituciones estatales. Esta posición ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias C-375 de 1995, C-618 de 1997 y T-343 de 2010, al estudiar las condiciones para el acceso a los cargos públicos.

3.5. El catálogo de derechos es criterio auxiliar

En Colombia, los DF no son sólo los presentes en el Título II, Capítulo I y los del artículo 44 de la Constitución de 1991. Este debate es de los más arduos y complejos de analizar por las diferentes tendencias involucradas. Lo destacable es que, con este criterio, la Corte define qué son los DF. Frente a estas subreglas, constituye toda una dificultad intentar una sola línea jurisprudencial porque, el problema también involucra a la seguridad jurídica. Para ilustrarlo es necesario desglosarlo, según la siguiente exposición:

3.5.1. El catálogo. El debate se inicia con la sentencia T-002/92 (sentencia fundante que se analiza, por tercera vez). Los DF no se limitan a los consagrados en el Título II, Capítulo I de los Derechos Fundamentales de la Constitución de 1991, por tal motivo, el Juez debe acudir a una interpretación sistemática, finalística y axiológica para desentrañar si se trata, o no, de un derecho fundamental. La Corte propone varios métodos interpretativos. El criterio del catálogo fue desplazado, desde un inicio, por otras tendencias (iusnaturalismo esencialista (inherencia e inseparabilidad a la persona humana) y el axiologismo, (dignidad humana y justiciabilidad). Por su parte, la sentencia T-406-92 establece que se consideran fundamentales, aquellos derechos que, por su conexidad con otros derechos, que sí ostentan esa categoría. Desde un comienzo, la Corte en virtud del principio de conexidad amplía a fundamentales los derechos económicos, sociales y culturales (Faralli, 2007, pp.47-84).

Algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección. En ocasiones se requiere de una interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos sociales o

culturales para poder apoyar razonablemente una decisión judicial. Un derecho fundamental de aplicación inmediata que aparece como insuficiente para respaldar una decisión puede llegar a ser suficiente si se combina con un principio o con un derecho de tipo social o cultural y viceversa. Esto se debe a que la eficacia de las normas constitucionales no está claramente definida cuando se analiza a priori, en abstracto, antes de entrar en relación con los hechos. (Sentencia T-406/92. M.P. Ciro Angarita Barón)

El debate comprueba que la Corte, desde el primer momento, ha estado en la búsqueda de una idea de fundamentalidad, a partir, de la apertura del Derecho a los hechos, y de otro lado, a otros derechos. De tal forma, este debate supera desde un principio la clasificación de los derechos en individuales, sociales, culturales y del medio ambiente, es decir, el concepto de fundamentalidad, atiende a todas las facetas de los derechos (negativas y positivas).

3.5.2. La seguridad jurídica. Está muy relacionada con un concepto unificado de los DF y, por supuesto, con el catálogo de derechos (criterio de ordenación legislativa). Es decir, se presentan dos debates, al interior del catálogo, como criterio auxiliar de fundamentación:

(i) El **primer debate**, alude al concepto unificado de los DF es parte muy activa del debate sobre la seguridad jurídica. Un sistema constitucional está obligado a definir qué son los DF, para elevar el nivel de previsibilidad de las decisiones judiciales. Se recuerda al realismo jurídico que en una de sus tendencias señala que, los derechos son predicciones y, por otra parte, la que dice que son planes. Esta garantía también consiste en la certeza sobre el contenido material de los derechos, ¿qué son? es decir, sobre su naturaleza, sobre el objeto de protección y sobre las consecuencias que se derivan del incumplimiento (tesis de la implicancia). Igualmente,

en que los jueces interpreten el derecho, de manera estable y consistente. Sobre esta pretensión constitucional, la Corte señala:

La certeza que la comunidad jurídica tenga de que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma es una garantía que se relaciona con el principio de la seguridad jurídica. La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente. Esta certeza hace posible a las personas actuar libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley. La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley. (Sentencia C-836/01. M.P. Rodrigo Escobar Gil)

(ii) El **segundo debate**, se relaciona con el catálogo de derechos, desde el derecho positivo que, genera seguridad jurídica. En ese orden de ideas, para la Corte Constitucional “el derecho positivo, que es lo mismo que derecho objetivo, es el conjunto de normas vigentes en un pueblo en un determinado momento”. (Sentencia C-224-94. M.P. Jorge Arango Mejía)

Al problema, se suma la relación entre la moral y el derecho. Sin embargo, la investigación demuestra que, lo moral, en su relación con los derechos, constituye una tendencia plausible que, no se opone a la seguridad jurídica. Se considera plausible, si, por otra parte, se conocen los parámetros sobre la fundamentalidad de los derechos. Es decir, ¿qué son? y su

implicancia. La Corte se ha referido a una moral social que, le corresponde a todo pueblo; es decir, que los DF, no son exclusivamente los que establece el Legislador y que, existen razones de por medio que, justifican otro tipo de derechos (por ejemplo, respecto de la dinámica de las relaciones sociales y la validez del acto jurídico, una moral social). A ese respecto, la siguiente sentencia dice, lo siguiente:

No es posible negar la relación entre la moral y el derecho. Y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico. Hay siempre una moral social, que es la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia. Entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social.” (...) “La moral y el derecho son sistemas de normas cuyo destino es la regulación de la conducta del hombre. Aquí radica la similitud entre los dos. Pero entre ellos existen diferencias que la filosofía jurídica contemporánea señala: la moral es unilateral, en tanto que el derecho es bilateral; la moral gobierna el ámbito interno, y el derecho es externo; la coercibilidad, es decir, la posibilidad de hacerlo cumplir, mediante la fuerza, es propia del derecho, y falta, por el contrario, en la moral. Kelsen afirma que la coacción es un elemento esencial del derecho y al señalar las diferencias entre éste y la moral, dice: “la ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria (...) Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado

a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo”. (Kelsen, 1985, pp. 79-81)

El carácter coactivo de las órdenes que, se emiten para la protección de esos derechos también, se relaciona con la seguridad jurídica, especialmente, en el estado de cosas inconstitucional. Una aclaración de voto del Magistrado Jaime Arango Rentería a la sentencia T-476/08 se destaca porque, se refiere al problema de la coacción, precisamente allí, se discute sobre la naturaleza jurídica, de ese tipo de decisiones judiciales. Las sentencias de la Corte desde el punto de vista del Derecho positivo u objetivo, para todos los efectos legales, constituyen normas jurídicas particulares. Este tipo de normas, se entienden como aquellas que componen el derecho positivo que, se debe garantizar mediante “la coacción”. Ésta es una característica diferenciadora, entre un sistema normativo, de uno de la moral, sin que, como se expuso en la sentencia C-224/94, se niegue en la Corte la relación entre la moral y el derecho. Esta aclaración de voto, contempla el Derecho, como un orden coactivo:

En relación con el concepto de coacción, el Iusfilósofo Austriaco Hans Kelsen sostiene que lo fundamental del ordenamiento jurídico o del derecho es el ser un orden coactivo, lo cual constituye la característica diferenciadora entre sistemas normativos de diferente índole como el sistema normativo de la moral y el sistema normativo del derecho. Así en el ordenamiento jurídico el poder policivo institucionalizado en cabeza del Estado obliga a los asociados a obedecer las normas jurídico-positivas, y ello bien a voluntad o bien contra la voluntad de los destinatarios de las normas a través de la coacción.

Aquí el debate se dirige a la coacción de las normas del sistema de derechos. Uno de los detalles que va marcando ese derrotero, es que, en realidad, la función principal del Estado

respecto, de los derechos, está dado por la protección de ciertos bienes jurídicos e intereses legalmente protegidos (respecto de la dignidad humana como objeto de protección de esos bienes e intereses legalmente protegidos). En este sentido, las normas sobre DF independiente del distinto origen, es decir, del enfoque o los enfoques, por pertenecer a un orden coactivo positivista que lo diferencia de las normas de la moral, estas normas están dotadas de la capacidad de imponerse, incluso políticamente, de tal modo, una de las consecuencias del incumplimiento, puede estar dado en la responsabilidad del Estado. Un detalle, muy importante, es que el concepto de los DF, en todo caso, hace parte de un orden normativo, cuya característica principal es la coactividad, y en este sentido, es que se rescata este salvamento de voto. Así mismo, la coactividad implica obediencia obligatoria y no discrecionalidad, arbitrio y/o libertad de pensamiento, lo cual sí se evidencia en los sistemas morales:

De esta manera la característica esencial del derecho, esto es, lo que lo diferencia de otros ordenamientos o sistemas normativos como en el caso de la moral, es la coacción, ya que la obediencia a los preceptos o enunciados normativos de la moral queda sujeta al libre arbitrio o voluntad de la persona, siendo un ámbito en donde no puede existir la coacción sino tan sólo o a lo máximo el reproche o rechazo moral, mientras que es característico del derecho el que se tiene que obedecer obligatoriamente las normas jurídicas y ello de una manera coactiva, ya que en caso de desobediencia se moviliza el poder coactivo del Estado para imponer la sanción correspondiente. Es por ello, que, para autores como Emmanuel Kant el derecho está ligado analíticamente a la facultad de coaccionar y es por ello también que Kelsen no acepta la diferencia entre Estado y Derecho, ya que la noción de derecho está ligada analítica o conceptualmente a la noción de Estado. (Subrayado por fuera del texto)

Así, es que, a partir del nacimiento del Estado, se habla del Estado de derecho y del Derecho, del cual hacen parte principalísima, los DF. Es decir, los derechos identifican al Estado de derecho. Por consiguiente, es innegable la necesidad del derecho positivo, pues los derechos para ser protegidos requieren de la presencia del Estado y del Derecho, lo cual históricamente, los diferencia, del estado de naturaleza, donde no había protección, por ausencia de un orden coactivo. Precisamente, el salvamento de voto, también se ocupa de estas características:

Esta característica del derecho como sistema coactivo, es decir, como el reino de la heteronomía, esto es, el estar obligados a obedecer normas que son impuestas al individuo desde el exterior, a diferencia de la moral que es el ámbito de la libertad individual y el reino de la autonomía por antonomasia, esto es, la obediencia sólo a las normas que se impone el individuo a sí mismo de manera libre, se explica en teoría y filosofía del derecho a partir del concepto de la voluntad del sujeto. El derecho requiere coacción por cuanto la voluntad del sujeto es imperfecta, esto es, el individuo racional no sigue u obedece libremente aquello que desde un punto de vista práctico-racional es correcto, razón por la cual para que sea posible la convivencia pacífica entre individuos racionales en una sociedad organizada institucionalmente como Estado, es necesaria la coacción de la voluntad de los individuos para que obedezcan las normas de convivencia, de lo contrario la obediencia a estas normas societarias dependería de la voluntad de las personas lo que nos conduciría de nuevo a un “estado de naturaleza”, figura hipotética que sirve de analogía a una situación original de los hombres sin derecho, sin Estado y sin poder coactivo por parte de éste para hacer cumplir so pena de sanción institucional punitiva, las normas de obligatorio cumplimiento para todos sus destinatarios. La coacción es entonces lo que diferencia el derecho de la moral, la heteronomía de la autonomía. (...) Este es el problema que Norberto Bobbio denomina “el problema de la imperatividad del derecho”, dentro del cual se entiende a las normas jurídicas como obligaciones, mandatos o imperativos. (Subrayado por fuera del texto)

En la Sentencia T-476/08. Aclaración voto Magistrado Jaime Araujo Rentería. Para los DF son muy importantes los conceptos de obligación e imperatividad. Al respecto este Salvamento de Voto señala:

Así mismo el elemento de la obligación o imperatividad del derecho lo denominaba Francesco Carnelutti como “el elemento indefectible del ordenamiento jurídico o, en otras palabras, el simple o primer producto del derecho”. Así mismo, respecto de la obligatoriedad de las normas jurídicas Giorgio Del Vecchio afirma: “importantísimo y esencial carácter de la norma jurídica es la imperatividad. No podemos concebir una norma que no tenga carácter imperativo. El mandato (positivo o negativo) es un elemento integrante del concepto de derecho, porque este pone siempre frente a frente dos sujetos, atribuyéndole a uno una facultad o pretensión, e imponiéndole al otro un deber, una obligación correspondiente. Imponer un deber significa precisamente mandar”. (...) En este orden de ideas, las normas jurídicas tienen que ser necesariamente normas que encierran un mandato un imperativo, o en otras palabras, una obligación para el destinatario de las mismas. Así también, las decisiones judiciales, que son normas jurídicas particulares, tienen que estar caracterizadas por constituir obligaciones jurídicas, cuya obediencia se debe garantizar por la coacción del mismo sistema jurídico. Así en teoría del derecho el concepto de obligación jurídica no existe ni tiene validez si una tal obligación dependiera de la voluntad del obligado, lo cual aparejaría una contradicción interna, puesto que su cumplimiento estaría supeditado a la buena voluntad del obligado de cumplirla, lo cual desvirtúa el carácter mismo de la obligación jurídica, que en forma contrapuesta a la obligación moral supone un deber categórico de cumplimiento del enunciado normativo o prescripción jurídica so pena de coacción, es decir, de ser obligado al cumplimiento o sancionado por el incumplimiento.

La sentencia T-240-93 de Eduardo Cifuentes Muñoz, por otro lado, expone un dato muy importante para la conceptualización de los DF y es que la Constitución como norma básica de convivencia social es abierta y dinámica, recurre a un criterio positivista normativista casi formalista de los DF. Nótese la importancia desde el punto de vista del derecho positivo:

La Constitución como norma básica de la convivencia social y de estructura abierta y dinámica tiene en la comunidad su correlato necesario. Los bienes que la Carta protege y valores que prohíja tienen igualmente relevancia social y su existencia o defecto no son ajenos a su realidad fenomenológica. Sin embargo, el concepto de derecho fundamental, pese a inspirarse en la realidad y buscar en cierto modo moldearla, es fruto de la consagración o del reconocimiento del derecho positivo, de suerte que se impone encontrarse en un supuesto comprendido dentro de su ámbito material delimitado o supuesto por el Constituyente para poder gozar de él.

Bajo este parámetro interpretativo, entonces: ¿cuál será el supuesto material delimitado o el supuesto del Constituyente para que el ciudadano pueda gozar de un DF? Desde el punto de vista del derecho positivo, la Corte se refiere a un tipo de norma de DF con un supuesto comprendido dentro de un ámbito material delimitado, o con un supuesto del constituyente para gozar de un derecho fundamental. Así, las normas sobre DF deben contemplar un supuesto material, o un objeto de protección, a partir de lo qué son los derechos (dentro del ámbito material delimitado y/o del Constituyente para cada tipo de derecho) y en cada caso, especificar el objeto de protección. Ahora bien, el sistema constitucional, también prevé, la consecuencia jurídica (tesis de la implicancia), pues de esta postura es claro que, los derechos están contenidos en normas jurídicas independientes de su origen. Es decir, para ir clarificando, los derechos son

algo jurídico y representan un problema normativo. El profesor Robert Alexy distingue entre los conceptos de norma de derecho fundamental y los DF. Y así señala Alexy (1993) que “siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho. Es dudoso que valga lo inverso. No vale cuando existen normas de derecho fundamental que no otorgan ningún derecho subjetivo”. (pp.47-55)

Sobre este punto, el trabajo presenta el siguiente interrogante: ¿qué tipo de normas son los DF? (proceso de institucionalización de los derechos). Al respecto, el profesor Alexy (1993) no recomienda aquella vía que, señala que “sólo normas que otorgan derechos fundamentales son normas de derecho fundamental”. (p.48) Aunque, atina a la siguiente precisión:

A las formulaciones del catálogo de derechos fundamentales se adscriben normas a las que no corresponde directamente ningún derecho subjetivo. (...) Por ello es aconsejable manejar el concepto de norma de derecho fundamental como un concepto que pueda ser más amplio que el de derecho fundamental.

Acercas del concepto de Norma, Alexy (1993) advierte que:

Las normas de derecho fundamental son normas. Por lo tanto, el concepto de norma de derecho fundamental comparte todos los problemas del concepto de norma. (...) La utilización de la expresión <norma> en todos los ámbitos está caracterizada por el hecho de que es usada con diferentes significados, en casi todos es vaga y, cuando es sacada de su uso obvio, se produce una polémica interminable. (pp.48-49)

Así que, la doctrina distingue entre norma y enunciado normativo. Siguiendo esta pauta, un enunciado normativo de la Constitución de 1991 es el contenido en el Artículo 7º: “se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas”. Este

enunciado expresa una norma, según la cual, en Colombia, ningún residente será sometido a esclavitud, servidumbre o trata de seres humanos. En este orden de ideas, “una norma es, pues, el significado de un enunciado normativo”. (Alexy, 1993, p.51)

La Constitución de 1991 contiene variedad de normas, y algunas de ellas “son expresadas a través de disposiciones iusfundamentales” (Alexy, 1993, p.62). En la Constitución de 1991, se contempla un catálogo de derechos. Sin embargo, hay disposiciones de carácter iusfundamental que están por fuera de ese catálogo y que, no adscriben directamente DF. De esta forma, el Artículo 94 es, por ejemplo, un enunciado normativo-iusfundamental en Colombia, es decir, constituye una norma abierta de DF que, de acuerdo con el profesor Alexy (1993), apertura derechos y también, adscribe derechos en particular:

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. (Constitución Política, 1991, Artículo 94)

Un grupo de sentencias alude en Colombia al problema planteado. La sentencia T-240/93 por ejemplo, se refiere a unos supuestos contenidos en las normas de DF. Estos supuestos son los siguientes: (i) Que un derecho no aparezca consagrado en una disposición iusfundamental de la Constitución de 1991, pero que, de acuerdo con el derecho natural, o de los derechos naturales (en el segundo capítulo se hizo la distinción entre estas dos categorías) se considere inherente a la persona humana. Entonces, la Corte se refiere a los derechos naturales, en general, porque en Colombia, no se conoce un listado de derechos inalienables e inherentes a la persona humana. Así las cosas, son fundamentales, porque el artículo 94, así lo ordena. Al respecto, la aplicación de este tipo de derechos, también se encuentra positivizada, igualmente sus consecuencias

jurídicas (la protección, a través, de la acción de Tutela). Se trata, en realidad, de un problema normativo. Sin embargo, no está muy claro a qué corresponde la expresión “ámbito material delimitado o supuesto por el constituyente” (Sentencia T-240/93. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), según lo expuesto por la Corte, razón por la cual, reexaminar el tema de los derechos subjetivos en esta investigación, por ahora, resulta imposible y se remite, al estudio del tercer capítulo.

Sobre el segundo supuesto: (ii) ¿Qué es un supuesto del constituyente? Para la investigación, se entiende como aquél que se refiere a los establecidos por poder constituyente en una norma de DF, es decir, a los supuestos que aparecen en un enunciado normativo de la Constitución. Por ejemplo, un supuesto del constituyente se explica con el mismo artículo 94. Para empezar, se tiene por anticipado que este artículo constituye una norma de DF y que, a su vez, contiene un supuesto y una consecuencia jurídica establecidos democráticamente por el poder constituyente. Al supuesto “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes” (...) “corresponde la consecuencia jurídica” que “(...) no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Lo anterior, significa que, todo derecho que por su naturaleza se considere inherente a la persona humana y que, no aparezca en el catálogo de derechos en la Constitución de 1991, se considera fundamental y protegido por la acción de Tutela.

La Constitución de 1991 entonces, contempla DF por fuera del catálogo, y éstos gozan de supuestos estatuidos por el poder constituyente. Este fenómeno constitucional, tiene implicaciones, independientes de la relación del Derecho y la moral. Entonces, los DF son entes jurídicos independientes del modelo de fundamentación que los acoja. Es decir, los derechos

tienen un contenido normativo o un contenido estrictamente jurídico. Este dato es relevante y se tendrá en cuenta en las consideraciones del quinto capítulo. Así mismo, por ese diseño, la Constitución de 1991, ha sido calificada como:

Una Constitución progresista, antiformalista, como el origen del nuevo derecho, de textura abierta, garantista, vanguardista, tanto por los derechos fundamentales que consagró como por la figura del Estado social de derecho que los respalda y el esquema de democracia participativa que propicia. (Mejía Q., 2004)

La sentencia T-418 de 1992 apertura los derechos, en razón, de la naturaleza humana, propiciando la supervivencia del ser humano (antropocentrismo). Nótese que pervive la idea de los derechos inherentes a la persona humana, aunque se trata de un criterio de origen iusnaturalista. De acuerdo con lo expuesto en el Capítulo I, en Colombia constituye un criterio de derecho positivo al estar contemplado en la Constitución de 1991. Por tanto, se trata de un criterio formal y material de Derecho que influye sobre el concepto los DF, siendo obligatorio para todos, porque claramente, hace parte del derecho positivo. Esta norma iusfundamental sirve para determinar cuándo, un derecho inherente a la persona humana no aparece escrito en la Constitución de 1991. La Constitución de Colombia, por este tipo de normas, se considera una Constitución abierta, dinámica e indeterminada. De la misma jurisprudencia emerge esta postura:

Los derechos obtienen el calificativo de fundamentales en razón de su naturaleza, esto es, por su inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre. Un derecho es fundamental por reunir estas características y no por aparecer reconocido en la Constitución Nacional como tal. Estos derechos fundamentales constituyen las garantías ciudadanas básicas sin las cuales la supervivencia del ser humano

no sería posible. (Sentencia T-418 de 1992. M.P. Jaime Sanín Greiffenstein y Ciro Angarita Barón)

La Sentencia T-483/92 dice que, son fundamentales los derechos que la Constitución, así los considere, y que, por vía de excepción, se cobijan aquellos que, a pesar de no tener ese carácter, y que, dada su naturaleza, al Estado le corresponde impedir su vulneración, mediante la acción de Tutela. Así las cosas, el sistema contempla derechos de rango legal que, constituyen un derivado o resultado de un derecho fundamental. La Corte adopta, por lo tanto, un criterio de fundamentalidad consecuente con el artículo 94, un criterio amplio de DF en la jurisprudencia incluye algunos de rango legal, derivados de otros que, sí son fundamentales:

Los derechos que protege la Acción de Tutela, son aquellos que la Constitución considera como fundamentales y excepcionalmente serán cobijados los derechos constitucionales que, a pesar de no tener el carácter de fundamentales, por su naturaleza en casos concretos, sea posible impedir su vulneración mediante el procedimiento de la tutela. La ley desarrolla el contenido de los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política. Entonces es preciso concluir que cuando estos derechos de rango legal son un derivado o resultado del derecho fundamental o están vinculados esencialmente a él, son amparados por la Acción de Tutela cuando su efectividad no puede alcanzarse con el solo empleo del medio judicial ordinario que los garantiza, y se ha producido su vulneración. (Sentencia T-483-92. M.P. Fabio Morón Díaz, Simón Rodríguez Rodríguez y Jaime Sanín Greiffenstein)

En este orden de ideas, el concepto de norma es primario, con respecto al enunciado normativo. El profesor Robert Alexy aconseja:

No buscar los criterios para la identificación de las normas en el nivel del enunciado normativo sino en el de la norma. Un criterio tal puede formularse con ayuda de las modalidades deónticas, de las cuales en este lugar deben ser mencionadas tan sólo las modalidades deónticas de mandato, la prohibición y la permisión. (Alexy, 1993, p.52)

Y agrega Alexy (1993) que “es aconsejable manejar el concepto de norma de derecho fundamental como un concepto que pueda ser más amplio que el de derecho fundamental” (p.48). Basada en estas distinciones, la investigación utiliza en su trabajo la expresión “normas de derecho fundamental”.

La Constitución de 1991 contiene normas de DF, al menos de dos tipos:

(i) Normas de derecho fundamental que consagran expresamente DF. Es el caso del catálogo de derechos del *Título II. De los derechos, las garantías y los deberes Capítulo 1. De los derechos fundamentales*, artículos 11 a 41 y las normas de DF que contienen los derechos de los niños del artículo 44, y,

(ii) Normas de las cuales no se deriva ningún derecho en particular, pero que amplían el espectro de los derechos. Son los artículos 1, 2, 5, 23, 84, 85, 86, 93, 94, 152.2, 250.3 y 334 inciso 4. En este sentido el artículo 2º contiene una cláusula muy importante para los derechos, la cláusula general de: “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”. Esta cláusula, sobre la efectividad de los derechos, no es una norma programática, es por el contrario una norma que contempla un DF autónomo (consagra derechos garantizados por el Estado). De allí que, todos los colombianos tengan el derecho a la efectividad de los derechos, partiendo de los fundamentales. Se trata, por consiguiente, de un derecho por antonomasia, garantizador de los demás derechos consagrados en el catálogo de derechos de la Constitución de 1991, artículos 11 al 41, artículo 43, 85 y 94. En Colombia, los derechos del

Artículo 94 están en una norma jurídica y, por tanto, los colombianos gozan de la posibilidad de otro tipo de derechos, cuando sean inherentes a la persona humana. Los artículos 5, 93 y 94 así consagran varios tipos de derechos, de manera expresa. Es decir, los derechos inalienables y los inherentes a la persona humana son derechos positivizados, aunque no exista un catálogo de esos derechos. De esta forma, los artículos 1, 2, 5, 93 y 94 son normas de DF reconocidas en la jurisprudencia constitucional y este fenómeno explica, el por qué, el catálogo de derechos se considera auxiliar (reduccionismo).

En Colombia, por lo tanto, existe diversidad normativa, dado que se contemplan varios tipos de normas de DF. Esta diversidad empieza con el catálogo de DF en los artículos 11 al 41, el artículo 44 sobre los derechos de los niños; así mismo los artículos 1, 2, 5, 85, 86, 93, 94, 250.3 y 334, inciso 4º, *in fine*, de la Constitución de 1991. En este contexto, es que la dignidad humana sobresale y opera como principio fundante del Estado social de derecho, tal como lo reconoce la jurisprudencia. A estas normas, se suman la cláusula de eficacia de los derechos, los derechos inalienables, los derechos de aplicación inmediata, la acción de Tutela, el bloque de constitucionalidad, los derechos inherentes a la persona humana y el núcleo esencial de los derechos. Se trata, por consiguiente, de una Constitución axiológica, al contemplar unos valores del Preámbulo y unos principios fundamentales del Título II, Capítulo. Las dos categorías son normas iusfundamentales:

La vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana.

Todo el conjunto de normas conforma un subsistema de derechos. No obstante, según la hipótesis, se interpretan al compás de cada uno de los modelos históricos de fundamentación, con su propio criterio de validez, y a la interpretación de cada jurista. Esta es una de las razones por las cuales existe disparidad de criterios en la doctrina, en la concepción de los DF. Por consiguiente, inexcusablemente a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, le corresponde en virtud de los artículos 4 y 241 de la Constitución de 1991, adoptar un patrón conceptual identificable de lo qué son esos derechos, para proteger la seguridad jurídica.

El catálogo de derechos constituye un criterio auxiliar, y así se pueden citar DF, no contemplados en el catálogo. Por ejemplo, la sentencia T-790/14 consagra el derecho al agua potable. Este derecho no aparece en el catálogo de DF de la Constitución de 1991, no obstante, sí lo reconocen los instrumentos internacionales de derechos humanos, conforme al artículo 93 y la jurisprudencia constitucional. En esta sentencia se consagra el derecho al agua, así:

En nuestra Constitución Política no se consagra expresamente el derecho al agua como un derecho fundamental. Sin embargo, en virtud del contenido del artículo 93 Superior que preceptúa: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”, esta garantía hace parte del catálogo de derechos fundamentales que cualquier ciudadano puede invocar para solicitar su protección bajo nuestro ordenamiento constitucional, teniendo en cuenta que es reconocida en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, como más adelante se analizará. En otras palabras, en virtud de la figura jurídica del bloque de constitucionalidad, el derecho al agua ha sido incorporado al ordenamiento jurídico interno para enriquecer el capítulo de derechos fundamentales de la Carta Superior. (Sentencia T-790/14. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

El derecho a la subsistencia, también se considera fundamental (mínimo vital). En la sentencia T-426/92 se estipula que es un derecho derivado del Estado Social de derecho, de la dignidad humana y del principio de solidaridad. La jurisprudencia, lo reconoce como un derecho que se relaciona con otros derechos que sí aparecen en el catálogo de derechos, como fundamentales (conexidad). Es el caso de los derechos a la vida, la integridad personal y la igualdad. El derecho a la subsistencia resulta de la combinación de varios enunciados normativos de la Constitución de 1991, entre otros, del Estado social de derecho, del conjunto de valores, principios, deberes y DF establecidos en la carta magna. Se trata de un derecho prestacional que, surge a partir de varias reglas de reconocimiento, acogidas en esta sentencia. Así, se destaca que el concepto de los DF opera como un marco general democrático y central para la conceptualización de todos los derechos, pues en él se contempla el bien jurídico o el interés jurídico protegido por el Derecho, junto con los demás elementos necesarios que, identifican al derecho en particular, junto con la dignidad humana (que no contingentes) que son protegidos a través de la acción de Tutela. Este concepto sirve para descubrir nuevos derechos, a partir, de los artículos 1º, 5º, 93 y 94 de la Constitución de 1991 y del bloque de constitucionalidad. Es así, el caso de las personas de la tercera edad, a quienes la seguridad social, les califica como DF cuando se ponen en peligro otros derechos, valores y principios, también fundamentales. La jurisprudencia así lo expone:

Aunque la Constitución no consagra un derecho a la subsistencia éste puede deducirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social. La persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir. La consagración de derechos fundamentales en la Constitución busca garantizar las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre

desarrollo de su personalidad. Al interpretar restrictivamente el alcance del derecho a la subsistencia el juez desconoció la importancia de la solicitud de tutela respecto de los derechos de seguridad social y de asistencia y protección de la tercera edad, en las especiales circunstancias del solicitante. “ESTADO SOCIAL DE DERECHO. El Estado social de derecho hace relación a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección. Exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad”. (...) El derecho a la seguridad social no está consagrado expresamente en la Constitución como un derecho fundamental. Sin embargo, este derecho establecido de forma genérica en el artículo 48 de la Constitución, y de manera específica respecto de las personas de la tercera edad, adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral o el libre desarrollo de la personalidad de las personas de la tercera edad.

3.5.3. Línea jurisprudencial. Mantiene la idea acerca del reconocimiento expreso de los derechos como un criterio formal y auxiliar no definitivo. (Sentencia fundante T-002/94), pero al mismo tiempo, no niega que los derechos son fruto de su consagración, expresa en la Constitución. Es decir, el catálogo se presenta como un criterio relativo, en la Corte. Ahora bien, la positivización de los derechos, en la Constitución, se enfrenta al artículo 94 que da apertura, a

otros no consagrados en la Constitución. El citado artículo es esencialista y altamente influyente, en todo el sistema constitucional colombiano. Además, cuenta con otras normas de apoyo, tal es el caso de los artículos 1º, 2º y 5º. La dignidad humana, en combinación con derechos los esenciales, inalienables e inherentes a la persona humana, se torna muy fuerte, frente a la consagración expresa.

Pero, en la Corte también, se presenta un problema de lenguaje. Ante la falta de unificación conceptual se desconoce en qué modelo o modelos encajan esos derechos. Según Bobbio (1991):

El único modo de entenderse está en tomar en consideración la comprobación entre las dos distinciones, para las que «derechos morales» contrapuesto a «derechos legales» ocupa el mismo espacio que «derechos naturales» contrapuesto a «derechos positivos». Se trata en ambos casos de una contraposición entre dos sistemas normativos distintos, en los cuales lo que cambia es el criterio de distinción. En la distinción entre *moral rights* y *legal rights*, el criterio es el fundamento, en la distinción entre «derechos naturales» y «derechos positivos» es el origen”.
(p.20)

Vale decir que Bobbio (1991), se refiere a la confrontación Iusnaturalismo - positivismo. Por esta razón, se destacan las Sentencias T-002/1992 originalmente, y la T-1306/2000, esta última con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz, donde examinan y se definen los criterios de esenciabilidad, inalienabilidad e inherencia para determinar la naturaleza de los DF y así, unificar su significado. En esta línea, solo se hará mención a dos sentencias que, reafirman que el catálogo es criterio auxiliar.

3.5.3.1. Sentencia T-015-92. Se trata de un derecho patrimonial no contemplado en la Constitución, como fundamental, al que la jurisprudencia reconoce ese carácter. Se trata del

derecho a la propiedad que, según la Corte, comprende todos los derechos patrimoniales consagrados en el Código Civil y es fundamental por su naturaleza (criterio esencialista). En esa jurisprudencia se expone lo siguiente:

Así mismo el artículo 2° del Decreto 2591 de 1991 señala, en relación con los derechos protegidos por la tutela que “La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una decisión de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión”.(...) Entonces, si se tiene en cuenta que el derecho de propiedad reconocido y garantizado por la Carta Política, abarca todos los derechos patrimoniales de una persona, esto es, los que recaen sobre las cosas y los bienes, entendidos estos como los objetos inmateriales susceptibles de valor, y que se desarrollan en el Código Civil, no cabe duda de que en este sentido es un derecho fundamental, “aunque es una función social que implica obligaciones”, según la precisa evolución política, económica y social a que se ha aludido más arriba. Que ello es así lo ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Ley 16 de 1972), la que en su artículo 21 prescribe, en primer término, que “toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”, y, además que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. (Sentencia T-015-92. MP. Fabio Morón Díaz. Ponente- Simón Rodríguez Rodríguez y Jaime Sanín Greiffenstein)

El argumento central, lo proporciona la naturaleza humana (Iusnaturalismo), conforme a la cual, un derecho no reconocido como fundamental, adquiere esa connotación, en virtud de la naturaleza humana (antropocentrismo). La Corte, reconoce unos derechos no fundamentales, a

partir, del derecho de propiedad, consagrado en la Constitución, debido a que los patrimoniales recaen sobre cosas y bienes y objetos inmateriales que son susceptibles de valor, con base en el Código civil. (Derecho positivo) Es decir, la Corte trasfiere el carácter de fundamental a esos derechos, con base en normas de derecho positivo, esto es, las normas del Código Civil.

3.5.3.2. Sentencia SU-225-98. La Corte recurre a distintas variables para definir la fundamentalidad de los derechos. En efecto, se trata de la aplicación combinada de los modelos de fundamentación, a partir, del reconocimiento directo o indirecto de derechos de aplicación inmediata en la Constitución de 1991. La Corte señala que, usualmente los derechos DF son los derechos de libertad, pero también que, existen derechos prestacionales fundamentales, además que esos derechos, son poderes en cabeza de los menores. Los DF son aquellos reconocidos directa o indirectamente en la Constitución, como de aplicación inmediata que, no dependen de decisiones políticas, dice la Corte. Esta sentencia tiene claras directrices positivistas. Al respecto, los derechos de aplicación inmediata son los que establece el artículo 85 de la Constitución de 1991: “son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40.” Esta consagración significa que hay derechos directamente reconocidos por la Constitución y que son de aplicación inmediata. Sin embargo ¿cuáles son los derechos reconocidos indirectamente por la Constitución? Al respecto, *prima facie*, se antojan dos respuestas: (i) Que la Constitución de 1991 no contempla indirectamente derechos fundamentales o, (ii) Que son los derechos que emanan de los artículos 1º, 5º 93 y 94 de la Constitución de 1991. Es decir, (i) La dignidad humana como principio, valor y DF; (ii) Los posibles de acuerdo con el bloque de constitucionalidad y (iii) Los derechos inalienables e inherentes a la persona.

Esta jurisprudencia emplea una expresión de carácter problemático: “usualmente los derechos fundamentales son los de libertad”. La Corte comienza con la expresión *usualmente* que denota, casi siempre, o no todas las veces. Esta expresión confunde y puede referirse, posiblemente a “los ámbitos de acción individual” (Habermas, 2010, p.150), es decir, a los derechos de libertad u obligaciones negativas del Estado. A aquellas obligaciones que, según Berlín (2003) corresponden al concepto de libertad: “Ser libre quiere decir para mí que otros no se interpongan en mi actividad. Cuanto más extenso sea el ámbito de esta ausencia de interposición, más amplia es mi libertad” (p.222)

Ahora, los derechos de libertad excluyen a los prestacionales (derechos sociales), los culturales y los del medio ambiente. Con todo, la Corte desde sus inicios supera esta clasificación, y para ejemplificar esto, está el caso del alcantarillado de Cartagena (sentencia T-406/92). De otro lado, la Corte también dice que, los derechos de los menores son poderes. La expresión *poderes* denota incertidumbre y posibilidades teóricas que, requieren de otro espacio. Empero, aquí, por ahora, se asumen como una capacidad o cierto nivel de autoridad o de posiciones jurídicas, a favor del ciudadano (Alexy); también, como las facultades otorgadas por el poder constituyente para exigirle al Estado el cumplimiento de sus obligaciones que emanen de sus derechos constitucionales (obligación jurídica). Los derechos como poderes representan una obligación exigible ante los jueces, en el sentido de derecho subjetivo, es decir, en el de una posición jurídica, a favor del ciudadano. Esta variable es novedosa y se ubica en el plano de la relación Estado-ciudadano, en la que la figura del ciudadano ha sido vista, por lo general, como un sujeto pasivo porque es quién obedece las leyes. Bobbio (1991) ratifica que:

El individuo es esencialmente un objeto de poder o como mucho un sujeto pasivo. Más que de sus derechos se habla, en la tratadística política, de sus deberes. Al tema de la relación de mando corresponde, en el otro lado de la relación, el tema de la obligación política, que es

precisamente la obligación, considerada principal, por el ciudadano, de obedecer las leyes.
(p.106)

3.6. Los derechos son obligaciones subjetivas del Estado

Los DF como derechos subjetivos cobran mayor fuerza desde la sentencia T-227-03. Con todo, en la jurisprudencia de la Corte se advierte la idea de Bobbio (1991) según la cual la palabra derecho “sólo tiene el sentido de derecho subjetivo”. (p.20) Es decir, los derechos subjetivos son DF. Ahora bien, en esta línea se intentará destaca la relación interna entre los DF y los derechos subjetivos.

3.6.1 Línea jurisprudencial. En la doctrina no hay acuerdo sobre el concepto de derechos subjetivos. Ahora bien, se trata de uno de los criterios más importantes e influyentes sobre los DF, dado que, el carácter de derechos subjetivos, de los derechos constitucionales fundamentales, los ubica en un plano de exigibilidad superior, respecto de otros derechos. Esta línea jurisprudencial intenta responder a: ¿si los DF en la jurisprudencia colombiana, se consideran como tales, a partir, de ser derechos subjetivos? La hipótesis señala que el carácter de fundamentales se acepta, cuando son traducibles en derechos subjetivos y, se dirigen a lograr la dignidad humana.

3.6.1.1. Sentencia SU-225-98. Esta jurisprudencia, señala las siguientes reglas sobre el concepto los DF:

(...) Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran reconocidos - directa o indirectamente- en el texto constitucional como derechos subjetivos de aplicación inmediata. (Sentencia SU-225/98. M.P., Eduardo Cifuentes Muñoz)

Los términos “directa o indirectamente” fueron tratados con anterioridad, pero ahora se aclara que: (i) la Constitución colombiana de 1991, no emplea la expresión derechos subjetivos. (ii) Que corresponde a la jurisprudencia fijar el alcance de ese tipo de derechos, con el fin de evitar los desacuerdos de la doctrina. (iii) Que el Artículo 85 de la Constitución de 1991, enumera algunos derechos de aplicación inmediata, pero no utiliza la expresión derechos subjetivos. Sin embargo, se infiere del artículo 85 que, se trata de ese tipo de derechos. Al respecto, la sentencia T-403-92, establece que, los derechos de aplicación inmediata son los que, no requieren desarrollo legal para ser exigibles, pero no expone que, se trata de derechos subjetivos. Ahora bien, el presente análisis recae sobre el enunciado de la sentencia SU-225-98 que dice “derechos subjetivos de aplicación inmediata”. Este enunciado conduce a la idea de exigibilidad judicial, aunque su reconocimiento, sea directo o indirecto en la Constitución de 1991. Por tanto, ese tipo de derechos representa una posición jurídica, a favor del ciudadano, y son exigibles ante los jueces al involucrar pretensiones subjetivas. Pero esta postulación, no niega, la textura abierta de la Constitución de 1991. Entonces, se pregunta: ¿qué tipo de derechos subjetivos no son de aplicación inmediata? El punto es complejo porque, se parte de la reconocida falta de consenso en la doctrina acerca del concepto derechos subjetivos (Alexy-Capítulo Tercero), entonces, a esa falta, se agrega que la Corte tenga que definir cuáles son los derechos, cuyo reconocimiento es indirecto y cuándo los subjetivos, no tendrían aplicación inmediata. De otro lado, sobre los DF como pretensiones subjetivas, corresponde a la Corte fijar el alcance del verdadero poder coercitivo de la acción de Tutela: (i) cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial y/o (ii) para evitar un perjuicio irremediable.

3.6.1.2. Sentencia SU-819/99. Los derechos sociales, económicos y culturales son DF cuando involucran la posibilidad de exigir al Estado una pretensión subjetiva; es decir, cuando se traspasan en derechos subjetivos. En este caso, no se trata de unos derechos de aplicación inmediata, sino de unos derechos de contenido económico, social y cultural que requieren de un presupuesto Estatal porque son obligaciones prestacionales dinerarias determinadas. Esa Jurisprudencia señala lo siguiente:

Según lo ha expresado la jurisprudencia constitucional, estos derechos son prestacionales propiamente dichos, para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimientos y organización, que hagan viable el servicio público de salud y que sirvan, además, para mantener el equilibrio del sistema. La implementación de este servicio requiere, entre otros aspectos, de la creación de estructuras destinadas a atenderlos y de la asignación de recursos con miras a que cada vez un mayor número de personas acceda a sus beneficios. Por ello, en principio los derechos de contenido social, económico o cultural, no involucran la posibilidad de exigir del Estado una pretensión subjetiva. Empero, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en manifestar que “la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico.

La función distributiva del Estado tiene límites, y la misma Corte señala que, el excesivo asistencialismo puede afectar la libertad y el desarrollo personal (Sentencia C-566 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Así la jurisprudencia, estas limitaciones se trasladan a los derechos subjetivos de carácter prestacional, que afecta el concepto de posición jurídica, a favor del

ciudadano. Estos límites, también afectan el concepto de DF porque, en esta materia, al Estado le corresponde racionalizar el gasto público, para poder mantener el equilibrio fiscal y así, poder cumplir con los fines de la acción estatal. De otro lado, los derechos prestacionales, de acuerdo con la Corte, no son derechos absolutos, dado que la Constitución de 1991, no los contempla. Entonces, se advierten algunas fisuras interpretativas, por cuanto, en este caso, no se podría hablar propiamente de obligación jurídica, como uno de los atributos de los derechos subjetivos, sino de posibilidades jurídicas subjetivas que se enmarcan, dentro del principio de sostenibilidad fiscal. Entonces, en torno de esas posibilidades jurídicas de cumplimiento de un derecho prestacional, se abre una ineludible discusión sobre el poder de coerción estatal propio de los derechos subjetivos.

3.6.1.3. Sentencia T-227/03. Los derechos serán fundamentales *cuando* funcionalmente estén dirigidos a lograr la dignidad humana y sean traducibles en derechos subjetivos. Aquí no se responde *¿qué son?* sino *¿cuándo son?* La Corte presenta dos variables que se deben armonizar. Se trata finalmente de lograr la dignidad humana, mediante la idea de la exigibilidad judicial, por un lado, y de otro que, en la jurisprudencia se precisen ciertas condiciones de los DF, para su exigibilidad judicial, a fin de evitar colisiones conceptuales, tal y como dice Bobbio (1991), cuando afirma que el lenguaje de los derechos “permanece muy ambiguo, poco riguroso y usado a menudo retóricamente”. (p.21)

Esta jurisprudencia debe armonizarse con los derechos subjetivos de aplicación inmediata expuestos en la sentencia SU-225/98. Las dos sentencias catalogan los DF como derechos subjetivos. No obstante, en la investigación se cree necesario responder a *¿cuándo y en qué,* circunstancias un derecho constitucional está funcionalmente dirigido a lograr la dignidad

humana? Y ¿cuándo un derecho constitucional es traducible en derecho subjetivo? Así, un consenso en la jurisprudencia sobre el concepto de derechos subjetivos responde a la idea de identificar ciertos criterios estructurales y funcionales, en relación con la dignidad humana. Porque, tal y como lo refiere Alexy (1993) “si no existe claridad acerca de la estructura de los derechos fundamentales, no es posible lograr claridad en la fundamentación iusfundamental. Lo mismo vale para todos los conceptos de la dogmática de los derechos fundamentales”. (p.41)

3.6.1.4. Sentencias T-859/03, T-1083/03, T-760/08, T-235/11 y C-372/11. Mantienen la línea de los DF como derechos subjetivos. Sin embargo, progresivamente fueron incorporándole al debate, algunas variantes, como ocurre con la sentencia T-760-08, en donde la Corte señala que son fundamentales aquellos derechos en donde existe consenso, que funcionalmente estén dirigidos a lograr la dignidad humana y sean traducibles en derechos subjetivos. La sentencia T-235-11 reconoce que, los derechos fundamentales tienen una estructura compleja o una multiplicidad de facetas, tanto negativas, como positivas y hace mención a la T-227-03 y enfatiza en que, la traducción a derechos subjetivos, se realiza en cada caso concreto, debiéndose contar con la posibilidad de identificar: *i)* una posición jurídica de carácter Iusfundamental, *ii)* el titular, *iii)* el obligado y *iv)* el contenido o faceta del derecho solicitado, por vía de Tutela. La sentencia C-372-11, por su parte, retoma la sentencia T-227-03 e incorpora el concepto de justiciabilidad, es decir, se refiere a las posibilidades de cumplimiento de los derechos subjetivos, a través, de los jueces.

3.6.1.5. Sentencia T-428/12. Combina ciertos criterios y cita diferentes clases de derechos fundamentales, entre ellos, se refiere a unos derechos prestaciones exigibles por vía

judicial y anuncia unos derechos subjetivos de carácter prestacional. Sin embargo, no repara en los problemas que se derivan de esta postura, porque no todos los derechos prestacionales, responden a las necesidades de una obligación jurídica, en virtud de las limitaciones que se presentan al interior de la función distributiva del Estado y, de la aplicación del principio de proporcionalidad.

3.6.2. Valoración. Esta línea jurisprudencial permitió revisar el concepto de DF desde las obligaciones del Estado. En realidad, en el modelo positivista se presentan varios fenómenos que se pueden analizar, teniendo como referencia todas las líneas jurisprudenciales, hasta ahora elaboradas. (i) En primer lugar, el criterio positivista aparentemente se muestra débil en la jurisprudencia colombiana, a partir de la sentencia T-002-92, cuando la Corte reconoció que el catálogo de derechos es auxiliar para decidir la fundamentalidad de los derechos. En este contexto, el Iusnaturalismo se ve más fuerte, a partir, de la concepción de los DF como esenciales, inalienables e inherentes a la persona humana, a partir de los artículos 1º, 5º y 94 de la Constitución de 1991. (ii) Sin embargo, desde la línea positivista, la dignidad humana, se presenta como una faceta muy fuerte e influyente, a partir, de la consagración de este principio en el artículo 1º de la Constitución de 1991. (iii) En relación con los derechos subjetivos, se trata de una tendencia que se consolida con la sentencia T-227-03, cuando se reconoce que la Corte Constitucional, no había dado una respuesta inequívoca al concepto de los DF. Esta jurisprudencia se encuentra vigente, y desde entonces, ha sido muy influyente en la Corte Constitucional en Colombia, pero con la aclaración que no responde ¿que son? los DF. sino ¿cuándo son? Con todo, la sentencia T-235-11, la complementa y orienta la identificación de cuatro elementos de los derechos subjetivos:

- (i) Una posición jurídica de carácter iusfundamental,
- (ii) un titular,
- (iii) el obligado, y
- (iv) el contenido o faceta del derecho solicitado por vía de Tutela.

Pero como se puede apreciar, al tiempo están en desarrollo otras líneas jurisprudenciales como la del núcleo esencial de los derechos y los derechos esenciales, inalienables e inherentes a la persona humana. Estos derechos están presentes en los artículos 5 y 94 de la Constitución de 1991 y representan el desarrollo antropocéntrico (*pro-homine*) de la carta magna. Se trata también del tipo de derechos que le quitan protagonismo a la línea de los derechos subjetivos.

Por lo anterior, a la Corte le corresponde fijar los criterios acerca de los derechos subjetivos para evitar los problemas que se presentan en la doctrina, cuando falta consenso y atendiendo en general, a las facetas negativas y positivas de los DF (obligaciones positivas del Estado o derechos a prestación). Un punto que se destaca, de los derechos subjetivos en Colombia, es que su fundamentalidad, se basa en la protección de la dignidad humana (principio de identificación).

3.7. Los derechos prestacionales trasmudan a fundamentales

Con base en la jurisprudencia constitucional de 1991, se expuso el criterio de la trasmutación de los derechos prestacionales a derechos subjetivos. El problema por dilucidar es el siguiente: ¿si ciertas obligaciones del Estado de dar o hacer, se consideran DF? Es decir, si están protegidas por la acción de Tutela, bajo el entendido que una de las características de los DF es que se consideran derechos subjetivos, a pesar de los desacuerdos de la doctrina.

3.7.1. Línea jurisprudencial.

3.7.1.1. Sentencia T-571/92. La Corte desde sus inicios define el concepto de derechos constitucionales prestacionales, a aquellos que tienen la capacidad de exigirle a los poderes públicos y a los particulares, cuando fuere necesario, una actividad de dar o hacer. Estos lineamientos son muy influyentes porque, desde entonces, se empieza a construir la idea de una obligación jurídica, en términos de una capacidad para exigirle al Estado proteger el fin o el valor del derecho a la igualdad. La jurisprudencia dice:

El término prestacional de un derecho está dado por su capacidad para exigir de los poderes públicos y en ocasiones de los particulares, una actividad de hacer o dar. Si la prestación contenida en el derecho constitucional se identifica con el fin o valor de la igualdad perseguido por el derecho, aquella constituye un “derecho constitucional prestacional”; mientras que, si el objetivo primordial del derecho es la simple abstención de los poderes públicos, los derechos correspondientes carecen de contenido prestacional. Se genera el deber “prestacional” a cargo del Estado de brindar la atención de la salud, y el derecho en favor del particular de exigirlo dentro de unos lineamientos que la propia Constitución señala.

3.7.1.2. Sentencia T-662/06. Esta jurisprudencia representa un cambio de dirección, en materia de derechos prestacionales. En primer lugar, incorpora al Derecho constitucional la expresión, “trasmutación de derechos prestacionales en derechos subjetivos”, y en segundo lugar, mantiene vigente la condición programática y progresiva de ese tipo de derechos, lo que en principio impediría su exigencia por vía judicial, es decir, que no son derechos subjetivos. Sin embargo, en la medida en que se produce el desarrollo legislativo y reglamentario, y aumenta el nivel de concreción (que es progresiva), se facilita su trasmutación a derechos subjetivos. Luego,

desde este punto de vista, son DF autónomos (se empieza a abandonar la tesis de la conexidad).

El texto es el siguiente:

Ahora bien, tratándose de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos, esta Corporación ha sostenido que, dado el carácter programático y de desarrollo progresivo de aquéllos, su efectividad no puede ser exigida a través de los mecanismos judiciales, por cuanto, mientras no se concreten en planes de ejecución del Estado, más que derechos son principios orientadores de la función pública. Sin embargo, en la medida en que estos derechos de concreción progresiva y programática sean objeto de un desarrollo legal o reglamentario que cree las condiciones que le permitan a las personas exigir del Estado el cumplimiento de una prestación determinada, se produce la transmutación en un derecho subjetivo, que goza de la naturaleza fundamental de manera autónoma y es susceptible de amparo a través de la acción de tutela, sin que se tenga que establecer su conexidad con otros derechos fundamentales (...). Sobre este punto, ha señalado esta Corte: “Estos derechos subjetivos, que se desprenden de las normas que configuran el sistema de seguridad social, eliminan la indeterminación de los derechos programáticos y materializan situaciones concretas exigibles al Estado. Tal exigencia puede hacerse por vía de tutela, por cuanto el derecho a la salud, en su dimensión de derecho subjetivo, es de naturaleza fundamental, en virtud de su estrecha relación con el principio de dignidad humana, vínculo que responde al criterio fijado por la Corte Constitucional como parámetro funcional de definición de derechos fundamentales”.

3.7.1.3. Sentencia T-585/08. Las prestaciones reconocidas positivamente a favor del individuo pueden ser admitidas como derechos subjetivos. La Corte, en este caso, le otorga el carácter de derechos subjetivos a los subsidios de vivienda. La argumentación principal es la siguiente:

Así, respecto de aquellas prestaciones que han sido reconocidas positivamente, por vía legal o reglamentaria, a favor de los individuos, de forma tal que pueden ser definidas como derechos subjetivos, es admitido el carácter *iusfundamental* de la vivienda digna, con fundamento en el criterio de la *transmutación*. Un caso emblemático al respecto es el relacionado con la concesión y desembolso de subsidios de vivienda cuando los adquirentes de vivienda han cumplido con todos los requisitos establecidos por la ley para el efecto.

3.7.1.4. Sentencia T-609/08. El carácter prestacional está dado por la capacidad de exigirle a los poderes públicos acciones positivas, de hacer o de dar. Aquí, se analiza el carácter prestacional del derecho a la salud, es decir, su exigibilidad:

El término prestacional de un derecho está dado por su capacidad para exigir de los poderes públicos y en ocasiones de los particulares, una actividad de hacer o dar. Si la prestación contenida en el derecho constitucional se identifica con el fin o valor de la igualdad perseguido por el derecho, aquella constituye un “derecho constitucional prestacional”; mientras que, si el objetivo primordial del derecho es la simple abstención de los poderes públicos, los derechos correspondientes carecen de contenido prestacional. Se genera el deber “prestacional” a cargo del Estado de brindar la atención de la salud, y el derecho en favor del particular de exigirlo dentro de unos lineamientos que la propia Constitución señala.

3.7.1.5. Sentencia T-675/11. En el caso de la vivienda digna, se supera el nivel de indeterminación normativa, mediante la creación o implementación de planes y programas como los subsidios a favor de sujetos específicos, así ésta se torna en un derecho subjetivo. Esta jurisprudencia, mantiene la siguiente línea jurisprudencial:

La jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en manifestar que los derechos económicos, sociales y culturales deben considerarse como derechos subjetivos, en ciertos contextos, en la medida en que se creen las condiciones para que la persona exija del Estado el cumplimiento de la obligación que tiene, por ejemplo, en virtud de la ley, de ejecutar una prestación determinada. Así, se consolida entonces un derecho en favor de un sujeto específico, por ejemplo, como consecuencia del desarrollo legislativo o reglamentario de las cláusulas constitucionales, gracias en parte a que se ha superado el nivel de indeterminación del derecho a la vivienda digna. Esto se logra, entonces, a causa de la configuración específica de determinadas prestaciones en beneficio de las personas, por ejemplo mediante la creación e implementación de planes y programas que promueven la adquisición de vivienda propia; o mediante el otorgamiento de subsidios y apoyos de carácter técnico o financiero; o mediante la demarcación de un conjunto de prestaciones concretas a cargo de las entidades que tienen como función desarrollar la política pública en materia de vivienda. En este sentido, puede considerarse que el derecho a la vivienda digna adquiere el estatus de un derecho fundamental y, por ende, que su protección puede ser invocada, de manera directa, por vía de acción de tutela.

3.7.1.6. Sentencia T-264-12. Esta jurisprudencia sigue la línea de la anterior, en cuanto los derechos prestacionales se concreten en derechos subjetivos, admiten la acción de Tutela:

DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA. Faceta prestacional podrá dar origen por vía de transmutación a distintos derechos subjetivos. Esta postura indica que “el derecho a la vivienda digna se convierte en fundamental cuando es dotado de contenido mediante la implementación de medidas legislativas y administrativas dirigidas a hacerlo efectivo”. Una situación de esta índole se presenta por ejemplo en aquellos eventos en los cuales el Estado desarrolla una política en materia de vivienda, y concreta derechos subjetivos en cabeza de

determinados beneficiarios que hacen que el derecho de acceso a la misma transmute y sea susceptible de protección vía tutela.

3.7.1.7. Sentencia T-284A-12. La condición de derecho subjetivo de los prestacionales radica en la posibilidad de exigirle al Estado, acciones positivas, de hacer o de dar. Cuando este fenómeno se presenta en la jurisprudencia, se habla de derechos prestaciones fundamentales:

La jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en manifestar que los derechos económicos, sociales y culturales deben considerarse como derechos subjetivos, en ciertos contextos, en la medida en que se creen las condiciones para que la persona exija del Estado el cumplimiento de la obligación que tiene, por ejemplo, en virtud de la ley, de ejecutar una prestación determinada. Así, se consolida entonces un derecho en favor de un sujeto específico, por ejemplo, como consecuencia del desarrollo legislativo o reglamentario de las cláusulas constitucionales, gracias en parte a que se ha superado el nivel de indeterminación del derecho a la vivienda digna.

3.7.2. Valoración. Se concluye que, en Colombia se ha consolidado la tesis de los derechos fundamentales prestacionales. Ésta se basa en la trasmutación de los derechos económicos, sociales y culturales a derechos subjetivos. La trasmutación se presenta cuando se concretizan, a través, del desarrollo legislativo con la expedición leyes, decretos reglamentarios, resoluciones, directivas, entre otras. Es el caso reiterado en la jurisprudencia de los subsidios de vivienda. Al respecto, Pascual (2006) recuerda que, la protección *secundum legem*, es decir, “si el Legislador es el llamado, en primer lugar, a delimitar el alcance de los derechos fundamentales, estableciendo una regulación que logre el justo equilibrio, entre todos los bienes en juego, con frecuencia la delimitación legislativa resultante no puede ser, ni conviene que sea,

absolutamente precisa, de modo que, los correspondientes preceptos legales admiten diversas interpretaciones”. Al efecto, el autor cita una sentencia del Tribunal Constitucional Alemán No. 48/1996 (Pascual, 2006, pp.203-205). En cuanto a la *praeter Legem*: “el legislador está obligado a establecer y regular con cierto detalle, medidas protectoras de los bienes fundamentales. El problema se presenta cuando falta la debida regulación legal”. (Pascual, 2006, p.205)

Los derechos prestacionales son fundamentales cuando se trasmutan en derechos subjetivos, dado que constituyen obligaciones positivas del Estado, a favor del ciudadano (dar o hacer).

Lo destacable de esta perspectiva positivista de la fundamentalidad, es que en ella se basa la idea de obligación jurídica, de exigibilidad, como es el caso de los subsidios de vivienda, cuando se regulan normativamente, como obligaciones jurídicas a favor del ciudadano.

De tal manera, bajo esta concepción casi que no interviene la dignidad humana, ni el carácter de ser derechos esenciales, inalienables e inherentes al ser humano. La fundamentalidad se proyecta sobre el desarrollo legislativo, en el marco de una interpretación que, en todo caso, le corresponde a los Tribunales Constitucionales.

3.8. Los derechos son mandatos de optimización

3.8.1. Los derechos no son absolutos. Una de las claves en la conceptualización de los DF en Colombia es que, en la jurisprudencia constitucional no se consideran absolutos. Una sentencia que se destaca, no solo porque es muy discutida, sino por su implicancia es la T-355-06. Es el caso del aborto. Para la Corte, el derecho a la vida o la vida misma, a pesar de su innegable relevancia constitucional, no tiene el carácter de valor o derecho absoluto y, bajo esta

égida, la Corte aplica la ponderación y actúa en defensa de la autonomía de la mujer, despenalizando tres casos de aborto. Este debate se plantea bajo la siguiente argumentación:

Si bien corresponde al congreso adoptar las medidas idóneas para cumplir con el deber de protección de la vida, y que sean de su cargo, esto no significa que estén justificadas todas las que dicte con dicha finalidad, porque a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales. (Sentencia C-355-06. Magistrados Ponentes: Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández)

Así las cosas, la Corte admite intervenciones justificadas a los DF, siempre y cuando éstas sean ponderadas frente a otros valores, principios y derechos constitucionales. Esta jurisprudencia, junto con las demás de la línea jurisprudencial, demuestran según estas sentencias, la inexistencia de derechos absolutos en la Constitución de 1991 y que, no obstante, las objeciones, los derechos se consideran normas tipo principio.

3.8.2. Los derechos son normas tipo principio. El debate está en el carácter de normas tipo principio de los DF y, debido a ese carácter, es que colisionan entre sí. La regla señala que, los derechos se pueden reducir, sin afectar el núcleo esencial, pero no anular. En Colombia, una tendencia de la jurisprudencia constitucional es la que dice que los DF son normas tipo principio, como se comprueba en la línea jurisprudencial central. Los DF son derechos limitables. Para resolver estas colisiones, la Corte Constitucional recurre al criterio de la razonabilidad, a través de la aplicación del principio de proporcionalidad. Por ejemplo, en la sentencia T-269-02, la Corte alude a una colisión de DF, en un caso muy sensible para la sociedad; se trata del derecho

a la visita conyugal de las personas privadas de la libertad. Es así como la Corte fija ciertas reglas metodológicas para ponderar los derechos en conflicto:

- (i) Fija el alcance de los derechos en conflicto, es decir, define si son fundamentales;
- (ii) Alude al carácter no absoluto de los derechos y,
- (iii) Aplica el principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

En el primer paso, la Corte le otorga carácter de principios a los derechos involucrados; igualmente, fija el alcance a cada uno de ellos, definiendo sí se trata de DF, para luego, sí ponderarlos. Al efecto, la Corte parte de la base de que una de las facetas del libre desarrollo de la personalidad y de la familia, está en la sexualidad del ser humano según, lo dispone el artículo 16 de la Constitución de 1991. Esta jurisprudencia es muy importante porque, metodológica y conceptualmente, reconoce diferentes facetas en los derechos y así, señala lo siguiente:

Tanto para aquellos reclusos que tengan conformada una familia como para los que no, el derecho a la visita íntima constituye un desarrollo claro del derecho al libre desarrollo de la personalidad contemplado en el artículo 16 de la Carta. Una de las facetas en las que se ve plasmado el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la sexualidad del ser humano el cual debe verse de una manera integral teniendo en cuenta, por tanto, el aspecto corporal o físico. La relación sexual es una de las principales manifestaciones de la sexualidad. La privación de la libertad conlleva una reducción del campo del libre desarrollo de la personalidad, pero no lo anula. La relación física entre el recluso y su visitante es uno de los ámbitos del libre desarrollo de la personalidad que continúa protegido aún en prisión, a pesar de las restricciones legítimas conexas a la privación de la libertad. (Subrayado por fuera del texto), (Sentencia T-269/02. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

El derecho a la visita conyugal hace parte del desarrollo de la sexualidad del ser humano, es decir, de su naturaleza (iusnaturalismo). También, a pesar de las limitaciones al derecho a la libertad personal, la Corte preserva la protección de la familia y la dignidad humana que, son fines en sí mismos. Para la Corte, aunque el derecho a la visita conyugal es un derecho limitable, lo considera fundamental por su conexidad con otros DF. Es decir, se trata de una jurisprudencia que pregona la existencia de unos DF por conexidad con otros derechos, bajo un criterio de razonabilidad y proporcionalidad. La Corte sobre este punto, explica lo siguiente:

Las visitas íntimas son un derecho limitado por las propias características que involucra el permitir las mismas: contar con instalaciones físicas adecuadas, privacidad, higiene, seguridad. No obstante, su limitación, el Estado y las instituciones carcelarias también deben propender por su realización por la relación que ésta tiene con otros derechos fundamentales. Debido a la clara relación que tiene la visita íntima con el desarrollo de otros derechos como la intimidad, la protección a la familia y la dignidad humana es dable afirmar que ésta se configura en fundamental por conexidad y que sólo debe ser sometida a restricciones bajo un criterio de razonabilidad y proporcionalidad. (Sentencia T-269/02. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

En segundo lugar, los DF no son derechos absolutos y dado ese carácter, admiten el juicio de proporcionalidad:

Por no ser de carácter absoluto, los derechos fundamentales también pueden verse sujetos a restricciones en caso de encontrarse en colisión con el ejercicio de otros derechos fundamentales o la garantía de otros fines constitucionales. Sin embargo, estas limitaciones, para ser válidas, deben ser proporcionadas. (Sentencia T-269/02. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

En tercer lugar, son mandatos de optimización y, por tanto, la Corte recurre a los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, para asegurar que, la intervención a derechos se produzca de manera razonable y proporcionada, y no se afecten los fines constitucionales de la medida restrictiva. La aplicación de los subprincipios se realiza de la siguiente manera:

(I) La medida busca una finalidad constitucional la cual es el mantenimiento de la seguridad y el orden público (preámbulo y artículo 2), (II) es adecuada respecto al fin en cuanto se trata en el caso concreto de una cárcel de alta seguridad la cual tiene como principal misión los elevados estándares de seguridad por las características de los reclusos que ahí se albergan, (III) la medida es necesaria en cuanto teniendo en cuenta las posibilidades físicas del establecimiento carcelario sólo es posible tener visitas cada dos meses, si se busca mantener que la duración de esta sea al menos de una hora, y (IV) es estrictamente proporcional en cuanto si bien implica un sacrificio del derecho a la visita íntima, tal restricción es adecuada teniendo en cuenta que la condición de recluso del compañero de la accionante conlleva limitaciones legítimas de algunos de sus derechos.

(Sentencia T-269/02. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

3.8.3. Los principios difieren de los valores. La Corte constitucional no es ajena a esta discusión y aporta un importante criterio de diferenciación entre los valores, con los principios. Dice que, entre unas y otras, la diferencia es el menor grado de eficacia directa que, presentan los valores. Los principios, por su parte, tienen mayor proyección normativa, es decir, tienen aplicabilidad concreta y directa. Para la Corte, los principios son mandatos de optimización, entonces, bajo esta consideración, los DF también son mandatos de optimización. Son principios de aplicabilidad concreta y directa porque, son normas que ostentan mayor eficacia que los

valores. De otro lado, siguiendo las distinciones, para la Corte las reglas operan como silogismos, es decir, contienen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Por tanto, son mandatos definitivos y se aplican por subsunción, a todo o nada como las concibe Dworkin (1993). En la jurisprudencia constitucional colombiana, así se establece desde entonces, estas diferencias, bajo la siguiente argumentación:

Frente a las disposiciones que reconocen valores, las que consagran los principios también serían normas que condicionan las demás normas, pero con mayor grado de concreción y por lo tanto de eficacia, alcanzando por sí mismos proyección normativa. Así, finalmente la distinción, entre principios y valores sería una diferencia de grado de abstracción y de apertura normativa. Las normas que reconocen valores serían normas más abstractas y abiertas que las que consagran principios. Éstas, por ser más precisas, tendrían proyección normativa, es decir aplicabilidad concreta o eficacia. 1.1.4. En lo que concierne a las reglas, tales serían las disposiciones jurídicas en las que se “define, en forma general y abstracta, un supuesto de hecho y se determina la consecuencia o consecuencias jurídicas que, se derivan de la realización del mismo; una disposición, pues, derechamente construida para regular u ordenar de forma directa la vida humana, la realidad social” es decir, virtud de esta estructura lógica, las reglas operan como silogismos. 2. Sobre la distinción entre reglas y principios, Alexy señala que “las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto, pueden ser llamadas “mandatos definitivos”. Su forma de aplicación característica es la subsunción. En cambio, los principios son mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas sino también

jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de principios”. (Destaca la corte), (Sentencia C-1287/01. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra)

Esta jurisprudencia acepta que, cuando los derechos constitucionales se estructuran como reglas y se presenten conflictos entre reglas y principios, *prima facie*, se prefieren las reglas:

La dogmática jurídica enseña que en los casos en los cuales se presentan conflictos entre reglas y principios, *prima facie* se prefieren las primeras. Por consiguiente, cuando quiera que los derechos constitucionales se estructuren como reglas, adquieren un carácter casi absoluto. Lo anterior, por cuanto la regla restringe el espectro interpretativo del juez, quien podrá verificar claramente si el mandato contenido en la norma se ha cumplido o no”. (Sentencia C-251-02. M.P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández)

Esta jurisprudencia ubica a los principios en el plano deontológico, por tanto, éstos prescriben mandatos, prohibiciones y permisiones éticas; este plano se refiere a los deberes y a los valores desde el punto de vista de la moral:

Los principios constitucionales, por su parte, están ubicados en el plano deontológico. La estructura propia de estas normas —contienen prescripciones jurídicas—, permite al juez, a través de una metodología eminentemente jurídica, que “descubra” las reglas jurídico-constitucionales contenidas en el principio; ello no impide, en todo caso, al legislador su desarrollo, en virtud del principio democrático. (Sentencia C-1514/2000. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez)

3.8.4. Los derechos son morales. La Corte constitucional se refiere a esta categoría, especialmente, en casos de violaciones de derechos de autor. En la sentencia C-276-96 se señala que, este derecho comprende dos dimensiones: la moral y la patrimonial. Sobre la dimensión moral dice que, son los derechos que nacen con la obra misma y no, por el reconocimiento de la autoridad administrativa, son extra patrimoniales, inalienables, irrenunciables y con un principio de duración limitada. Estos derechos se consideran morales por su relación intrínseca con la naturaleza del ser humano. La jurisprudencia le señala unas características, a los derechos morales:

En cuanto al concepto de derechos morales, la corporación ha destacado, tanto su relación intrínseca con la naturaleza del ser humano (su espíritu o ingenio), como su carácter fundamental: los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general, todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva. Desconocer al hombre el derecho de autoría sobre el fruto de su propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio, es desconocer al hombre su condición de individuo que piensa y que crea, y que expresa esta racionalidad y creatividad como manifestación de su propia naturaleza. Por tal razón, los derechos morales de autor “deben ser protegidos como derechos que emanan de la misma condición de hombre”. Los derechos patrimoniales, relacionados con la explotación económica de la obra y, por lo tanto, de carácter transferible, prescriptible y renunciable. (Sentencia C-276/96. M.P. Julio Cesar Ortiz Gutiérrez)

Sobre los derechos morales de autor, se pueden leer también las siguientes sentencias: C-1490/00, C-118/05, C-424/05, C-189/06, C-339/06, C-523/09, SU-913/09, C-871/00, C-961/12, C-1023/12, C-256/14 y C-035/15.

3.8.5. Los derechos son mandatos de optimización. La jurisprudencia colombiana acoge los derechos, como mandatos de optimización. Bajo esta premisa, los DF son entidades limitables. Con una línea jurisprudencial, se intenta comprobar que, la Corte aplica este enfoque conjuntamente, con otros modelos. Es importante resaltar que, la Corte también, utiliza el principio de proporcionalidad y la ponderación, por vía doctrinal. Al respecto, el principio de proporcionalidad corresponde a un *test* que comprende los subprincipios de “idoneidad”, “necesidad” y “proporcionalidad en sentido estricto”. Bajo este entendimiento, cuando se hace referencia a la “ponderación” esta expresión corresponde a la “proporcionalidad en sentido estricto”.

Dado lo anterior, es preciso citar a Alexy (1993) quien menciona que:

Ya se ha insinuado que entre la teoría de los principios y la máxima de la proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más estrecha: el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica la máxima de la proporcionalidad, y ‘esta implica aquella. Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él. (p.111-ss.)

Ahora bien, Sieckmann (2011) añade que la teoría de la ponderación incluye tres elementos diferenciados, a saber: “la ley de la colisión (*kollisionsgesetz*), la ley de la ponderación (*abwägungsgesetz*) y la fórmula del peso (*gewichtsformel*)”. (p.151)

3.8.5.1. Línea jurisprudencial. Esta línea concibe los derechos, en tanto, entidades limitables. Los derechos son derechos relativos. La jurisprudencia colombiana acepta la tesis respecto a que los derechos, se deberán cumplir, en la mayor medida de lo posible. Esta postulación ha recibido varias objeciones (capítulo tercero). Esta línea intenta corroborar el siguiente planteamiento: ¿los derechos en la Corte Constitucional son entidades ponderables, desde 1991? La hipótesis señala que, la Corte colombiana acepta que los DF son entidades limitables, a través, de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

La línea jurisprudencial es la siguiente:

3.8.5.1.1. Sentencia T-422/92. La Corte acoge la tesis de los derechos limitables. Son derechos que se aplican conforme al principio de proporcionalidad. La jurisprudencia se refiere a los diferentes pasos del principio de proporcionalidad en los siguientes términos:

Aunque existe una justificación razonable para aceptar el criterio diferenciador enunciado, éste debe ser proporcional. El juicio de proporcionalidad entre el fin buscado por la norma y los medios escogidos para ello tiene en cuenta no sólo la necesidad y la adecuación de estos últimos al primero, sino además la existencia de otros medios alternativos que, siendo menos gravosos de intereses o bienes jurídicos legítimos, podrían lograr igual cometido. (Se destaca para este trabajo), (Sentencia T-422 de 1992. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz)

3.8.5.1.2 Sentencia SU-022-96. La razonabilidad se concreta en la aplicación de un principio más específico, el principio de proporcionalidad que comprende a su vez, los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Por lo tanto, la Corte acoge el concepto de razonabilidad del Tribunal Constitucional alemán que se concreta en la aplicación del principio de proporcionalidad. El test de razonabilidad consiste en lo siguiente:

El “test de razonabilidad” es una guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?

El principio de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales:

La adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (estos es que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes. (Sentencia C-022/96. M.P. Carlos Gaviria Díaz)

El principio de proporcionalidad se relaciona con otros principios, en este caso, se destaca su relación con el principio de igualdad, es decir, se intenta justificar —desde la proporcionalidad— el trato desigual o diferenciado. Al respecto, la misma jurisprudencia destaca:

En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es

(1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato.

3.8.5.1.3 Sentencia C-475-97. Esta sentencia se destaca respecto de los derechos absolutos ya que, pregona que los derechos son garantizados, en la mayor medida, de lo posible: La Corte equivocadamente señala:

“(…) La Carta opta por preferir que los derechos sean garantizados en la mayor medida posible”.

Se aclara que, la Constitución de 1991, en ningún aparte consagra el principio de proporcionalidad. La aclaración se considera pertinente considerando que, esta jurisprudencia señala que “la carta opta por preferir”. Ahora bien, se trata de una tendencia muy reconocida de la jurisprudencia alemana, española y colombiana pero no explicitada en la Constitución de 1991. Hecha esta aclaración, se expone que, se trata de una sentencia definitiva, pues se habla de una preferencia constitucional de indiscutible importancia, el problema es que compite con la esencialidad (inalienabilidad e inherencia a la persona humana) y el núcleo de los derechos (teoría espacial absoluta).

3.8.5.1.4. Sentencia C-741-99. Admite colisiones entre los DF. Esta postura, se advierte en varios casos, cuando la Corte constitucional elabora juicios de proporcionalidad. Por ejemplo, en el relativo a la calcomanía para vehículos y la libertad de locomoción, dijo lo siguiente:

La libertad de locomoción es un derecho fundamental en cuanto afecta la libertad del individuo, cuyo sentido más elemental, radica en la posibilidad de transitar o desplazarse de un lugar a otro dentro del territorio del propio país, especialmente si se trata de las vías y espacios públicos, la norma impugnada, que hace parte de una ley de la república, ni siquiera restringe esa libertad, pues lo que ordena es la inmovilización del vehículo, no de su propietario o poseedor, mientras éste no cumpla con la obligación tributaria a su cargo y mientras no adquiera el seguro obligatorio contra accidentes, lo cual la dota con un carácter de medida preventiva a favor de terceros, potenciales víctimas de siniestros de tránsito. El juicio de proporcionalidad al que se refiere el actor, es pertinente efectuarlo cuando la norma acusada en efecto restringe derechos o principios fundamentales, pues su objetivo es establecer si la finalidad perseguida con la respectiva norma justifica tal restricción, y si su contenido, en cuanto limita el ejercicio de aquellos, es proporcional a la restricción impuesta. En el caso específico que se revisa, ha quedado demostrado que la norma impugnada no restringe ni limita el ejercicio de ningún derecho o principio constitucional, razón por la cual no es procedente recurrir a dicho juicio. (Sentencia C-741-99 MP. Fabio Morón Díaz)

3.8.5.1.5. Sentencia T-322/96. Esta jurisprudencia se considera de corte axiológico porque exige del criterio de razonabilidad, una coherencia interna, y una coherencia externa sobre lo constitucionalmente admisible desde la prudencia, justicia y equidad. Sobre la razonabilidad dice la Corte:

Hace relación a que un juicio está conforme con la prudencia, la justicia y la equidad que rigen para el caso concreto, es decir, implica una coherencia externa, con los supuestos fácticos. La razonabilidad supera la tradicional racionalidad porque ésta exige una coherencia interna, una lógica formal. En lo razonable, si la coherencia es externa, cobra fuerza la relación con lo constitucionalmente admisible, con la finalidad de la norma y su

efecto útil y con la caracterización del Estado democrático; por eso cuando dos hipótesis jurídicas son racionales, para preferir una de ellas hay que apelar a lo razonable. (Sentencia T-322/96. M.P. Alejandro Martínez Caballero)

3.8.5.1.6. Sentencia C-673/01. Esta jurisprudencia concreta los pasos del *test* de razonabilidad. Este *test* como se puede observar en la sentencia SU-022-96, se concreta en un principio más específico, el principio de proporcionalidad. Los pasos son los siguientes:

El test de razonabilidad sigue precisos pasos que le imprimen objetividad al análisis de constitucionalidad. Las jurisprudencias nacional, comparada e internacional desarrollan generalmente el test en tres pasos: 1. El análisis del fin buscado por la medida, 2. El análisis del medio empleado y 3. El análisis de la relación entre el medio y el fin. Cada uno de estos pasos busca absolver diversas preguntas, según se trate de un test estricto, intermedio o leve.

Se destacan las **intensidades del test de razonabilidad** cuando, se presentan clasificaciones no taxativas, en forma de prohibiciones discriminatorias; cuando algunas medidas recaen sobre personas en condiciones de debilidad manifiesta o grupos marginados y cuando, se establecen diferenciaciones entre grupos o, cuando se examina una medida que adopta un privilegio. La Corte frente a las intensidades del *test* de razonabilidad señala lo siguiente:

Aunque el test de razonabilidad leve es el ordinario, cuando existen razones de peso que ameriten un control más estricto se ha aumentado su intensidad al evaluar la constitucionalidad de una medida. En principio el legislador goza de una amplia potestad de configuración. No obstante, las limitaciones constitucionales impuestas al legislador en determinadas materias en la propia constitución justifican en determinados casos la aplicación de un test de mayor intensidad. Es así como la Corte ha aplicado un test estricto de razonabilidad en ciertos casos, como por ejemplo 1) Cuando está de por medio una

clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1° del artículo 13 de la constitución; 2) Cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) Cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos prima facie afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) Cuando se examina una medida que crea un privilegio.

El *test* de razonabilidad estricto es aquél que incluye la aplicación del juicio de proporcionalidad en sentido exacto, siendo éste el cuarto paso del test de razonabilidad. La Corte lo explica:

Con respecto al test estricto de razonabilidad, los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes. El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto es el cuarto paso del test estricto de razonabilidad. Este exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida”.

3.8.5.1.7. Sentencia C-808/01. Reitera y mantiene los requisitos del *test* de razonabilidad aplicados a los empleados de la carrera diplomática.

3.8.5.1.8. Sentencia C-916-02. El principio de proporcionalidad constituye un principio constitucional de origen doctrinal; consiste realmente en la prohibición de exceso (limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales) y la prohibición de defecto (respeto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos). Es, además, un concepto relacional que pone dos magnitudes en dimensión de equilibrio. Esta sentencia fija algunos alcances al principio de proporcionalidad y ahora, sí reconoce que, se trata de un postulado no positivado en la Carta Política de Colombia:

En la jurisprudencia constitucional el postulado de la proporcionalidad constituye una directiva no explícitamente positivada en la Carta Política. Desde un punto de vista abstracto, la proporcionalidad es un concepto relacional cuya aplicación busca colocar dos magnitudes en relación de equilibrio. El concepto de la proporcionalidad remite a la relación de equilibrio entre distintos pares de conceptos, como supuesto de hecho y consecuencia jurídica, afectación y defensa, ataque y reacción. Históricamente la proporcionalidad se ha asociado a conceptos e imágenes como la balanza, la regla o el equilibrio. (Sentencia C-916 de 2002. MP. Manuel José Cepeda Espinosa)

La Corte, otorga a la proporcionalidad el carácter de principio de corrección funcional de la actividad estatal:

En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional —unidad de la constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la constitución—, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de

derecho, fuerza normativa de la Constitución y carácter inalienable de los derechos de la persona humana. (Sentencia C-916 de 2002. MP. Manuel José Cepeda Espinosa)

3.8.5.1.9. Sentencia C-014/04. La Corte acepta que la Constitución constituye un sistema armónico de mandatos de optimización, es decir, que los derechos son principios limitables, correspondiéndole al poder legislativo y desde el principio democrático regular esas tensiones y compatibilizarlas para que se promueva la convivencia pacífica:

Ya que la Carta Política constituye un sistema armónico de mandatos de optimización, la tarea de regular de una manera u otra las distintas tensiones que se presentan entre tales mandatos le incumbe a la instancia legislativa del poder público. Este centro de poder es el legitimado para tomar las decisiones políticas requeridas para compatibilizar las tensiones que surgen ante el valor relativo de los principios constitucionales y ante la necesidad de armonizarlos de tal manera que se promueva la pacífica convivencia. Y ello es sano para una democracia. (Sentencia C-014/04. M.P. Jaime Córdoba Triviño)

3.8.5.1.10. Sentencia C-355/06. Descarta la idea de unos DF absolutos. Se trata del fallo sobre la despenalización del aborto en Colombia y expuesto al inicio de este acápite cuando se destaca la relativización constitucional del derecho a la vida y la vida misma. Esta decisión es relevante, porque allí, se debate sobre el derecho a la vida y la vida como tal que, ostenta una relevancia superior, en cualquier ordenamiento constitucional. No obstante, el principio de proporcionalidad constituye un límite para la libertad de configuración legislativa, en materia penal. Y este principio actúa como un límite al interior de los tipos penales. La libertad personal y la dignidad humana actúan como límites porque, hacen parte de los fundamentos axiológicos de este modelo estatal:

No obstante, dicha potestad de configuración está sujeta a diversos límites constitucionales y en este sentido el principio de proporcionalidad actúa como un límite en dos direcciones. En primer lugar, la medida legislativa de derecho penal no puede suponer una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales en juego, no puede ser, por ejemplo, una medida perfeccionista por medio de la cual se pretenda imponer un determinado modelo de conducta a los asociados, tampoco puede suponer un total sacrificio de determinados valores, principios o derechos constitucionales de un sujeto determinado a fin de satisfacer el interés general o privilegiar la posición jurídica de otros bienes objeto de protección. Por otra parte, el principio de proporcionalidad opera al interior mismo del tipo penal, pues debido al carácter de última ratio del derecho penal en un Estado social de derecho, la sanción penal como máxima intervención en la libertad personal y en la dignidad humana —fundamentos axiológicos de este modelo estatal— debe ser estrictamente necesaria y está reservada a conductas de trascendencia social, y en todo caso debe ser proporcionada a la naturaleza del hecho punible. (Sentencia C-014/04. M.P. Jaime Córdoba Triviño)

La dignidad humana constituye un DF autónomo. Los derechos de la mujer ostentan mayor peso o relevancia constitucional frente a las posibilidades de vida del *nascituro* en los tres eventos que autoriza la Corte. De manera que, la dignidad humana es lo que inclina la balanza a favor de los derechos de la mujer. Por tal motivo, los derechos libertarios de la mujer son fundamentales y ostentan mayor peso que los del *nascituro*, en virtud de la dignidad humana. Se trata de una decisión muy cuestionable, debido a que, también, restringe evidentes derechos constitucionales del *nascituro* (lo deja en estado de indefensión) frente a los de la mujer, en los tres casos autorizados. Pero, para la investigación, la discusión sobre lo ¿qué son? los DF, respecto de la vida, y antes que la dignidad humana (sin vida no hay dignidad humana), también

puede darse en otro frente, dado que conforme a la naturaleza de la propia vida y a la Constitución de 1991, el derecho a la vida no puede ser relativizado. Allí, la Corte resuelve un verdadero dilema moral que surge de las constituciones contemporáneas que contienen amplias declaraciones de derechos, teniendo en cuenta que, sus principios entran en este tipo de conflictos.

A propósito, Martínez Z. (2007) aborda las siguientes cuestiones que son de la mayor importancia para un sistema constitucional:

(I) Las conexiones que existen entre las situaciones de conflicto normativo y la consistencia lógica de los sistemas normativos. (II) Los mecanismos presupuestos para resolver estos conflictos donde ocupa un lugar destacado la ponderación. Sobre la ponderación contiene: Un análisis conceptual, un análisis metodológico y un análisis normativo. (III) Analiza la posibilidad de indeterminación de la respuesta en los casos de conflicto constitucional. (pp.275-314)

3.8.5.1.11. Sentencia C-390/08. Se trata de una de las tantas sentencias que, recoge con mucha certeza, la aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia colombiana. La Corte allí expone cuatro criterios para restringir los derechos fundamentales:

Las medidas de carácter paternalista pueden justificarse a la luz del orden constitucional, siempre que: (I) procuren el bienestar y protección de las personas, en relación con derechos que la misma constitución haya privilegiado como objeto de garantía reforzada; y (II) sean medidas proporcionales en sentido estricto, esto es, a) que busquen el cumplimiento de una finalidad afincada en los principios constitucionales, b) que el grado de restricción del derecho de autonomía, sea acorde a la importancia del principio constitucional que se pretende garantizar, c) que la medida resulte necesaria porque no existe otra para lograr la misma finalidad, y d) que su implantación no implique el sacrificio de principios o

valores más importantes que aquellos que se pretenden proteger. (Sentencia C-930/08. M.P. Humberto Sierra Porto)

3.8.5.1.12. T-258-13. La Corte enlista los parámetros adecuables y necesarios para restringir derechos, a través del juicio de proporcionalidad, señalando las dimensiones de la medida que deberán ser objeto de análisis:

Con respecto a la evaluación de la proporcionalidad de la limitación de un derecho, es importante apelar a los criterios que ha fijado esta corporación para realizar el juicio de proporcionalidad, el cual implica el análisis de las siguientes dimensiones: (I) la finalidad de la medida restrictiva bajo examen y la idoneidad de los medios elegidos para alcanzarla. Con el objeto que, una medida restrictiva de derechos fundamentales supere esta etapa de análisis, es preciso (i) que persiga una finalidad legítima a la luz de la constitución y (ii) que los medios elegidos por el legislador u otras autoridades cuyas actuaciones estén sometidas a control permitan, desde el punto de vista empírico, alcanzar efectivamente el fin perseguido. (II) la necesidad de dicha limitación, para lo cual debe determinarse si la misma finalidad podía lograrse por medio de mecanismos menos restrictivos de derechos fundamentales y otros principios constitucionales. (III) la proporcionalidad. En esta etapa se deben comparar los costos y beneficios en términos constitucionales de la medida sometida a control; ésta se ajustará a la carta solamente cuando no implique un sacrificio mayor al beneficio que puede lograr. (Sentencia C-258/13. M.P., Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

Los DF son “restricciones a su restricción y restringibilidad”, dice el profesor Alexy (1993, p.286). En la doctrina, el fenómeno restrictivo de los derechos puede ser de dos tipos: a) restricciones directamente constitucionales y b) restricciones indirectamente constitucionales Alexy (1993, pp.276-286). Al respecto, se aclara que la Constitución colombiana no estipula el

principio de proporcionalidad, así que las restricciones a los DF, a través, del principio de proporcionalidad, se consideran indirectamente constitucionales. Así las cosas, respecto de la sentencia C-355-06, la Corte se basa directamente en la dignidad para obtener la prevalencia de los derechos de la mujer:

El principio de dignidad humana es gravemente vulnerado cuando una mujer es violada, artificialmente inseminada o es víctima de transferencia de óvulo fecundado no consentida. En estas situaciones, la mujer es instrumentalizada sea para satisfacer los impulsos del violador, los planes del inseminador o los deseos del interesado en la transferencia del óvulo. La dignidad de la mujer es subyugada por la fuerza necesaria para convertirla en objeto del que ejerce poder sobre ella. También se desconoce su dignidad como ser humano, cuando el legislador le impone a la mujer, igualmente contra su voluntad, servir de instrumento efectivamente útil para procrear al penalizar el aborto sin ninguna excepción.

3.8.5.2. Valoración. En primer lugar, para la jurisprudencia colombiana, el principio de proporcionalidad constituye un límite frente a las restricciones injustificadas de los DF. De acuerdo con el criterio de la Corte Constitucional, los DF no son absolutos, pues son entidades limitables. Por tanto, los DF son el resultado, o lo que queda después de la ponderación, y con ello, se fija el alcance de los principios y de los derechos. Este alcance, influye de manera directa sobre el concepto los DF, pues éstos son relativos y son restringibles, conforme a los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto.

En segundo lugar, la ponderación determina las intervenciones justificadas a los DF. Así, la reducción o ampliación del contenido normativo de un derecho es proporcional a la reducción

o ampliación de otro, teniendo en cuenta que, bajo esta concepción los DF, no poseen carácter absoluto, son derechos limitables o el resultado de la ponderación.

En tercer lugar, para la Corte Constitucional colombiana, los derechos son relativos y deben ser optimizados en la medida de lo posible. Esta postura recoge las tesis del profesor Robert Alexy (1993), en cuanto los derechos se consideran principios, y los principios mandatos de optimización: “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (pp.86-87) Vale mencionar que, Bernal Pulido (2006; 2007), añade una tercera tesis.

Por último, la proporcionalidad es un *test* de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto que, comienza con la selección de los principios, o los DF en colisión. Por consiguiente, si un principio o un derecho no ostenta el rango de fundamental, no podrá ser ponderado, en tal caso, se aplica directamente el principio o el derecho no fundamental, porque no hay colisión.

3.9. El núcleo esencial lo protege el principio de proporcionalidad

La Corte constitucional aplica el principio de proporcionalidad para proteger el núcleo esencial de los derechos. Se basa en que los DF son restringibles hasta el límite protegido por el principio de proporcionalidad. Es el caso de la sentencia C-355-06 sobre la despenalización de tres casos de aborto, la Corte aplica en estos casos la teoría relativa del núcleo esencial. Así, los DF son derechos limitables, hasta el punto, que, justificadamente se lo permite el principio de proporcionalidad. La línea jurisprudencial intenta comprobar ¿sí en la jurisprudencia colombiana, el núcleo esencial se protege, a través, del principio de proporcionalidad? La Corte parte de que no hay derechos absolutos en la Constitución de 1991, pero el punto es que, no

sigue un solo patrón conceptual y, así aplica varios enfoques que corren paralelamente al presente, sobre la proporcionalidad.

3.9.1. Línea jurisprudencial.

3.9.1.1. Sentencia T-422/92. El principio de proporcionalidad implica un *test* que comprende los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La ponderación corresponde a la aplicación de la proporcionalidad, en sentido estricto.

A propósito, Alexy (1993) advierte que:

Ya se ha insinuado que, entre la teoría de los principios y la máxima de la proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más estrecha: el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica aquella. Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible. (pp.111-ss.)

Con esta precisión, la Corte señala los elementos del principio de proporcionalidad:

El juicio de proporcionalidad entre el fin buscado por la norma y los medios escogidos para ello tiene en cuenta no sólo la necesidad y la adecuación de estos últimos al primero, sino además la existencia de otros medios alternativos que, siendo menos gravosos de intereses o bienes jurídicos legítimos, podrían lograr igual cometido. (Sentencia T-422 /92. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz)

3.9.1.2. Sentencia T-015/94. La Corte se ha encargado de desarrollar paulatinamente y por su propia cuenta, el principio de proporcionalidad. Por ejemplo, en esta sentencia el principio de proporcionalidad constituye un mecanismo de interdicción muy importante de la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos:

La razón jurídica de la razonabilidad y de la proporcionalidad no es otra que la necesidad de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. El principio de proporcionalidad rige todas las actuaciones de la administración pública y de los actos de los particulares que estén encargados de la prestación de un servicio público, cuando se trate de la imposición de una sanción que conlleve la pérdida o disminución de un derecho. (Sentencia T-015/94. M.P. Alejandro Martínez Caballero)

3.9.1.3. Sentencia T-067/98. El principio de proporcionalidad se aplica para determinar el ámbito intangible de los DF. Ese ámbito de los derechos coincide con la fundamentalidad, por tanto, sólo son fundamentales aquellos derechos que, tienen un ámbito intangible de restricción. Así, se describe el contenido normativo del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Los términos son los siguientes:

El ámbito que, encierra el libre desarrollo de la personalidad, comprende la libertad general de acción, esto es, “la libertad general de hacer o no hacer lo que se considere conveniente. (Sentencia T-067/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

El núcleo esencial es el ámbito intangible de los derechos, pero la diferencia de la teoría relativa con la espacial absoluta, consiste en que, en este caso, el núcleo lo resguarda, a través, del principio de proporcionalidad:

Junto al ámbito absolutamente intangible del libre desarrollo de la personalidad, varias veces indicado por la corte constitucional, que puede expresarse en la completa autonomía del individuo para trazarse a sí mismo y practicar su propio plan de vida — siempre que no interfiera con los derechos fundamentales de los demás—, debe reconocerse que la persona humana como miembro de la comunidad tiene una condición social que constituye un factor a tener en cuenta por la ley con miras a armonizar el despliegue simultáneo de las libertades individuales y la necesaria conjugación de las conductas cuando ello sea necesario para alcanzar fines sociales merecedores de tutela constitucional. Cabe, pues, distinguir un ámbito del derecho al libre desarrollo de la personalidad, donde el sujeto puede plantear ante las autoridades y los demás una pretensión absoluta de no injerencia, indispensable para que pueda forjarse un plan de vida propio, y un ámbito de libertad personal que tiene carácter *prima facie*, en el cual resulta menester armonizar debidamente las exigencias individuales y las comunitarias. Tratándose de este ámbito de la libertad, las exigencias sociales sólo podrán restringir válidamente la libertad si su finalidad se ajusta a la constitución, si la medida legal es idónea respecto del fin pretendido, si la restricción es necesaria por no existir alternativa razonable menos limitativa de la libertad e igualmente eficaz y, finalmente, si el sacrificio a la autonomía resulta adecuado y estrictamente proporcional en relación con la finalidad pretendida. (Sentencia T-067/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), (Se destaca para la investigación)

3.9.1.4. Sentencia SU-642/98. La problemática que se viene planteando, se concentra en esta sentencia. Allí la Corte Constitucional protege el corte de cabello de los menores, como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Esta sentencia resguarda el contenido esencial de este derecho, a través, del juicio de proporcionalidad. Sin embargo, se percibe a lo

largo de la lectura de la jurisprudencia que, la Corte no ha logrado estandarizar, la aplicación del principio de proporcionalidad:

Sólo aquellas limitaciones que tengan un explícito asidero en el texto constitucional y no afecten el núcleo esencial del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, son admisibles desde la perspectiva de la carta política. Empero, aquellas restricciones que se produzcan en la zona de penumbra del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad son susceptibles de ser controladas por el juez constitucional, quien deberá constatar, a través del denominado juicio de proporcionalidad, que éstas sean razonables y proporcionadas y, por ende, ajustadas a las normas del estatuto superior. El anotado juicio consiste en establecer si la medida limitativa persigue una finalidad constitucional, si es idónea respecto del fin pretendido, si es necesaria por no existir alternativa razonable menos limitativa de la libertad e igualmente eficaz y, finalmente, si el sacrificio a la autonomía resulta adecuado y estrictamente proporcional en relación con la finalidad pretendida. Adicionalmente, la intensidad del juicio de proporcionalidad será mayor en cuanto mayor sea la cercanía del ámbito en que se produce la restricción, con el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Es posible afirmar que las medidas que imponen restricciones a la apariencia personal de los educandos son inconstitucionales, por ser violatorias del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, salvo que sea posible demostrar que las mismas buscan la protección o efectividad de un bien constitucional imperioso e inaplazable de mayor peso que el derecho fundamental arriba anotado, caso en el cual se estimarán ajustadas a la constitución política. Las decisiones de los niños de cuatro años de edad en torno a la longitud de su cabello, aunque relacionadas con su identidad corporal, admiten intervenciones relativamente amplias, siempre y cuando éstas se lleven a cabo en el marco de un diálogo franco y afectuoso. En esta medida, el anotado ámbito de decisión admite la imposición de

restricciones cuya compatibilidad con la constitución política se determinará mediante un juicio de proporcionalidad que, en el presente caso, deberá ser particularmente intenso. Ciertamente, aun cuando las decisiones que los niños adoptan con respecto a su identidad corporal no forman parte del núcleo esencial del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, esta órbita decisoria sí se encuentra muy próxima al mismo, habida cuenta de la intensidad con que la carta política protege todos los asuntos relacionados con el propio cuerpo y la identidad personal. (Subrayado por fuera del texto)

3.9.1.5. Sentencia C-142/01. El núcleo esencial de los derechos está resguardado, indirectamente, a través de la ponderación, reitera la Corte. Sin embargo, la teoría relativa se combina con tesis iusnaturalistas, en cuanto a la intangibilidad del núcleo esencial y, al tiempo con tesis positivistas de corte axiológico. Ahora bien, ese resguardo del núcleo esencial, a través, de la ponderación es de carácter indirecto. Esto significa que, la ponderación está orientada exclusivamente a la optimización de los derechos por medio de la fórmula del peso, ofreciendo razones a favor, o en contra, sobre cualquier intervención o restricción de los derechos (razonabilidad). Así, los DF son derechos limitables, sin que esas limitaciones comprometan al núcleo esencial, que está resguardado indirectamente por el principio de proporcionalidad (teoría relativa):

El núcleo esencial de un derecho fundamental, tal como lo ha señalado esta corporación, es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio. En otras palabras, se ha de aplicar el juicio de proporcionalidad, el cual, por su carácter estricto, en principio se ha reservado para el estudio de las restricciones impuestas a los derechos fundamentales. (Sentencia C-142-01. MP: Eduardo Montealegre Lynett)

3.9.1.6. Sentencia C-916-02. El principio de proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal. Es decir, la jurisprudencia busca equilibrar a dos magnitudes, en este caso, a dos DF en conflicto. Esta postura, también, implica un concepto relacional de derechos fundamentales. Esa jurisprudencia, vuelve y aclara que, el principio de proporcionalidad es un postulado no positivado, en la Carta Política de Colombia:

Desde un punto de vista abstracto, la proporcionalidad es un concepto relacional cuya aplicación busca colocar dos magnitudes en relación de equilibrio. El concepto de la proporcionalidad remite a la relación de equilibrio entre distintos pares de conceptos, como supuesto de hecho y consecuencia jurídica, afectación y defensa, ataque y reacción. Históricamente la proporcionalidad se ha asociado a conceptos e imágenes como la balanza, la regla o el equilibrio. Y, además mediante una regla le otorga un sentido constitucional al principio de proporcionalidad. el sentido de la corrección funcional de la actividad estatal: En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la constitución–, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de derecho, fuerza normativa de la constitución y carácter inalienable de los derechos de la persona humana. (Sentencia C-916 -02. MP. Manuel José Cepeda Espinosa)

3.9.1.7. Sentencia C-1017/03. Se defiende el poder adquisitivo de los salarios de los empleados públicos, a través, del principio de proporcionalidad. En este caso, la Corte aplica la teoría relativa para mantener ese poder adquisitivo evitando que, se afecte el mínimo vital,

preservando así mismo, el principio de progresividad en esa materia. A ese respecto, la Corte dispone que “sí se afecta tal reducción se considera como una medida desproporcionada”. La citada jurisprudencia, señala lo siguiente:

Las condiciones de la limitación del derecho a mantener el poder adquisitivo del salario de los servidores públicos deben respetar el principio de proporcionalidad, de tal forma que, no se desconozca el núcleo esencial del derecho. Sería desproporcionada una limitación que manifiestamente comprometiera el mínimo vital de los asalariados públicos y de sus familias puesto que, la función social del salario se vería completamente recortada. Semejante limitación sería desproporcionada por excesiva. Ahora bien, entre menor sea el salario, *prima facie*, menor es la capacidad para soportar una limitación de dicho derecho. De ahí que la Corte haya señalado que respecto de los salarios bajos el ajuste debe mantener el poder adquisitivo y que respecto de los salarios medios y altos la limitación admisible debe respetar el principio de progresividad de tal forma que, a menor capacidad económica, menor sea el grado de la limitación. Esto es especialmente relevante para respetar el núcleo esencial del derecho de quienes devengan salarios medios. (Sentencia C-1017-2003. MP. Manuel José Cepeda Espinosa y Rodrigo Escobar Gil)

3.9.1.8. Sentencia C-371/11. La Corte reitera que los derechos de defensa y de contradicción, no son absolutos, y son limitables por el Legislador bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, sin que, se pueda afectar en su núcleo esencial, esos derechos:

Derecho de defensa y contradicción- no son absolutos y pueden ser limitados por el legislador, siempre que no se vea afectado su núcleo esencial, la limitación responda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y no se desconozcan otros derechos fundamentales. La corte ha admitido que algunas garantías procesales, —y entre ellas el derecho de defensa y contradicción— no son absolutas y pueden ser limitadas por el

legislador, siempre que no se vea afectado su núcleo esencial, la limitación responda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y no se desconozcan otros derechos fundamentales, como puede ser el derecho a la igualdad. En todo caso, ha señalado que la función, tanto del legislador como del juez constitucional, es tratar de lograr que todos los principios y derechos que eventualmente puedan entrar en tensión a la hora de regular los términos judiciales sean garantizados en la mayor medida posible. (Sentencia C-371/11. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), (Subrayado por fuera del texto)

3.9.2. Valoración. A continuación, se listan las principales ideas respecto a la línea jurisprudencial analizada:

1. Esta línea jurisprudencial confirma que, en Colombia los DF son entidades restringibles, pero que, al mismo tiempo, esas restricciones son restringidas. Este debate encuentra su respaldo en las ideas del profesor Robert Alexy (1993) quien enuncia que “los derechos fundamentales, en cuanto tales, son restricciones a su restricción y restringibilidad”. (p.286)

2. En la Corte Constitucional, la restricción restringida de los DF se produce, a través, del principio de proporcionalidad. No obstante, la Corte combina este criterio y por vía de Autoridad aplica también, la teoría espacial absoluta para fijar el contenido esencial de los derechos.

3. La aplicación del principio de proporcionalidad descarta la tesis de los derechos absolutos y ratifica, la de los derechos relativos o derechos restringibles, en forma restringida. El núcleo del derecho se determina, en este caso, mediante la fórmula del peso. (Borowski, 2003, pp.98-99) Por consiguiente, el contenido esencial de los derechos depende del caso en concreto (contingencia) y de la aplicación de “medios menos restrictivos”. (Stone S., 2013, p.21)

4. La proporcionalidad constituye, por lo tanto, un límite a las restricciones de los derechos, por parte del Legislador. Así mismo, se restringe o se amplía, el contenido normativo a los DF. Entonces, cuando los derechos entran en colisión, la reducción o ampliación del contenido normativo es proporcional a la reducción o ampliación de otro derecho.

5. Los DF son entidades jurídicas restringibles, sin que esa restricción comprometa el núcleo esencial de los derechos, pues los derechos fundamentales son el resultado de la ponderación.

3.9.3. Conclusiones sobre el principio de proporcionalidad. En este apartado, presentaremos aquellas conclusiones correspondientes al principio de fundamentalidad:

1. Para la investigación la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana no es homogénea en materia de derechos. Tras la anterior enumeración de sentencias, hay casos donde la Corte asume unos criterios, pero sin embargo rompe con ellos. La sentencia T-507-16 es un ejemplo de ese problema: además de las teorías espacial absoluta y la relativa del núcleo esencial la Corte aplica otros criterios. En esta sentencia, por ejemplo, se considera que no todo desacuerdo sobre los principios se resuelve, a través, de la ponderación, sino que ésta constituye la *última ratio* cuando resulte imposible conciliarlos (ahí está la novedad). Es decir, la Corte postula la ponderación como *ultima ratio* y le añade que, se pueden explorar alternativas, como el consenso, la conciliación o la negociación. Así, los DF pueden ser el producto de un consenso, de una conciliación o de una negociación. De este modo, la Corte expone un criterio nuevo porque, señala unos derechos consensuados, conciliables o negociables, dado que, la ponderación se convierte, en este caso, en una metodología residual para resolver conflictos entre

principios o derechos y constituye en una medida *límite* para la resolución de casos difíciles. Este cambio de jurisprudencia señala:

Por ende, no todo desacuerdo en el Derecho se resuelve con la metodología de la ponderación, sino que ésta sería la *última ratio* cuando es imposible conciliar dos principios. Antes de determinar la prevalencia de un principio, o su superposición respecto a otro, sería pertinente explorar alternativas como el conceso o la negociación, que pueden resultar vías útiles, válidas y eficaces para garantizar la materialización de los derechos fundamentales, y es que sería incorrecto realizar una ponderación cuando, no existe una colisión real entre dos principios. Si la finalidad que contempla una norma puede cumplirse con una medida alternativa, que al mismo tiempo maximice la satisfacción de los derechos fundamentales y la búsqueda de la dignidad humana, debe optarse por tal medio, con ello no se pretende indicar que la ponderación sea una medida ineficaz para la pretensión de corrección y la solución de problemas relacionados con juicios concretos sobre el deber ser. Por el contrario, tal metodología es pertinente para resolver las colisiones entre principios y establecer un orden de prelación, entre los mismos, para garantizar derechos fundamentales. De esa manera, la metodología de la ponderación cumple un papel determinante, por adecuada, cuando no es posible reconciliar dos principios. En ese sentido, puede señalarse que, no debe aplicarse de manera apresurada, sino que es una medida *límite* para la resolución de casos difíciles. (Subrayado por fuera del texto)

Se desconocen desarrollos de esta jurisprudencia, aunque se trata de un caso difícil, pues alude al derecho a la conservación de partes humanas. Allí residen expresiones como “antes de determinar la prevalencia de un principio, o su superposición respecto a otro” que no encuentran respaldo en la doctrina vigente, dado que, no es posible establecer un orden de precedencia,

prevalencia o superposición, entre principios o derechos y, precisamente el profesor Alexy (1998) es de los que señala que:

No es posible un orden que conduzca en cada caso a un resultado (...) un orden estricto solamente sería posible si el peso de los valores o de los principios y sus intensidades de realización fueran expresables en una escala numérica, de manera calculable. (p.14)

2. En la Jurisprudencia la Constitución de 1991 se considera un sistema de mandatos de optimización, aunque esta tendencia no esté positivizada en esa Constitución. Se trata de un criterio jurisprudencial-relacional, cuya aplicación busca equilibrar dos magnitudes.

3. Para la Corte, la proporcionalidad ostenta el carácter de principio de corrección funcional del poder público con fundamento en: (i) El Estado de derecho, (ii) Fuerza normativa de la Constitución y (iii) El Carácter inalienable de los derechos de la persona humana.

4. Los DF son entidades ponderables, dado que, el principio de proporcionalidad otorga a los derechos un alcance relacional. Por consiguiente, la teoría relativa del núcleo esencial de los DF se aplica, a través, del principio de proporcionalidad. El núcleo esencial de los derechos es el resultado de la ponderación.

5. No obstante, la Corte aplica las teorías espacial absoluta y relativa del núcleo esencial coetáneamente, sin justificar una u otra teoría, tampoco se detiene en el análisis de los problemas de la teoría espacial absoluta, pues el núcleo esencial de los derechos es muy reiterado en la jurisprudencia constitucional de Colombia.

4. Conclusiones del capítulo

1. El análisis jurisprudencial realizado en este capítulo comprende dos escenarios:

(i) El primero, comprende una **línea jurisprudencial central** en la que se intenta identificar el desarrollo del concepto de los DF, a partir de la Constitución de 1991, que incluye el estudio de 47 sentencias. Así, a la pregunta: ¿qué significa para un sistema jurídico que, su jurisprudencia no cuente con un patrón conceptual identificable, sobre lo qué son los DF? Implica la reunión de unos elementos de juicio que se consideren suficientes para dar una respuesta a este interrogante.

(ii) En segundo lugar, se suma un estudio temático y especializado de los DF por líneas jurisprudenciales, a partir, de las conclusiones de la primera línea. Estas líneas comprueban que concurren, al menos nueve respuestas, sobre lo qué son los DF. No obstante, estas respuestas son paralelas y, en varios casos, se cruzan y combinan (incluso con posiciones antagónicas). Este fenómeno, se debe tener en cuenta a la hora de debatir sobre los DF en Colombia (estas nueve ideas están corroboradas, a través, de cada línea jurisprudencial particular). Los dos escenarios demuestran que, los enfoques de los tres primeros capítulos están directamente relacionados con la posición que finalmente adopte cada Magistrado Ponente en la Corte Constitucional colombiana.

2. Ahora bien, para un sistema jurídico, el hecho de que su jurisprudencia, no cuente con una respuesta acerca de los DF, o con un **patrón conceptual identificable**, significa que, existe una falla a nivel conceptual y debe ser superada porque, afecta la coherencia del sistema y la seguridad jurídica. Esta conclusión, se interpreta bajo el entendido que, la labor fundamental de los Tribunales Constitucionales consiste en unificar su jurisprudencia. En este caso, se trata de la jurisprudencia sobre los derechos fundamentales, pues ésta constituye precedente vinculante en virtud del principio de supremacía constitucional (Artículo 4º). Por consiguiente, hasta ahora la

investigación no ha logrado identificar y concretar en esa jurisprudencia, las características intrínsecas y necesarias atribuibles a los derechos fundamentales, que son las que permiten diferenciarlos, de otro tipo de derechos. Sin embargo, esta conclusión admite modulaciones: (i) Los DF son un concepto histórico, indeterminado y contingente que depende del caso en concreto, entonces, su conceptualización ha estado enfrentada a enfoques contrapuestos y a las ideas de cada jurista. Lo que ocurre a nivel de la doctrina especializada, *mutatis mutandis*, también se presenta a nivel del Magistrado Ponente. (ii) Se perciben dificultades teóricas, desde el mismo año 1992, y con el transcurrir del tiempo, éstas se fueron ampliando, dado el carácter polifacético y poliédrico de los derechos, en tanto obligaciones negativas (derechos de abstención) y obligaciones positivas (derechos prestacionales). (iii) La mayor dificultad radica en el desacuerdo sobre conceptos como, el de los derechos subjetivos, fundamentalidad, derechos, principios, Derecho, núcleo esencial y ponderación principalmente, esta falta de acuerdos, no se ha logrado superar en la jurisprudencia, a través de consensos (iv) Desde el principio, no se ha seguido un patrón conceptual identificable, no solo por la influencia de los distintos enfoques, sino por las variaciones conceptuales de los Magistrados. (v) Además, el concepto de los DF requiere de sincronización, porque se relaciona con otros conceptos, también indeterminados, como son los de validez, eficacia, justiciabilidad y exigibilidad judicial, entre otros, que están sujetos a la interpretación y a las ideas de cada jurista. Por consiguiente, y aunque la Corte Constitucional colombiana completa 27 años de ejercicio, la investigación lo estima relativamente corto, de manera que, con el paso del tiempo, se espera que logre una mejor estandarización del concepto de los DF porque, no es tan fácil unificarlo y relacionarlo con otros conceptos, dado que se trata de delimitar un concepto histórico, indeterminado y contingente altamente influenciado por los diferentes enfoques.

3. La investigación **comprueba avances** muy importantes. La dignidad humana constituye uno de los elementos definitorios del carácter fundamental de los derechos (constituye el objeto principal de protección del bien jurídico y los demás intereses protegidos por el Estado). Sobre la dignidad humana, se estima que hay acuerdo. Los DF, son tales, en parte por la dignidad humana. Esta se considera: (i) Un valor, un principio, un deber y un derecho fundamental autónomo. Es un don exclusivo e inimitable del individuo en el universo social. (ii) Este “don exclusivo” le pertenece al hombre, en su calidad de criatura única, pensante, dotada de razonamiento. (iii) La Corte Constitucional acoge esa dignidad en una perspectiva *pro homine*, así mismo, se advierte que, casi siempre se fundamenta en ideas iusnaturalistas y antropocéntricas, de tal manera, ante dos interpretaciones posibles, y en caso de duda, sobre el carácter de los derechos, el intérprete debe resolver el caso, a favor de la dignidad humana. (iv) La dignidad humana tiene fuerza normativa vinculante propia, también constituye una norma iusfundamental que, determina el marco de actuación de todas las autoridades públicas (funcionalista-normativista). (v) En la esencialidad, inalienabilidad e inherencia de los derechos implícitamente, se reconoce, casi siempre, en virtud de la dignidad humana. Así que la consagración de la dignidad humana, en esta jurisprudencia, tiende hacia el derecho natural (Finnis, 2000, pp.308-324)

4. La línea jurisprudencial central comprueba que, las dificultades prácticas y teóricas no unifican el concepto de los DF. En ese contexto, la dignidad humana, constituye un valor transversal de la Constitución, un pilar básico estructural a nivel constitucional, un pilar ético y un principio fundante y un DF autónomo, al mismo tiempo. Así, con la dignidad se protegen dos esferas del individuo: (i) La esfera vital-biológica, desde su existencia como tal, la vida desde la concepción (incluso desde antes, autonomía), nacimiento, ejercicio, muerte y hasta más allá de

ésta y, (ii) El desarrollo humano, en cuanto protege su perspectiva individual, social y colectiva, como ser único, pensante, dotado de razonamiento, la educación, la salud, el trabajo, la cultura, la seguridad social, la sociabilidad, el acceso a todos los derechos, el deporte, la diversión, entre otros.

Estas dos perspectivas de la dignidad humana, se consideran definitivas porque, a raíz del reconocimiento de la dignidad:

El hombre es un fin en sí mismo y no puede ser utilizado como un medio para alcanzar fines generales, a menos que él voluntaria y libremente lo admita. Por tanto, el principio de la primacía del interés general, aceptable en relación con derechos inferiores, como el de la propiedad, no es válido frente a la razón que autoriza al ser humano para salvar su vida y su libertad, inherentes a su dignidad. (Sentencia C-542/93. M.P., Jorge Arango Mejía)

12.1 Sinopsis sobre las respuestas de la Corte Constitucional colombiana.

Por último, se presenta en la **Tabla 10** el tipo de respuestas emitidas por la Corte Constitucional colombiana respecto a su posición en torno a los DF.

La **Tabla 10** está diseñada por línea jurisprudencial, clasificada de acuerdo con los períodos identificados en el Capítulo 4 de esta investigación, con el objeto de inferir la conceptualización existente en las 91 sentencias analizadas.

Tabla 10

Sinopsis de las respuestas de la Corte Constitucional, acerca de los DF

Respuesta obtenida	Línea jurisprudencial Sentencia			
	Primer período (1992-1993)	Segundo período (1994-2000)	Tercer período (2001-2011)	Cuarto período (Desde 2012)
En la Constitución de 1991, no hay derechos absolutos.	C-454/93	C-355/94 T-405/94 C-555/94 C-045/96 C-475/97	C-581/01 C-916/02 C-114/05	

Dignidad humana – Derecho, valor y principio fundamental autónomo.	T-401/92 T-419/92 T-420/92 T-499/92	T-465/96 SU-062/99 T-1430/00	T-881/02 T-227/03	C-438/13 C-143/15 T-594/16
Los derechos fundamentales son inalienables e inherentes a la persona humana.	T-002/92 T-462/92 T-598/92	T-249/98 T-1306/00		T-690/15 T-560/16
La Tutela sólo protege el núcleo esencial de los derechos.	T-002/92 T-406/92 T-412/92 C-373/93	C-221/94 T-336/95	C-993/04 C-473/05 C-576/08 C-756/08 C-662/09 C-018/10 C-149/10 C-398/10 C-577/11 C-748/11 C-791/11AV	C-909/12 C-010/13 C-258/13 C-264-13 C-511/13 C-624/13 C-256/14 T-488/14
El catálogo de derechos es criterio auxiliar.	T-015-92	SU-225-98		
Los derechos son obligaciones subjetivas del Estado		SU-225-98 SU-819/99	T-227/03 T-859/03 T-1083/03 T-1083/03 T-760/08 T-235/11 C-372/11	
Los derechos prestacionales pueden ser fundamentales	T-571/92		T-662/06 T-585/08 T-609/08 T-675/11	T-264/12 T-284A/12
Los derechos son mandatos de optimización	T-422/92	SU-022/96 T-322/96 C-475/97 C-741/99	C-673/01 C-808/01 C-916/02 C-014/04 C-355/06 C-390/08	T-258/13
El núcleo esencial está protegido por el principio de proporcionalidad	T-422/92	T-015/94 T-067/98 SU-642/98	C-142/01 C-916/02 C-1017/03 C-371/11	
Subtotal sentencias analizadas	16	22	37	16
Total, de sentencias revisadas				91
<i>Nota.</i> Elaboración propia.				

Capítulo V. Consideraciones finales sobre la conceptualización de los derechos fundamentales

“A medida que nuestro derecho se desarrolla se hace cada vez más importante dar carácter definido a su fraseología; las distinciones se multiplican de hecho, y el viejo equipo de ideas, distinciones y frases tiene que ser cuidadosamente revisado. El derecho no difiere tanto de otros temas de estudio como para que la claridad de pensamiento no signifique una poderosa ayuda para aprehenderlo. Si las palabras en el uso jurídico común son usadas con exactitud, es bueno saberlo; si no son usadas así, también es bueno saberlo y señalar cómo se usa”. (Hohfeld, 1977, p.46)

1. Introducción

El objetivo de este capítulo es dar respuesta a ¿por qué son tan problemáticas las conceptualizaciones sobre los DF? Es decir, responder ¿qué son? A ese efecto, los capítulos I, II y III contienen varios análisis sobre el concepto de los DF, a partir de los enfoques del Iusnaturalismo, Positivismo, Realismo y Axiologismo. Sobre los DF se viene afirmando que son un concepto histórico, indeterminado y contingente. Al estudio de los enfoques, se suman dos análisis de jurisprudencia colombiana, una línea jurisprudencial general (46 sentencias) y nueve líneas especializadas (91 sentencias) con sus valoraciones y conclusiones. Estos estudios de doctrina y jurisprudencia, hasta ahora, comprueban lo siguiente: (i) Que los enfoques influyen sobre el concepto de los DF pero la Corte colombiana, no sigue un patrón conceptual identificable, basado en esos enfoques; (ii) Que el catálogo, no es el criterio que determina que un derecho se considere o no, fundamental, pues la Corte, lo considera auxiliar (T-002-92); (iii) Que según la Corte, no hay derechos absolutos en la Constitución de 1991, y bajo esta directriz, los DF son relativos y limitables (ponderación); (iv) Que las líneas jurisprudenciales demuestran

que, allí se reiteran expresiones como: derechos, derechos fundamentales, derechos subjetivos, dignidad humana, esenciabilidad, inherencia, inalienabilidad, universalidad y derechos de aplicación inmediata, entre otras, pero su empleo depende del Magistrado ponente; (v) Que la dignidad humana en gran parte define la fundamentalidad de los derechos (pues, es el objeto principal de protección de los bienes e intereses protegidos). De otro lado, la línea jurisprudencial central, y las líneas específicas, comprueban la desunificación conceptual con al menos en nueve respuestas, sobre lo qué son los DF en Colombia.

Ahora, en este tramo final, los datos acumulados requieren articularse bajo un solo compendio, a la luz de cuatro problemas que se fueron manifestando, a lo largo de la investigación y que, a juicio de este trabajo, dificultan y vuelven problemática la unificación de los DF. Un concepto unificado y estable de los DF es posible, en la medida en que, se logre un patrón conceptual identificable a partir de consensos en la jurisprudencia constitucional, a la luz de los enfoques y partiendo de una teoría de la Constitución de 1991. El concepto de los DF hace parte de una realidad social determinada donde también, cuentan las diferentes facetas que éstos presentan. Los cuatro problemas, son los siguientes:

1.1. La universalidad conceptual. Los DF son un concepto histórico, indeterminado y contingente, pero su mayor problema es que fluctúan entre ideologías rivales, como el Iusnaturalismo, Positivismo, Realismo y Axiologismo, tal y como se demuestra en los tres primeros capítulos. Pero, es razonable que, para su aplicación al caso concreto, el intérprete autorizado siga un patrón conceptual identificable, originado en la misma jurisprudencia constitucional, acorde con una Constitución particular. No obstante, un patrón conceptual identificable, se enfrenta al problema de la universalidad conceptual. Sobre este problema, se

percibe que, hay poca referencia. Tal y como se manifestó, a lo largo de las diferentes líneas jurisprudenciales. Estas dificultades son notorias, al momento de la falta de distinción entre los enfoques, o cuando, los problemas que se discuten a nivel de la doctrina especializada, no se analizan; o cuando tampoco, se justifica su aplicación en un sistema constitucional particular como el colombiano, por ejemplo, no se debate sobre los problemas de la teoría espacial absoluta del núcleo esencial.

1.2. Los derechos obedecen a una Constitución particular. Los DF no pueden formularse en abstracto, sino conforme a una determinada concepción de Estado y, bajo una teoría de la Constitución, según lo expone Böckenförde (1993, p.45). En el caso colombiano, esta exigencia responde a una teoría de la Constitución de 1991. Los derechos obedecen, según esta doctrina, a una teoría de una Constitución particular y, a unos pilares básicos. Esta deficiencia es notoria, por cuanto, no existe un señalamiento de las características de los derechos en la Constitución de 1991. A la jurisprudencia, entonces, le corresponde presentar unos pilares básicos del concepto, así la tesis dice que, en este caso, estos pilares están comprendidos en la Constitución de 1991, dado que esa Carta Política, conforma una teoría particular de los DF. (Alexy, 1993, pp.27-46)

1.3. Interrelación conceptual. El concepto de los DF no es aislado y tiene claras implicaciones directas y definitorias sobre los criterios de validez y eficacia (Interrelación conceptual). En esta investigación se percibe que, los conceptos de validez y eficacia no se analizan en conjunto, con lo qué son los DF, y este fenómeno trae como consecuencia que, se

desconozca el principio de la interrelación conceptual, por ausencia de concatenación y sistematicidad.

1.4. Contingencia del concepto. El concepto de los DF se considera contingente porque depende de tres aspectos, a saber: (i) de los enfoques que se apliquen, dado que no hay un fundamento último, por los problemas que acarrea la inconclusividad y la poca universalidad conceptual. Al respecto, Marchart (2009) entiende el fenómeno de la contingencia, no como la ausencia total de todos los fundamentos, sino como la “imposibilidad de un fundamento último”.

Así mismo, Marchart (2009) menciona que:

El juego interminable entre el fundamento y el abismo sugiere también aceptar la necesidad de decisión (basada en la indecibilidad ontológica) y ser conscientes de la división, la discordia y el antagonismo, pues cada decisión —dado que, no puede sustentarse en un fundamento estable, ni tampoco ser tomada en el solitario vacío de la completa infundabilidad— siempre se verá confrontada con demandas y fuerzas contrapuestas. (p.15)

Así, es imposible probar a partir de un enfoque o de los otros enfoques, cual es el correcto y el que debe aplicarse. Los otros dos aspectos de los que depende la contingencia del concepto de los DF son: (ii) una Constitución particular y el modelo de Estado allí consagrado y (iii) finalmente, cada caso. En este sentido, el Juez Constitucional siguiendo sus propios criterios, es quién, en la práctica, define la fundamentalidad de los derechos y, la razón de porque, sus fallos ostentan el valor de precedente constitucional vinculante. Pero, los criterios pueden cambiar de un Juez a otro. No obstante, se advierte que el Juez requiere de una conceptualización previa y estable de lo qué son los DF, para preservar la coherencia del sistema y la seguridad jurídica. El Juez, antes de resolver un caso, necesita aceptar una idea previa y estabilizada de lo qué son los

DF, conforme a una teoría de una Constitución particular y a un modelo de Estado, es decir, debe contar con un patrón conceptual identificable.

Estos cuatro problemas se abordarán en el orden enunciado. Una vez se superen estos análisis, se presentarán las conclusiones generales de la investigación.

2. La universalidad

La Corte colombiana alude a que los DF son universales. Por lo tanto, es necesario distinguir dos ideas, al respecto: (i) La primera está asociada al número de individuos a quienes le son aplicables los derechos. Bajo esta premisa, todas las personas, sin ninguna distinción por su *origen, raza, sexo o condición*, le son aplicables los derechos, existiendo un respeto universal y general. Por ello se dice que, son universales (para todos los individuos). El origen de este concepto se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que, en uno de sus apartes del preámbulo establece: “considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre”. Este respeto por los derechos se debe interpretar, por un lado, al tenor de las consecuencias que, tuvo para la humanidad, la barbarie de la Segunda Guerra Mundial que propició la Declaración Universal y, de otra parte, al proceso de institucionalización de los derechos que, trajo como consecuencia su consagración en las diferentes Constituciones. Bajo esta premisa, los DF se consideran universales. Esta es claramente una lectura. De acuerdo con lo expuesto, los DF son universales porque jurídicamente tienen sus raíces en esa Declaración y son los derechos humanos que, a través, del proceso de institucionalización fueron incorporados con carácter de fundamentales en la Constitución de 1991, por ejemplo. Entonces, cuando se alude a la universalidad de los DF,

ésta tiene su referente en la Declaración Universal de 1948, también a los derechos consagrados en las diferentes declaraciones y, a los que hacen parte de las diferentes constituciones. De modo que, surge la siguiente pregunta: ¿sólo los allí contemplados se consideran universales? La respuesta es compleja y de difícil resolución, dado que, todos los derechos, sin importar su rango, clasificación, categoría, o sus facetas, se cree, son universales. Por ejemplo, está el caso de la sentencia T-1306-00 en Colombia que contempla que, el derecho al servicio telefónico no es fundamental, pero se pregunta: ¿es un derecho universal? Si la respuesta es afirmativa, esa distinción (universalidad) no sirve para identificar a los DF porque no se trata de una condición necesaria, sino contingente, de esa clase de derechos, y, por tanto, la universalidad no constituye una pista segura o un indicio para definir la fundamentalidad. Pero, el debate persiste, y por ello, se demandan explicaciones sobre su aplicación a la jurisprudencia. (II) En segundo lugar, está el debate en torno a la universalización conceptual (no visto desde el número de individuos a quienes se les aplican los derechos) sino desde el enfoque o enfoques que se adopte, como una de las características más complejas que, recaen sobre el concepto de los DF. La investigación viene demostrando que no existe una sola concepción de los DF (inconclusividad). Por tanto, es justo aceptar, que la universalidad del concepto de los DF es todo un problema, se trata de una discusión, también de origen lingüístico que, se podría estudiar en otro espacio, atendiendo a la filosofía analítica (Gottlob Frege, Bertrand Russell, Ludwig Wittgenstein). Y, más que un problema, constituye un dilema que, al menos en mínima parte, debe abordarse aquí, porque se percibe que afecta a la conceptualización de los derechos, pues no existe un solo concepto de lo que son y, este fenómeno afecta a la jurisprudencia y, ahí es donde radica la importancia de los consensos, al interior de los Tribunales constitucionales. Por consiguiente, hechas estas

diferenciaciones, a renglón seguido, en mínima cuantía se abordará el fenómeno del dilema de la universalidad.

2.1. El dilema de la universalidad. La diversidad conceptual plantea serios problemas acerca de la universalidad de los DF. Se trata de confrontar la diversidad conceptual versus la universalidad y la univocidad conceptual. El concepto de los DF se compone de dos concepciones indeterminadas: el concepto de *derechos* (sujeto) y el concepto de *fundamentales* (predicado). Es decir, los DF son un concepto compuesto, complejo y altamente indeterminado, estructurado alrededor de dos conceptos previos, también indeterminados y complejos: un concepto sujeto (derechos) y un concepto predicado (fundamentales). (Fingermann, 1974, pp.34-35)

Así las cosas, el concepto sujeto “derechos” implica un debate individual iusfilosófico que, no ha sido saldado históricamente, tanto así que, para citar un ejemplo, se trata del debate propuesto por H.L. Hart. Así, de la palabra Derecho se deriva conceptualmente, la expresión *derechos* (Hart, 1963, pp.1-21). De otro lado, la expresión *fundamentales* ostenta interpretaciones diversas dependiendo del concepto-sujeto, al cual se aplique y, de su contexto histórico, ideológico, jurídico, político y fáctico. La expresión *derechos fundamentales* sugiere entonces, una clasificación respecto del sistema universal y señala que, hay unos derechos opuestos a los fundamentales. (Hohfeld, 1977, pp.45-87) Se trata de dos tipos de derechos, dónde cada categoría, genera su propio debate, ligado al origen de la palabra Derecho. Así que, la discusión sobre reglas y principios, a los que hace referencia el capítulo tres es parte del debate; así mismo, las discusiones sobre el concepto derechos subjetivos (los DF son principios).

El problema de la universalidad se relaciona con la indeterminación conceptual de todo el Derecho y, con el caos que, acompaña a las sociedades modernas. El filósofo Óscar Mejía Quintana (2013), autor de la anterior afirmación en su acápite la *Ficción de la universalidad*, hace el siguiente aporte: “la sociedad moderna no es, pues, fruto de un consenso pluralista, sino reflejo de una división y conflicto de concepciones. No existe un perfil de pensamiento y juicio coherente, sino una amalgama de fragmentos socio-culturales e históricos heredados”. (Mejía Q., 2013, p.142) Y, se presenta con el siguiente interrogante: “¿cómo escoger, entonces, entre concepciones rivales e incompatibles de justicia alimentadas desde diferentes racionalidades morales, sociales y políticas?” (Mejía Q., 2013, p.142). Este es en concreto, el fenómeno que se refleja frente a la interpretación de los derechos, en esta investigación, a partir de la Constitución de 1991. Además, “este conflicto deja a los ciudadanos huérfanos de orientación”, señala el autor. (Mejía Q., 2013, p.142).

El argumento del profesor Mejía refleja una situación de incertidumbre conceptual para los DF. Ya lo advierte Doménech (2006) cuando dice que:

Según la clásica distinción del economista Knight, existe una situación de riesgo cuando cada alternativa de acción puede conducir a varios resultados posibles, conociéndose la probabilidad de todos ellos. En cambio, la situación es de incertidumbre cuando las probabilidades de los resultados son desconocidas. (p.249)

Frente a este problema, y dado el caos que permea la sociedad, la persona es la más afectada porque, por un lado, desconoce qué son los DF, y cómo reclamar su eficacia ante el Estado. Esta situación de interminación conceptual es un hecho que, sin duda acompaña tanto al concepto-sujeto, como al concepto-predicado y puede acarrear varias consecuencias, entre ellas, el fenómeno de *desubjetivación* de derechos, porque éstos se presentan conceptualmente como

un dispositivo, dado esa amalgama heterogénea de ideas que los rodea y que afecta la protección estatal. (Agamben, 2014, pp.7-40) Así, los derechos son objeto de infinitas interpretaciones que se agrava cuando no se sigue un patrón conceptual identificable, aunado a que se reconoce estar en una época de pocas unificaciones conceptuales y relativos consensos. Esta circunstancia impide la protección estatal, por cuanto, la persona, no sabe qué son y cómo reclamar su protección (el debate histórico iusnaturalismo-positivismo-realismo-axiologismo). Por lo tanto, Agamben (2014) añade que “la verdadera naturaleza del desacuerdo reside en el carácter de la racionalidad que lo sustenta. Ella no depende solo de atenerse a las leyes de la lógica, sino que es determinada por los contextos específicos y tradiciones históricas”. (pp.7-40)

Por su parte, Mejía Q. (2013) señala que la situación anterior, conduce al fenómeno de la inconclusividad de toda argumentación en las ciencias sociales que, abandona a la persona a sus preferencias prerracionales. (p.144) El estudio de doctrina y jurisprudencia realizado, comprueba la presencia del fenómeno de la inconclusividad conceptual que está presente y acompaña a los DF. No obstante, la investigación considera que este fenómeno se puede aminorar, mediante consensos en la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, el profesor Mejía Q. (1998) reitera que:

De allí la proliferación de tendencias interpretativas en el Estado y en las Cortes de justicia, en general, que continúan reproduciendo -con nuevas etiquetas- los patrones mágico-unitarios tradicionales en la interpretación de la nueva constitución, sin lograr captar el giro paradigmático que se ha producido en la teoría y concepción del Derecho en el último cuarto de siglo. (p.66)

Conforme a lo que se expone, los DF se designan con diferentes expresiones, este fenómeno también se comprueba en la doctrina (Nino, 1998, pp. 44-46) La universalidad

conceptual entendida como un patrón conceptual identificable o una idea estabilizada acerca de algo, se enfrenta a la indeterminación conceptual que lleva al fenómeno de la *inconclusividad* frente a los derechos, pues los enfoques y las múltiples tendencias interpretativas sobre los derechos constituyen un fenómeno poco controlable ideológicamente.

El problema de la jurisprudencia colombiana es que los DF dependen del Magistrado Ponente y así, los designan con diferentes expresiones, sin que exista un lenguaje común, dado que, de sentencia en sentencia, se evidencia que cambia con giros poco predecibles. Por ejemplo, a través de la sentencia T-423-03, la Corte expone la tesis de los derechos universales, indisponibles e inenajenables por el titular o por el Estado, para citar un solo caso. Se trata de una amalgama de conceptos que, se supone provienen de una sola vertiente (Universalidad). Nótese el ejemplo:

Serán derechos fundamentales sólo aquellos que puedan ser catalogados como universales “en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son sus titulares”, que son indisponibles e inenajenables por su propio titular y por el Estado (contra mayoritarios), que tienen su título *ex lege* o *ex constitutionem*, que establecen relaciones verticales (relaciones de poder, jerarquía o subordinación), y que cuentan con una protección judicial reforzada (acciones ordinarias y acciones especiales como la de tutela). (Sentencia T-423/03 MP. Eduardo Montealegre Lynett)

La Tutela anterior, utiliza varios conceptos que requieren una concreción para delimitar su interpretación. En primer lugar, la Corte recurre al criterio de la cuantificación universal, es decir, se refiere a la universalización como un dato casi numérico de la clase de sujetos que son sus titulares, es decir, a todas las personas en sentido universal. Esta afirmación es muy clara. Pero además dice que son *indisponibles e inenajenables* por su propio titular, lo cual, plantea dos

debates adicionales: (i) El primero, atañe a la indisponibilidad de los derechos, por parte de su titular. Pues bien, se recuerda el caso de la dosis mínima o dosis personal de estupefacientes. En aquella oportunidad, la Corporación le dio mayor relevancia constitucional al derecho al libre desarrollo de la personalidad, así a la persona, le cause un daño a su salud.

Dicha sentencia del M.P: Carlos Gaviria Díaz, dice:

No se compeadece con nuestro ordenamiento básico la tipificación, como delictiva, de una conducta que, en sí misma, sólo incumbe a quien la observa y, en consecuencia, está sustraída a la forma de control normativo que llamamos derecho y más aún a un sistema jurídico respetuoso de la libertad y de la dignidad humana, como sin duda, lo es el nuestro. (Sentencia C-221/94. M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Al respecto, también se pueden revisar sobre el concepto de “dosis personal” las siguientes sentencias: C-101/04; C-574/11; C-491/12; C-284/16 y C-511/16.

(ii) En segundo lugar, el artículo 5° de la Constitución de 1991 contempla los derechos *inalienables de la persona* y el 94 los *inherentes a la persona humana*. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte se refiere, a unos derechos *inenajenables*, pero sin aclarar, el alcance de la expresión, su fundamento o derivación constitucional. Adicional, no provee el alcance, cuando se refiere a que son contra mayoritarios. (Hart, 2001, pp. 94-95) Así pues, se van sumando conceptos e ideas que no facilitan darle un sentido consensuado o unificador a la idea de lo que se considera fundamentalidad.

El criterio de universalidad en la Corte difiere del *consenso pluralista* de fundamentalidad (Mejía Q., 2013, p.142). Por tal motivo, los debates tienen mayor alcance y mayores dificultades, desde una teoría de la Constitución de 1991, porque allí, no se consagra un concepto explícito de

los DF. Esta Carta Política contiene un catálogo de DF (artículos 11 al 41 y artículo 44) que, junto a otras normas, conforman una teoría de la Constitución de 1991; los artículos 1º (el fundamento del Estado está en la dignidad humana), 5º (reconoce la primacía los derechos inalienables), 85 (contempla los derechos de aplicación inmediata) y 94 (se refiere a los derechos inherentes a la persona humana). De lo inalienable e inherente por su inseparabilidad de la persona humana (T-002-92 y T-1306-00) se sigue que éstos se consideren universales, desde la perspectiva de la cuantificación universal, pero esta afirmación no significa que, el concepto de los DF sea universal. Este es el problema. Por lo tanto, es una diferencia relevante y se explica en que, no se conoce un concepto universal de los DF. A este fenómeno es que se refiere, el Profesor Raúl Mejía Quintana (en la *Ficción de la universalidad*, 2013). Por consiguiente, el artículo 5º y el 94 responden a una posible tendencia iusnaturalista de la Carta Política de 1991, donde encajan una pluralidad de concepciones que pueden o no, coincidir con el concepto de universalidad. Así, pues, es obligatorio justificar en cada caso, la utilización de ciertas expresiones en la jurisprudencia.

Ahora bien, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se deriva que, los DF se consideren universales, pues son derechos de los cuales, ninguna persona, de la especie humana, puede ser privado o se puede desprender. De tal manera, prima facie, los no universales, *a contrario sensu*, no se consideran fundamentales. Y así, la pregunta: ¿cuáles derechos no se consideran universales? No obstante, algunos derechos no fundamentales también son universales (El derecho a tener servicio telefónico, T-1300-2000). Entonces ¿dónde radica la fundamentalidad? Al respecto, no se tiene claridad. Por tal motivo, la jurisprudencia tiene la obligación de ir construyendo, poco a poco, un lenguaje sobre los derechos, cuyo significado constituya el resultado de un trabajo lingüístico - iusfilosófico, construido a través del tiempo. El

profesor Gregorio Peces-Barba (2006), precisamente señala que, una de las primeras dificultades es el problema del lenguaje emotivo sobre los derechos. Lo expresa con las siguientes palabras:

En el tema de los derechos es fácil incurrir en el error de usar términos emotivos que susciten sentimientos, y que no sean auténticamente relevantes para expresar mandatos, permisos o prohibiciones si se trata de normas primarias o para organizar poderes, establecer competencias o fijar procedimientos si se trata de normas secundarias. (Peces-Barba, 2006, p.95)

El dilema de la universalidad no es fácil de resolver, si antes no se intenta unificar el lenguaje de los derechos (consensos).

2.2. Los universales. A partir de la *ficción de la universalidad* (Mejía Quintana, 2013), la investigación se orienta a considerar la propuesta de Michel Foucault. Se trata de otra consideración muy importante. A esta altura, el trabajo hizo suficiente claridad en que, los derechos desde el iusnaturalismo están ligados a la persona humana, incluso desde la concepción y/o desde antes (T-571-92). En tal sentido, se consideran inalienables e inherentes y son derechos naturales (Esencialismo, bienes humanos, Jhon Finnis, Primer capítulo). Desde la versión positivista, por el contrario, los derechos están atados al origen de Estado y se explican, a través, del contrato social. Pero, además, el positivismo jurídico “elude las preguntas que intentan arrojar luz sobre lo que está antes del derecho y se convierte en la concepción de la <<despolitización>> y la tecnificación de una ciencia jurídica privada de la posibilidad de comprender sus fundamentos”. (Zagrebelsky, 2011, p.30) Y, al margen de estas dos concepciones, los derechos, también se consideran un dato histórico y contingente, puesto que, en la realidad, por igual, dependen del caso (Juez). Son, en realidad, parte de las prácticas cotidianas. Así las cosas, volviendo a los orígenes, a la historia, se aprovecha en este trabajo que

Foucault citando a Nietzsche señala que “la genealogía es gris; es meticulosa y pacientemente documentalista. Trabaja sobre sendas embrolladas, garabateadas, muchas veces reescritas”. (Foucault, 1993, p.7) Así, sobre las dificultades de los orígenes, Foucault (2010) afirma: “supongamos que los universales no existen”. (p.18) Con esta propuesta intenta explicar los fenómenos de las prácticas gubernamentales, y resulta de sumo interés para la investigación, por cuanto, los derechos DF hacen parte de las prácticas gubernamentales, de lo cotidiano, del ejercicio del gobierno y desde este punto de vista, se pueden revisar a partir de dos perspectivas:

(i) Desde el concepto de la universalidad, según la idea del profesor Raúl Mejía Quintana (2013), es decir, desde la *ficción de la universalidad* puesto que, si en realidad la universalidad como concepto, constituye una ficción, entonces, tal universalidad no existe. Y si no existe, la búsqueda de un concepto universal de los DF se constituye en un imposible, a nivel conceptual.

(ii) Entonces, hay que pasar a las prácticas que tienen como supuesto el “arte de gobernar”. De acuerdo con Foucault (2010) es “el mejor arte de gobernar”. (p.17) Así, en su biopolítica dice que, el arte de gobernar es “una manera de actuar orientada hacia objetivos y regulada por una reflexión continua” (Foucault, 2010, pp.355-366) En este sentido, como los DF hacen parte del arte de gobernar y de las prácticas cotidianas, se consideran, por lo tanto, realidades verificables, orientadas a objetivos definidos. Por ejemplo, se puede verificar si un paciente recibió o no, atención oportuna, según se cuente con los medios disponibles, entre otros.; si una persona fue discriminada por razón de su origen, sexo o condición económica o si se le privó de su autonomía personal, o de su libertad personal, entre otras, (T-356-06).

De manera que, con Foucault (2010) nace otra reflexión sobre los problemas que recaen en las poblaciones o en relación, sobre el conjunto de seres vivos, pues consiste en:

Dejar de lado como objeto primero, primitivo, ya dado, una serie de nociones como, por ejemplo, el soberano, la soberanía, el pueblo, los sujetos, el Estado, la sociedad civil: todos esos

universales que, en análisis sociológico, así como el análisis histórico y el análisis de la filosofía política, utilizan para explicar en concreto la práctica gubernamental. (p.17)

Es cómo concebir a los DF, sin ninguna alusión, al concepto de universalidad conceptual, al Estado y a enfoques como el Iusnaturalismo, el Positivismo, el Realismo jurídico y el Axiologismo, para revisar lo que ocurre en las prácticas cotidianas (realismo) e intentar resolver los problemas de los derechos, atendiendo a una realidad social determinada. Pero, esta idea, se enfrenta a otra muy fuerte que, dice que los DF son datos históricos que, no permite concebirlos al margen de la concepción iusfilosófica o por fuera de esos modelos, aunque operen en una realidad constitucional determinada. Si esta es la tendencia, ante la *ficción de la universalidad*, el remedio para esa situación está dado por las prácticas (realidad) y por los consensos, a fin de asegurar la coherencia del sistema y la seguridad jurídica.

Ahora, en Colombia, las prácticas comprueban una realidad constitucional compleja y desalentadora (un proceso de paz inacabado, hacinamiento carcelario, desempleo, informalidad, desplazamiento forzado, migración de población venezolana, migración interna campo-ciudad, entre otras) y bajo este panorama, esas prácticas son las que, al fin y al cabo, nutren la Tutela de la que una parte muy ínfima, se está estudiando en el capítulo IV. El problema de las prácticas se agrava cuando no hay un patrón conceptual sobre los DF que, ayude a ordenar un caos social que, no es fácil de acotar, si la jurisprudencia no supera en algo, ese histórico debate iusnaturalismo-positivismo-axiologismo. Se requiere de una buena dosis de realismo, de las transformaciones sociales porque, a pesar de la cantidad de pronunciamientos de la Corte, pasados 27 años, esas prácticas demuestran que, continúa el hacinamiento y la violación a los derechos en las cárceles y en las estaciones de policía (Sentencia T-276-16. M.P., Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), la desatención en salud (Sentencia T-760 de 2008. M. P., Manuel José Cepeda

Espinoza), la desnutrición de la población indígena y campesina, y los problemas de seguridad personal (Sentencias T-719-2003, T728-2010, T-078-2013, T-224-2014, T-460-2014, entre otras), la no entrega de medicamentos, el problema pensional, la indigencia (caso de El Bronx y El Cartucho en Bogotá), las violaciones sexuales a menores de edad, los feminicidios, los asesinatos de líderes sociales, la violencia intrafamiliar —desarraigo familiar y social—, el desplazamiento económico, las víctimas y la población desplazada por grupos insurgentes, paramilitares y narcotráfico (Sentencias T-025 de 2004; T821 de 2007; T-284-2010; T-239-2013; T-006-2004; T-087- 2014; T-112-2015, entre otras), la entrega inconclusa de las obras públicas (corrupción), (Sentencia T-406-92. M.P. Ciro Angarita Barón), el problema del agua potable (Sentencias T-270-2007, T-522-2011, T-028-2014, T-790-2014, T-641-2015, T-740-2015, entre otras), la suspensión de los servicios públicos (Sentencias T-380-1994, T-270-2007, entre otras), para citar solo algunos casos. Todos constituyen problemas estructurales que propician reiteradas decisiones de la Corte Constitucional en defensa de los DF. En este escenario, es que el concepto de los DF fluctúa entre varias ideas rivales, a pesar de constituir el eje central sobre el cual gravitan los fallos de Tutela.

2.3. Modelos de fundamentación. Esta investigación se estructuró sobre la base de los enfoques, teniendo en cuenta, el carácter histórico de esos derechos (capítulos uno al tres). Esta es la explicación, por la que, en esos capítulos, se hizo un estudio del Iusnaturalismo, del Positivismo normativista, del Realismo jurídico y del Axiologismo. En este orden de ideas, una tesis que aquí ha venido corroborando señala que, la influencia de esos enfoques no facilita universalizar el concepto de los DF (división, discordia y antagonismo). Así, se pregunta si ¿es posible un concepto de DF desligado de los modelos históricos de fundamentación? Es

complicado responder a este interrogante. Para ello, se tiene en cuenta que, en el caso colombiano, la investigación comprueba que la jurisprudencia está atada a conceptos y a criterios que emanan, claramente, de los enfoques teóricos. Precisamente, la crítica se orienta hacia ese fenómeno, pues cada enfoque tiene sus propias características y, la base de su distinción está dada por el origen (Bobbio, 1991, Segundo capítulo) y por el criterio de validez. Pero una respuesta más ilustrada la ofrece el profesor Bastida Freijedo (2005), en cuanto:

Desde siempre el ser humano ha buscado la manera de resistirse al poder de dominación y a lo largo de la historia ha ido creando fórmulas filosófico-jurídicas para frenar ese poder. De un lado, ideando principios de fundamentación, organización y modos de ejercicio del poder que sirvieran a esa finalidad limitadora; de otro, afirmando espacios de libertad y medios de reacción jurídicos frente a las injerencias del poder. (p. 41)

Así, en cuanto a esas fórmulas filosóficas jurídicas para frenar el poder de dominación:

Se pueden sintetizar en tres, los modelos históricos de fundamentación de los derechos, aunque en puridad sólo el modelo iusracionalista (iusnaturalista) y el modelo positivista tienen un engarce inmediato. En ambos el punto filosófico de partida es el ser humano a secas, como sujeto libre e igual a los demás seres humanos. En el modelo de fundamentación historicista, si bien hay reconocimiento de derechos, su titular no es el hombre, el ser humano, sino unos individuos integrados en un estatus determinado (pertenencia a una gens o grupos sociales concretos, a un estamento, a un pueblo, etc.). (Bastida, 2005, p.41)

En ese contexto, el modelo axiológico surge, tras la discusión entre el Iusracionalismo (iusnaturalismo) – Positivismo, a partir de la incorporación de los principios (Dworkin) y los

valores (Alexy). El debate, entonces, se orienta hacia la pretensión de corrección del derecho (paradigma constitucional), es decir, hacia una solución moralmente correcta de los casos.

Por otro lado, también está la corriente del Realismo jurídico, con un enfoque netamente empirista y realista. El derecho, son los hechos y las transformaciones, y también, las reivindicaciones de tipo social y los planes, vale recordar que el derecho se actualiza, en cada situación de litigio.

Pero, igual, el sistema jurídico necesita de ciertas reglas. Su aplicación, no puede ser arbitraria y requiere de una disciplina conceptual, para mantener la coherencia del sistema y la seguridad jurídica. Precisamente, Böckenförde (1993, p.47) señala que “estas fórmulas filosófico-jurídicas no son elegibles libremente, toda vez que un sistema constitucional impone límites, en virtud de las decisiones adoptadas previamente, por el constituyente primario plasmadas en una Constitución”. Estas decisiones, según Bastida F., (2004) “determinan la adecuación constitucional de los modelos de fundamentación a un sistema jurídico particular”. (p.9).

Es decir, a una Constitución particular. Este fenómeno, aunque no se considera absoluto, tiene que ver, con lo que se expuso en la introducción de este Capítulo, en cuanto a que los DF no se pueden formular en abstracto. Esta afirmación, se basa en Böckenförde (1993) acerca de la idea de Constitución, que corresponde a una teoría jurídica implícita o explícitamente reconocida. Esto es así, teniendo en cuenta que:

Las teorías de los derechos fundamentales son más bien expresión de determinadas concepciones del Estado e ideas básicas sobre la relación de dependencia del individuo con la comunidad estatal; tras ella está una determinada idea de Constitución, en tanto que ésta representa el ordenamiento jurídico fundamental de las relaciones del individuo y de la sociedad con el estado. (Böckenförde, 1993)

Por ejemplo, respecto de la Ley Fundamental en Alemania Böckenförde (1993) dice lo siguiente:

Puede ser que una Concreta Constitución, en especial cuando se limita a disposiciones organizativas, no permita reconocer una correspondiente idea de ordenamiento, o no disponga de ella. Sin embargo, difícilmente se puede admitir esto para una Constitución como la LF con un título completo de derecho fundamentales y expresos preceptos de estructura del Estado, (igual que en Colombia), y, en todo caso, no cabe presumirlo. Por eso la cuestión acerca de la teoría de los derechos fundamentales constitucionalmente adecuada no se debe plantear respecto de la LF sólo por razones pragmáticas, para limitar de nuevo el desbordante margen de variación de la interpretación de los derechos fundamentales, sino también por razones teórico-constitucionales. (pp.66-71)

3. Teoría de la Constitución de 1991

Una idea de Constitución se refugia en la concepción de un modelo particular de Estado. Este apartado comienza a partir de las ideas de Böckenförde (1993) del acápite anterior. En este caso, el concepto de los DF depende de una teoría de una Constitución particular. Cada Constitución, concibe un modelo de Estado, al cual corresponde un concepto de los DF. Bajo esa directriz, la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (la República Federal de Alemania es un Estado Federal Democrático y Social), la Constitución española de 1978 (Estado de derecho) y la Constitución colombiana, conciben cada una, un modelo particular de Estado. La Constitución de 1991, por ejemplo, consagra un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana. Así mismo, contiene en el Título II, Capítulo 1, un listado de los DF (Artículos 11 al 41); en el artículo 44 se contemplan los derechos de los niños. Estos artículos modelan un sistema constitucional particular. De igual modo, en el artículo 85 se establecen unos derechos de

aplicación inmediata, también incorpora la dignidad humana como principio fundante (Art. 1º) y algunos conceptos provenientes del derecho natural, como los derechos inalienables (art. 5) y los inherentes a la persona humana (art. 94). También consagra el criterio del núcleo esencial, tras el Acto Legislativo 03 de 2011 que, reforma el artículo 334, entre otras normas iusfundamentales (entre valores, deberes y principios). Estas normas, en su conjunto preforman un modelo constitucional que, lo identifica y que no hace tan opcional, la aplicación de los enfoques sobre los derechos. Es premisa que, el concepto de los DF obedece a una teoría de la Constitución de 1991. Del mismo modo, en virtud de su artículo 93, los derechos están ligados al sistema universal. La Carta Política de 1991, constituye, por consiguiente, un compendio de tendencias ideológicas, explicables desde la teoría del Estado que, delimitan la conceptualización de los derechos, en una realidad constitucional actual y determinada. Tal y como lo expresa, Hesse (1983), cuando advierte que “la norma constitucional carece de existencia propia, independiente de la realidad. Su naturaleza estriba en que pretende tener vigencia, es decir, realizar en la realidad el estado por ella normado”. (p.66)

3.1. Una teoría general. El profesor Robert Alexy explica que una teoría general abarca la problemática global e individual de los derechos, a partir, de las discusiones que se plantean con los derechos de la libertad, la igualdad y los prestacionales. Se advierte, en este caso que, las líneas jurisprudenciales comprueban que los DF están influenciados por los problemas que se presentan, a todo nivel, con los DF (falta de unificación conceptual por los enfoques). Según Alexy (1993) son “los problemas que se plantean en todos los derechos fundamentales o en todos los derechos fundamentales de un determinado tipo, por ejemplo, en todos los derechos de libertad, de igualdad, o de prestaciones” (pp.34-38). Su contrapartida es una teoría particular que,

trata los problemas especiales de los DF singulares, según dice Alexy (1993), así, añade, “es plausible una teoría integrativa que los aborde conceptualmente, siendo un ideal la convergencia de las tres dimensiones de la dogmática jurídica, la analítica, empírica y normativa de los DF”. (p.30)

En la dimensión analítica, se tratan sistemáticamente los conceptos básico-fundamentales del derecho positivo, o derecho legislado, como el catálogo de los DF que hacen parte de una Constitución particular. En la dimensión empírica, la práctica judicial, especialmente. Aquí encajaría la práctica judicial, relacionada con el concepto de los DF en la jurisprudencia constitucional colombiana. En esta dimensión, está el derecho legislado y el derecho judicial. Desde el mismo punto de vista, la postura integrativa, se justifica porque el derecho positivo, no es suficiente por “la vaguedad de su normación”. (Alexy, 1993, p.31) En la dimensión normativa, se pueden ubicar las discusiones que se plantean en la práctica jurídica en relación con los derechos subjetivos, a nivel del Juez constitucional, la solución de casos concretos y el concepto de los DF en la jurisprudencia constitucional de Colombia. (Alexy, 1993, pp.34-38)

La idea de la integralidad se aplica en este trabajo, para intentar reconocer los elementos necesarios del concepto de los derechos DF, en la jurisprudencia colombiana. Es válido y plausible que, la jurisprudencia constitucional reconozca que “la Corte constitucional no ha dado una respuesta inequívoca sobre el concepto de derechos fundamentales” (Sentencia T-227-03.MP. Eduardo Montealegre Lynett), pues, de todos modos, a través, de las líneas jurisprudenciales, se fueron ubicando algunas de las características y los elementos, o notas esenciales de los criterios, más importantes, sobre la fundamentalidad de los derechos en Colombia, partiendo de la base de que, el concepto de los DF no aparece explícitamente en la Constitución de 1991, y tampoco ha sido desarrollado legislativamente. Este fenómeno puede ser

el causante de las polémicas que se suscitan en la jurisprudencia constitucional colombiana. A propósito, Zagrebelsky (2008), dice que:

Los juristas saben bien que, la raíz de sus certezas y creencias comunes, como la de sus dudas y polémicas, está en otro sitio. Para aclarar lo que de verdad les une o les divide es preciso ir mas al fondo o, lo que es lo mismo, buscar más arriba, en lo que no aparece expreso. (p.9)

Del mismo modo, una teoría general sobre los DF es aquella que se encarga de reconocer los problemas que se plantean a todo nivel, acerca de la conceptualización de los derechos, empezando por su propia denominación, lo cual demanda una aproximación lingüística. (Peces-Barba M., 1999, pp.21-38)

3.2. Una teoría jurídica. Una teoría jurídica de los derechos DF es una teoría normativa, en este caso, una teoría acerca de la Constitución de 1991. Es decir, una teoría sobre ciertos derechos positivamente válidos (Alexy, 1993, p.28)

Esta teoría jurídica, se refiere a las disposiciones o normas de derecho positivo que, componen el orden jurídico colombiano sobre los derechos, la dogmática, y sus tres dimensiones: analítica, empírica y normativa (Alexy, 1993, p.33-34)

El derecho judicial, hace parte del análisis de la dimensión normativa de los derechos porque, las sentencias de la Corte, sobre la acción de Tutela, constituyen normas jurídicas que, emanan de la Constitución, y son parte de una disciplina práctica (Alexy, 1993) donde el Juez constitucional interviene en la solución de casos difíciles, como el aborto, la dosis mínima, la salud, el trabajo, los menores, los niños enfermos de cáncer o los desplazados, entre otros. Según Alexy (1993), en una disciplina practica:

Esto no significa que la ciencia del derecho no pueda adoptar, además, otras perspectivas, ni que en ella, se trate siempre directamente de la solución de casos concretos pero, significa que la perspectiva del juez es la que caracteriza primariamente la ciencia del derecho y que los enunciados y teorías expuestas en ella desde esta perspectiva, por más abstractos que puedan ser, están referidos a la solución de casos, es decir, a la fundamentación de juicios jurídicos concretos de deber ser. (p.33)

Una teoría jurídica de la Constitución de 1991 hace referencia al conjunto de normas que, consagran valores, principios, deberes y derechos que pertenecen a ese sistema constitucional. Son normas jurídicas positivamente válidas que, conforman a su vez “un sistema cerrado de normas” (Kelsen, 1985, p.145), en cuya cabeza, está una Constitución particular. Un concepto de los DF es por consiguiente un concepto, positivamente válido, desde el punto de vista, formal y material, en donde la interpretación de la Corte Constitucional puede constituir una forma de política constitucional (Zagrebelsky, 2011, pp.12-13), por tanto, constituye una interpretación jurídica superior, normativamente válida. Por lo tanto, las interpretaciones de la Constitución de 1991 en una sentencia son, por antonomasia normas jurídicas y, constituyen una fuente principal de derecho. Por ese motivo, un concepto de los DF, plasmado en una sentencia de la Corte Constitucional, establece un concepto positivamente válido. De ahí que, se exija un patrón conceptual identificable, el Derecho en este sentido, no importa el enfoque o los enfoques utilizados, no deja de comportarse como un sistema al que le corresponde proveer sus propios insumos, es decir, la clarificación y la unificación conceptual. Por el mismo motivo, lo que diga la Corte Constitucional acerca de lo qué son los DF también, constituye una norma jurídica vinculante. Precisamente allí, radica uno de sus mayores problemas, dado que, ante tanta

variación conceptual, sucede la disparidad de normas jurídicas y este fenómeno, afecta a la seguridad jurídica.

Una teoría jurídica y política de la Constitución de 1991 es una teoría de derecho positivo, referida a un determinado orden jurídico positivamente válido, desde el punto de vista formal y material. En este orden de ideas, es un orden jurídico exclusivo que, consagra unos valores, principios, deberes y DF para una determinada nación. A propósito, señala la Corte que, las diferencias entre los valores, los principios y los conceptos constitucionales:

Como ya ha sido explicado por esta Corte, los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible. Son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo 4o. del texto fundamental. Si bien es cierto que no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, aunque puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial (...) Los valores, a diferencia de los principios, tienen una eficacia indirecta, es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales. De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia, pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto. (...) 4. Las normas constitucionales relativas a los valores y principios, así como las normas internacionales pertenecientes al llamado "ius cogens", no son proclamaciones programáticas o meras aspiraciones que sólo poseen valor jurídico en la medida en que sean asumidas legalmente. Tales normas deben ser respetadas en toda aplicación del derecho; ninguna decisión jurídica puede desconocerlas. De esta manera, indirectamente, ellas

invaden toda la aplicación jurídica hasta sus más específicos planos. (Sentencia C-27 de 1993. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez)

De manera que, una teoría jurídica de derecho positivo, también, constituye una teoría particular. Su importancia radica en que el concepto de los DF tiene como fuente interpretativa a un orden jurídico particular. De este orden jurídico, hacen parte los dispositivos amplificadores de contenido tutelar, a nivel constitucional, como es el caso del artículo 93 de la Carta política de 1991. Sobre los mecanismos de contenido tutelar de la Constitución de 1991 o dispositivos amplificadores, la Corte Constitucional, ha señalado lo siguiente:

En múltiples oportunidades este cuerpo judicial ha puesto de resalto que el respeto y efectividad de los derechos fundamentales, es eje principalísimo en la axiología que inspira la carta de 1991. De ahí que, el control jurídico de constitucionalidad que esta adscribe a la Corte Constitucional, se instituya junto con otros mecanismos —como la Tutela— fundamentalmente para la defensa de los derechos fundamentales. Ese mismo *telos* explica en la Carta de 1991 una serie de dispositivos amplificadores del contenido tutelar en esta materia, en la cual, el constituyente plasmó la idea de prevalencia de los valores y principios por sobre su consagración positiva al contemplar los mecanismos de protección que a manera puramente ejemplificativa se citan a continuación: 1. En el artículo 93, al consagrar la primacía en el orden interno de los tratados y convenios internacionales ratificados por el congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción; 2. Al preceptuar en esa misma disposición que el *ius cogens* o derecho imperativo sobre derechos humanos es criterio interpretativo esencial de la Carta de Derechos. 3. Al indicar de manera categórica en su artículo 94 que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la parte dogmática es puramente indicativa, al señalar que tal enunciación y la contenida en los convenios internacionales vigentes,

(...) “no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. (Sentencia C-27-1993. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez)

En el orden jurídico interno, los Tratados y Convenios internacionales ratificados por el Congreso que, reconocen a los derechos humanos y que prohíben su limitación, aún en los estados de excepción, y los artículos 1, 5 y 94 constituyen normas jurídicas iusfundamentales que, actúan como un bloque que delimita el concepto de los DF en Colombia. De tal suerte que, un concepto jurídico positivamente válido, de lo que son los DF en la jurisprudencia constitucional colombiana, también está delimitado por las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en materia de derechos humanos.

3.3. Una teoría particular. En la Corte Constitucional, no se evidencia claramente, la conexión entre los DF con la Constitución de 1991. Es decir, una teoría particular de los derechos. Por esta razón, estas consideraciones finales se encargan de reconocer su importancia, teniendo en cuenta que, esta teoría constituye el marco político, jurídico e ideológico del concepto de los DF.

Una teoría particular se refiere a la consagración de determinados valores, principios, deberes y derechos en una Constitución particular que conforman un sistema constitucional determinado. La consagración positiva de determinados valores, principios, deberes y DF en una Carta Política, influyen transversalmente, sobre todo el ordenamiento jurídico particular y esa consagración, es la que permite reconocer entre una teoría particular de los derechos de otro tipo de teorías generales, como las teorías históricas que, explican el surgimiento de los DF, las

teorías filosóficas que, se ocupan de su fundamentación y las teorías sociológicas sobre la función de los DF en el sistema social, según lo expone el profesor Robert Alexy. (1993, p.27)

Una teoría particular, se distingue de otras teorías particulares de los DF, es el caso de la teoría de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 en Alemania; la teoría particular de la Constitución española de 1978 o la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que consagran, de forma particular, un tipo de Estado y determinados valores, principios, deberes y DF. Por lo tanto, una teoría particular de los DF, para el caso colombiano, es aquella que se basa en la consagración de determinados valores, principios, deberes y derechos en la Constitución de 1991 que, influyen transversalmente y determinan un modelo particular de Estado.

Ahora bien, se anota que, bajo los parámetros de una Constitución particular, los enunciados iusfundamentales ostentan la función de fijar los fines y los parámetros de toda la actividad estatal pues determinan “las exigencias obligatorias de la justicia, de la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”. (Dworking, 1997;1993, pp.72-80)

En suma, los valores, principios, deberes y derechos consagrados en una Carta Política conforman una teoría jurídica y particular sobre los DF, allí reconocidos. En el caso colombiano, además de la Tutela, una teoría particular comprende las demás acciones constitucionales, como la Acción de cumplimiento del artículo 87, la Acción popular y las Acciones de grupo del artículo 88 que, también protegen derechos, y que hacen parte del conjunto de normas iusfundamentales. En este conjunto, todos los derechos consagrados protegidos tienen la posibilidad de transmutarse en DF, según la sentencia T-227-03. De manera que, la Constitución de 1991 establece un conglomerado de acciones para la protección de los derechos, sin que se limite a otorgar el carácter de fundamental a todo tipo de derechos. (Sentencia T-406/92. M.P. Ciro Angarita Barón)

Desde un comienzo la Corte Constitucional ha venido reconociendo la importancia del contenido material de los derechos fundamentales, prevaleciendo frente a su ubicación en el Texto Constitución, conforme al artículo 94. Este artículo, por ejemplo, consagra un sistema abierto de derechos, tal y como lo expresa la Corte:

El contenido material del derecho prevalece sobre su ubicación formal en la codificación constitucional para los efectos de resolver si es o no fundamental. Así se deduce del artículo 94 de la Carta, a cuyo tenor la enunciación de los derechos y garantías en la propia Constitución y en los convenios internacionales vigentes "no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos. Tal es el caso del derecho a la educación. (Sentencia T-037-93. M.P. Alejandro Martínez Caballero)

Esta norma, hace parte de una Constitución particular que, la diferencia de otros sistemas constitucionales particulares y, como se comprueba en las líneas jurisprudenciales, influye en la jurisprudencia colombiana.

Este sistema abierto, por ejemplo, permite diferenciar la Constitución de 1991 de la de 1886. Ahora bien, la Constitución de 1886 también representa una teoría particular de los derechos contemplados en el Título III que consagraba unos derechos civiles y unas garantías sociales. Esta es una de las principales diferencias con la actual Constitución. En la Constitución de 1886 no está la acción de Tutela, tampoco existe la Corte Constitucional y, por consiguiente, un control concentrado en esa Corporación. Así que, los "derechos civiles" del Título III de la Constitución de 1886 hacen parte de un modelo particular de Estado que se diferencia del modelo de la Constitución de 1991. Se trata de otra concepción, de unos derechos civiles que corresponden a otro punto de vista histórico, político, ideológico y semántico de los derechos. En ese contexto, uno de los principales problemas de los cuales se acusa a la Constitución de 1886,

es precisamente de su ausencia de diálogo entre el Derecho y la realidad. (Cepeda E., 2001, pp. 5-7)

Una teoría de la Constitución de 1991 responde a las exigencias de un modelo particular de Estado, se trata del Estado allí auto proclamado. El artículo primero establece que “Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de república unitaria”. De manera que, un Estado social de derecho es aquél que, integra desde la Constitución, los derechos sociales, económicos y culturales con los DF. Estas características que, se atribuyen a la Constitución de 1991, permiten diferenciarla de otras constituciones. En tal sentido, una teoría particular de los DF conlleva a un concepto particular de derechos (Alexy, 1993, pp.27-34) Por ejemplo, una teoría de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 constituye una teoría jurídica y particular, acerca de los DF, y la diferencia de una teoría jurídica y, particular de los DF de la Constitución colombiana de 1991 (Alexy, 1993, pp.27-34). La Constitución de 1991 establece, por tanto, una teoría particular de los DF. Esta teoría se reconoce, a partir, de unos pilares básicos que identifican y diferencian a un modelo constitucional de otros, teniendo en cuenta que, cada modelo constitucional particular, cuenta con su propia teoría acerca del tipo de derechos que, allí se consagren.

3.4. Pilares básicos de los derechos fundamentales. A una constitución particular la distinguen unos pilares básicos que cumplen la función de identificar su estructura orgánica, sus valores, principios, deberes y derechos, así como las demás instituciones de origen político, social, jurídico, económico y militar (seguridad), axiales y necesarias que le otorgan carácter e identidad insustituibles. (Sentencia C-228-12. M.P. Ernesto Vargas Silva. Apartado 75)

La Constitución de 1991 sólo se puede modificar por los procedimientos agravados de reforma que ella misma contempla. Así las cosas, la sustitución de un pilar básico, supone un cambio, no autorizado de la Constitución. En el caso colombiano, un pilar básico de la Constitución de 1991 está dado por el catálogo de los DF y todo ese conjunto de normas iusfundamentales que protegen los derechos. Allí se destaca principalmente a la acción de Tutela. Los DF constituyen uno de los elementos del Estado de derecho, luego, el concepto de lo que son, se considera un pilar básico estructural de ese tipo de estado.

Son fundamentales los derechos, en parte, en virtud de la dignidad humana. Esta dignidad constituye un pilar básico y un principio definitorio del carácter fundamental de los derechos. En el Estado de derecho, la dignidad humana acota los DF. La Corte Constitucional señala que la filosofía que informa la Carta Política de 1991 es libertaria, democrática, no autoritaria y menos totalitaria. (Sentencia C-221-94. M.P. Carlos Gaviria Díaz)

Según la jurisprudencia, basada en la Sentencia C-170/12. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, son pilares básicos de la Constitución de 1991, los siguientes:

(I) el principio de Estado de derecho y la prohibición de normas ad-hoc de contenido puramente plebiscitario; (II) la forma de Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana; (III) el principio democrático y de supremacía constitucional; (IV) los principios de igualdad y mérito en el acceso a la carrera administrativa; (V) los principios de democracia participativa y de soberanía popular; (VI) la separación de poderes, el sistema de frenos y contrapesos y la regla de alternancia en el ejercicio del poder. (Sentencia C-221-94. M.P. Carlos Gaviria Díaz)

Siguiendo esta pauta jurisprudencial y atendiendo a una teoría de la Constitución de 1991, los siguientes son pilares básicos del concepto los DF:

- El Estado de derecho.
- El Estado social de derecho.
- Estado social, constitucional y democrático de derecho.
- La dignidad humana.
- El Juez constitucional.

3.4.1. El Estado de derecho. Los DF responden a un modelo de Estado. Representan el modelo que define los caracteres que identifican al Estado de derecho. Pérez Luño (1991) señala que:

(...) de ahí que el tránsito del Estado liberal al Estado social de derecho haya supuesto, en este plano, la extensión de la incidencia de los derechos fundamentales a todos los sectores del ordenamiento jurídico y, por tanto, también al seno de las relaciones entre particulares. (p.23)

Es por ello, que el Estado de derecho, constituye un punto central en el análisis de los derechos, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia constitucional. En el Estado de derecho reside una teoría particular de la Constitución de 1991 y conforma el hábitat natural del concepto de los DF. Francisco J. Anzoátegui R. (2007) considera que “(...) sin derechos fundamentales no se puede hablar de Estado de derecho”. Estas primeras consideraciones permiten afirmar que, el concepto de los DF hace parte del Estado de derecho.

Los DF hacen parte del Estado de derecho, pues sin derechos, este modelo tendría otra connotación, de ahí que sea tan importante acotar el concepto. Lo que son los derechos responde a una concepción sobre este tipo de Estado. En la doctrina se sostiene que “la noción de Estado de derecho es sumamente ambigua”, dice Tamanaha (2001, pp.15-39).

Mientras tanto, Zagrebelsky (2008) señala que la expresión Estado de derecho es ciertamente “una de las más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea”. Sin embargo, contiene una noción genérica y embrionaria, aunque no es un concepto vacío o una fórmula mágica. Su valor, de acuerdo con Zagrebelsky (2008):

Es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quinta esencia del *machtstaat* y del *polizeistaat*: *no más rex facit legem, sino lex facit regem.*
(p.21)

Así, los DF y la eliminación de la arbitrariedad identifican al Estado de derecho, lo cual significa que, tanto los poderes constituidos, como los ciudadanos, están sometidos a un ordenamiento particular que comprende a los DF (Naranjo M., 2003, p.360). La división de poderes y el principio democrático, de otro lado, garantizan la participación ciudadana, en este sentido son pilares que identifican al Estado de derecho que, es un modelo que proscribe la arbitrariedad. Los DF en el Estado de derecho se definen como barreras contra la arbitrariedad.

Para Díaz E. (1966), los derechos humanos son la razón del Estado de derecho. Describe al Estado de derecho como la institucionalización jurídica de la democracia. De ahí, la relación del concepto de los DF con el principio democrático. Al respecto, Díaz E. (1966) advierte que:

Es un tipo específico de Estado, un modelo organizativo que ha ido surgiendo y construyéndose en las condiciones históricas de la modernidad (de la ilustración) como respuesta a ciertas demandas, necesidades, intereses y exigencias de la vida real, de carácter socioeconómico y, unido a ello, (como siempre ocurre), también de carácter ético y cultural.
(p.204)

Díaz E. (1966) concibe el Estado de derecho como:

Una invención, una construcción, un resultado histórico, una conquista más bien lenta y gradual (también dual y bifronte), hecha por gentes e individuos, sectores sociales, que, frente a poderes despóticos o ajenos, buscaban seguridad para sus personas, sus bienes, sus propiedades y que, a su vez, ampliando el espectro, exigen garantías y protección efectiva para otras manifestaciones de su libertad. (p.204)

El Estado de derecho, de acuerdo con Díaz E. (1966) tiene cuatro caracteres generales:

a) El imperio de la ley que opera sobre los gobernantes y los ciudadanos; una ley producto de la libre participación ciudadana con la Constitución en la cúspide; b) División de poderes, legislativo, ejecutivo y judicial; c) Fiscalización de la administración y d) Protección de derechos y libertades fundamentales; la “protección de las libertades y los derechos fundamentales constituye <<la razón de ser>> del Estado de derecho”. (pp.205-206)

De manera que, la protección de los DF constituye una de las características que identifican al Estado de derecho y, en consecuencia, el concepto de lo que son los DF, depende genética y funcionalmente del Estado derecho. Señala el Profesor Pérez L. (1991) que el constitucionalismo actual no sería lo que es, sin los derechos fundamentales. En relación con el nexo entre los derechos fundamentales y el Estado de Derecho afirma:

Se da un estrecho nexo de interdependencia, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho. (pp.19-22)

La protección de los DF, según Elías Díaz (1991) y Francisco J. Ansuátegui Roig (2007), conforma uno de los rasgos que identifican y determinan el concepto Estado de derecho. Así lo sostiene el profesor Ansuátegui (2007) cuando afirma que sin derechos fundamentales no se podría hablar de un Estado de derecho. (pp.21-24)

Por su parte, para Diego Valadés (2002), el Estado de derecho constituye “una respuesta al Estado absolutista, caracterizado por la ausencia de libertades, la concentración del poder y la irresponsabilidad de los titulares de los órganos del poder”. (p.227)

Así mismo, Valadés (2002) define que:

El Estado de derecho consiste en la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantizan el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder, el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en términos perjudiciales, y la observancia de los derechos individuales, colectivos, culturales y políticos. (p.226)

Cabe mencionar también que Valadés (2002) comenta que el Estado de derecho se rige por dos principios básicos: “el de proporcionalidad (que haya una relación adecuada entre el daño y el beneficio que causan los actos estatales) y el de exceso (que no se afecten los intereses de nadie en una medida superior a la necesaria)”. (pp.229-230)

Así las cosas, el Estado de derecho y los DF son conceptos íntimamente relacionados. Allí radica la importancia de unificar este concepto. Un patrón conceptual identificable, sobre los DF, se considera uno de los elementos del Estado de derecho y de los derechos, por cuanto:

Constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y promoción de la persona humana en su estricta dimensión individual (Estado liberal de derecho), o conjugando

ésta con la exigencia de solidaridad corolario de la componente social y colectiva de la vida humana (Estado social de derecho). (Pérez L., 1991, p.20)

Precisamente, una de las características que identifican al Estado de derecho, consiste en la inclusión de los derechos en las diversas constituciones (Institucionalización-Subjetivación). Este proceso se relaciona con la firma de múltiples tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos (a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948). Los tratados y convenios internacionales son parte de las diferentes Constituciones y preforman el Estado de derecho. (Borowski, 2003, p.35) La positivización de los derechos humanos corresponde, al proceso de institucionalización de esos derechos.

Para Gregorio Peces-Barba (1991), los derechos siguen “desde su formulación tres grandes procesos: de positivación, de generalización y de internacionalización” (pp.7-11). Norberto Bobbio (1991) le agrega un cuarto, el proceso de especificación. Sin embargo, sobre este proceso de especificación, se estima que, no es posible, si no se parte de la unificación conceptual de los DF, acorde con una teoría de una Constitución particular para responder a ¿qué son? Así las cosas, una consecuencia del Estado de derecho es alcanzar modelos de Estado más avanzados, como el Estado social, constitucional y democrático de Derecho que es aquél donde se percibe con mayor claridad, la función unificadora de la Constitución.

Una de las características de un Estado constitucional, de acuerdo con Zagrebelsky (2008) es el reconocimiento de la función unificadora de la Constitución. Sobre esta característica, el autor señala:

La ley en un tiempo medida de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener

unificadas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. Sin embargo, al respecto del proceso de unificación señala que lo que caracteriza al <Estado constitucional> actual es ante todo la separación entre los distintos aspectos o competentes del derecho que en el Estado de derecho del siglo XIX estaban unificados o <reducidos> en la ley. (pp.39-40)

Dentro de esta función de unificación, se considera central el concepto de los DF. Es decir, existe bastante claridad, en cuanto a los beneficios que arroja para el sistema constitucional, la unificación del concepto de los DF. En este último modelo, los poderes públicos se rigen por un conjunto de valores, principios, deberes y derechos y las demás normas iusfundamentales, explicitadas en una Constitución particular. El principio de supremacía constitucional determina la realización y eficacia del ordenamiento jurídico. En este sentido, la inclusión de los derechos en Colombia y la acción de Tutela, instituyen mecanismos de protección que, sin duda, hacen parte del derecho de los derechos (Bernal P., 2007) y del derecho viviente. (Sentencia C-193 de 2016. M.P., Luis Ernesto Vargas Silva)

No obstante, la importancia de unificar el concepto de los DF, precisa que uno de los problemas detectados en esta investigación y, a diferencia de la doctrina, es que la noción de Estado de derecho en la jurisprudencia constitucional colombiana esté orientada a la limitación del poder estatal y, muy poco a los derechos y su unificación. Así, la Corte enfatiza que “el Estado de derecho es una técnica de organización política que persigue, como objetivo inmediato, la sujeción de los órganos del poder a la norma jurídica”. (Sentencia C-179-94. M.P. Carlos Gaviria Díaz).

La Corte, se refiere a un Estado de derecho, entendido como la relación Estado-Norma jurídica. En otro fallo, señala:

El Estado de derecho implica entonces, necesariamente, la limitación del poder del Estado por el derecho. Por consiguiente, en un Estado de derecho los actos de éste son realizados en su totalidad de conformidad con el orden jurídico. Por ende, el Estado de derecho constituye un orden coactivo de la conducta humana. Así entonces, en el Estado de derecho se parte de la base de que quien gobierna es la ley y no los hombres.

Por su parte, la Sentencia C-319-07, con ponencia del Magistrado Jaime Araujo Rentería, eleva el Estado de derecho a la categoría de principio fundamental de la Carta Política de 1991. La Corte señala que se:

Puede afirmar que el Estado de Derecho es un principio fundamental de la Constitución Política de Colombia (Artículo 1). Por consiguiente, éste sirve de estructura esencial a toda la Constitución y a las demás normas del ordenamiento jurídico colombiano. Así entonces, Colombia optó por que su Estado fuera uno de aquellos que está sometido al derecho y en consecuencia tanto los gobernantes, los gobernados como los órganos del Estado están subordinados al orden normativo en cabeza de la Constitución Política.

Para la Corte, la noción de Estado y derecho es una misma cosa. (Kelsen, 1988). Esta afirmación, al menos, resulta pertinente para precisar el concepto de Estado, toda vez que existen dificultades respecto a la variedad de nociones. Para esta investigación, la noción que se adopta es la de una persona jurídica colectiva creada por el ordenamiento jurídico con derechos y deberes.

Kelsen (1988), por ejemplo, reconoce que la definición de Estado resulta muy difícil, y que la palabra, es a veces usada, en un sentido muy amplio, para designar a la “sociedad”, el gobierno, por ejemplo, o los sometidos a éste, la “nación”, el territorio en que aquéllos habitan. Pero que, desde el punto de vista jurídico, se le toma en consideración como sujeto de derecho,

esto es, como persona colectiva. El Estado es la comunidad, creada por el orden jurídico nacional que la constituye. (pp.215-229)

Esta postura, da por entendido que, allí, se presenta una equivalencia entre los conceptos de Estado y derecho (Sentencia C-179-94). Con todo, no se destaca la relación entre Estado de derecho y los DF, así se requiere de una interpretación acorde con la doctrina, para afirmar que, los DF constituyen un elemento del Estado de derecho y, por tanto, el concepto de los DF y su unificación, son parte relevante de este modelo de Estado. En conclusión, para esta investigación, los DF y su conceptualización son parte definitoria del Estado de derecho, esta afirmación, sin duda, ayuda al desarrollo progresivo del derecho constitucional (Sentencia Auto 041/2011. M.P. María Victoria Calle Correa), también a una perspectiva democrática que se basa en la separación de poderes.

Del mismo modo, los DF son parte de un modelo de Estado más desarrollado, como pudiera ser un Estado constitucional y democrático de derecho, en la medida en que son definidos por una Corte Constitucional y, al compás de una Constitución particular. Este punto representa para la misma Corte, un reto, pues ella actúa como cabeza de las Altas Cortes, conforme al principio de supremacía constitucional, sus interpretaciones son vinculantes en materia de derechos, ya que ese mismo Tribunal ha reconocido que:

La norma jurídica fundamental es la Constitución, lo cual implica que toda la actividad del Estado deberá realizarse dentro del marco de ésta última. Así es que surge en definitiva el Estado constitucional de derecho. (Sentencia SU-747-1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

3.4.2. El Estado social de derecho. El Estado social de derecho constituye una superación del Estado de derecho. La unificación de los DF tiene perspectivas muy positivas en

este modelo de Estado, en virtud de la aceptación de los derechos a prestación (obligaciones positivas del Estado) y de las diferentes facetas de los derechos, como fundamentales.

La Corte reconoce que, la actividad del Estado se concentra en el bienestar del individuo y en la defensa de la dignidad humana. En la Corte, ese cambio es notorio y representa una perspectiva social y antropocéntrica de la dignidad, por cuanto:

El Estado social de derecho, instituido por el constituyente colombiano, define la naturaleza del régimen político, económico y social, identificándolo con los valores y fines enunciados en el preámbulo de la Constitución. La superación del Estado de derecho como garantía de la libertad y de la igualdad formales tiene lugar en el Estado social de derecho mediante la acentuación de los elementos finalistas que guían la actividad estatal administrativa y política. La persona humana y su dignidad constituyen el máximo valor de la normatividad constitucional, cuyo reconocimiento conlleva importantes consecuencias para el sistema de relaciones económicas y sociales. (Sentencia T-533 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

La expresión Estado social de derecho alude a dos conceptos. El primero: al “Estado de derecho” y, en segundo lugar, al “Estado social de derecho”. Sobre el primero, un Estado de derecho no se concibe, como tal, si no cuenta con un concepto unificado de los DF. La dispersión conceptual desarticula al Estado de derecho. Frente al Estado social de derecho el estudio de la jurisprudencia señala que, las diferentes facetas de los DF cuentan, y por ello, en la Corte se debate sobre los DF nominados e innominados, pero todos basados en la dignidad humana (facetas negativas o de abstención y positivas de prestación). En la Corte, la dignidad humana es un principio que identifica al Estado social de derecho en Colombia. A ese respecto, un concepto unificado de los DF fluye, a partir, del Estado social de derecho y de la dignidad humana como

pilares básicos y del reconocimiento de esa dignidad, como valor transversal de toda la Constitución, principio, deber y derecho fundamental autónomo.

La dimensión social es uno de los elementos de mayor relevancia para esta investigación. Esta dimensión de los derechos ha encontrado en el artículo 94 de la Constitución de 1991, su máximo aliado, porque consagra un sistema abierto de derechos que, se basa principalmente, en la protección de la dignidad humana. Ésta constituye el principal argumento para catalogar un derecho como fundamental. Se trata entonces, de un elemento necesario y no contingente, frente a la concepción de los DF.

3.4.2.1. La dimensión social. El término “social” significa que la acción del Estado se orienta a garantizar al ser humano, la dignidad humana, dado que:

Con el término social se señala que la acción del Estado se dirige a garantizar a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales. (Sentencia SU-747-1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Por lo anotado, la Corte se ubica en la idea del desarrollo humano, en la propuesta de crear capacidades que comprenden las diferentes facetas de los derechos, teniendo en cuenta que “cada persona es un fin en sí misma”. (Nussbaum, 2012, pp.37-67)

El Estado social, se concentra especialmente, en las obligaciones positivas del Estado, en la faceta prestacional de los derechos y, en los deberes sociales que, se originan en el artículo 1º

de la Constitución de 1991, que establece que “Colombia es un Estado social de derecho”. Por su parte, la acción de Tutela protege todo tipo de derechos, por cuanto, son altos los niveles de violación de derechos sociales, económicos y culturales en Colombia, aspecto que se percibe con claridad en los estudios de jurisprudencia. Es conclusivo que, el número tan elevado de acciones de Tutela compruebe la precariedad del Estado social de derecho en Colombia (Cfr. Página oficial de la Corte Constitucional colombiana). Esto representa una perspectiva antropocéntrica de los DF que tiene al hombre, como el centro de toda la acción del Estado. El Estado social está reforzado por los principios del trabajo, la solidaridad y la igualdad, ya que:

El alcance del principio de Estado social de derecho respecto de la relación entre las autoridades y la persona individualmente considerada es bastante amplio, y se ve reforzado por los principios fundamentales de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad (Artículo 1° de la C.P.) y la igualdad (Artículo 13 de la C.P.). (Sentencia C - 776-03. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

La dignidad humana es el elemento necesario y definitorio de los DF porque protege la vida, como tal, y también, el desarrollo integral de la persona humana —no es algo contingente—. En primer lugar, se refiere a la conservación de la vida humana. A la vida como tal, a la existencia humana, a la conservación del útil más custodiado de los DF. Así las cosas, se considera fundamental todo derecho que protege la vida, el existir, al ser humano en toda su dimensión natural y social, como un fin, en sí mismo. En segundo lugar, sí existir y disfrutar de una vida es vital para el Derecho, su conservación y ejercicio de capacidades deberá realizarse en condiciones de dignidad.

La segunda faceta atañe a las condiciones de “dignidad humana” que implican el ejercicio próspero y decoroso de la vida, rodeado de condiciones adecuadas que, son las que le permiten el

desarrollo al individuo. La Corte Constitucional, en este punto, sí es consistente y puede afirmarse que, sigue las ideas de Martha Nussbaum (Desarrollo humano). Esta investigadora se enfoca en la construcción de una teoría de la justicia social básica que acerca unos “derechos políticos fundamentales” dado que, en ella se “emplea una lista concreta de <<capacidades centrales>>”. (Nussbaum, 2012, p.39)

La Corte Constitucional sigue estas ideas cuando reconoce que, la dignidad humana se define como “el derecho a realizar las capacidades humanas y a llevar una existencia con sentido, en un ambiente libre de miedo frente a la carencia de lo materialmente necesario e indispensable para subsistir dignamente”. (C-726/03. M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

La investigación comprueba que, la Corte Constitucional se basa en la dignidad humana para definir los derechos y que ésta, corresponde al objeto principal de protección. Al respecto, las diferentes concepciones, sobre la dignidad, requieren de un análisis más detallado y quizá posible en otro espacio, pero para los intereses de este trabajo es pertinente dividirla en dos facetas: (i) La dignidad humana relativa a la preservación del ser humano, es decir, a la existencia humana y (ii) La dignidad humana orientada a llevar una “existencia con sentido”. Esta división se percibe como la más influyente en la jurisprudencia colombiana, pues con ella se expresan dos facetas claves de la dignidad humana que, a su vez, constituyen una pauta obligatoria para interpretar el concepto de los DF en Colombia.

3.4.2.2. La Constitución y el Derecho social. La Constitución social se refiere a la faceta prestacional de los DF (Sentencia T-595/02. M.P. Manuel José Cepeda Espinoza). Al respecto, para Pérez L. (1991):

En el Estado social de derecho los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados

para subvenir las necesidades vitales, es decir, vela por lo que la doctrina germana ha calificado de <procura existencial>. (p.193)

La “procura existencial” constituye una manifestación de la Constitución social porque “es al Estado a quien corresponde la asunción de la responsabilidad sobre la existencia de sus ciudadanos”. Este concepto lo desarrolla también, el profesor alemán Ernst Forsthoff, cuando se refiere a la realidad social, y la define como “el conjunto de medidas o dispositivos que se adoptan para la satisfacción de las necesidades de apropiación”. (Magaldi N., 2007, pp.83-ss.)

La “procura existencial” es el alcance que reiteradamente ha tenido en Colombia el problema del agua potable. La jurisprudencia social promueve unos mínimos no suprimibles de agua potable, criterio que es aplicable a otros bienes necesarios e indiscutibles para la existencia humana. Desde ese punto de vista, se promueve la idea iusnaturalista que se basa en la dignidad humana (Sentencias: T-740 de 2011, T-188 de 2012 y T-974 de 2012, entre otras). Ahora bien, en la doctrina se debate también, si se trata de una justicia distributiva de mínimos generales o más bien, de una justicia compensatoria. (Arango, 2012, pp.349-353)

Resulta evidente que, la supresión de ciertos bienes y servicios que son necesarios (no contingentes) afecta a la dignidad humana, dejando al individuo en condiciones de indignidad. Es el caso del agua potable, cuyo problema es bien ilustrativo, dado que, sin ese líquido vital no es posible la vida humana. Así, las líneas jurisprudenciales comprueban que en Colombia hay un enfoque dominante y esencialista que, se basa en la dignidad humana, cuya base es el Derecho social. El concepto de lo qué son los DF se enmarca en esta tendencia. Este enfoque no puede pasar desapercibido en estas consideraciones, puesto que, constituye uno de los debates más importantes sobre la conceptualización de los DF. De manera que, para la investigación es pertinente ilustrar con las principales ideas, sobre este derecho.

El Derecho social, se atribuye al filósofo alemán, Lorenz Von Stein, quien lo formula como “la construcción teórica de la república del interés recíproco (como idea precursora del Estado social) a partir de los conceptos de solidaridad y reciprocidad de intereses, que permiten la transformación del derecho social como dominación”. (Carvajalino G., 2013, pp.74-85)

Carvajalino G. (2013), amplía la idea de Derecho social de Lorenz Von Stein, cuando dice:

Von Stein construye como modelo ideal de Estado una Monarquía de la reforma social que, encarnando la idea pura de Estado y penetrando en el orden social, se pone al servicio de la clase dominada, tratando de elevarla y protegerla. En ésta, como plantea Gurvitch, ese derecho que inicialmente era un factor de dominación es transformado y adquiere un nuevo sentido a través de la realización del derecho estatal, que se orienta a la realización de la libertad de la clase social menos favorecida. Así, en la monarquía el derecho estatal logra penetrar y transformar el derecho social. (pp.74-85)

El profesor Carvajalino (2013) destaca además que, en Colombia para resolver las contradicciones de una sociedad adquisitiva, apelar a una idea de Estado, resulta insuficiente. Es por eso, que, demanda la construcción de un Derecho social:

Esta construcción de la idea del derecho social en la república del interés recíproco, además de tener una importancia teórica que debe ser resaltada dentro de la teoría de Von Stein, tiene también una importancia práctica muy significativa. Tal como lo presentó Von Stein con gran visión, las monarquías, a pesar de ser un modelo ideal, se presentaban como un horizonte difícilmente realizable. Por eso, para resolver las contradicciones de la sociedad adquisitiva, resultaba insuficiente apelar a la idea de Estado, y se hacía necesario recurrir a otros elementos. De hecho, si Von Stein es citado tradicionalmente como uno de los precursores del Estado social, es tal vez en la república del interés recíproco donde se pueden rastrear más fácilmente estas

ideas. Con esta república aparece por primera vez la idea de un poder supremo que, a pesar de continuar en cabeza de la clase superior, se orienta en función de unas condiciones mínimas de vida digna de la clase inferior. Así, además de abogar por unas mejores condiciones de la clase trabajadora, Von Stein plantea una respuesta práctica efectiva a su preocupación central: la revolución. (Carvajalino, 2013, pp.74-85)

Respetar un mínimo de condiciones de vida digna, constituye el enfoque del Derecho social. Esta idea es muy importante para el desarrollo del concepto de los DF, pues el Derecho en este enfoque, se enfrenta a los mínimos de dignidad que, le corresponden a todo ser humano, aquí la fundamentalidad de los DF, se asocia con lo digno. En este escenario, la solidaridad y reciprocidad de intereses se tornan fundamentales, porque, en esas condiciones mínimas de dignidad, ciertos bienes y servicios, se vuelven necesarios para el ser humano, pues todo lo relacionado con la dignidad deja de ser contingente porque, allí está comprometida, tanto la subsistencia de la persona, como el desarrollo de la vida humana.

Cuando Bobbio (1991) se refiere a la concepción “transpersonalista” de la sociedad, atribuida a Gerges Gurvitch, señala que, este autor, ve en el Derecho social, el derecho de la comunidad, del siguiente modo: “el derecho que surge del hecho mismo de la unión asociativa de individuos y tiene como función la integración de los individuos en la totalidad”. (Bobbio, 1991, pp. 27-35.)

A lo anterior, agrega Bobbio (1991) que:

El derecho social es un hecho natural de toda comunidad humana, incluso si ésta no ha llegado todavía a la fase de su organización. No hay necesidad de un acto de voluntad para hacerlo surgir, como sucede con las relaciones individuales, y también en aquellas relaciones individuales degeneradas que son las de dominio. (pp.27-35)

La sentencia T-406/92 precisamente interpreta la fórmula del “Estado social de derecho” exponiendo que, el artículo 1º de la Constitución de 1991 “es de una importancia sin precedentes en el contexto del constitucionalismo colombiano”. La Corte contempla un Estado social basado en la dignidad humana, en donde las obligaciones y deberes estatales, constituyen verdaderos derechos, y no meras expectativas, o actos de caridad.

Esta jurisprudencia señala que “el término “social” agregado a la clásica fórmula del Estado de derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que, proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del Derecho y del Estado.

Una larga historia de transformaciones institucionales, en las principales democracias constitucionales del mundo, dan testimonio de la trascendencia de este concepto y que “la incidencia del Estado social de derecho en la organización sociopolítica puede ser descrita esquemáticamente, desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele tratarse bajo el tema del Estado bienestar (*welfare state, stato del benessere, l'etat providence*) y lo segundo, bajo el tema de Estado constitucional democrático. (Sentencia T-406/92. M.P. Ciro Angarita Barón)

De lo expuesto hasta aquí, se desprende que uno de los elementos del Estado social de derecho se encuentra en los DF. Así las cosas, los DF y su concepto, conforman uno de los pilares del Estado social de derecho, de la Constitución de 1991.

De modo que, según, la propia Corte:

El Estado social de derecho, instituido por el constituyente colombiano, define la naturaleza del régimen político, económico y social, identificándolo con los valores y fines enunciados en el preámbulo de la Constitución. La superación del Estado de derecho como garantía de la libertad y de la igualdad formales tiene lugar en el Estado social de derecho

mediante la acentuación de los elementos finalistas que guían la actividad estatal administrativa y política. La persona humana y su dignidad constituyen el máximo valor de la normatividad constitucional, cuyo reconocimiento conlleva importantes consecuencias para el sistema de relaciones económicas y sociales. (Sentencia T-533 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

En conclusión, el término social está orientado a la consecución del bienestar colectivo. Esta orientación promueve la trasmutación de derechos colectivos a individuales y subjetivos (Institucionalización-subjetivación). La palabra social, señala la ruta para la realización de los derechos, a través, de la consecución de unas condiciones de vida dignas. Estas pautas se trazaron desde la Corte Constitucional, cuando afirmó que:

Con el término social se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con éste concepto se resalta que la voluntad del constituyente en torno al estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales. (Sentencia SU-747 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Pero, por otro lado, el Derecho social ha sido cuestionado porque promueve el exceso de asistencialismo que, puede afectar a la libertad y el desarrollo personal, dado que:

A la luz de esta finalidad, no puede reducirse el Estado social de derecho a mera instancia prodigadora de bienes y servicios materiales. Por esta vía, el excesivo asistencialismo, corre el riesgo de anular la libertad y el sano y necesario desarrollo personal. (Sentencia C-566 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

El Derecho social es la faceta que más se ha desarrollado en la jurisprudencia colombiana. Se podría citar, por ejemplo, el caso del DF a la seguridad social en Colombia. A propósito, se pueden consultar las sentencias: T-287/94; T640/97, C/542/98; SU-039/98; T-999/00; C/107/02; T-470/02; T-426/07; T-1213/08; T201/13 y T-665/13, entre otras.

La problemática social, relativa al sistema de salud y pensiones en Colombia, involucra tanto a personas discapacitadas, o ciudadanos en estado de debilidad manifiesta, hasta casos extremos que, demuestran la reiterada violación, a ese tipo de derechos. Es el caso de los derechos de la población carcelaria. Un ejemplo, de esta problemática, se vislumbra en la sentencia T-595-02, donde se tutela el derecho a la libertad de locomoción de una persona discapacitada por deficiencias del transporte público. Su importancia radica en que, atendiendo a esa dimensión, para la Corte, los derechos de libertad, aunque en todo tiempo ostentan una dimensión negativa, también tienen una faceta positiva que, afecta el derecho de locomoción. Esto ocurre cuando, en el derecho a la libertad, se involucran derechos prestacionales. Tal y como sucede con las personas discapacitadas, afectadas en sus derechos, por los sistemas de transporte público. A ese respecto, la Corte señala que:

La libertad de locomoción suele ser considerada un derecho de dimensión negativa o defensiva, por cuanto se ha entendido que su función consiste en ser un límite al ejercicio del poder del Estado en defensa de la libertad del individuo. El creer que su goce efectivo implica únicamente el freno a las acciones del Estado o requiere tan sólo la inacción Estatal ha llevado a suponer que las libertades suelen ser garantías que no comprometen gasto público. No comparte esta Sala de Revisión esta tesis. Casos como el que se estudia en esta sentencia, evidencian que derechos fundamentales llamados de libertad, como el de locomoción, pueden tener una faceta positiva y de orden prestacional. Como se dijo, en las ciudades contemporáneas la libertad de locomoción depende en gran medida del servicio público de transporte. Sin éste difícilmente es

posible desplazarse a lo largo de una urbe, incluso para las personas que no tienen una limitación física. El carácter prestacional de las libertades surge de la dimensión positiva de éstas. En las sociedades modernas, donde el uso de la libertad individual depende de acciones y prestaciones públicas —servicio público de transporte, de telecomunicaciones, de salud, etc. — y donde la seguridad personal cuesta, no es posible sostener la tesis del carácter negativo de las libertades básicas. (Sentencia T-595/02. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

Por su parte, la sentencia T-175-12, se refiere a otra grave violación de derechos que compromete a la población carcelaria, como uno de los problemas sociales más delicados que tiene Colombia. Esta problemática comprueba prácticas gubernamentales que, afectan derechos inalienables e inherentes de la persona humana. Por ello, la Corte reconoce unos derechos generales mínimos de la población reclusa, por cuanto:

En las reglas mínimas de tratamiento de los reclusos, las Naciones Unidas declaran que todos los reclusos de las instituciones penitencias y carcelarias de los Estados adoptantes, sin hacer diferencias de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión, de origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación cualquiera, tienen derecho a ciertas condiciones mínimas, que les permitan disfrutar de una vida verdaderamente digna y humana. En concreto, la declaración hace referencia a las condiciones mínimas en que se deben encontrar los espacios destinados para uso de los reclusos, especialmente, el espacio destinado para dormir y las instalaciones sanitarias; el acceso a ropa y ropa de cama; a una adecuada alimentación cuyo valor nutritivo sea suficiente para el mantenimiento de su salud y de sus fuerzas; al agua potable para el consumo; a ejercitarse físicamente; a recibir servicio médico calificado; y al trabajo. (Sentencia T-175/2012. M.P. María Victoria Calle Correa)

La Corte parte de una idea de justicia compensatoria (Arango, 2012, p.349) En todo caso, en la pérdida de la libertad personal, se crea una especial relación de sujeción con el Estado, sin que implique la desaparición de derechos, como el de la salud, el acceso a medicamentos, el suministro de agua potable, el estudio o la resocialización, entre otros. Estos son problemas que, a diario, aquejan a ese tipo de población. Esa problemática, adquiere una doble connotación, por cuanto, los DF no pueden ser suprimidos, dado que, la pérdida momentánea de la libertad personal no implica, la pérdida de esos derechos (algunos quedan en suspenso).

En segundo lugar, la privación de la libertad —vale recordar que en Colombia no hay cadena perpetua—, aunque implica la restricción o la limitación de algunos derechos personales y ciudadanos (políticos), en virtud de la dignidad humana, la Corte ha restablecido ciertos DF que, hacen parte de la función distributiva del Estado y no, del carácter compensatorio de la Constitución. (Sentencia T-639/2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Una situación semejante se había presentado en la cárcel “Las Mercedes” en Cartago, Valle)

La Corte reitera que es evidente la falta de acción del Estado para solucionar algunos problemas estructurales que involucran un abanico de derechos de los reclusos que, desde el punto de vista de una Constitución social, se consideran fundamentales y con razón, manifiesta que:

A pesar, que, desde hace décadas, se conoce que, la infraestructura carcelaria es inadecuada, que los derechos de los reclusos se vulneran, que los penales no cumplen con su función primordial de resocialización y, que los centros carcelarios del país rebosan de sindicados, no se observa una actitud diligente de los organismos del Estado, con miras a poner remedio a esta situación. Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, entre otras, de lo cual se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de

los internos en los centros penitenciarios, tales como la dignidad, la vida, la integridad personal, etc. En este orden de ideas, las condiciones de higiene personal pueden generar problemas para la salud de todos los internos, debido a la proliferación de bacterias y olores nauseabundos a los que diariamente están obligados a soportar. Por lo que, de hacer caso omiso a la presente situación, se estaría incumpliendo con los requisitos mínimos para ofrecer una vida digna a los reclusos. (Sentencia T-1134/2012. M.P. Alfredo Beltrán Sierra)

La Corte protege la dignidad humana, desde una concepción social de la Constitución; la dignidad humana constituye un derecho y un principio de acción, al mismo tiempo que, compromete a servidores públicos y a particulares a que, desempeñan funciones públicas (T-158/98). La Corte considera el principio de dignidad humana como un mandato constitucional, un deber positivo o un principio de acción. (Sentencia T-1134/2004. M.P. Alfredo Beltrán Sierra)

Esta tendencia de la trasmutación de derechos prestacionales a fundamentales tiene gran respaldo en la jurisprudencia colombiana y bajo este entendido, es muy importante para esta investigación, pues cada vez que se produce una trasmutación de derechos, en un caso concreto, se presenta una discusión sobre su fundamentalidad (contingencia). A propósito, se pueden consultar las sentencias T-276/03. M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-520/2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-680/2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-025 /2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-087/2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-792/2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-133/2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-760/2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

3.4.2.3 *La función distributiva del Estado.* El Estado social tiene unos límites que afectan el concepto de los DF. La Corte Constitucional considera que el excesivo asistencialismo podría afectar la libertad y el desarrollo personal (Sentencia C-566 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Por tal motivo, la función distributiva del Estado constituye un límite para la fundamentalidad de los derechos, dado que, recorta la idea de fundamentalidad, pues deja por fuera aspectos vitales de los derechos que, con mayor presupuesto estarían cubiertos. Así las cosas, lo que esté por fuera del alcance de unos mínimos aceptables de asistencialismo (mínimo vital-procura existencial) y máximos de protección, no se considera fundamental. Estos límites se justifican porque al Estado le corresponde mantener en equilibrio la función distributiva, por cuanto, se parte de unos fines constitucionales respecto de unas obligaciones positivas conciliables, en términos económicos y que según, la doctrina, el Estado social de derecho tiene como sustento, una Constitución económica.

De acuerdo con Pérez L. (1991) puede entenderse por una Constitución económica, aquella que:

Se particulariza en una serie de principios y de normas que definen el sistema económico, fijando sus metas, determinando las reglas de su funcionamiento y determinando también las formas de actuación de los distintos sujetos económicos. Por tanto, dentro de la Constitución económica se integran aquellos derechos fundamentales de carácter social y contenido prioritariamente económico. (pp.187-192)

De este modo, la Corte señala que:

La función distributiva de determinados bienes y servicios culturales y materiales por parte del Estado, se apoya fundamentalmente en el ejercicio de la potestad tributaria y tiene, por ende, un límite en la capacidad de exacción del sistema fiscal, el cual a su turno depende del nivel

y del crecimiento de la economía. No es, pues, ilimitado, el poder del Estado social de derecho de captar ingresos y convertirlos en recursos fiscales. La necesaria distribución del producto social, no puede traducirse en la destrucción del proceso económico, cuya dirección de otra parte se confía al mismo estado. Igualmente, por idénticas razones, la gestión del Estado en su ámbito prestacional, deberá caracterizarse por su eficiencia, economía y eficacia. (Sentencia C-566 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Acorde con esa función distributiva, la investigación percibe que, el Estado sólo está obligado a proporcionar unos mínimos de bienes y servicios (procura existencial), es decir, aquellos que, según la dignidad, se consideren necesarios y no contingentes para la persona humana.

3.4.3. *El Estado social, constitucional y democrático de derecho.* Los derechos son un elemento vital del Estado social, constitucional y democrático de derecho, en tanto, constituyen la base de ese tipo de Estado. Peter Häberle (2001) señala que este tipo Estado se caracteriza “por la dignidad humana como premisa antropológica-cultural, por la soberanía popular, por la división de poderes, por los DF y la tolerancia, por la pluralidad de partidos y la independencia de los tribunales”. (Häberle, 2001, pp.169-178).

Plantea Häberle (2001) una relación entre el Derecho social, la Democracia participativa y deliberativa, con todo el conjunto de principios garantizadores de los derechos. Por tanto, Colombia se considera un Estado social, constitucional y democrático de derecho porque se basa en el principio de soberanía popular, por la consagración de los DF, la división de poderes, la democracia participativa y deliberativa, la independencia judicial y la dignidad humana. Todos estos elementos constituyen pilares de la Constitución de 1991. Los derechos también se

garantizan, a través, del principio de separación de poderes, que conforma una expresión del principio democrático que, conlleva a un concepto democrático de los DF.

Así mismo, Colombia es un Estado constitucional porque le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución a una Corte Constitucional. Precisamente, esta Corte ha sido la encargada de resaltar esta importancia, cuando reafirma que:

La Carta de 1991 le asigna un valor fundamental a la democracia, tanto en sus aspectos procedimentales —tales como las elecciones, el control de los mandatarios, los mecanismos de participación, la división de poderes, la regulación de los partidos políticos, etc., como en sus aspectos sustanciales—, que se expresan en los derechos fundamentales y en los fines y obligaciones del Estado.

Sin embargo, además del poder concentrado de constitucionalidad, esa Corte es la encargada de definir los DF, por cuanto se trata de una Corporación de cierre, en esa materia.

El Estado democrático, por su parte, entraña unas características propias de un régimen político constitucional. Por un lado, los titulares del poder público ejercen esa potestad en virtud de la voluntad de los ciudadanos, expresada a través de las elecciones. Mientras que, en la democracia participativa, los ciudadanos no están limitados en su relación con el poder político a sólo elegir a sus representantes, sino que también, controlan la labor que ellos realizan interviniendo directamente, en la toma de decisiones, a través, de mecanismos como los contemplados en el artículo 103 de la Carta. En este sentido, la voluntad de las mayorías no puede llegar al extremo de desconocer los derechos de las minorías, ni los DF de los individuos. (Sentencia SU 747-1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

En el Estado social, constitucional y democrático de derecho se resguarda el principio de la dignidad humana; siendo éste, uno de sus principales baluartes. Se trata de una perspectiva

antropocéntrica y social fundada en el trabajo, la igualdad y la solidaridad, este antropocentrismo fáctico es el que conduce a que, la protección efectiva de los DF constituya una premisa en toda la acción del Estado.

Dicha acción del Estado se entiende desde la jurisprudencia como “el principio del Estado Social y Democrático de Derecho —ESDD— (que) impone la protección de los derechos constitucionales, desde una perspectiva fáctica”. (Sentencia C-228 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

A lo anterior, añade la Corte:

Esto es, comprometida con la satisfacción de los intereses de los grupos sociales menos favorecidos, a través de una relación de dependencia entre la ciudadanía plena y el acceso efectivo a las garantías y libertades. En ese orden de ideas, son indiscutibles las fórmulas de intervención del Estado en la economía que, sujetadas en todo caso a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, tengan por objeto lograr la igualdad de oportunidades y la distribución equitativa de los beneficios del desarrollo. No de otra manera debe interpretarse el artículo 334 C.P., cuando prescribe que esa intervención se justifica en cuanto tiene como finalidad la racionalización de la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la mencionada distribución equitativa y la preservación de un ambiente sano. Incluso, la misma fórmula constitucional de intervención del Estado en la economía reafirma el carácter nodal de la igualdad material, cuando determina que esa tarea se realizará con mayor énfasis cuando se trate de dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en especial las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. (Sentencia C-228 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva)

Los derechos constituyen, en consecuencia, una expresión del Estado social, constitucional y democrático de derecho, de manera que un patrón conceptual sobre éste,

adquiere la misma connotación: “el Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado”. (Sentencia T-406-92. M.P. Ciro Angarita Barón) Por ello, el artículo 152. a) de la Constitución de 1991 establece que la regulación de los derechos y deberes fundamentales, corresponde a las leyes estatutarias (reserva de ley). (Sentencia C-035/15. M.P. María Victoria Calle Correa)

3.4.4. La dignidad humana. Se le considera un pilar central y un contenido normativo concreto (que no abstracto) de los DF y de la Constitución de 1991. De modo que, tanto los estudios realizados desde la doctrina y las líneas jurisprudenciales concluyen que, la dignidad humana es el objeto central de protección de los DF y el más importante, por lo tanto, es un elemento necesario de ese concepto, dado que, conforma uno de los mandatos constitucionales que reafirman la fundamentalidad de los derechos. Es un principio de acción y un pilar básico estructural.

La sentencia T-1134-14 más recientemente, precisa las obligaciones del Estado:

El principio de la dignidad humana, se constituye como un mandato constitucional, un deber positivo, o un principio de acción, según el cual todas las autoridades del Estado sin excepción, deben, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales con el propósito de lograr las condiciones, para el desarrollo efectivo de los ámbitos de protección de la dignidad humana identificados así: autonomía individual, condiciones materiales de existencia, e integridad física y moral. (Sentencia T-1134/04. M.P. Alfredo Beltrán Sierra)

Los DF pertenecen a toda persona, en razón, de la dignidad humana. Esta es una tendencia, ya comprobada en la jurisprudencia colombiana. La Corte, los denomina derechos

humanos fundamentales, en cuanto, pertenecen a toda persona dada su dignidad. Por la dignidad, se trata de derechos inherentes a la persona humana, son anteriores a la existencia del Estado y están por encima del mismo Estado, no importando la ubicación que tengan en el texto constitucional, como se expone en la jurisprudencia:

Los derechos humanos fundamentales que consagra la Constitución política de 1991 son los que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana. De allí que se pueda afirmar que tales derechos son inherentes al ser humano: es decir, los posee desde el mismo momento de su existencia —aún de su concepción— y son anteriores a la misma existencia del Estado, por lo que están por encima de él. Fuerza concluir entonces, como lo ha venido sosteniendo esta Corte que el carácter fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro de un texto constitucional, sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana. La fundamentalidad de un derecho no depende sólo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares del caso. La vida, la dignidad, la intimidad y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable. (Sentencia T-571/92. M.P., Jaime Sanín Greiffenstein)

Ahora se comprueba que, la Corte Constitucional recurre a la dignidad para definir que es o no, fundamental para proteger derechos, mediante la acción de Tutela (que es necesario y/o contingente). Al respecto, la Sentencia T-034/98 se refiere al caso de una mujer anciana y jubilada de 76 años, a quien no le cancelaron las mesadas pensionales, mientras que a otros sí. En una Tutela, el Departamento del Magdalena reconoce que la tutelante es una pensionada desde 1977, a la que le adeudan mesadas de junio a diciembre de 1996 y de enero a marzo de 1997. La Entidad, alega a su favor, la situación económica del Ente departamental. El fondo territorial de pensiones certifica que “el valor del presupuesto para el pago de mesadas para el año de 1997

suma tres mil doscientos ocho millones quinientos veinte mil veintiocho pesos (\$3'208.520.028)". Ante esto, el Tribunal Superior de Santa Marta —Juez de Tutela— despectiva e indignamente, expone:

De otra parte, se sabe que los que prestaron sus servicios al magisterio gozan de una pensión nacional la que si bien, su monto no es apreciable sí lo suficiente para vivir, mal, pero viven, y cuyo pago es oportuno, facilitando así la solución de las primarias necesidades". (Subrayado original). (Sentencia T-034-1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero)

Cabe precisar que, la sentencia del M.P. Alejandro Martínez Caballero alude a la jurisprudencia que ya existía en la Corte Constitucional respecto a los derechos de la población adulta y que fue desconocida por el Tribunal Superior de Santa Marta, señalando que un derecho no puede tener el carácter de fundamental pero que, puede llegar a tenerlo (sistema abierto):

En reiterada jurisprudencia, la Corte ha establecido que, si bien el derecho a la seguridad social (C.P., artículo 48) no tiene, en principio, el carácter de derecho fundamental, puede llegar a tenerlo cuando su vulneración o amenaza pongan en peligro o afecten algún derecho fundamental *per se*. Sin embargo, esta Corporación ha considerado que, en el caso de las personas de la tercera edad (C.P., artículos 13 y 46), el derecho a la seguridad social, que se hace efectivo a través del pago de las correspondientes mesadas pensionales y la prestación de los servicios médico-asistenciales, adquiere el carácter de derecho fundamental, como quiera que el mínimo vital de los ancianos, quienes se encuentran excluidos del mercado laboral o hallan serias dificultades para acceder a un empleo, depende por entero de los recursos que perciben por concepto de las pensiones. (Sentencia T-034-1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero)

Para la Corte, la expresión del Tribunal Superior de Santa Marta “para vivir, mal, pero viven” es violatoria de la dignidad humana. Por ello, revoca el fallo y enfatiza que se debe es “vivir con dignidad”, tras las siguientes consideraciones:

Una jubilada de 77 años, depende para su subsistencia de la mesada correspondiente. Es inhumano invocar la suma exigua que adicionalmente recibe por su condición de maestra también pensionada por la nación, como justificación para que no prospere la tutela y es inhumano decir que “vive mal”, pero “vive”. El mínimo vital se afecta cuando la pensión departamental no se le paga oportunamente y cuando lo que recibe por otro concepto apenas le alcanza para “vivir mal”. Lo fundamental no es sobrevivir, lo fundamental es vivir con dignidad. (Sentencia T-034-1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero)

Otro escenario, presenta la sentencia T-702/01, cuando manifiesta que obligar a los reclusos durante las requisas a desnudarse y a mostrar sus partes íntimas, vulnera el derecho a la dignidad humana. Además, esta sentencia resalta que se trata de una práctica gubernamental que afecta los derechos (Foucault, 2010). Para la Corte esta práctica deberá suprimirse y realizarse bajo condiciones de respeto a la dignidad humana, y así mismo, preservarse el derecho a la intimidad de las personas privadas de la libertad.

De otro lado, en la sentencia T-881/02 la Corte descalifica la suspensión del fluido eléctrico de un hospital. Esta suspensión, argumenta, puso en riesgo la vida y la integridad física de los pacientes. La Corte considera que la decisión de la Entidad de suspender el fluido eléctrico generó una serie de condiciones existenciales, tales como la:

Imposibilidad de prestación del servicio médico y de correcto funcionamiento del Hospital del Arenal (falta de energía, equipos médicos dañados por deficiencias en el fluido eléctrico). Imposibilidad del funcionamiento del acueducto única fuente de agua potable del

municipio (funciona con motobombas). Ausencia de iluminación en los establecimientos de la fuerza pública en las horas de la noche. Lo anterior derivó una incuestionable amenaza a sus derechos fundamentales, a la dignidad humana, a la salud por conexión con la vida y a la integridad física.

La dignidad humana es, en suma, un enunciado normativo concreto, relacionado con el contenido axiológico de la Constitución, y parte del contenido material de los derechos. Así, “los ámbitos de protección de la dignidad humana deberán apreciarse, no como contenidos abstractos de un referente natural, sino como contenidos concretos, en relación con las circunstancias, en las cuales, el ser humano se desarrolla ordinariamente”. (Sentencia T-881/02. M.P. Eduardo Montealegre Lynett)

La Corte destaca la importancia de la dignidad humana como entidad normativa, a partir, del objeto concreto de protección, y también de su funcionalidad normativa:

Una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión “dignidad humana” como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (I) la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (II) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (III) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento

jurídico y por tanto del estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) la dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo”. (Sentencia T-881/02. M.P. Eduardo Montealegre Lynett)

Por otra parte, con la sentencia T-401/92 se tutela el vencimiento de los términos legales de tres personas privadas de la libertad. Aunque se trata de un hecho delicado, resulta frecuente en la práctica judicial colombiana. Para la Corte, esta práctica es una clara violación a los derechos fundamentales, por cuanto, se trata de un clásico caso de desubjetivación de derechos (por la desprotección constitucional de la dignidad humana). La tutela se interpuso por la prolongación indefinida de medidas de seguridad, en la que tres personas permanecieron privadas de su libertad, con internación psiquiátrica en un manicomio criminal, sin que los jueces cesaran estas medidas, quienes dejaron vencer los límites legales de la medida. El término de internación fue de veintiséis (26) años y cuatro (4) meses; veintidós (22) años y treinta (30) años respectivamente. Para la Corte, los poderes públicos tienen responsabilidad porque, indigna que un Estado social, permita un caso de injusticia material, que recaer en personas en situación de debilidad manifiesta, por su condición económica, física y mental.

Ante el caso mencionado, la Corte señala, que:

El Estado debe proteger y atender de manera especial a las personas con debilidad manifiesta por su condición económica, física y mental. Los convictos inimputables sujetos a una injusta y prolongada privación de su libertad, cesado el motivo de la correspondiente medida de seguridad, deben ser objeto de la protección integral por parte del Estado si se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. La situación descrita transforma la obligación genérica del Estado frente a las personas débiles o marginadas, en obligación específica y hace nacer el correlativo derecho a exigir las prestaciones correspondientes por parte de las personas en quienes

concurran las circunstancias de debilidad manifiesta. El Estado social de derecho (CP art. 1) impone la solución señalada ante los casos de manifiesta injusticia material y vulneración de la dignidad humana, cuando ha sido el mismo Estado el primero en eludir sus compromisos. (Sentencia T-401/92. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Por último, la sentencia T-426/92 califica de indignante la protección de la seguridad social de los ancianos y el de la población en situación de debilidad manifiesta. En efecto, en Colombia, señala, no es extraño ver a la población adulta expuesta a la tramitología y a la burocracia, a un medio social hostil e indiferente, al rigor del clima, a largas horas de espera para obtener medicamentos, citas médicas, pensiones, entre otras. La Corte protege esa dignidad reivindicando los derechos de esta población, reconociendo que:

Largas filas de ancianos en espera del pago de las pensiones necesarias para sobrevivir, la falta de un servicio social de atención a ancianos y disminuidos físicos o mentales como el existente en otras sociedades —al cual necesariamente deberá llegarse— que garantice la satisfacción de sus necesidades básicas, y, en general, la ausencia de un adecuado sistema de protección y asistencia, son factores objetivos que sitúan a este grupo social en circunstancias de marginalidad y debilidad manifiestas. (Sentencia T-426-1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Ante la situación presentada, la Corte eleva a la categoría de fundamental, un derecho que no estaba consagrado, como tal, en la Constitución de 1991:

El derecho a la seguridad social no está consagrado expresamente en la Constitución como un derecho fundamental. Sin embargo, este derecho establecido de forma genérica en el artículo 48 de la Constitución, y de manera específica respecto de las personas de la tercera edad, adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios

fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral o el libre desarrollo de la personalidad de las personas de la tercera edad. (Sentencia T-426-1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Antes se expuso que, la jurisprudencia acerca el Derecho a los hechos. En estas consideraciones finales, el enfoque material y concreto de la dignidad humana, acude a este grupo de sentencias que comprueban la realidad y la crudeza del panorama social en Colombia, que se suma a las líneas jurisprudenciales en donde la dignidad humana, constituye el pilar básico que determina en gran parte, no solo la fundamentalidad de los derechos, sino los ámbitos de la protección estatal.

3.4.5. El juez constitucional. Es un pilar básico de los DF por cuanto, el Juez es quien, en la práctica jurídica, determina la fundamentalidad de los derechos (por la contingencia). En la jurisprudencia colombiana, se reitera que los DF son lo que digan los Jueces de Tutela. Es decir, el concepto depende de las ideas de los juristas y de los enfoques. La importancia de la jurisprudencia de la Corte y de los jueces emana de la Constitución de 1991 que establece que a la Corte Constitucional le corresponde “revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales”. Bajo este postulado, el Juez constitucional se considera uno de los pilares básicos, más influyentes de los DF, en la Constitución de 1991 porque, es quien finalmente define ¿cuándo un derecho se considera fundamental? Con todo y sus implicaciones, esta afirmación no equivale a señalar que, el Juez sea el dueño de la última palabra sobre los derechos porque, en el orden constitucional, esa función le corresponde al poder constituyente (principio democrático). Para la Corte Constitucional, la figura del Juez:

En el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución —sus principios y sus normas— con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido, la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho. (Sentencia T-406-92. M.P. Ciro Angarita Barón)

Por lo tanto, el deber del Juez, en su calidad de pilar básico de los DF:

No puede ser entonces de simple confrontación. Su función ha de ser entendida hoy de forma diferente a como lo fue en vigencia del Estado clásico de derecho, pues es un Juez que está obligado a interpretar, a deducir, con el objetivo de cumplir en forma adecuada y cabal su tarea, que no es otra que la realización de los derechos de los individuos. En tratándose del juez constitucional, éste no puede dejar de lado su función de guardar la integridad del texto constitucional, so pretexto de la inobservancia de requisitos que, si bien son esenciales para el ejercicio de un derecho determinado, están implícitos en la actuación que ante él se adelanta. (Sentencia C-366-2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra)

4. Interrelación conceptual

Garantizar los DF ostenta la más alta relevancia constitucional. Esos derechos, tienen aptitud de ser materiales y, por tanto, la cláusula de eficacia del artículo 2 de la C. P. de 1991, permite establecer si en realidad Colombia, se cataloga como un Estado social, constitucional y democrático de derecho. Esta relevancia se destaca desde de una teoría particular de los DF. Así que, la inclusión del catálogo de derechos en la Constitución de 1991, no solo los institucionaliza y los subjetiva, asegurándolos conforme a una particular forma estatal por la “trascendencia del

ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado”. (Sentencia T-406/92. M.P. Ciro Angarita Barón)

En dicho contexto es que, el concepto de los DF se interrelaciona con otras nociones, a nivel constitucional, legal y reglamentario (concatenación conceptual) tal como se comprueba en capítulos I, II y III y en las líneas jurisprudenciales (una general y nueve especializadas). La interrelación se da especialmente frente a los conceptos de validez y eficacia. Así las cosas, los DF conforman un escenario iusfilosófico complejo e ilimitado, dado que conforman el eje central de una Constitución y de un modelo de Estado. En este marco, la Constitución de 1991 provee una estructura organizativa de valores, principios, deberes y derechos que instituyen un sistema constitucional. (López C., 2015, p.340)

Dicho sistema constitucional “por el hecho de no ser un simple agregado desordenado de elementos sino por constituir una totalidad, caracterizada por una determinada articulación dinámica entre sus partes y una cierta relación con su entorno”. (Sentencia T-251/10. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.) Por lo tanto, los derechos DF no son un concepto insular, sino que hacen parte de un sistema articulado y dinámico que responde a las características de una teoría de una Constitución particular.

En segundo lugar, los pilares básicos del concepto de los DF se complementan e interactúan con todos los demás pilares fundamentales de la Constitución de 1991, entre otros, con la fuerza normativa, la supremacía y el de rigidez de la constitución.

Con base en lo anterior, expresa López C. (2015) que “la fuerza normativa, la supremacía y la rigidez de la Constitución son principios considerados barreras infranqueables; por tanto, una interpretación que tenga como consecuencia su desconocimiento o violación no puede ser considerada norma jurídica”. (p.338)

En tercer lugar, el artículo 2° de la Constitución de Colombia exige a las autoridades de la República garantizar los derechos (como cláusula constitucional).

En cuarto lugar, cada enfoque o modelo histórico representa un criterio de validez (cada enfoque tiene su propio criterio de validez). Por lo tanto, esa premisa que dice que, los DF se interrelacionan con otros conceptos, también es parte del Estado social, constitucional y democrático de derecho, haciendo que el sistema actúe con coherencia y propenda por la seguridad jurídica. Esto significa que esa interrelación converge hacia el mismo conjunto de valores, principios, deberes y derechos, allí consagrados. La interrelación se da en forma adecuada y dinámica con otros conceptos, a nivel constitucional, legal y reglamentario, sí se orienta hacia una realidad constitucional determinada. A propósito, Hesse K. (1983) explica que “la norma constitucional carece de existencia propia, independiente de la realidad. Su naturaleza estriba en que pretende tener vigencia, es decir, realizar en la realidad el estado por ella normado”. (p.66)

De tal manera, la interrelación se afecta negativamente cuando ocurre lo contrario, es decir, cuando se utilizan conceptos no clarificados y unificados por la propia ciencia jurídica o por la jurisprudencia, así que los criterios de validez y eficacia son también, conceptos que, requieren de unificación, al interior de un sistema constitucional particular.

4.1. Validez. El criterio de validez no está unificado en la doctrina. Se trata de un concepto particularmente variable e ideológicamente complejo. La idea de validez ostenta diferentes significados, dependiendo de la corriente teórica, del enfoque y del contexto al que se quiera aplicar (moral, ético, sociológico, jurídico y de eficacia). En el caso de la validez de los DF, se trata de un criterio interpretativo, también, adecuado a una Constitución particular.

La jurisprudencia dice al respecto, que:

El debate que se ha generado entre las diferentes corrientes de la teoría jurídica en torno al contenido y alcance de las nociones básicas en comento —en especial alrededor de los conceptos de “existencia”, “validez” y “eficacia”—, se explica por las distintas formas en las que cada una de las principales posturas teóricas concibe las normas, el ordenamiento jurídico y el derecho como tal. No corresponde a la Corte entrar a estudiar en detalle este debate, puesto que ello no es pertinente en el presente caso, como tampoco le corresponde definir una posición al respecto. Simplemente basta con ilustrar la variabilidad con la que han sido utilizados estos conceptos básicos por algunas escuelas y pensadores del derecho, haciendo referencia a algunos ejemplos dicentes, para demostrar por qué su definición debe buscarse al interior del ordenamiento colombiano mismo. (Sentencia C-873/03. M.P. Manuel José Cepeda Espinoza)

El punto despierta, el mayor interés investigativo, porque el concepto de los DF se interrelaciona en forma permanente y dinámica con los criterios de validez y eficacia. La validez de los DF, en el Realismo jurídico, se soporta en la eficacia social. Así, se afecta la coherencia del sistema y la seguridad jurídica, cuando la Corte Constitucional cambia sin justificación, los criterios sobre la fundamentación de los derechos, pues este fenómeno incide en los criterios de validez y eficacia. En resumen, cada una de las nueve respuestas acopiadas en las líneas jurisprudenciales especializadas del cuarto capítulo, tienen su propio criterio de validez y de eficacia. Ahora bien, en la investigación no se desconoce que ese Tribunal cuenta con un criterio de validez (general) y también de eficacia. A ello se agrega, la misma relación de la validez con el concepto de existencia. Sin embargo, la investigación comprueba que no se trata de conceptos consensuados en la doctrina. La Corte colombiana se basa principalmente en las ideas de Hans Kelsen, Alf Ross, Robert Alexy y Norberto Bobbio.

En el marco de la Sentencia C-873/03 y considerando la falta de consenso en la doctrina, se menciona que:

El desarrollo teórico que se ha dado a la noción de “validez” tampoco es en absoluto claro ni homogéneo. Para efectuar una comparación diciente, es relevante citar a cuatro autores que exponen, cada uno desde su perspectiva, el sentido del término “validez”.

Al revisar lo que expresa la Sentencia C-873/03 respecto a las ideas de Hans Kelsen, encontramos que:

(a) En primer lugar, Hans Kelsen, representante visible de la escuela positivista, asimila el concepto de “validez” a los de “existencia” y “fuerza vinculante”, lo cual ha sido caracterizado por algunos comentaristas como un “concepto normativo” de validez: cuando Kelsen equipara validez con fuerza vinculante está usando “fuerza vinculante” en un sentido especial (para referirse, por ejemplo, a la circunstancia de que otra norma del sistema prescribe obedecer la norma en cuestión), y cuando equipara validez con existencia, “existencia” significa aquí pertenencia de una norma a un sistema jurídico.

Así mismo, la Sentencia C-873/03 continúa con las ideas de Alf Ross y su posición respecto al concepto de “validez”, notamos que:

(b) En segundo lugar, Alf Ross, quien representa la escuela realista escandinava, expone los distintos sentidos que se han dado al término distinguiendo entre (I) la noción de “validez” en tanto “eficacia jurídica”, (II) la noción de “validez” en tanto “eficacia sociológica”, y (III) la noción de “validez” en tanto “fuerza obligatoria moral”, abogando por el reconocimiento del segundo como el verdadero sentido de “validez”, el cual se refiere en términos generales a la probabilidad de que las normas sean aplicada por los jueces y demás funcionarios encargados de decidir en casos concretos.

Bajo la premisa de la falta de consenso, la Sentencia C-873/03 incluye las ideas de “validez” del autor Robert Alexy, y dice:

(c) Por su parte, Robert Alexy, representante de una importante corriente del pensamiento jurídico contemporáneo, explica que a los tres elementos constitutivos del concepto de “Derecho” –esto es, la eficacia social, la corrección material y la legalidad acorde con el ordenamiento– corresponden tres nociones concurrentes de validez: una noción sociológica, una ética y una jurídica. El concepto sociológico de validez, en primer lugar, consiste en que “una norma vale socialmente si es obedecida o en caso de desobediencia se aplica una sanción; el concepto ético de validez hace referencia a la justificación moral de la norma –una norma vale moralmente cuando está moralmente justificada–; y el concepto jurídico de validez significa, en estricto sentido, que “una norma vale jurídicamente cuando es dictada por el órgano competente, de acuerdo con el procedimiento previsto y no lesiona un derecho de rango superior; dicho brevemente: cuando es dictada conforme al ordenamiento.

Justamente, respecto al concepto jurídico de validez que formula Robert Alexy, la Sentencia C-873/03, resalta que:

Para Alexy la validez jurídica, sea de una norma aislada o del sistema jurídico como un todo, presupone necesariamente la validez en sentido sociológico de la norma o del sistema: (i) en cuanto al sistema jurídico, afirma que “la condición de la validez jurídica de un sistema de normas es que las normas que a él pertenecen sean eficaces en general, es decir, que valgan socialmente”; y (ii) en cuanto a las normas aisladamente consideradas, considera que de éstas puede predicarse validez por su pertenencia a un sistema jurídico “socialmente válido en general”, pero al mismo tiempo deben contar, ellas mismas, con “un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia”.

El último autor que revisa la Sentencia C-873/03 es Norberto Bobbio, y sobre sus ideas de validez, dice:

(d) Norberto Bobbio caracteriza la “validez” como la existencia específica de las normas dentro de un sistema jurídico, es decir, como la existencia de las normas jurídicas en tanto tales, y explica que para determinar si una norma en particular es válida, se deben desarrollar tres operaciones: (i) determinar si la autoridad que la adoptó tenía el poder legítimo de expedir normas jurídicas vinculantes dentro de dicho sistema –operación que lleva necesariamente a la pregunta por la norma fundamental–, (ii) comprobar si no ha sido derogada, y (iii) comprobar que sea compatible con otras normas del sistema, en especial con las que son jerárquicamente superiores y las normas posteriores. Con ello, Bobbio diferencia la pregunta sobre la validez de las normas de los interrogantes conexos sobre la eficacia social [24] y la justicia de las mismas, pero las asimila parcialmente a la cuestión de su existencia.

Así, bajo tantas ideas, los conceptos de validez y eficacia son difíciles de concretar, porque se basan en teorías jurídicas notoriamente variables, al paso que, no se ofrecen respuestas homogéneas y concretas. Dado esto, la Corte ha elaborado un concepto de validez con tinte positivista:

“La validez” de una norma se refiere a su conformidad, tanto en los aspectos formales como en los sustanciales, con las normas superiores que rigen dentro del ordenamiento, sean éstas anteriores o posteriores a la norma en cuestión. Desde el punto de vista formal, algunos de los requisitos de validez de las normas se identifican con los requisitos necesarios para su existencia –por ejemplo, en el caso de las leyes ordinarias, el hecho de haber sido aprobadas en cuatro debates por el congreso y haber recibido la sanción presidencial–; pero por regla general, las disposiciones que regulan la validez formal de las normas –legales u otras– establecen

condiciones mucho más detalladas que éstas deben cumplir, relativas a la competencia del órgano que las dicta, y al procedimiento específico que se debe seguir para su expedición. Así, por ejemplo, la validez de las leyes ordinarias presupone que se hayan cumplido requisitos tales como la iniciación de su trámite en una determinada cámara legislativa, el transcurso de un determinado lapso de tiempo, entre debates, su aprobación en menos de dos legislaturas, el cumplimiento de las normas sobre iniciativa legislativa o el respeto por la regla de unidad de materia. Adicionalmente, como se dijo, la validez hace relación al cumplimiento de ciertos requisitos sustanciales o de fondo impuestos por el ordenamiento; así, por ejemplo, una ley determinada no podrá desconocer los derechos fundamentales de las personas. (Sentencia C-873/03)

Un punto muy importante que trata la Corte es el relacionado con equiparación de los conceptos de validez y eficacia. Al respecto se destaca el siguiente análisis:

En primer lugar, la cuestión de la “existencia” de las normas dentro de un determinado sistema jurídico a menudo es equiparada por los juristas a la noción de “validez” o a la de “eficacia social”, dependiendo de la corriente teórica a la cual se adscriban. Mientras que los representantes de la tradición positivista, entre ellos Hans Kelsen, sostienen que la existencia de las normas se asimila a su validez, esto es, a su expedición por la autoridad competente a través de los procedimientos indicados por el ordenamiento, los pensadores de la tradición realista consideran que la existencia de las normas depende de su eficacia social, es decir, de su efectiva aplicación por parte de los funcionarios competentes –en especial los jueces– y por los miembros de la comunidad. Hay quienes asumen una posición intermedia, tales como G. H. Von Wright, quien señala que la existencia de una norma requiere dos condiciones básicas: (1) haber sido dictada por una autoridad normativa con competencia para ello, –es decir, ser válida–, y (2) haber sido recibida cognoscitivamente por su destinatario, quien debe estar en condiciones de cumplir con lo que allí se le ordena –es decir, la norma debe tener la potencialidad de ser socialmente eficaz–. Otros teóricos consideran que la noción de “existencia” debe ser separada

conceptualmente tanto de la idea de “validez” como de la noción de “eficacia”, puesto que (a) la asimilación de existencia y validez conduce a un regreso al infinito, ya que para ser válida/existente, cada norma dependería de la preexistencia de otra norma válida con cuyos requisitos habría de cumplir, y (b) la asimilación de existencia y eficacia conduce al absurdo de que para quienes conocen y cumplen la norma ésta existe, mientras que para quienes no la conocen o no la cumplen, resulta inexistente. (Sentencia C-873/03)

En ese ámbito positivista de las normas iusfundamentales, éstas son válidas, en tanto se producen por el órgano competente, según un procedimiento establecido. Esto indica, que los DF son aquellos consagrados como tales, por el legislador democrático. No obstante, esta jurisprudencia no coincide con algunos criterios de la propia Corte que establece que, el catálogo de derechos no es algo definitivo, para definir la fundamentalidad de los mismos:

El hecho de limitar los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la constitución política bajo el título de los derechos fundamentales y excluir cualquier otro que ocupe un lugar distinto, no debe ser considerado como criterio determinante sino auxiliar, pues él desvirtúa el sentido garantizador que a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos otorgó el constituyente de 1991. (Sentencia T-002/92. M.P. Alejandro Martínez Caballero)

Lo anterior, da pie para que sea una razón más para un consenso que, coherentemente preserve el criterio de validez. En este sentido, la línea jurisprudencial central y las especializadas del capítulo cuarto comprueban que, en Colombia existen varias ideas acerca de los DF. Este fenómeno hace que fluctúen los criterios de validez (se comprobaron al menos nueve respuestas) y, así se percibe que no hay nada conclusivo sobre los DF (se comprueba el fenómeno de la *inconclusividad* expuesta por el profesor Óscar Mejía Quintana, 2013).

En suma, un resumen de algunos de los significados sobre los DF se encuentra en las sentencias T-002-92 y reiterados literalmente en la T-002-92 y T-1304-00, esto acotan el debate de cuáles son los DF, pues el sistema jurídico colombiano sabe el significado de las expresiones esenciales, inalienables e inherentes al ser humano, marcando una tendencia iusnaturalista, según los artículos 1º, 5º y 94º de la Constitución de 1991. En este caso, el criterio de validez estará dado por la moral y la justicia que difiere, en esencia, del positivista expuesto en la misma Corte.

Por su parte, la sentencia T-227-03 dice que son fundamentales cuando aquellos derechos están dirigidos a lograr la dignidad humana y que sean traducibles en derechos subjetivos. Así, de esa jurisprudencia emanan dos condiciones para designar la fundamentalidad a los derechos: En primer lugar, la dignidad humana que se puede asumir desde los modelos expuestos en los capítulos I, II y III con las variaciones que cada uno representa. En el modelo iusnaturalista los derechos son inalienables e inherentes al ser humano, luego el criterio de validez se relaciona con el derecho natural y los derechos naturales, conforme a un sistema superior trascendente. La dignidad humana se consagra en el artículo 1º de la Constitución de 1991 y constituye un principio fundamental, positivado y vigente en el ordenamiento jurídico en Colombia. La validez en el positivismo corresponde a la seguridad jurídica. En el Realismo está el logro de las transformaciones sociales. En el modelo axiológico, el sistema de valores y principios de la Constitución de 1991 (del Preámbulo) se conforma el criterio de validez.

En segundo lugar, se reconoce que el criterio de validez presenta dificultades, por un lado, porque es dependiente y en el caso colombiano, la Constitución consagra un sistema abierto e indeterminado de derechos que, sin duda, afecta la interpretación constitucional con implicaciones sobre el criterio de validez. Y, de otra parte, cada enfoque ostenta un criterio de validez. Ahora bien, la investigación demuestra que el desarrollo de los derechos en la

jurisprudencia colombiana, no ha sido estable, y este fenómeno de inestabilidad afecta el concepto de validez, pues conforme a las últimas tendencias el iusnaturalismo, su influencia no es igual, a como ocurrió en los inicios de la Corte y, por el contrario, la exigibilidad judicial o justiciabilidad y el de la efectividad, se muestran más activos en esa jurisprudencia (C-371-11 y C-493-15).

En resumen, el criterio de validez hace parte de la teoría de una Constitución particular y de un sistema constitucional determinado, y este fenómeno, tiene claras implicaciones sobre la jurisprudencia constitucional. Es decir, desde el punto de vista de la validez, el concepto de los DF es un concepto variable, visto desde los modelos de fundamentación (enfoques). Ahora bien, una tendencia, en esta investigación, está dada por la sentencia C-246-17. Aquí se reitera que los DF no son absolutos y que tienen un núcleo esencial protegido, a través, del principio de proporcionalidad. De este modo, la Corte se ubica en la teoría de valores y principios. Esta sentencia, aunque fue analizada en el capítulo IV, *in fine*, se retoma en este apartado, con otro propósito, dado que el concepto de validez, también se afecta, cuando se afirma que:

La jurisprudencia constitucional ha establecido de forma unificada que los derechos fundamentales, en general, no tienen un carácter absoluto y pueden ser limitados. Tal posibilidad responde al deber de armonización los derechos, libertades, deberes y los demás bienes y valores reconocidos en la carta superior, pues de lo contrario la convivencia no sería posible. Luego, el Estado no tiene el deber de garantizar el alcance pleno de cada derecho y por lo tanto el legislador se encuentra habilitado para restringirlos bajo parámetros específicos. (Negrillas y subrayado por fuera del texto). (Sentencia C-246-17. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado)

La jurisprudencia, entonces, se muestra conclusiva sobre los derechos absolutos en Colombia; no obstante, esta postura denota algunos problemas, dado que, no todos los derechos

serían limitables, por ejemplo, respecto del derecho a la vida, se trata de un derecho absoluto. Esta tendencia se reitera en la jurisprudencia colombiana, por cuanto, la restricción de los derechos está dada por la aceptación del principio de proporcionalidad (Teoría relativa). Pero al tiempo, el criterio de los derechos subjetivos también se mantiene vigente, así surge la necesidad de analizar varios puntos: (I) En primer lugar, el concepto que se tenga en la jurisprudencia colombiana sobre los derechos subjetivos, atendiendo a su validez universal, general o particular (Arango, 2012, p.337); (II) En segundo lugar, la posibilidad de traducir los derechos prestacionales a derechos a subjetivos (T-227-03); (III) En tercer lugar, la aplicación del principio de proporcionalidad que, trae consigo, un concepto limitable de los DF y, (IV) en cuarto lugar, los fenómenos de la exigibilidad judicial o justiciabilidad y eficacia que están en pleno desarrollo (T-428-12 y C-493-15).

Los derechos subjetivos se plantean como una parte del problema de los DF, esta discusión está abierta y en plena vigencia. Razón por la cual, la Corte debe acotar este concepto desde la Constitución de 1991, en cuanto al origen y fundamento de ese tipo de obligaciones, es decir, debe referirse a los problemas normativos, el titular del derecho (sujeto), el obligado (Estado-particular) y la clase de derecho tutelado, dependiendo de su faceta, y asumiendo un criterio de validez. Al respecto:

La Corte ha considerado que todas las definiciones coinciden en que (I) Debe existir una norma jurídica que reconozca el derecho o un enunciado del que se pueda interpretar ese derecho, (II) El concepto de derecho involucra una obligación jurídica, (III) Así como un poder del titular del derecho para exigir el cumplimiento de dicha obligación del obligado. (Sentencia. C-372-11. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

Si los derechos DF son derechos subjetivos, pero a al mismo tiempo limitables, la protección se entenderá, sólo hasta el límite que, se lo permite el principio de proporcionalidad, entonces, es claro que, los derechos subjetivos no tendrían un carácter definitivo. Así las cosas, dependiendo del concepto que asuma el intérprete, se pueden afectan algunas interrelaciones de los DF con los criterios de validez y eficacia. (Sentencia C-587-92)

Los DF se consideran limitables y exigibles hasta el límite que permite el principio de proporcionalidad. Entonces, bajo esta idea los derechos dependen de variables inestables que afectan, en uno u otro caso, el criterio de validez. De otro lado, frente a la validez, también intervienen las facetas negativas y positivas de los derechos. Es decir, los DF se consideran variables, pues no son definitivos, lo cual implica que, los criterios de validez y eficacia sean relativos y este fenómeno genere demasiada incertidumbre, en detrimento de las expectativas reales del ciudadano.

Dada la variabilidad en el criterio de validez, y de acuerdo con el prologuista del texto *Legitimidad, Validez y Eficacia* de Mejía Q. (2013) este autor, se basa en Luhmann para formular su concepto de validez del Derecho:

El derecho válido es el que se crea desde el derecho, la normatividad es la única fuente de legitimidad y el sistema jurídico es eficaz solo en la medida en que la función de generalizar congruentemente expectativas normativas de conducta mediante la reducción de la complejidad social. (p. XIII)

4.2. Eficacia. La eficacia significa la materialización de los derechos en una realidad constitucional determinada. La idea es que los DF tengan una realización directa, a través, del logro de transformaciones sociales verificables. Bajo este criterio, el concepto de los DF cambia y se interrelaciona, de diferente manera, con la validez. Así, la eficacia se configura por el cúmulo

de logros que se obtengan, respecto de transformaciones sociales (vigencia de los derechos). La eficacia social de los derechos constituye una señal para acotar la idea de fundamentalidad (sobre lo necesario que no contingente), a través, de su aplicación material directa. Esta aplicación en Colombia se protege por medio de la acción de Tutela.

En la sentencia C-037-00, precisamente, la Corte señala que:

El afán del constitucionalismo contemporáneo por hacer operante una justicia real y no formal, tendencia que acoge nuestra carta política, abrió paso entre nosotros a la consagración de la acción de Tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales. A dichos derechos se les reconoce generalmente “eficacia directa”.

Por su parte, la sentencia C-581-01 clarifica que “la aplicación inmediata de los derechos fundamentales no excluye, ni coarta la potestad atribuida al legislador de hacer las leyes”. De manera que, los derechos fundamentales ostentan también una eficacia horizontal que se extiende a los particulares, tal y como lo recoge la Sentencia C-112-00. M.P. Alejandro Martínez Caballero:

Si bien los derechos fundamentales tienen una eficacia horizontal, y por ende se proyectan a las relaciones entre los particulares, tal y como esta Corte lo ha indicado, es obvio que la fuerza del principio de igualdad es mucho mayor cuando regula las relaciones entre las autoridades y las personas, que cuando se trata de vínculos privados entre particulares.

Por lo tanto, frente a la eficacia de los derechos el primer obligado es el Estado, según la Sentencia T-720-14. M.P. María Victoria Calle Correa.

De otro lado, la efectividad material directa, en el campo social, representa un alcance más profundo que, las meras expectativas de justiciabilidad. El concepto de eficacia habla más

en términos de resultados, de una efectividad material de resultado y no del medio. Los DF son válidos en la medida que sean eficaces, es decir cuando no se consideren como meras expectativas de medio. Por ello la Corte señala, que “(...) tratándose de derechos fundamentales, la administración pública está obligada a cumplir con unos resultados y no simplemente con la puesta en obra de unos medios”. (Sentencia T-056-94. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) Por ello, la Corte agrega que “(...) la eficacia implica la realización del control de los resultados del servicio”. (Sentencia C-134-93. M.P. Alejandro Martínez Caballero)

La eficacia, no sólo se relaciona con la aplicación directa de las normas que, consagran los DF (es decir, con las normas que no requieren desarrollo legal) sino con el logro de verdaderas transformaciones sociales, dado que, los derechos están dotados de esa capacidad (eficacia directa). De manera que, los DF también, se consideran con la capacidad para lograr transformaciones en el campo social, y éstas, constituyen un criterio de validez. Por lo tanto, la adecuación conceptual de los derechos, al criterio de la eficacia social, como lo propone el Realismo jurídico (hechos) no se queda, en la mera discusión, sobre la aceptabilidad de algún modelo de fundamentación (enfoques). La eficacia social es, en suma, la materialización de los derechos, en un caso concreto (contingencia). En este orden de ideas, la eficacia no es tan expedita en Colombia, ya que, como lo expone la Corte en la Sentencia C-246-17: “el Estado no tiene el deber de garantizar el alcance pleno de cada derecho y por lo tanto el legislador se encuentra habilitado para restringirlos bajo parámetros específicos”. (Sentencia C-246-17. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado)

De tal manera, la eficacia de los derechos, o su materialidad, queda supeditada a un alcance muy precario, y así, la dignidad humana se afecta, por cuanto, no tendría la verdadera categoría de DF autónomo y/o traducible en derecho subjetivo. De modo que, su cumplimiento

será relativo. La anterior afirmación actúa en detrimento de la sentencia T-227-03, a pesar de constituir a la dignidad humana, como el fundamento del Estado social de derecho y, el elemento central de identificación de los derechos (T-428-12), su cumplimiento relativo en Colombia es un infortunio.

Por otro lado, en el contexto que plantea la sentencia C-246-17, la exigibilidad judicial o justiciabilidad, al igual que, la eficacia de los derechos, son una muestra palpable de debilidad de los DF. La eficacia como criterio de validez, no se puede interpretar en términos de mera acción o de ejercicio (medio), se repite, sino en verdaderos términos de resultados o conquistas sociales, a favor del ciudadano (materialidad).

5. Contingencia

De acuerdo con esta investigación, se comprobó que los DF son contingentes, por cuanto, el concepto depende de las ideologías y de las circunstancias del caso (Realismo). Es decir, de las prácticas gubernamentales. Así mismo, de la imposibilidad histórica de conseguir un fundamento *último*. (Marchart, 2009, pp.13-19)

Este último fenómeno, problematiza aún más, la conceptualización de los DF. Es decir, el trabajo comprueba que, en la conceptualización interfiere la discordia, la división y el antagonismo. (Marchart, 2009, p.15) Este fenómeno también, se traslada a la jurisprudencia analizada, pues allí, se desconoce lo que son los DF. A ello se suma (I) la ausencia de un patrón conceptual identificable en la jurisprudencia colombiana y (II) la realidad colombiana (realidad social). La idea de la contingencia va de última en este trabajo, puesto que, comprende el estudio de los enfoques teóricos de los tres primeros capítulos y las valoraciones hechas al final de cada una de las líneas jurisprudenciales del capítulo cuarto.

De otra parte, entre las consideraciones que se plantean en este capítulo, están (i) los problemas que surgen para el concepto de universalidad de los DF, pues éste depende de los enfoques y de las ideas de los juristas (la *ficción de la universalidad*) que en la práctica judicial está sujeto a la ideología del Juez constitucional (Magistrado ponente); (ii) los DF no se pueden formular en abstracto porque, obedecen a una teoría de una Constitución particular (Böckenförde, 1993, p.45) y (iii) el concepto de los DF no es aislado, sino central y relacional de todo el Derecho y para los derechos, identifica un modelo de Estado. En Colombia, se identifica con el Estado social, constitucional y democrático de derecho y bajo estas características, se interrelaciona con otros conceptos, igualmente abiertos e indeterminados como son los de validez y eficacia. No obstante, una posible solución que contrarreste la contingencia del concepto de los derechos estaría en el surgimiento de un patrón conceptual identificable en la jurisprudencia colombiana, ya que este fenómeno de la contingencia, también, genera problemas prácticos.

5.1. Un patrón conceptual identificable. Esta investigación partió de buscar una analogía conceptual (que no fáctica) sobre el concepto de los DF en la jurisprudencia constitucional colombiana, a partir de 1991. El trabajo ha intentado establecer qué son esos derechos, a la luz de las líneas jurisprudenciales y, en el resto de sentencias analizadas, por fuera de ellas, pero encuentra que hay muchas ideas que no se concretan, bajo un patrón conceptual identificable porque, en la práctica el concepto de los DF, depende de las ideas del Magistrado Ponente, y de los cambios que, por periodos de ocho años, hay en la Corte.

Un patrón conceptual identificable —sobre éste se expuso en los DF en Colombia— es aquél que contiene una idea justificada de algo (por ejemplo, de los derechos) que se va

construyendo y consolidando, a través, del tiempo y que permite identificarla y diferenciarla de otras, por sus propiedades intrínsecas y necesarias (no contingentes). Sin embargo, en la definición de los derechos y frente al caso concreto, los enfoques inciden muy poco, por cuanto, la fundamentalidad (concepto predicado) se circunscribe a revisar, si se afecta o no, la dignidad humana. —Esta consideración, se deriva de la línea jurisprudencial central y de la línea especializada sobre la dignidad humana—. Entonces, para decidir la fundamentalidad de un derecho y para protegerlo mediante la acción de Tutela, la labor del Juez se concentra en la violación o no, de la dignidad humana respecto del derecho, o del bien jurídico que se considera vulnerado. Así las cosas, en los pilares básicos de los DF se analizaron algunos casos de violación a esa dignidad humana, mediante las sentencias T-401-92, T-034-98, T-702-01, T-881-02 y T-426-09 que corroboran que el Juez de Tutela, se concentra en la indignidad causada por agentes del Estado. Así, en todas ellas, la dignidad humana constituye el elemento central que define la fundamentalidad de los derechos. Esta es una respuesta al problema central de la investigación.

No obstante, en la relación con la pregunta ¿qué son los DF?, el trabajo cuenta con nueve respuestas paralelas que se cruzan en el tiempo:

- (I) Que no hay derechos absolutos en la Constitución de 1991;
- (II) Que la dignidad humana es un derecho, un valor y un principio fundamental autónomo;
- (III) Que los DF son inalienables e inherentes a la persona humana;
- (IV) Que la Tutela, sólo protege el núcleo esencial de los DF;
- (V) Que el catálogo de derechos es un criterio auxiliar;
- (VI) Que los DF son obligaciones subjetivas del Estado;

(VII) Que los derechos prestacionales trasmudan a fundamentales (Estado social- Derecho social);

(VIII) Que los DF son mandatos de optimización, basándose en: (a) los DF no son absolutos, (b) los DF son normas tipo principio, (c) los principios difieren de los valores, (d) los DF son morales y, (e) los DF son mandatos de optimización) y,

(IX) Que el núcleo esencial está protegido por el principio de proporcionalidad.

Un análisis mesurado de las respuestas señala que, en efecto, todas están relacionadas ideológicamente y que, en su conjunto, podrían expresar un patrón conceptual identificable. No obstante, en este trabajo, se piensa lo contrario; así las cosas, una posible unificación conceptual, va más orientada a tres ideas principales:

(1) Que los DF son obligaciones negativas y positivas del Estado garantizadas, mediante la acción de Tutela, cuyo objeto de protección está dado por la dignidad humana, en sus facetas: (a) vital-biológica y (b) desarrollo humano (Nussbaum, 2012, pp.38-65). En suma, que los DF (no importa si están o no, consagrados en un catálogo de artículos, como lo son 1º, 5º, 66 y 94 de la CP) son aquellos que la Constitución de 1991 protege, mediante la acción de Tutela. Esta primera interpretación tiene la ventaja de comprender, tanto la discusión sobre los derechos inalienables e inherentes a la persona humana, como las obligaciones positivas y negativas del Estado y los derechos de aplicación inmediata, pues todos ellos, constituyen obligaciones negativas y positivas del Estado. Así las cosas, es una conceptualización que reconoce que los DF son anteriores a la existencia del Estado (T-571-92), que requieren del derecho positivo (Estado-derecho positivo) para su protección (T-002-92 y T-1306-00), que ostentan una base material (la persona humana), una base formal (consagración expresa) y T-227-03 (que son

traducibles en derecho subjetivos). De otro lado, la desventaja sobre el concepto de derechos subjetivos es la falta de acuerdo en la doctrina, lo que genera dificultades para diferenciar estos derechos, de algunas obligaciones del Estado que, no se consideren fundamentales (la discusión vuelve al punto de inicio: ¿qué se considera fundamental?);

(2) Que los DF son aquellos cuyo núcleo esencial, lo protege la acción de Tutela. Frente a esta conceptualización que es muy empleada en la jurisprudencia colombiana, se deben considerar los problemas atribuidos a la teoría espacial absoluta (empezando por la T-406-92).

(3) Que los DF se consideran el resultado de la ponderación. Esta conceptualización tiene amplio respaldo en la línea jurisprudencial No. 8, sin embargo, sobre los derechos como mandatos de optimización hay que considerar las objeciones más fuertes (Böckenförde, 1993, pp.44-47 y Habermas, 2010, p.327) pues, así, los DF no se consideraran mandatos definitivos.

El punto es que, no hay consensos en esa jurisprudencia y, ante esta ausencia, las dificultades teóricas no son fáciles de resolver. Para demostrar este fenómeno, esta investigación se ocupa de sólo dos casos que corroboran como la Corte colombiana, no sigue un patrón conceptual identificable:

(I) Como se expuso, la idea de **los derechos como mandatos de optimización** tiene amplio respaldo en la jurisprudencia colombiana. Un ejemplo, lo constituye la sentencia C-1186-08, sin embargo, además de las objeciones citadas, la misma jurisprudencia desvirtúa que sigue una línea estable. Por ejemplo, la sentencia T-507-16 (que trata de un caso de objeción de conciencia, muy complejo, sobre la conservación de partes humanas) señala que la ponderación constituye *la última ratio* para resolver los conflictos entre derechos y que:

Por ende, no todo desacuerdo en el derecho se resuelve con la metodología de la ponderación, sino que está sería la *última ratio* cuando es imposible conciliar dos principios. Antes de determinar la prevalencia de un principio, o su superposición respecto a otro, sería pertinente explorar alternativas como

el conceso o la negociación, que pueden resultar vías útiles, válidas y eficaces para garantizar la materialización de los derechos fundamentales. Y es que sería incorrecto realizar una ponderación cuando no existe una colisión real entre dos principios. Si la finalidad que contempla una norma puede cumplirse con una medida alternativa, que al mismo tiempo maximice la satisfacción de los derechos fundamentales y la búsqueda de la dignidad humana, debe optarse por tal medio. Con ello no se pretende indicar que la ponderación sea una medida ineficaz para la pretensión de corrección y la solución de problemas relacionados con juicios concretos sobre el deber ser. Por el contrario, tal metodología es pertinente para resolver las colisiones entre principios y establecer un orden de prelación entre los mismos para garantizar derechos fundamentales. Con juicios concretos sobre el deber ser. Por el contrario, tal metodología es pertinente para resolver las colisiones entre principios y establecer un orden de prelación entre los mismos para garantizar derechos fundamentales.

Ciertamente, si no hay colisión entre principios o derechos, pues es claro que, no puede haber ponderación. Con todo, si existiera colisión, entonces ¿cómo establecer un orden de precedencia entre ellos? Dado que la doctrina, precisamente, niega que eso es posible; ¿en qué casos es viable conciliar principios? y ¿cuáles serían esas alternativas? Sí, la ponderación viene atada, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia a los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto. De tal manera, es ahí donde la investigación comprueba que se rompe la línea jurisprudencial, porque se abre a discordias, aparentemente superadas. Bajo esta interpretación, en caso de conflictos entre derechos, la ponderación como *última ratio*, deberá estar precedida de la demostración, de que se intentaron otras vías de armonización de los derechos y que éstas no fueron posibles (*última ratio*).

II) Por otro lado, la sentencia C-246-17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado expone que “luego, el Estado no tiene el deber de garantizar el alcance pleno de cada derecho y, por lo tanto,

el legislador se encuentra habilitado para restringirlos bajo parámetros específicos” (Subrayado por fuera del texto). Al respecto, esta investigación establece que la función distributiva del Estado tiene límites y bajo esta consideración, la fundamentalidad de los derechos también, por cuanto “lo que esté por fuera del alcance de unos mínimos aceptables de asistencialismo (mínimo vital-procura existencial) y máximos de protección, no se considera fundamental” (Ver función distributiva del Estado). Sin embargo, en relación con los derechos subjetivos, la misma Corte afirma que “el Estado no tiene el deber de garantizar el alcance pleno de cada derecho”. Esta directriz resulta problemática para el Derecho Constitucional, por cuanto el Legislador, no puede volverlos impracticables y, además, éste se enfrenta a los *Fines esenciales del Estado* y a la garantía establecida en el artículo 2º de la Constitución de 1991 que señala: “son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”. De esta directriz constitucional, se deriva la progresividad, la prohibición de regresividad y el favorecimiento o ampliación de los ámbitos de protección de los derechos, donde la libertad de configuración legislativa está destinada gradualmente a ampliar la eficacia de los derechos y a no restringir su alcance (C-493-15) sin delinear parámetros específicos, dado que, la jurisprudencia de esa Corte señala que, el Legislador no puede intervenirlos sin respetar su núcleo esencial. Además, interfiere sobre el carácter de derechos subjetivos (¿hasta qué punto son exigibles los prestacionales?), la justiciabilidad, exigibilidad y efectividad, porque, según la Corte, el Estado no tiene el deber de garantizar el alcance pleno de cada derecho, entonces, se pregunta: ¿cómo el ciudadano puede exigir el mínimo vital o medicamentos para enfermedades graves y catastróficas, su pensión, entre otros?

5.2. Problema práctico. Cuando se considera que los DF son contingentes porque no cuentan con un fundamento último y porque, dependen de las circunstancias del caso, se está reafirmando un problema práctico: la fundamentalidad, depende del Juez constitucional quien se debe concentrar principalmente, en los bienes protegidos y su dignidad humana. En dicho caso, la injerencia de los enfoques se torna muy relativa. Dicho de otro modo, la realidad constitucional determinada, es por otra parte, la que define en gran medida, la fundamentalidad de un derecho. Así, la contingencia constituye un problema práctico que, incide en la conceptualización de lo que son los DF. Esta consideración se acoge al Realismo jurídico, pues conforma el enfoque que está más orientado a los hechos. El Derecho son los hechos y allí adquiere inusitada relevancia, el Juez constitucional. Así, la Tutela permite interpretar de manera adecuada, los problemas que se presentan en la sociedad colombiana. De manera que, la investigación cuenta con importantes opiniones provenientes del realismo que, contribuyen a la conceptualización de los derechos, tales como: que los conceptos de los que se sirve la ciencia jurídica son entidades místicas o metafísicas, a las que no corresponde ninguna realidad (*Hägerström*). (Fassò, 1988, Tomo 3, pp.239-ss)

El derecho consiste en normas relativas a la fuerza (Olivecrona en Fassò, 1988, Tomo 3, p.240); la creencia del derecho natural es errónea, todo derecho es positivo (Ross, 1969, p.9); el derecho es un hecho social y un orden normativo (Raz, 2011, pp.294-295); los derechos son predicciones (Wendell Holmes, 2012, p.55); el derecho se actualiza en cada situación de litigio (*Llewellyn* en Cardesín, 2001, p.31) y que la mejor comprensión de los sistemas jurídicos se logra cuando, los derechos se conciben como herramientas altamente sofisticadas y complejas para crear y aplicar planes. (Shapiro, 2014, pp.155-ss.)

Las anteriores ideas contribuyen a la identificación del problema colombiano, en donde es plausible enfocarse en los problemas prácticos de los derechos, en las necesidades del individuo y en las características necesarias de los derechos, de acuerdo con sus orígenes. Por tal motivo, los derechos en Colombia requieren de un patrón conceptual identificable en la jurisprudencia constitucional, para contrarrestar y superar los efectos negativos de la indeterminación y la contingencia, que sin desconocer que son datos históricos, facilite los consensos, conforme a una teoría de la Constitución de 1991. Es decir, se debe considerar seriamente que, el Juez constitucional está obligado a proporcionarle al sistema jurídico un patrón conceptual identificable que, es aquél que la jurisprudencia va construyendo, con el paso del tiempo y que, a través, de consensos unifica el concepto de lo que son los DF para aplicarlo al caso concreto y así mantener la coherencia del sistema y la seguridad jurídica.

Conclusiones

1. ¿Qué son los DF en la jurisprudencia constitucional colombiana? Ese fue el objetivo que quiso establecer este trabajo. De acuerdo con lo determinado en esta investigación, la Corte Constitucional colombiana, aún no tiene una respuesta sobre los DF. Tras analizar las líneas jurisprudenciales, se comprueba que esa Corporación, no sigue un patrón conceptual identificable. Esta deficiencia debe ser superada, dado que toda ciencia, incluyendo a las Sociales, con el paso del tiempo requieren de conceptos predeterminados. Así, en el caso de los derechos fundamentales, un sistema constitucional, se identifica cuando los define por sus características necesarias que, permiten diferenciarlos de otros tipos de derechos. Esta es la principal tarea que tendrían los Tribunales Constitucionales y que redundaría en facilitar la coherencia del sistema y proteger la seguridad jurídica, considerando que, los derechos fundamentales y su concepto, hacen parte del Estado social, constitucional y democrático de derecho. Ahora bien, conceptualizar acerca de los DF implica separar los derechos, de los problemas sobre su aplicabilidad, justiciabilidad y eficacia, con los orígenes y características necesarias. Por lo tanto, la investigación, también, tiene en cuenta la importancia del criterio de validez que, va implícito en esa conceptualización. De modo que, la naturaleza histórica, la indeterminación conceptual y la contingencia, constituyen algunas de las características más notables de los derechos y las que dificultan la unificación, pero no las que permiten diferenciarlos de otros derechos. Con todo, estas características, no se oponen a las ciencias exactas o aplicadas y, tampoco, difieren mucho de ellas, porque en unas y otras, así se trate de datos, hechos, cosas tangibles o intangibles o de realidades verificables, todas en su conjunto requieren datos que las identifiquen y las diferencien, es decir, el trabajo de los Tribunales

Constitucionales consiste en identificarle a los DF sus características necesarias, pues éstas responden a unos contenidos específicos materiales o inmateriales extractados de la misma ciencia jurídica.

Así las cosas, esta investigación intenta, identificar un concepto de los DF, en el ámbito de la jurisprudencia constitucional, a partir de sus características, no contingentes, teniendo en cuenta, el debate Iusnaturalismo, Positivismo, Realismo y Axiologismo. Así las cosas, se concluye que, la Corte Constitucional se encuentra inmersa en este debate, lo que aumenta los efectos negativos de la indeterminación y la contingencia, dado que, por la naturaleza histórica de los derechos, de los enfoques y la dependencia al criterio del Magistrado Ponente, son fenómenos que no facilitan la unificación. En definitiva, los DF en la Corte no siguen un patrón conceptual identificable que favorezca los intereses del sistema y la persona humana.

2. Los DF no poseen título adquisitivo. A partir de toda la información reunida a lo largo de la investigación, se concluye que los DF no poseen título adquisitivo y, por tanto, no se pueden considerar pretensiones. Estos derechos, en tanto realidades verificables, son pertenencias ingénitas y jurídicas de la persona, protegidas por el Estado, en su dignidad humana. Así las cosas, aquí se reconoce que la dignidad humana no posee título adquisitivo y que también es ingénita (No se trata de algo puesto o engendrado). Por lo tanto, la fundamentalidad de los derechos se concentra en la dignidad humana, por cuanto conforma el objeto principal de protección, porque es allí donde residen las características necesarias y los intereses jurídicamente protegidos por el Estado (que no contingentes) que le otorgan identidad a los DF y que, corresponden al núcleo esencial inmutable para el Legislador (según las teorías espacial absoluta y relativa del núcleo esencial). Basado en lo anterior, este trabajo considera que

los DF como pertenencias ingénitas y jurídicas del individuo, protegidas en su dignidad humana, deben reunir al menos cuatro elementos:

- (I) Una pertenencia ingénita y jurídica de la persona humana protegida por el Estado;
- (II) Un titular;
- (III) El obligado y,
- (IV) El contenido del bien jurídico o el interés protegido por el Estado relacionado con la dignidad humana.

En consecuencia, interpretando este marco, lo que protege la acción de Tutela, según el artículo 86 de la Constitución de 1991, son esas pertenencias ingénitas y jurídicas del individuo, relacionadas con la dignidad humana. De modo que, el individuo dispone de una gama de bienes connaturales, jurídicos, y a su vez, intereses materiales e inmateriales, económicos y no económicos, intelectuales, documentarios y físicos, entre otros, que a través del Estado están protegidos formal y materialmente (T-002-92, T-571-92, T-269-02, T-560-16). Estas pertenencias ingénitas y jurídicas constituyen el principal objeto de protección de los DF, en las diferentes constituciones (Institucionalización-Subjetivación).

3. Los DF son entidades jurídicas permanentes. Del mismo modo, esta investigación considera que los DF se caracterizan porque son entidades jurídicas permanentes, no desaparecen, son morales (justificados) y en donde la dignidad humana, compone el objeto principal de protección, respecto de los bienes e intereses jurídicamente protegidos. Entre las pertenencias ingénitas y jurídicas del individuo y la dignidad humana, se establece una relación natural, indisoluble y jurídica que obliga al Estado. Esta relación permea el ordenamiento y define todos los campos de la actuación estatal.

4. Existe otro tipo de derechos que no se consideran fundamentales. En contraposición, esta investigación señala que, existe otro tipo de derechos que no se consideran fundamentales y que también están protegidos por el Estado, pero no a través de la acción de Tutela. Un ejemplo, de esta situación es el derecho al servicio telefónico (T-1306-00). La relación de los derechos, considerados no fundamentales y el Estado, no involucra a la dignidad humana. Por ejemplo, la propiedad privada ostenta una función social en la Constitución de 1991. Sin embargo, una persona puede ser despojada de su propiedad privada, mediante indemnización. Es decir, con esta decisión no se amenaza su vida en dignidad y el titular puede vivir, sin este tipo de derechos, tal y como ocurre con la pérdida de la patria potestad, cuando él es el causante. Este trabajo considera que existe otra variedad de ejemplos que, se podrían ir dando, como es el caso de las leyes sobre extinción de dominio que recaen sobre los bienes con los que se comete o se deriva una infracción penal. Lo importante, para concluir es que, a partir de esta diferenciación, la investigación reconoce que existen unos derechos fundamentales y otros, que no lo son. Esta diferenciación permite llegar a otra conclusión y es la siguiente: los únicos derechos que pueden ser protegidos por la acción de Tutela, son los considerados fundamentales, los otros los protege el Estado, pero, a través, de las acciones ordinarias.

5. Los derechos no considerados fundamentales pueden ser considerados adquiridos y su relación con la dignidad humana. La investigación también percibe que, los derechos no considerados fundamentales, pueden ser considerados adquiridos, ya que no involucran a la dignidad humana y en algunos casos, requieren y ostentan título demostrativo. De modo que, se trata de otra diferencia fundamental que, estriba en que cierto tipo de derechos que, recaen sobre un inmueble, un vehículo o una herencia, entre otros, se compran, se alquilan, se venden, se prestan, se intercambian, se permutan, se endosan, son renunciables, pueden ser donados, se

pueden dar en garantía, son embargables y secuestrables, en virtud de la ley. Sin embargo, los DF no tienen las propiedades anotadas, por cuanto la relación necesaria con la dignidad humana, no lo permite. Esta diferencia se presenta porque, en virtud de ella, el hombre es considerado un fin en sí mismo, como único ser pensante, dotado de un razonamiento. La dignidad humana es permanente, inviolable, no se suspende, no se pierde y acompaña al individuo desde antes de su gestación, nacimiento, ejercicio de la vida y hasta después de su muerte. En dignidad afloran derechos como la vida, la autonomía, la libertad, la igualdad, la salud, el trabajo, el debido proceso, el agua, el mínimo vital y el desarrollo humano que, no requieren de un título que los acredite (T-721-17 - T-366-19). Basta con estar engendrado, vivo o haber vivido para ejercerla. La ley no está en capacidad de desaparecer la dignidad humana o desconocerla, así no esté contemplada en una Constitución Política.

6. El carácter ingénito y jurídico de los DF responde a una característica cualificante y diferenciante. Para la investigación la diferenciación entre DF y derechos que no lo son, no aparece muy clarificada en la doctrina especializada y tampoco en la jurisprudencia constitucional. En el caso colombiano, los derechos fundamentales se basan en la esenciabilidad, inalienabilidad e inherencia de ciertos derechos con la persona y con la dignidad humana, de tal suerte que, los derechos no fundamentales son aquellos que no se relacionan con estas características. Sin embargo, la investigación reconoce una zona gris que depende del caso (contingencia) y de la posición que adopte el Juez constitucional. Por lo tanto, el carácter ingénito y jurídico de los DF responde a una característica cualificante y diferenciante. En relación con la primera, hay pertenencias que no tienen título demostrativo y no lo requieren porque, son connaturales al individuo. Con esta expresión, se está indicando la inalienabilidad, inherencia y esenciabilidad de ciertas pertenencias jurídicas con el individuo. En suma, lo

ingénito se pregona desde lo connatural o de algo que, no es engendrado o puesto por alguien. Lo jurídico, a las obligaciones positivas y negativas del Estado respecto de esas pertenencias ingénitas.

7. El concepto de los DF. En la investigación se expuso sobre un concepto sujeto (derechos) y un concepto predicado (fundamentales), pues se considera que el concepto de los DF corresponde a un concepto compuesto e indeterminado. En ese orden de ideas, lo ingénito y lo jurídico de los derechos, se pregona, tanto del sujeto como del predicado. En este orden de ideas, se concluye que la relación insoluble de esas pertenencias ingénitas y jurídicas de la persona con la dignidad humana es la que finalmente define la naturaleza fundamental de los derechos. El individuo posee algunas pertenencias ingénitas que no puede ser consideradas sin dignidad, pero sí, sin un vehículo o un inmueble o sin servicio telefónico, por ejemplo.

8. El objeto real de protección de los DF. Los DF por otra parte, ostentan un contenido normativo o un contenido estrictamente jurídico que, se corresponde al objeto real de protección, por parte del Estado. Este objeto real de protección actúa en relación con la dignidad (la vida, la salud, la autonomía, la igualdad, entre otros.). De tal forma, la dignidad humana ostenta una doble connotación. En primer lugar, una connotación ideológica (posiblemente iusfilosófica o ética) y, en segundo lugar, una connotación estrictamente jurídica. Por esa misma razón, se considera inalienable e inherente a la persona humana, pues la acompaña desde su concepción, nacimiento, vida, muerte y hasta después de ella. Se trata de un elemento ideológico, ético y jurídico cualificante y clasificante, porque a partir de esta distinción, algunos derechos se protegen, a través, de leyes ordinarias y otros, los fundamentales, por la acción de Tutela.

9. Los DF no constituyen pretensiones ni aspiraciones programáticas. En este trabajo se establece que, muchas veces, en la acción de Tutela, se alude a las pretensiones del

accionante. No obstante, se clarifica que la acción de Tutela, lo que establece es que toda persona pueda reclamar ante los jueces la *protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales* cuándo quiera que, éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción, o la omisión, de cualquier autoridad pública. Este derrotero constitucional difiere de una aspiración litigiosa de naturaleza civil, pues por el origen de los DF, éstos no requieren título demostrativo, en tanto realidades verificables y su existencia, por su naturaleza ingénita y jurídica que, no se puede discutir en una acción de Tutela. Entonces, lo que se pide, a través, de esta acción constitucional es la *protección* conforme a la interpretación que, se desprende del artículo 68 de la C.P., porque se trata, al fin y al cabo, de una de las principales obligaciones del Estado. De modo que, para el Estado es ineludible protegerlos ante una vulneración o amenaza por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares encargados de un servicio público. Esta protección consiste en una orden para que aquél, respecto de quien se solicita la Tutela actúe (acción-obligación positiva) o se abstenga (obligación negativa).

10. El criterio de validez de la realidad colombiana. La investigación también concluye que eficacia social, constituye el criterio de validez más adecuado a la realidad colombiana. En Colombia, se presentan múltiples violaciones a los DF, especialmente atentados contra la dignidad humana, en materia de salud, educación, igualdad, autonomía, trabajo, seguridad social, en cárceles, inseguridad y desplazamiento forzado, sólo por citar algunos. Así, se concluye que, existe un problema de ineficacia social generalizado. Esto significa que, el Estado no cumple con eficiencia la obligación de proteger los DF. Esta conclusión es clave para señalar que, el criterio de validez más adecuado y el que más ayuda a superar discusiones esencialistas, positivistas formalistas normativistas, realistas o axiológicas sobre cuál modelo de fundamentación se ajusta más a Colombia. Así las cosas, la investigación recomienda que, el

Estado se debe concentrar en la eficiencia social para aminorar la grave crisis de los derechos. El número de tutelas recibidas, según informa la Secretaría de la Corte Constitucional ronda los siete millones, y sólo se han revisado 19.133 frente a una población registrada de 48.500.000 de personas. Estos datos, arrojan un porcentaje aproximado del 13 % sin contar, los hechos que no se tutelan. Todos estos datos explican los problemas de violencia, desplazamiento y desarraigo social tan generalizados.

11. Los DF requieren refrendación social. Los DF hacen parte del Estado social, constitucional y democrático de derecho, dado que, ostentan la capacidad de transformar una realidad social determinada y logran conquistas en esta materia. De ahí que, se reconozca la importancia que tuvo la inclusión de los derechos, a partir de la Constitución de 1991. Por tal motivo, desde un concepto estabilizado en la jurisprudencia de la Corte, al Legislativo y al Ejecutivo, les corresponde generar políticas públicas que acompañen esas decisiones. Por ejemplo, está la medida que, penaliza a quienes obstaculicen la atención de urgencias en los centros hospitalarios. Este tipo de legislación se considera plausible, en la medida en que, evita daños antijurídicos y determina la responsabilidad del Estado, por falla del servicio. La situación carcelaria, en esta materia, está al límite y el desplazamiento forzado más activo que antes, de manera que, si los derechos fundamentales no los protege el Estado, el Estado social puede entrar en crisis y afectar el subsistema de derechos, al igual que los criterios de validez y eficacia. Por lo anterior, la investigación confirma que los DF requieren refrendación social. En esta materia, se pudo establecer que, la tendencia de la jurisprudencia en el cuarto periodo, según la línea jurisprudencial, tiende hacia la exigibilidad, justiciabilidad y a la eficiencia social y esto indica que, la Corte Constitucional colombiana va por buen camino, pues ha intentado revertir la problemática de los derechos. No obstante, el número de casos aumenta y, así las cosas, desde

este punto de vista se concluye que, en Colombia existe una amenaza real contra el Estado social, constitucional y democrático de derecho.

12. Intentos por unificar el concepto de los DF. Las líneas jurisprudenciales comprueban que, la Corte Constitucional ha intentado unificar el concepto de los DF. Un dato importante es el que señala que, desde sus inicios la jurisprudencia colombiana supera la clasificación de los DF (individuales), sociales, económicos, culturales, derechos colectivos y del medio ambiente. En el caso de los derechos prestacionales, la fundamentalidad se basa en la dignidad humana. Al respecto, se toma como ejemplo, la sentencia T-406/92 que tiene como origen, la entrega inconclusa del alcantarillado de Cartagena. Se trata entonces, de un problema colectivo por fuga de aguas negras, malos olores, entre otros. La Corte aprovecha el caso para señalar los elementos de los DF sin consideración a esa clasificación, al punto que esta jurisprudencia, se constituye en un referente para la conceptualización de los derechos. Todo lo anterior, justifica que, en la investigación se realizara un estudio sobre el derecho social, la Constitución social y, la jurisprudencia social, a propósito de los pilares básicos de los DF. Por tanto, la investigación comprueba que, la Corte colombiana desde sus inicios emprendió la protección de todos los derechos considerados fundamentales, a partir, de la dignidad humana.

13. Afectación de la interrelación con los conceptos de validez y eficacia. La investigación viene destacando que el concepto de los DF se constituye en uno de carácter central de todo el Derecho y de los derechos y que, a la vez se interrelaciona con otros conceptos del mismo nivel, como son los de validez y eficacia. Así, se concluye que los DF requieren de una unificación conceptual en Colombia. De otra parte, el hecho de que el concepto de los DF se interrelacione con otros, da origen a un fenómeno que trae implicaciones para el sistema jurídico, por cuanto, el presente trabajo considera que, si no hay acuerdo sobre lo qué son los derechos en

Colombia, una de sus consecuencias es la afectación de la interrelación con los conceptos de validez y eficacia.

A este fenómeno, se suma el hecho de que no existe un criterio unificado de validez y eficacia sobre los derechos (estos conceptos también dependen del enfoque empleado por el intérprete). En esta materia, el trabajo considera que los conceptos de los DF, validez y eficacia están concebidos para actuar en concordancia dentro del sistema constitucional, a partir de los artículos 1, 5, 85, 93 y 94 de la C.P. (López C., 2015, p. 340). Así, por ejemplo, el criterio de validez emerge del conjunto de normas iusfundamentales de la Constitución de 1991, porque también se expuso que este criterio es autorreferencial al sistema constitucional particular que se estudia, que para este caso se trata de la Constitución colombiana de 1991.

14. Uso de lenguaje emotivo no recomendable en la jurisprudencia colombiana. La investigación comprobó el empleo de un lenguaje emotivo, no recomendable, en la jurisprudencia colombiana, en cuanto a la aplicación y adecuación de los modelos de fundamentación. Sobre este problema, se recuerda a Hohfeld (1977) quién señala que “en cualquier problema razonado como de otro tipo, las palabras “camaleón” constituyen un peligro para el pensamiento claro, como para la expresión lúcida”. (pp.45-46) En esta apreciación también, coinciden Alexy, Bobbio y Gregorio Peces Barba. Dos ejemplos ratifican este fenómeno: el primero, se encuentra en la sentencia T-423-03. El Magistrado ponente es el mismo de la T-227-03. Esta última sentencia contrasta con la anterior. Esta sentencia considera fundamentales “los derechos que funcionalmente estén dirigidos a lograr la dignidad humana y que sean traducibles en derechos subjetivos”. En esta oportunidad, la Corte mantiene una línea de pensamiento que está vigente en Colombia. La T-423-03, por su parte, viene precedida de la expresión *sólo aquellos* indicativa de una posible exclusión a otro tipo de derechos. Por lo tanto,

la investigación es del criterio que se requiere aclarar ese énfasis otorgado en la Corte a los derechos, pues la idea de la universalidad aparece más ligada al concepto de lo derechos humanos y al sistema universal. Se cree que la anterior expresión tiene como referente al sistema universal, que se considera jurídicamente correcto, porque el artículo 93 exige que, los derechos consagrados en tratados y convenios internacionales que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, estén ratificados por el Congreso. Ese es el punto. Los derechos humanos también, se consideran derechos fundamentales y tienen validez en su correlación material (Borowski, 2003, p.30)

El concepto formal, de los derechos, se refiere a la pertenencia de un derecho a un catálogo y, el concepto material, al intento de transformar los derechos humanos en derecho positivo (Institucionalización-Subjetivación). (Borowski, 2003, p.35)

Así las cosas, se percibe que los criterios de validez van cambiando, en uno u otro caso, y estos fenómenos, tienen que apreciarse en la Corte. Además, en paréntesis esa jurisprudencia hace referencia a que sean *contra mayoritarios*, es decir, contra la mayoría e indisponibles desde este punto de vista. Así, para este trabajo se tiene que, aunque se está hablando del sistema universal, al inmiscuirse el término *contra mayoritarios*, es posible que el debate se desvíe y cuestione la legalidad democrática de los Tribunales Constitucionales. (Bickel, 1978)

Se observa también que, la Corte señala: “relaciones de poder, jerarquía o subordinación, y que cuentan con una protección judicial reforzada (acciones ordinarias y acciones especiales como la de tutela)”. En realidad, se trata de otro tipo de argumentos que requieren análisis más profundos, teniendo en cuenta que, sobre las relaciones de poder, jerarquía o subordinación, la jurisprudencia colombiana, desde el punto de vista funcional (normativo), sólo le ha reconocido

un *plus* y supremacía al principio de dignidad humana, y esto no sucede, en relación con los demás principios y derechos.

En Colombia, el principio de proporcionalidad se considera de origen jurisprudencial. Este principio se utiliza en la Corte Constitucional para limitar la intervención del Legislativo en los DF. También sirve para establecer qué son los DF, cuando dice que los DF son el resultado de la ponderación. La sentencia T-507-16, por su parte, señala que la ponderación se aplica como *última ratio*. Entonces, según esta sentencia, todo desacuerdo entre los derechos se puede resolver, pero la ponderación constituye la *última ratio*, para lo cual, primero habrán de explorarse otras alternativas, como el consenso, la conciliación o la negociación. A estos efectos, la Corte concluye que:

De esa manera, la metodología de la ponderación cumple un papel determinante, por adecuada, cuando no es posible reconciliar dos principios. En ese sentido, puede señalarse que no debe aplicarse de manera apresurada sino que es una medida límite para la resolución de casos difíciles. (Subrayado por fuera del texto), (Sentencia. T-507-16. M.P. Alberto Rojas Ríos)

Entonces, la investigación se pregunta: ¿la ponderación es una medida límite para resolver casos difíciles?, y también ¿cuándo y en qué circunstancias, se aplica la ponderación? Aquí, hay un cambio o una ruptura que merece una explicación, por parte del Juez constitucional que justifique una drástica variación jurisprudencial (Atienza, 2003, p.83). De tal modo, el trabajo recoge la idea que:

A medida que nuestro derecho se desarrolla, se hace cada vez más importante dar carácter definido a su fraseología; las distinciones se multiplican de hecho, y el viejo equipo de ideas, distinciones y frases tiene que ser cuidadosamente revisado. El derecho no difiere tanto de otros temas de estudio como para que la claridad de pensamiento no signifique una poderosa ayuda

para aprehenderlo. Si las palabras en el uso jurídico común son usadas con exactitud, es bueno saberlo; si no son usadas así, también es bueno saberlo y señalar cómo se usa. (Hohfeld,1977, p.46)

La sentencia T-246-17 reafirma que, en Colombia no se acepta la tesis de los derechos absolutos y también que, el núcleo esencial es reducible hasta el límite que se lo permita el principio de proporcionalidad (teoría relativa). La Corte vuelve a los criterios anteriores donde los DF, son limitables o son el resultado de la aplicación del principio de proporcionalidad, pero ya, sin hacer referencia a la ponderación, como *última ratio* de la sentencia T-517/16. Esto le indica a la investigación que, la Corte cambia de repente y no justifica la aplicación del principio de proporcionalidad que, es una de las tendencias que más se destacan contemporáneamente, a nivel constitucional y que influye en Colombia.

15. En suma, para este trabajo la fundamentalidad de los derechos en tanto realidades verificables, depende de la condición de ser ellos pertenencias ingénitas y jurídicas de la persona en su relación con la dignidad humana que debe ser protegida por el Estado. En esta conclusión, los DF son de ese rango por ser ingenitos y jurídicos y protegibles por la dignidad humana. Esta protección se presenta tanto en su (I) esfera vital biológica (conservación de la vida, gestación, ejercicio y muerte) y (II) la faceta del desarrollo humano. Por tanto, dada la naturaleza de pertenencias ingénitas y jurídicas de los derechos (contrato social), la dignidad humana ostenta la condición de un principio constitucional, valor transversal y DF autónomo, teniendo un *plus* de superioridad, respecto de los demás derechos, valores y principios constitucionales. La investigación comprueba que, la dignidad humana en el contexto colombiano, se interrelaciona reiteradamente con los criterios de esenciabilidad, inalienabilidad e inherencia, a la persona humana. Es decir, aunque la dignidad humana acepta las múltiples

facetas de los derechos, se percibe un mayor énfasis en la perspectiva iusnaturalista, sin desconocer su consagración expresa en Colombia.

16. Las líneas jurisprudenciales demostraron que en Colombia se reconocen las diferentes facetas de los derechos. De abstención (derechos de libertad) y de prestación (obligaciones positivas). Esta interpretación se basa principalmente en la dignidad humana y en la tesis de los derechos subjetivos que, finalmente acreditan la fundamentalidad de los derechos. Con todo, como no existe una respuesta sobre los DF, no se ha dicho ¿qué son? el desarrollo de la jurisprudencia no ha establecido claras distinciones, entre este tipo de derechos, es decir, de los derechos esenciales, inalienables e inherentes a la persona humana. En el caso de los derechos prestacionales, también se comprueba que, inicialmente la Corte acude a una fundamentalidad que se basa en el criterio de conexidad. Posteriormente, este criterio fue abandonado y todo vuelve al mismo punto de partida, al criterio de la dignidad humana.

17. Los DF no son derechos definitivos en Colombia. Esta conclusión tiene como sustento reciente la sentencia C-246-17. En ella se advierte que, los DF no son derechos absolutos y en tal sentido, el Estado no tiene la obligación de garantizarlos plenamente. Es decir, el trabajo demuestra que la Corte acude al criterio de la ponderación para resguardar el núcleo esencial de los derechos (teoría relativa) pero sin garantizarlos plenamente. Al no ser definitivos los derechos, es tal vez por esta idea, que el ciudadano se ve obligado a llevarlos directo al Juez constitucional para que éste sea quien defina la protección requerida ante la ausencia de un patrón conceptual identificable o de criterios estandarizados que definan el alcance de la protección. Según esta investigación, la falta de protección estatal, se convierte en un problema que desencadena en los ciudadanos la necesidad de acudir a la acción de Tutelante.

18. Se comprueba que los derechos de libertad o los clásicos liberales se comportan diferente a los prestacionales. Por ejemplo, en la jurisprudencia colombiana las libertades individuales se rigen por el principio de taxatividad y legalidad y son restringibles legislativamente, sin que pueda afectarse su núcleo esencial. Esto no ocurre con los prestacionales que se rigen por las circunstancias del caso (esenciabilidad, inalienabilidad e inherencia a la persona humana) en consonancia con la función distributiva del Estado (contingencia). Ahora, en esa jurisprudencia, la función distributiva del Estado tiene límites presupuestales. De tal suerte que, la jurisprudencia colombiana, aunque admite las diferentes facetas de los derechos, no pudo avanzar en este campo, estableciendo criterios de fundamentalidad (¿qué son?) para proveer niveles unívocos de protección, según las facetas de cada derecho.

19. La indeterminación conceptual constituye una característica muy propia de las normas sobre los DF. Para la investigación, se trata de una característica que se enfrenta a la doctrina y la jurisprudencia constitucional. Dado la inexistencia de una línea de pensamiento unificada y estable (contingencia), según se comprueba en los capítulos uno al cuatro, el debate actual, se circunscribe a sí es posible, reducir, o aislar el concepto de los DF de conflictos, controversias y colisiones, entre concepciones teóricas radicalizadas e históricamente rivales, como el iusnaturalismo-positivismo (antagonismo), por esta razón, la ausencia de una respuesta sobre los DF o de un patrón conceptual identificable. El trabajo reconoce que, al respecto, influyen circunstancias poco controlables por la jurisprudencia constitucional. Estas circunstancias están dadas por el número de autores, ideologías, sistemas, tendencias, momento histórico, conceptos, controversias, antagonismo, objeciones y en fin todos los debates a nivel doctrinal, jurisprudencial.

20. En Colombia se evidencia un fenómeno de desubjetivación de derechos (desubjetivación significa pérdida de protección). El primer paso para una subjetivación de derechos se produce con la incorporación y positivización de los derechos en una Constitución (concepto formal de DF), es decir, con la consagración de los DF en un sistema constitucional (Institucionalización-subjetivación). Entonces, incorporar, se considera el primer paso de ese proceso de institucionalización y de subjetivación de los derechos. Este concepto es definitivo e influyente para el sistema constitucional, por cuanto, en primera instancia hace que los DF sean parte del Estado de Derecho y también, más adelante, del Estado social, constitucional y democrático de derecho. Precisamente, esa pertenencia facilita responder a la pregunta ¿qué son esos derechos? (concepto formal y material de DF). Según esta investigación, la subjetivación de derechos se consolida finalmente con la eficacia social. Por tanto, el fenómeno inverso es la desubjetivación de derechos, que consiste en, que éstos, en vez de estar más cerca del individuo, ya sea por falta de unificación conceptual (contingencia) o de eficacia social (realismo), paulatinamente y con el paso del tiempo, se van alejando del individuo, por falta o fallas en la protección, o por factores asociados a fenómenos, como la indeterminación y la contingencia (desacuerdos sobre el concepto de los DF, controversias sobre conceptos de validez y eficacia, desadaptación, rupturas de líneas jurisprudenciales, lenguaje poco riguroso, ausencia de eficacia social, entre otros). En consecuencia, para este trabajo, estos fenómenos afectan la justiciabilidad, la exigibilidad y la eficacia de los DF. La ineficacia social constituye una muestra de un proceso de desubjetivación de derechos. Este fenómeno, significa en la práctica, la pérdida de protección estatal, que se refleja en el aumento comprobado de acciones de Tutela (desubjetivación). Así es posible que, la Tutela esté presentando una pérdida de efecto útil en

Colombia, por ineficacia del subsistema de derechos (que se refleja en el aumento de tutelas e incidentes de desacato, como, por ejemplo, los casos Colpensiones y de Medimás).

Por tal motivo, la investigación se acoge conclusivamente a la siguiente idea del profesor Mejía Quintana, cuando señala que: “este conflicto deja a los ciudadanos huérfanos de orientación” (Mejía Q., 2013, p.142). En consecuencia, el fenómeno discursivo sobre los derechos, también, trae implicaciones prácticas en la vida y, en la dignidad humana de la persona. La desubjetivación, alude concretamente a que ese conglomerado de ideas heterogéneas y antagónicas, criterios, modelos de fundamentación, teorías, tendencias doctrinales y jurisprudenciales que se revisaron, a lo largo de esta investigación y, a las que se suman las prácticas gubernamentales que, afectan derechos y la ineficacia social, que actúan como un *dispositivo*. Es decir, a una telaraña heterogénea de ideas que alejan al individuo de sus derechos y que, aumentan el fenómeno de la contingencia. Así las cosas, el individuo en la práctica, no sabrá a ciencia cierta qué son los DF y cómo protegerlos. Se trata de un proceso de desubjetivación formal y material, es decir, se trata de un efecto negativo que actúa en contra del contenido de los derechos (un ejemplo de desubjetivación de los derechos en Colombia está dado en el programa Teletón, allí los derechos de cierta parte de la población discapacitada y limitada económicamente, se intenta reivindicar públicamente, mediante acciones colectivas de caridad, dado que la acción estatal, se muestra ineficiente e indolente). Ese es el motivo por el cual la investigación recoge las ideas de Agamben (2014) cuando señala que: “las sociedades contemporáneas se presentan así, como cuerpos inertes atravesados por gigantescos procesos de desubjetivación a los que no les corresponde ninguna subjetivación real”. (pp.24-25)

Por lo tanto, para esta investigación, la subjetivación de derechos requiere: (I) Incorporar en una Constitución los derechos humanos; (II) Un concepto de los DF conforme a una teoría de

una Constitución particular estableciendo ¿qué son?; (III) Eficacia social, a través, de conquistas sociales verificables; (IV) Justiciabilidad mediante acciones ordinarias y, (V) La Tutela (inmediatez).

Apéndice

Este apartado contiene una relación de la jurisprudencia utilizada en el debate central de la investigación, identificando el número de página y discriminando por tipo de sentencias (Constitucionalidad, Tutela y Unificación).

Es preciso aclarar que la mayoría de las sentencias fueron empleadas en el debate doctrinal y jurisprudencial y en las distintas líneas jurisprudenciales, valoraciones y en los análisis, conclusiones parciales y generales.

Por último, cabe anotar que, esta relación no comprende el total de todas las sentencias revisadas, analizadas y seleccionadas, a lo largo del trabajo.

A manera síntesis, se podrá apreciar en la **Tabla 11** el resumen de la jurisprudencia revisada para los fines de este trabajo.

Tabla 11

Resumen de la jurisprudencia utilizada en la investigación

Tipo de jurisprudencia analizada	Cantidad
Sentencias de Constitucionalidad	53
Sentencias de Tutela	84
Sentencias de Unificación	05
Total	142
<i>Nota. Elaboración propia.</i>	

La idea principal de las **Tabla 12, 13 y 14** es su utilidad para destacar las sentencias que más influencia tuvieron en este trabajo investigativo y facilitar su consulta.

Tabla 12*Sentencias de constitucionalidad analizadas en la investigación*

Numeración	Sentencias de constitucionalidad	Número de página
1	C-018-93	155
2	C-671-02	179
3	C-019-07	181
4	C-372-11	188, 215, 304, 424
5	C-228-12	191, 218, 378
6	C-493-15	201, 218, 422, 423, 434
7	C-257-97	201
8	C-246-17	203, 219, 220, 239, 422, 423, 427, 433, 449
9	C-045-96	214, 233, 239
10	C-454-93	232
11	C-355-94	232
12	C-555-94	233
13	C-475-97	234, 322
14	C-581-01	237, 239, 425
15	C-916-02	326, 337
16	C-114-05	239
17	C-438-13	248
18	C-143-15	249, 250
19	C-221-94	271, 378, 379
20	C-576-08	271, 348
21	C-373-93	272, 348
22	C-993-04	263
23	C-473-05	272, 348
24	C-756-08	271, 272, 348

25	C-662-09	272, 348
26	C-018-10	155, 223, 226, 272, 348
27	C-149-10	272, 319, 348
28	C-398-10	272, 348
29	C-577-11	272, 348
30	C-748-11	272, 348
31	C-791-11	272, 348
32	C-909-12	272, 348
33	C-010-13	272, 348
34	C-258-13	231, 239, 272, 330, 348
35	C-264-13	272, 348
36	C-511-13	272, 348, 360
37	C-624-13	272, 348
38	C-256-14	272, 276, 319, 348
39	C-224-94	279, 280
40	C-276-96	318
41	C-741-99	155
42	C-673-01	324, 348
43	C-808-01	325, 348
44	C-014-04	327, 328, 348
45	C-355-06	231, 232, 238, 312, 327, 331, 332, 348
46	C-390-08	329, 348
47	C-142-01	337, 348
48	C-1017-03	338, 339, 349
49	C-371-11	339, 340, 349, 422
50	C-010-13	272, 348
51	C-587-92	424

52	C-037-00	425
53	C-1186-08	432

Nota. Elaboración propia.

A continuación, en la **Tabla 13** se mostrará la ubicación de las Sentencias de Tutela analizadas.

Tabla 13

Sentencias de Tutela analizadas en la investigación

Numeración	Sentencias de Tutela	Número de página
1	T-002-92	129, 144, 146, 148, 149, 155, 160, 162, 166, 167, 168, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 188, 200, 214, 215, 217, 229, 255, 256, 260, 266, 304, 350, 360, 421, 431, 438
2	T-015-92	129, 296, 297, 348
3	T-406-92	148, 162, 212, 217, 266, 272, 277, 364, 404, 412, 431
4	T-415-92	134
5	T-418-92	135, 183
6	T-419-92	242
7	T-420-92	137, 243
8	T-426-92	138, 153, 268
9	T-451-92	139
10	T-462-92	140, 183, 262
11	T-473-92	142
12	T-483-92	143, 290
13	T-484-92	145

Tabla 13*Sentencias de Tutela analizadas en la investigación*

Numeración	Sentencias de Tutela	Número de página
14	T-500-92	146
15	T-518-92	147
16	T-571-92	148, 153, 176, 185, 212, 217, 362, 431, 438
17	T-587-92	152
18	T-596-92	153, 194
19	T-615-92	154
20	T-116-93	157
21	T-240-93	159, 284
22	T-292-93	160
23	T-249-98	160, 176, 185, 223, 226, 257, 348
24	T-1306-00	162, 166, 168, 170, 171, 172, 175, 1786, 177, 183, 185, 188, 200, 214, 215, 217, 246, 255, 260, 355, 360, 431, 439
25	T-801-98	164, 172
26	T-374-01	167, 172
27	T-881-02	168, 173, 175, 176, 184, 215, 217, 224, 227, 247, 348, 408, 409, 429
28	T-887-02	170, 172
29	T-227-03	172, 176, 177, 178, 180, 182, 183, 185, 186, 189, 191, 192, 193, 215, 217, 299, 303, 304, 305, 370, 376, 421, 423, 427, 431, 445
30	T-423-03	177, 359, 445
31	T-859-03	178, 217
32	T-1083-03	180

Tabla 13*Sentencias de Tutela analizadas en la investigación*

Numeración	Sentencias de Tutela	Número de página
33	T-760-08	183, 193, 217, 303
34	T-001-92	185
35	T-970-09	184
36	T-235-11	185, 193, 217, 303, 305
37	T-016-07	193
38	T-428-12	193, 199, 201, 218, 423, 427
39	T-595-02	193, 396
40	T-720-14	200, 426
41	T-585-08	201
42	T-721-17	204, 207, 218, 440
43	T-517-94	215
44	T-405-94	232, 233, 348
45	T-401-92	242, 429
46	T-499-92	243
47	T-465-96	244
48	T-1430-00	245
49	T-594-16	250
50	T-598-92	257
51	T-690-15	231, 258, 259, 262, 348
52	T-560-16	438
53	T-412-92	268, 270
54	T-336-95	269, 348
55	T-488-14	272, 348
56	T-476-08	280, 283
57	T-790-14	292, 293, 365

Tabla 13*Sentencias de Tutela analizadas en la investigación*

Numeración	Sentencias de Tutela	Número de página
58	T-002-94	121, 129, 144, 146, 148, 149, 155, 160, 162, 166, 167, 168, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 188, 200, 211, 212, 214, 215, 217, 223, 226, 229, 255, 256, 260, 265, 266, 276, 295, 296, 304, 348, 350, 360, 421, 431, 438
59	T-403-92	300
60	T-662-06	306, 348
61	T-609-08	308, 348
62	T-675-11	309, 348
63	T-264-12	309
64	T-284 A-12	310, 348, 364
65	T-355-06	311
66	T-269-02	312, 438
67	T-422-92	320, 333, 348
68	T-322-96	323, 324, 348
69	T-258-13	330
70	T-015-94	129, 223, 226, 296, 297, 333, 334, 348,
71	T-067-98	334, 335, 349
72	T-507-16	341, 432, 447,
73	T-356-06	363
74	T-175-12	397
75	T-158-98	399
76	T-1134-14	404
77	T-034-98	429

Tabla 13*Sentencias de Tutela analizadas en la investigación*

Numeración	Sentencias de Tutela	Número de página
78	T-702-01	429
79	T-426-09	429
80	T-1304-00	421
81	T-366-19	205, 218, 440
82	T-246-17	448
83	T-517-16	448
84	T-366-19	205, 218, 440

Nota. Elaboración propia.

Por último, en la **Tabla 14** se mostrará la ubicación de las Sentencias de Unificación analizadas.

Tabla 14*Sentencias de unificación analizadas en la investigación*

Numeración	Sentencias de unificación	Número de página
1	SU-225-98	162, 167, 172, 183, 213, 217, 297, 300, 348
2	SU-819-99	165, 172, 213, 215, 217
3	SU-062-99	244
4	SU-022-96	321, 324
5	SU-642-98	335, 349

Nota. Elaboración propia.

Referencias

- Agamben, Giorgio. (2014). *¿Qué es un dispositivo? Filosofía e Historia*. Adriana Hidalgo, Editora.
- Alexy, R. (2000). *La institucionalización de los derechos en el Estado constitucional democrático. Derechos y libertades*. (U. C. Madrid, Ed., & M. C. Arango, Trad.) Madrid, España: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas.
- Alexy, Robert. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de estudios constitucionales.
- Alexy, Robert. (2008). *El concepto y la naturaleza del derecho. Filosofía y Derecho*. Marcial Pons. Madrid, España.
- Alexy, Robert. (mayo 1994). *El concepto y la validez del Derecho*. (Primera ed.) Barcelona, España: Gedisa.
- Alexy, Robert / BULYGIN, Eugenio. (febrero 2005). *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*. (Primera reimpresión), Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 18. Paula Gaido. Traducción e Introducción. Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.
- Alexy, Robert. (1998). *Derecho y razón práctica. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Dirigida por Ernesto Garzón Valdés y Rodolfo Vásquez. Editorial Distribuciones Fontamara S.A. Año 1998.
- Alexy, Robert. (septiembre-diciembre 2002). *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Revista española de Derecho Constitucional. Año 22. Núm. 66.
- Alexy, Robert. (2007). *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004. Distribuciones Fontamara. Primera reimpresión 2007.
- Alexy, Robert. (agosto 2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría y Filosofía del Derecho. No 58. Traducción de Carlos Bernal Pulido.

- Ansuátegui Roig, Francisco J. (2007). *De los derechos y el estado de derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 47. (Primera edición) Capítulo primero. Las definiciones del Estado de derecho y los derechos fundamentales.
- Arango, Rodolfo. (2004). *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 33. Capítulo tercero. Incidencia del iusnaturalismo en el derecho constitucional moderno.
- Arango Rivadeneira, Rodolfo. (2012). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Segunda edición complementada. Legis. Información & Soluciones. Segunda edición en español.
- Arango Rivadeneira, Rodolfo. (2004). *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 33.
- Atienza, Manuel. (2003). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ayuso, Miguel. (2001). *El espíritu del derecho inglés*. Gustav Radbruch. Marcial Pons. Madrid.
- Barroso, Luis Roberto. (2014). *La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo*. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 70
- Bastida Freijedo, Francisco J. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*.
- Bastida Freijedo, Francisco J, (2005). *El fundamento de los derechos fundamentales*. Artículo que corresponde al texto entregado como lección inaugural en la celebración de San Raimundo de Peñafort en la Facultad de Derecho de la Universidad De Zaragoza. Revista electrónica del departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja.
- Beade, Gustavo A. – Clerico, Laura. (2011). *Desafíos de la ponderación*. Alexy, Robert. *Deber ideal*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 57

- Berlín, Isaiah. (2003). *Cuatro ensayos sobre la libertad. Filosofía y pensamiento*. Alianza editorial. Versión de Belén Urrutia para <<Las ideas políticas>>, Julio Bayón para Introducción, <<La inevitabilidad histórica>> y <<Dos conceptos de libertad>>, Natalia Rodríguez Salmones para <<John Stuart Mill y los fines de la vida>> Segunda reimpresión.
- Bernal Pulido, Carlos. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Prólogo de José Luis Cascajo Castro. Centro de Estudios Constitucionales. 3º edición. Madrid.
- Bernal Pulido, Carlos. (2006) *El neo constitucionalismo a debate. 77 / Temas de derecho público*. Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.
- Bernal Pulido, Carlos. (2007). *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia. Cuarta reimpresión.
- Bickel, Alexander M. (1978). *The Least Dangerous Branch*, Indianapolis, Bobbs-Merrill Educational Publishing.
- Bloch, Ernst. (1980). *Derecho natural y dignidad humana*. Biblioteca Jurídica Aguilar. Traducción del alemán por Felipe Gonzalez Vicen, Catedrático de la Universidad de La Laguna. Primera edición.
- Bobbio, N. (1991). El tiempo de los derechos. (U. C. Madrid, Ed., & R. D. Roig, Trad.) Madrid, España: Editorial Sistema.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales*. pp. 44-71. *Los métodos de la interpretación constitucional – inventario y crítica* pp.13 y ss.
- Borowski, Martin. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 25.
- Calsamiglia, Albert. (noviembre 1982). *Estudio preliminar. Ciencia y racionalidad en Kelsen*. Bellaterra-Olopte. *A la obra ¿qué es justicia?* Hans Kelsen. Ariel. S.a. Barcelona.
- Calsamiglia, Albert. (1977). *Ensayo sobre Dworkin*. En: *Los derechos en serio*. Ronald Dworkin. Obras maestras del pensamiento contemporáneo. Planeta-Agostini.

- Cardesín, José María (2001). *Enseñando al hombre blanco, abogando por la justicia india. Un contexto antropológico y político para Cheyenne Way*. De Llewellyn y Hoebel. Universidad de La Coruña.
- Carvajalino Guerrero, Jinú. (mayo - agosto de 2013). *Solidaridad de intereses: la transformación del derecho social como dominación en Lorenz Von Stein*. Revista de Estudios Sociales No. 46. Universidad Eafit. ISSN 0123-885x. Bogotá.
- Castignone, Silvana. (febrero 2007). *La máquina del derecho. La escuela del realismo jurídico en Suecia*. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 45. Traducción y presentación Pablo Andrés Moreno Cruz. Primera edición.
- Cepeda Espinoza, Manuel. (2001). *Derecho constitucional jurisprudencial. Las grandes decisiones de la Corte Constitucional*. Legis Editores S.A. Primera edición.
- Chinchilla H. Tulio. (2008). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Editorial Temis S.A. Segunda edición.
- De Vega García, Pedro. (1998). *Mundialización y derecho constitucional; para una palingenesis de la realidad constitucional. 50/temas de derecho público*. Universidad Externado de Colombia.
- Díaz, Elías. (1966). *Estado de derecho y democracia*. Universidad Autónoma De Madrid. p.204
- Diccionario de la Lengua Española. (2017). Edición Tricentenario.
- Doménech Pascual, Gabriel. (2006). *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*. Prólogo de José María Baño León. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.
- Donoso, Pedro. (2001). Introducción. *El Contrato Social*. Jean-Jacques Rousseau. Biblioteca de Filosofía. Mesetas.
- Dworkin, Ronald. (1993). *Los Derechos En Serio*. Obras maestras del pensamiento contemporáneo. Planeta-Agostini. Traducción Marta Gustavino.
- Faralli, Carla. (2007). *La Filosofía del Derecho contemporáneo. Los temas y desafíos*. Santiago Perea Latorre. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición.

- Fassò, Guido. (1988). *Historia de la filosofía del derecho. Siglo XIX y siglo XX*. Ediciones Pirámide. 3ª edición. Vol. I, II y III. Madrid- España. Vol 2. La edad moderna. La distinción entre el derecho y la moral.
- Fingermann, Gregorio. (1974). *Lógica y teoría del conocimiento*. Editorial El ateneo, Buenos Aires. No. 28.
- Finnis, John. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Estudio Preliminar Cristóbal Orrego S. Abeledo-Perrot. Buenos aires. X. 7. *La derivación de la ley "positiva" a partir de la ley "natural"*. pp.308-324
- Foucault, Michel. (1988). *La arqueología del saber*. Siglo Veintiuno Editores. México, España, Argentina Colombia. Décimo tercera edición. Introducción. pp.3-4.
- Foucault, Michel. (1993). *Microfísica del poder*. Edición y traducción de Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría. Tercera edición. Las ediciones de la piqueta.
- Foucault, Michel. (2010). *Nacimiento de la biopolítica*. Curso en el Collège de France (1978-1979) Edición establecida por Michel Senellart, bajo la dirección De Francois Ewald y Alessandro Fontana. Fondo De Cultura Económica. Impreso en Argentina.
- Galán y Gutiérrez, Eustaquio. (1954). *Jus Naturae. Una introducción al estudio del derecho natural al tenor de las fuentes con especial atención al pensamiento iusnaturalista español del siglo XXI desde la actual filosofía de la historia y según la concepción cristiana del mundo y de la vida*. Meseta. Duque de La victoria, 4. Valladolid.
- García Amado, Juan Antonio. (septiembre 2014 –febrero 2015). *Sobre la idea de pretensión de corrección del derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas*. Universidad de León. Eunomía. Revista en Cultura y Legalidad. No. 7, pp. 6-40 ISSN 2253-6655.
- Gavara de Cara, Juan Carlos. (1994). *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*". El libro se origina en la tesis doctoral del autor dirigido por el profesor francés de carreras en la Universidad Autónoma De Barcelona. Publicado por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.
- Häberle, Peter. (2001). *El estado constitucional*. Estudio introductivo, Diego Valadés. Traducción e índices Héctor Fix-Fierro. Universidad Nacional Autónoma de México.

- Habermas, Jürgen. (2010). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Editorial Trotta. Sexta edición.
- Hart Ely, Jhon. (2001). *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes.
- Hart. H.L.A. (1963). *El concepto de derecho*. Profesor de filosofía del derecho en la Universidad de Oxford. Segunda edición (reimpresión). Traducción de Genaro R. Carrio. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.
- Hesse. Konrad. (1983). *Escritos de derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid.
- Hobbes, Tomás. (2014). *Leviatán. O la materia, forma poder de una república eclesiástica y civil*. Fondo de Cultura Económica. Política y cultura. Traducción y prefacio Manuel Sánchez Sarto. Vigésima reimpresión. México. Entre otros, Capítulo XVIII. De los derechos de los soberanos por institución. pp.142-150.
- Hohfeld, W. N. (1977). *Conceptos jurídicos fundamentales*. Distribuciones Fontamara, S. A. México. Capítulo IV. Las relaciones jurídicas fundamentales contrastadas entre sí-Opuestos y correlativos jurídicos. pp.45-87.
- Holmes jr, Oliver Wendell. (2012). *La senda del derecho*. Traducción y estudio Preliminar José Ignacio Cayón. Marcial pons. Madrid. Capítulo II. La revuelta contra el formalismo. La influencia del pragmatismo. pp.19 y ss.
- Holmes jr, Oliver Wendell. (1881). *The common law*. Lecture i. — Early Forms of Liability.
- Kelsen, Hans. (1991). *¿Qué es justicia?* Edición española a cargo de Albert Emiglia. Editorial Ariel. S.A. Barcelona.
- Kelsen, Hans. (1988). *Teoría general del derecho y del estado*. Universidad Nacional Autónoma de México. Cuarta reimpresión. p.3.
- Kelsen, Hans. (marzo 1985). *Teoría pura del derecho*. Temas. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Vigésimo primera edición. p.34.

- Kelsen, Hans. (1988). *Teoría general del derecho y el Estado*. Textos universitarios. Universidad Nacional Autónoma de México. Cuarta impresión.
- Leiter, Brian. (2015). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. Capítulo 7. Realismo Jurídico Estadounidense*: Capítulo completo en:
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/10.pdf> Libro completo en:
<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>
- López Cadena, Carlos Alberto. (2015). *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional colombiana. Concepto, justificación y límites. La noción de sistema constitucional*. Universidad Externado de Colombia.
- López Medina, Diego Eduardo. (2014). *El derecho de los jueces*. Capítulos 4, 5. Legis. Décimo tercera reimpresión.
- Magaldi, Nuria. (2007). *Procura existencial, Estado de derecho y Estado social*. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 48.
- Marchart, Oliver. (2009). *El pensamiento político posfundacional. La diferencia política en Nancy, Lefort, Badiou y Laclau*. Fondo de Cultura Económica. Primera edición en español.
- Martínez Zorrilla, David. (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Marcial Pons. Prólogo de José Juan Moreso. *Los dilemas morales*.
- Mejía Quintana, Oscar. (1998). *Derecho, legitimidad, y democracia deliberativa*. Temis.
- Mejía Quintana, Oscar. (2011). *Democracia constitucional autoritaria: modalidades de democracia plena y autoritarismo social*. Ponencia. *Análisis crítico a su obra jurídica política y filosófica*. Oscar Mauricio Donato R. Pablo Elías González Monguú (Compiladores) Facultad de Filosofía. Oficina de Relaciones Interinstitucionales (ORI). *Kelsen y la norma fundamental*. Bogotá.
- Mejía Quintana, Oscar. (2004). *Elites, eticidades y constitución cultura política y poder constituyente en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Departamento de Ciencia Política.

- Mejía Quintana, Oscar. (2013). *Legitimidad, validez y eficacia. Prolegómenos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho*. Temis.
- Michelini, Dorando J. (junio 2010). *Dignidad humana en Kant y Habermas. Estudios de filosofía práctica e historia de las ideas*. Versión on-line ISSSN 1851-9490. Estud. Filos. Práct. Hist. Ideas vol. 12 no. 1 Mendoza.
- Motta, Cristina. (febrero 1995). *Ética y conflicto. Lecturas para una transición democrática*. TM Editores. Ediciones Uniandes.
- Naranjo Mesa, Vladimiro. (2003). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Novena edición. Temis. Bogotá – Colombia.
- Nino, Carlos Santiago. (1998). *The constitution of deliberative democracy*. Yale University Press. New Haven & London.
- Nussbaum, Martha C. (junio 2012). *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*. Barcelona: Paidós. Buenos Aires México. 2º impresión.
- Orrego S., Cristóbal. (2000). *Estudio preliminar de la obra: ley natural y derechos naturales*. John Finnis. Abeledo-Perrot. Buenos aires.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio. (1991). Prólogo. *Al tiempo de los derechos de Norberto Bobbio*. Traducción de Rafael de Asís Roig. Editorial Sistema. Madrid.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio. Fernández García, Eusebio. (1998). *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo I: Tránsito a la modernidad siglos XVI y XVII. Editorial Dykinson. S.l. Madrid.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio. (2006). *La constitución y los derechos*. Ponencia. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 39.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio. (1994). *Introducción a la filosofía del derecho*. Debate. Quinta reimpresión. Madrid.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio. (1999). *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. Madrid.

Página web. *Población-estadísticas- Colombia*. Portal Colombia.com

<http://www.colombia.com/colombia-info/estadísticas/población/>.

Pérez Luño, Antonio. (1991). *Temas clave de la Constitución española. Los derechos fundamentales*. Tecnos. Cuarta edición. Colección dirigida por Pedro De Vega.

Racinaro, Roberto. (1978). *Introducción a la obra*. Kelsen, Hans. *Socialismo y Estado*. Biblioteca del pensamiento socialista. Siglo veintiuno editores. Primera edición en español.

Radbruch, Gustavo. (2009). *Relativismo y derecho*. Monografías jurídicas. Editorial Temis S.A. Bogotá – Colombia: Arbitrariedad legal y derecho supralegal.

Rawls, John. (2012). *Teoría de la justicia*. Traducción de María Dolores González. Fondo de Cultura Económica. Novena reimpresión.

Raz, Joseph. (2011). *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*. Traducción, prólogo y notas de Rolando Tamayo y Salmorán. Ediciones Coyoacán.

Raz, Joseph. (2011). *La autoridad del derecho*. Ensayos sobre derecho y moral. Traducción Rolando Tamayo Salmorán. Ediciones Coyoacán. Prefacio a la edición española. Capítulo VI. *La identidad de los órdenes jurídicos*.

Ross, Alf. (1969). *El concepto de validez y otros ensayos*. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. Colección dirigida por: Ernesto Valdés (u. De Maguncia, Alemania) y Rodolfo Vázquez (Itam, México).

Rousseau, Jean-Jacques (2001). *El contrato social*. Biblioteca de filosofía. Mestas-ediciones. Madrid, España.

Sánchez Sarto, Manuel. (2014). Prefacio a la obra *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica civil*. Thomas Hobbes. Fondo de Cultura Económica. Vigésima reimpresión. México. Págs. VII – XXVII.

Sanchis, Luis Prieto. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Editorial Debate. Primera edición.

Shapiro, Scott J. (2014). *Legalidad*. Marcial Pons. Colección filosofía y derecho. Traducción de Diego M. Papayannis y Lorena Ramírez Ludeña.

- Sieckmann, Jan (2011). *Concepciones de la ponderación: optimización y la “fórmula del peso”* de Robert Alexy. *Los elementos de la teoría de la ponderación*. Editores: Gustavo A. Beade – Laura Clérico. *Desafíos de la ponderación*. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 57
- Stone Sweet, Alec (2013). *Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global*. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 64
- Tamanaha, Brian Z. (diciembre 2001). *En torno al estado de derecho. Historia, política y teoría*. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría y Filosofía del Derecho. No. 60.
- Tomasius, Christian. (1994). *Fundamentos del derecho natural y de gentes*. Estudio preliminar de Juan José Gil Cremades. Traducción y notas de Salvador Rus Rufino y Ma. Asunción Sánchez Manzano. Tecnos. Madrid.
- Valadés, Diego. (enero - abril 2002). *La no aplicación de las normas y el Estado de derecho*. Boletín mexicano de derecho comparado, Vol. XXXV, núm. 103, pp. 589-620. Universidad Nacional Autónoma de México. Distrito federal, México. Consultado en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710308> el 29 de febrero de 2016.
- Vargas García, Jaime. (2011). *El precedente constitucional y el principio de supremacía de la Constitución de Colombia*. Tesis. Maestría en Derecho Público. Universidad Externado de Colombia.
- Villar Borda, Luis. *Introducción*. Radbruch, Gustavo. *Relativismo y derecho*. (2009). Editorial Remis. S. A.
- Welzel, Hans. (1977). *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*. Biblioteca Jurídica Aguilar. Traducción del alemán por Felipe Gonzalez Vicen. (Segunda reimpresión). Madrid.
- Zagrebelsky, Gustavo. (2008). *El derecho dúctil. Ley derechos, justicia. Del Estado de derecho al Estado constitucional*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Zagrebelsky, Gustavo. (2011). *Historia y Constitución*. Traducción y prólogo de Miguel Carbonell. Editorial Trotta.

Notas

ⁱ Shapiro (2014). Al respecto puede leerse: 1.4 *Derecho, el derecho y <<derecho>>*; igualmente 2. *La naturaleza de un objeto*. Págs. 32-36.

ⁱⁱ Cfr. Página oficial Corte Constitucional de Colombia.

ⁱⁱⁱ Zagrebelsky, Gustavo. (2015) *Historia y Constitución*. Traducción y prólogo de Miguel Carbonell. Editorial Trotta. Segunda edición. Allí se puede leer acerca del concepto "política constitucional".

^{iv} Este autor señala que, durante la época anterior a la sofística, la especulación griega tuvo como tema el problema cosmológico, no el problema social, que es, en definitiva, el fermento del derecho natural. (Galán y Gutiérrez, 1954, p.13).

^v Como es sabido, el genocidio nazi compele a Kelsen, víctima del régimen nacionalsocialista, a replantear su teoría del Derecho. En 1960 aparece la segunda versión de la Teoría Pura del Derecho donde es evidente un giro substancial: a diferencia de la del 34, el juez aquí aparece como creador de derecho, no solo de normas generales sino particulares, de una parte y, de otra, se modera la vertical afirmación de la inexistencia de algunas antinomias al interior de un sistema jurídico. La razón del giro no puede explicarse sino por la apuesta de Kelsen a que la discrecionalidad del juez evite, en casos de injusticia extrema como la que se había presentado durante el genocidio nazi, volver a revivir tales crímenes dotando al sistema jurídico de una instancia de corrección –al menos en la figura del juez– que pudiera evitarlo. (10.) Pero el giro de Kelsen, al no ir acompañado de un cambio en su doctrina de la norma fundamental que se mantiene anclada a la de ser una condición lógico- epistemológica de validez del sistema jurídico, lanza la teoría del derecho Kelseniana en brazos, de una parte del realismo, ya que el juez es ahora concebido como creador de derecho, pero también, indirectamente, del iusnaturalismo en cuanto que el juez tendrá que acudir a su propio espectro de valores para evitar que el sistema jurídico llegue a extremos de máxima injusticia (11.) Tal vez sea en buena parte por todas estas inconsistencias de su teoría de la norma fundamental que, en 1962, dos años después de la publicación de la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho, Kelsen, en conferencia pronunciada en Salzburgo, decida abjurar de su doctrina y reconocer que no puede sostener más su teoría en el convencimiento de que una norma como la fundamental tiene que ser una norma con contenido material, no simplemente lógico-formal. Mejía Q. (2011, pp.38-39). *Democracia Constitucional Autoritaria: modalidades de democracia plena y autoritarismo social*. Ponencia Universidad Libre Bogotá, Seminario Carl Schmitt. Análisis crítico a su obra jurídica política y filosófica. Oscar Mauricio Donato R. Pablo Elías González Monguí (Compiladores) Facultad de Filosofía Oficina de Relaciones Interinstitucionales (ORI). 2011. 1. *Kelsen y la norma fundamental*. Bogotá, 2011, pp. 38-39.

^{vi} (Raz J., 2011, p.107) Acerca de la expresión "disposiciones jurídicas" véase pie de página a. "Usamos "disposición jurídica" para traducir a *law*, cfr. Nota letra c del prefacio a la edición inglesa. N.T."

^{vii} Sobre el realismo norteamericano se puede leer: Leiter, Brian. Capítulo 7. Realismo Jurídico Estadounidense: Capítulo completo en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/10.pdf>
Libro completo en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno>

^{viii} (Cardesín, 2001, p.31) "primeros americanos", en los Cheyennes, un grupo con una población de unos tres mil habitantes, que, aunque no tenían una casta de juristas si contaban, entre los indios de las praderas, una reputación de tener modos de resolución de litigios elaborados.