



De la serie Espacios Interiores 2000
Clemencia Uribe Restrepo, profesora
de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad de Antioquia

***EL CONCEPTO DE DERECHOS
FUNDAMENTALES Y EL PAPEL
DEL JUEZ EN EL ESTADO SOCIAL
DE DERECHO COLOMBIANO***

RESUMEN

El concepto de derecho fundamental está íntimamente ligado con la forma de Estado en el cual se consagran. Es así como hoy se habla de una doble dimensión de los derechos fundamentales en la medida en que estos, además de ser derechos subjetivos frente al Estado, son también un sistema de valores que se irradia sobre el conjunto del ordenamiento jurídico.

Es, entonces, el propio concepto de derecho fundamental, así como sus características, lo que ha determinado que la actividad de los jueces implique necesariamente un estudio y valoración de los mismos, contribuyendo con esto a la armonización de la ley, los derechos y la justicia.

Palabras clave: derechos fundamentales, dimensión subjetiva y objetiva, universalidad, eficacia, actividad judicial.

THE CONCEPT OF FUNDAMENTAL RIGHT AND THE ROLE OF THE JUDGE IN THE COLOMBIAN SOCIAL STATE OF LAW

ABSTRACT

The concept of Fundamental Right is strongly attached to the form of state in which it is conceived, this is how nowadays there's some talk about a double dimension of fundamental rights insofar as besides being subjective rights before the state, they're also a system of values which irradiates over the (*Ordenamiento Jurídico*)

Therefore the concept of fundamental right itself, as well as its features, it's what has determined that judge's activities involves necessarily an study and valuation of them, contributing with this the harmonization of law, rights and justice.

Key words: fundamental rights, objective and subjective dimension, universality, efficacy, judicial activity.

EL CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PAPEL DEL JUEZ EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COLOMBIANO

INTRODUCCIÓN

Para realizar este ensayo acerca del significado actual de los derechos fundamentales y del papel del juez frente a los mismos, fue necesario consultar varios libros cuyos autores han tratado de construir o atribuir un significado a los derechos fundamentales, así como diferentes jurisprudencias de la Corte Constitucional Colombiana, teniendo en cuenta que el concepto de derechos fundamentales tiene varias connotaciones desde las perspectivas histórica, socio-jurídica y económica.

En este orden de ideas expondré, en una primera parte, la doble función de los derechos fundamentales y la conceptualización de los mismos. A continuación se analizarán algunas características de éstos y, para terminar, se observará cuál ha sido la construcción realizada por la Corte Constitucional colombiana en torno a este tema y a la labor del juez en condiciones armónicas con la teoría antes mencionada.

Antes de definir qué son los derechos fundamentales es preciso aclarar que existe una relación directa y de doble vía entre el tipo de Estado de derecho y el contenido atribuido a esos derechos, ya que, como bien dice el profesor Pérez Luño, el tipo de Estado de derecho (liberal o social) proclamado en los textos constitucionales depende del alcance y del significado que en ellos se asigne a los derechos fundamentales, los cuales a su vez, ven condicionado su contenido por el tipo de Estado de Derecho en que se formulan.

De igual modo, la Constitución económica representa el soporte material de la actuación de los derechos fundamentales, pero esa Constitución económica se halla integrada, en gran medida, por aquellos derechos fundamentales que delimitan el régimen de la propiedad, la libertad de empresa, el sistema tributario o el marco de las relaciones laborales y la seguridad social.

Por ello, cuanto más intensa se revela la operatividad del Estado de derecho, mayor es el nivel de tutela de los derechos fundamentales. De igual modo que en la medida en que se produce una vivencia de los derechos fundamentales se refuerza la implantación del Estado de derecho.¹

1 PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*. España: Editorial Tecnos, 1995. pp. 19-26.

I. DOBLE FUNCIONALIDAD Y CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El concepto de derecho fundamental exige una determinación hermenéutica y una construcción dogmática que no ha sido fácil de elaborar a lo largo de la historia; por esto nuestra actividad se debe centrar en el estudio de una teoría de derechos fundamentales conforme a los postulados del estado social de derecho, que en occidente se ha desarrollado en diferentes fases después de la II Guerra Mundial, bajo la denominación del constitucionalismo de la posguerra, cuyos ejemplos son constituciones como la alemana de 1948, la italiana de 1946, la portuguesa de 1975, y la española de 1978, entre otras.

En esta forma de Estado los derechos fundamentales se consolidan como uno de sus pilares, y se constituyen en la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de que el sistema jurídico y político en su conjunto, se orientará hacia el respeto y promoción de la persona humana, tanto en su dimensión individual como social y colectiva; protegiendo de esta forma los valores objetivos básicos y las situaciones jurídicas subjetivas.

Dos notas esenciales del concepto de derecho fundamental lo demuestran. En primer lugar, su dimensión axiológica objetiva, esto es, la representación del resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales que han estipulado unas metas comunes mediante relaciones de tensión y cooperación, en donde los derechos fundamentales adquieren un papel legitimador de las formas constitucionales del estado de derecho, pues reflejan el consenso sobre el cual se debe construir la sociedad democrática. Es así, como los derechos fundamentales se convierten en límites al ejercicio del poder político (garantías negativas de los intereses individuales) y en el eje conductor e inspirador de la actuación de los poderes públicos en cuanto conforman un conjunto de valores y de fines perseguidos por la sociedad en general.

En segundo lugar, su dimensión subjetiva determina que los derechos fundamentales han consagrado el "estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el estado que en sus relaciones entre sí. Tales derechos tienden por tanto, a tutelar la libertad, la autonomía y seguridad de la persona no sólo frente al poder, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social".² De esta forma queda ampliada la eficacia de los derechos fundamentales a la esfera privada o en relación a terceros, en virtud de que los derechos fundamentales constituyen hoy la base de la moderna igualdad, que es precisamente una igualdad en

2 PÉREZ LUÑO, Antonio. *Ob. cit.*, p. 22.

derechos, que le impone tanto a los poderes públicos como a los particulares una actuación basada en el respeto y promoción de los derechos fundamentales.

Hasta ahora hemos realizado una conceptualización de los derechos fundamentales en donde se puede destacar que evidentemente la transformación del Estado de derecho de tipo liberal en uno de tipo social, ha implicado una ampliación del ámbito de eficacia de los derechos fundamentales, pero también se ha reflejado en una ampliación de su contenido.

Haciendo un recorrido histórico, observamos cómo la formulación clásica de George Jellinek sobre las sucesivas etapas de afirmación de los derechos públicos subjetivos se desglosaba en cuatro estados (*status subiectionis*, *libertatis*, *civitatis* y *activae civitatis*) que posteriormente se complementaron con el *status positivus socialis* que comprende el reconocimiento de los denominados "derechos económicos, sociales y culturales", el cual no tiende a absorber o anular la libertad individual, "sino a garantizar el pleno desarrollo de la subjetividad humana, que exige conjugar a un mismo tiempo, sus dimensiones personal y colectiva. Por ello, estos derechos se integran cabalmente en la categoría omnicompreensiva de los derechos fundamentales, a cuya conformación han contribuido decisivamente".³

En igual sentido, Luigi Ferrajoli aporta a la doctrina una definición formal o estructural de los derechos fundamentales, en donde los identifica con todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por estatus la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de las situaciones jurídicas y autor de los actos que son ejercicio de éstas.⁴

En conclusión, podemos ver cómo se ha avanzado de la concepción liberal de derecho fundamental a una de "doble dimensión de los derechos fundamentales: según la cual éstos, además de ser derechos subjetivos frente al Estado, son un sistema de valores que irradia sobre el conjunto del ordenamiento jurídico. Se pretende armonizar de este modo su naturaleza jurídica —derechos subjetivos— con su dimensión filosófica —valores absolutos o universales".⁵

3 PÉREZ LUÑO, Antonio. *Ob. Cit.*, p. 25.

4 FERRAJOLI Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. España: Editorial Trotta, 2001, p. 19.

5 ESTRADA ALEXEI Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000 p. 28.

II. CARACTERÍSTICAS

Después de haber realizado una descripción de la doble función y la conceptualización de los derechos fundamentales y en aras de la brevedad que debe tener este ensayo, sólo haré énfasis en dos de las características: universalidad y eficacia, ya que son algunas de las más controvertidas; dejaré de lado otras como la indisponibilidad, inalienabilidad, carácter personalísimo, intransigibilidad, entre otros, en la medida en que frente a estas características existe unanimidad en la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como internacional.

Universalidad

No obstante encontrar en la mayoría de la doctrina esta caracterización, en la realidad observamos que el concepto de derechos fundamentales en cuanto al rasgo de la universalidad se ha visto fuertemente limitado en su contenido por factores como la ciudadanía y la capacidad de obrar que cada ser humano posee dentro del estado al cual pertenece, ya que estos dos factores han venido consolidándose como las únicas diferencias de estatus que aún delimitan la igualdad de las personas;⁶ razón por la cual el profesor Ferrajoli afirma que lo que ha cambiado con

el progreso del derecho, aparte de las garantías ofrecidas por las codificaciones y las constituciones, no son los criterios —personalidad, capacidad de obrar y ciudadanía— conforme a los cuales se atribuyen los derechos fundamentales, sino únicamente su significado, primero restringido y fuertemente discriminatorio, después cada vez más extendido y tendencialmente universal.⁷

Gracias a esta característica de la universalidad los derechos fundamentales han sido confundidos con los derechos humanos, y en ocasiones son utilizados incluso como sinónimos. En el esfuerzo dogmático por la delimitación del concepto de

derechos fundamentales se reserva a este los derechos positivizados a nivel interno, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que gozan de una tutela reforzada, son derechos delimitados espacial y tem-

6 Es así, como la ciudadanía y la capacidad de obrar se constituyen hoy en las diferencias de estatus que aún delimitan la igualdad de las personas humanas, generando dos clasificaciones de los derechos fundamentales, la primera de ellas es la que se da entre los derechos de la personalidad y los derechos de la ciudadanía, y la segunda, es la que se da entre los derechos primarios (o sustanciales) y derechos secundarios (instrumentales o de autonomía, ligados a la capacidad de obrar). FERRAJOLI, Luigi. *Ob. Cit.*, p. 22.

7 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. España: Editorial Trotta, 1996, p. 41.

poralmente, cuya denominación responde a su carácter básico o fundador del sistema jurídico político del estado de derecho; en tanto que la fórmula derechos humanos sería la atribuida para denominar los derechos naturales positivizados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de las personas que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo.⁸

Dejando el concepto de universalidad delimitado, en cuanto a su relación con el de derechos fundamentales, entraré a analizar el significado de la **eficacia de los derechos fundamentales** y su papel en la calificación de un derecho como fundamental.

Algunos teóricos, entre ellos Hans Kelsen, afirman que más allá de su proclamación, aun cuando sea de rango constitucional, un derecho no garantizado no sería un verdadero derecho. Es aquí en donde entra el concepto de eficacia a convertirse en un parámetro de calificación; sin embargo, es necesario recordar que “las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”,⁹ razón por la cual la existencia del derecho o su calificación no debe estar determinada por las garantías que éste posea.

Algunos tribunales constitucionales se han pronunciado al respecto y vienen manejando la idea de aplicabilidad y justiciabilidad inmediatas como rasgos distintivos de los derechos fundamentales respecto de otro tipo de enunciados de la Constitución; no obstante, lo propio de los derechos fundamentales no es su aplicabilidad inmediata e independiente, por así decir, ya que un derecho fundamental es ante todo un derecho creado o reconocido por la Constitución.¹⁰

No obstante todo lo anterior, la aplicabilidad directa sí le da un perfil propio al derecho fundamental, en cuanto supone ante todo que el derecho, preexistente a la ley, no podrá ser desfigurado por ésta sin incurrir en inconstitucionalidad, desfiguración a la que la Constitución española llama quiebra o conculcación de un contenido esencial, lo cual evidencia que el derecho es anterior al momento de la intervención legislativa.¹¹

8 PÉREZ LUÑO, Antonio. *Ob. Cit.*, p. 45-51.

9 FERRAJOLI, Luigi. *Ob. Cit.*, p. 60.

10 Al respecto dice la Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-240/93. “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”.

11 JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales. Conceptos y garantías*. España: Editorial Trotta, 1999, p. 25.

En conclusión, tenemos, pues, que la eficacia y aplicabilidad directa son rasgos característicos de los derechos fundamentales, pero bajo ninguna circunstancia son condiciones para la existencia o calificación de un derecho como fundamental.

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL JUEZ CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

Todo lo anteriormente planteado en este escrito, basado en las diferentes descripciones teóricas expuestas y comentadas, ha tenido un desarrollo y una aplicación específica por parte de la Corte Constitucional colombiana, quien ha hecho una construcción de derechos fundamentales similar a la de los demás Estados del mundo en cuanto al contenido de los mismos, ligándolo a las connotaciones propias del estado social de derecho teniendo como referente los parámetros económicos, sociales, culturales y políticos existentes al momento de tomar la decisión que involucra un derecho fundamental.¹² Teniendo siempre como directriz, que son derechos caracterizados como inherentes al ser humano, a su esencia, a su naturaleza e inalienables a él mismo, y sin los cuales éste no podría subsistir como tal.¹³ Adoptando de esta forma, una concepción naturalista de los derechos fundamentales. Así mismo, ha determinado que estos deben tener: "1) Conexión directa con los principios constitucionales; 2) Eficacia directa y 3) Contenido esencial".¹⁴

No obstante esta corte seguir esos lineamientos generales, es de resaltar que en ejercicio de su papel de garante del texto constitucional y por ende de los derechos fundamentales ha creado unos mecanismos específicos como la conexidad¹⁵ y el estado de cosas inconstitucional que posibilitan la eficacia y garantía de los

12 La cláusula del Estado social de derecho tiene el poder jurídico de movilizar a los órganos públicos en el sentido de concretar, en cada momento histórico, un modo de vida público y comunitario que ofrezca a las personas las condiciones materiales adecuadas para gozar de una igual libertad. No puede pretenderse, que de la cláusula del Estado social surjan directamente derechos a prestaciones concretas a cargo del Estado, lo mismo que las obligaciones correlativas a éstos. La individualización de los derechos sociales, económicos y culturales, no puede hacerse al margen de la ley y de las posibilidades financieras del Estado. El legislador está sujeto a la obligación de ejecutar el mandato social de la Constitución, para lo cual debe crear instituciones, procedimientos y destinar prioritariamente a su concreción material los recursos del erario. Sentencia SU 111/97, Corte Constitucional Colombiana.

13 Sentencia T-462/92, Corte Constitucional colombiana.

14 Sentencia T-406/92, Corte Constitucional colombiana.

15 "La Corte, con arreglo a la Constitución, ha restringido el alcance procesal de la acción de tutela a la protección de los derechos fundamentales. Excepcionalmente ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales, tienen *conexidad* con pretensiones amparables a través de la acción de tutela. Ello se presenta cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas

derechos fundamentales. Dejando muy en claro que el carácter de fundamental no coincide con el de aplicación inmediata y que ante esta dificultad, le corresponde a la jurisprudencia, y en especial a la Corte Constitucional, la definición de la naturaleza y alcance de los derechos fundamentales que no son de aplicación inmediata.

Por otra parte, la Corte también se ha preocupado por resaltar el papel y el cambio de la labor del juez, afirmando que una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales, es la coherencia y la sabiduría de la interpretación, ya que esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio en relación con la Constitución anterior, el cual puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela".¹⁶

Es así como nos encontramos con un nuevo modelo de juez, que es consciente del pluralismo de métodos de interpretación y de la necesidad de realizar la comparación de los principios jurídicos con la ley, para determinar si ésta cumple con los postulados constitucionales o no y, por ende, con los requisitos de legalidad tanto en sentido formal como material; de igual forma se hace indispensable recurrir a los "análisis económicos del derecho, que introducen entre los datos a tomar en consideración en la aplicación de las normas jurídicas el cálculo de la relación entre costes y beneficios y las consecuencias redistributivas del producto social".¹⁷

De igual forma se afirma, "la determinación de los contenidos iusfundamentales, aplicables al caso concreto, corresponde en buena medida al poder judicial, y de esta manera se ponen en tela de juicio algunos de los puntales del estado liberal, como la seguridad jurídica o la sujeción del juez a la ley"¹⁸. Sin embargo, un

pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales". Sentencia SU 111/97, Corte Constitucional Colombiana.

16 Sentencia T-406/92 Corte Constitucional Colombiana.

17 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. España: Editorial Trotta, 1999. p. 135.

18 ESTRADA ALEXEI, Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. p. 74.

estado social de derecho como el colombiano en donde se ha llegado incluso a conformar la teoría del constitucionalismo de la pobreza le exige al juez un papel dinamizador y creador de cultura jurídica en torno a los derechos fundamentales en donde debe primar la eficacia material frente a la formal, basados siempre en los postulados, principios y fines consagrados en nuestra constitución, pues ante todo “los jueces son los garantes de la complejidad estructural del derecho en el estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia”.¹⁹

Para terminar me remito a las palabras del profesor Ferrajoli:

El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos. El fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de la igualdad como igualdad en derechos: puesto que los derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censurar, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquellos se ejercen.

19 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Ob. Cit.*, p.153.