

LA NUEVA CONSTITUCION COLOMBIANA Y LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO CIVIL¹

Hernán Valencia Restrepo

SUMARIO

1. La teoría general del derecho civil es la teoría general del derecho
2. Qué es una teoría general del derecho
3. La teoría general del derecho en la nueva Constitución colombiana
 - 3.1. Ensanchamiento descomunal —casi infinito o inconmensurable— de la teoría general del derecho
 - 3.1.1. La nueva orientación filosófico-ideológica de la Constitución de 1991 (el humanismo comunitario)

¹ Ponencia presentada a las Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Civil: "La nueva Constitución colombiana y el derecho civil". Medellín. Abril de 1992.

3.1.1.1. Las cuatro nuevas suborientaciones filosófico-ideológicas de la Constitución de 1991

3.1.1.1.1. Un humanismo fundamental

3.1.1.1.2. Un humanismo humanitarista

3.1.1.1.3. Un humanismo democrático

3.1.1.1.4. Un humanismo ecológico

3.1.2. Ampliación de campos específicos del derecho civil

4. Recapitulación y conclusiones

1. LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO CIVIL ES LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO²

1. APUNTE HISTORICO

En la antigüedad (siglo VIII antes de Cristo al siglo V después de Cristo), la expresión *derecho civil* designaba todas las instituciones jurídicas: las iuspublicistas y las iusprivatistas. El derecho civil comprendía, pues, todo el derecho.

En el Medioevo (siglo VI al XV), perdió su calidad de público y, permaneciendo sólo privado, de él comenzaron a desprenderse los derechos privados especiales.

Tal proceso de desgajamiento se ha proseguido en las edades moderna (siglo XVI al XIX) y contemporánea (siglo XX), en que el civil ha llegado a ser y seguirá siendo un derecho común y general.

2. EL CIVIL, UN DERECHO COMUN Y GENERAL

En la época contemporánea, el civil ha quedado con los caracteres esenciales de un derecho común y general.

2 Hemos entresacado las ideas sobre la teoría general del derecho civil de Valencia Restrepo, Hernán. "El Código Civil y la teoría general del derecho". En *Tendencias modernas del derecho civil*. Temis. Bogotá, 1989. pp. 35-62.

Es común, porque tiene una función supletoria o integrativa: en la medida en que no haya normas del derecho público o de los derechos privados especiales, se entiende que, volviendo a lo común, son de aplicación perentoria las disposiciones del derecho civil.

Es general, por cuanto rige, ora para todo el ordenamiento (contiene la teoría general o doctrinas generales del derecho), ora para todas las personas (regula los institutos más generales de las mismas), ora en particular para todos los derechos privados especiales, de los que el civil es el privado general.

El derecho público y las ramas especiales del derecho privado, en cambio, carecen de esos dos caracteres (supletoriedad y generalidad).

Tanto por su existencia como por su elaboración varias veces milenarias, mas sobre todo por los caracteres acabados de resaltar, el derecho civil se ha convertido en el receptáculo natural o depositario nato de toda la teoría general del derecho.

En efecto, no son pocas las ocasiones en que el derecho público y los privados especiales se nutren y se visten de gala con los principios, conceptos y tecnicismos del derecho civil. Traigamos a cuento no más el régimen de las obligaciones, el cual atraviesa de parte a parte todo el orden jurídico, régimen que ha sido tomado íntegramente del derecho civil.

Por ello, el civil ha devenido el alma de todo el ordenamiento y de la entera ciencia jurídica. De consiguiente, la teoría general del derecho civil es la teoría general del derecho.

2. QUE ES UNA TEORIA GENERAL DEL DERECHO

3. LOS TRES ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA RELACION JURIDICA

Rasgo esencial del derecho es la bilateralidad o alteridad. Por ella, el fenómeno jurídico se presenta siempre como un estar un sujeto frente a otro, de los cuales uno es el pretensor y el otro el obligado. *Ius est ad alterum*. Ese estar una persona enfrente de otra configura una relación, que es el sustrato del derecho. Este, en efecto, regula la conducta humana en interferencia intersubjetiva.

La relación jurídica es cualquier interferencia intersubjetiva social o fáctica que produce consecuencias en el derecho, las cuales consisten en creación, modificación o extinción de facultades y obligaciones.

Ahora bien, en cualquier relación jurídica se dan tres elementos estructurales: sujetos, objeto y derecho.

Hay dos personas, que son los sujetos de la relación: uno, el activo, el titular del derecho o derechohabiente, quien puede ejercer la facultad correspondiente; otro, el pasivo, el titular de la obligación, sobre quien pesa el deber de respetar la facultad susodicha o contra quien ésta es ejercida.

Hay una cosa, que es el objeto de la relación: la entidad corporal o incorporal en que recae el derecho subjetivo.

Hay, en fin, un derecho, en su sentido objetivo y en el subjetivo, puesto que existe un conjunto de normas preceptivas de cuáles son las facultades o derechos subjetivos y cuáles son los deberes u obligaciones de las personas.

El tercer elemento es el que regula la interacción de los otros dos: pone en comunicación a los sujetos entre sí y a ellos con el objeto, imperándoles las conductas que aquéllos deben adoptar, sea entre sí, sea con respecto al objeto mismo.

Entonces, el derecho —en sus dos sentidos fundamentales (objetivo y subjetivo)— constituye el elemento formal que insufla vida jurídica a los dos elementos materiales, de suerte que sin él no habría sino seres humanos u organismos sociales y cosas, mas no sujetos de derecho ni objetos jurídicos.

Cual mitológico rey Midas que, aquejado de crisopatía, convertía en oro todo lo que palpaba, así el derecho adolece de nomopatía: hace jurídico todo lo que toca. Torna jurídica la relación social o fáctica.

4. *NORMACION DE LA RELACION JURIDICA Y DE SUS TRES ELEMENTOS ESTRUCTURALES*

La normación de la relación jurídica por parte del derecho objetivo da origen a la teoría general del derecho. Debido a que la relación jurídica consta de tres elementos estructurales, la normación de cada uno de ellos hace nacer las tres grandes teorías generales que subyacen en todo el ordenamiento y en toda la ciencia jurídica, a saber: la de los sujetos, la de los objetos y la de los derechos subjetivos.

La teoría general de los sujetos de derecho comprende dos temas: el de las personas naturales o individuales y el de las personas jurídicas o colectivas.

La teoría general de los objetos del derecho abarca sendos temas: el de las cosas singulares y el de las cosas universales.

La teoría general de los derechos subjetivos y de las obligaciones incluye dos temas: el de la ley y el del negocio jurídico. Esta tercera grande teoría general, que es la netamente formal, marca la tónica a las otras dos, las cuales, por ello, devienen meros satélites de aquélla, el astro-rey.

3. *LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO CIVIL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA*

5. *CONSECUENCIA MÁS PROTUBERANTE DE LA CONSTITUCION DE 1991*

Todas las consecuencias de la Constitución de 1991 pueden epitomarse muy apretadamente en una: ensanchamiento descomunal —casi infinito o inconmensurable— de la teoría general del derecho y de la teoría general del derecho civil en particular.

Tal ensanchamiento se ha manifestado, obviamente, en las tres grandes teorías generales del derecho civil: la de los sujetos, la de los objetos y la de los derechos subjetivos y obligaciones.

Como esta última es la más importante de las tres, según ha quedado esclarificado arriba, empezaremos por ella y la examinaremos a espacio para pasar luego muy someramente a las otras dos.

Es así como se dividirá nuestro análisis en dos partes:

La primera versa sobre la nueva orientación filosófico-ideológica del sistema de los derechos subjetivos y las obligaciones, lo que equivale a una nueva orientación filosófico-ideológica de toda la Constitución de 1991 y, por ende, de toda la teoría general del derecho. Orientación tal radica en un humanismo comunitario.

La segunda parte se ocupa de la ampliación de campos específicos del derecho civil y comprende, como se ha anticipado, las otras dos teorías generales: la de los sujetos y la de los objetos. En ella se hará no más una escueta enumeración de aquellos campos.

Considerémoslas separadamente.

3.1. Ensanchamiento descomunal —casi infinito o inconmensurable— de la teoría general del derecho

3.1.1. La nueva orientación filosófico-ideológica de la Constitución de 1991: el humanismo comunitario

6. CLASIFICACION DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS POR SU TITULARIDAD

Tomando como criterio divisorio la titularidad única o la titularidad conjunta, los derechos subjetivos deben clasificarse en individuales y comunitarios.³

Los derechos subjetivos individuales se caracterizan porque su titularidad es única, exclusiva y excluyente: una sola persona —natural o jurídica— se constituye en el derechohabiente o titular de la facultad, el cual derechohabiente único excluye cualquier cotitularidad, esto es, la posibilidad de que otra u otras personas sean simultáneamente titulares de la misma facultad. Están protegidos con acciones particulares.⁴

Los derechos subjetivos comunitarios se peculiarizan porque su titularidad es conjunta: varias personas —naturales o jurídicas— se constituyen en los derechohabientes o titulares de la facultad. Tal titularidad no es exclusiva ni excluyente debido —cae de su peso— a que hay cotitularidad. Están protegidos con acciones populares.⁵

Asumiendo como criterio divisorio la titularidad de la acción o legitimación procesal, los derechos comunitarios deben dividirse, a su vez, en colectivos y difusos.

Colectivo es el derecho cuya titularidad se difunde a todos los miembros de una comunidad predeterminada por un vínculo muy definido (jurídico o fáctico), cual, por ejemplo, el que une a los miembros de un municipio, departamento,

3 La Constitución alude a “conflictos individuales y comunitarios” (artículo 247). Cfr. *ibídem*, artículo 89.

4 El calificativo particulares se ha tomado de la Constitución, que en el artículo 88, inciso 2, contrapone las acciones particulares a las acciones populares.

5 Es menester diferenciar los derechos comunitarios de los derechos comunitaristas: éstos son los concedidos por el derecho comunitario o derecho de la integración. Véase el numeral siguiente, el 7.

vertiente hidrográfica, región, comarca, etc., pero la titularidad de la respectiva acción popular o legitimación procesal sólo se difunde al miembro agraviado por la violación del derecho, miembro que es el único facultado para entablar la acción y que, al hacerlo, ésta lo afectará a él y a toda aquella comunidad predeterminada.

Difuso es el derecho cuya titularidad y cuya acción popular o legitimación procesal se difunden indistintamente a todos los miembros de una comunidad indeterminada, que no tiene un vínculo muy definido que los una, cual es la comunidad estatal, de suerte que cualquier miembro —aunque no haya sido el agraviado por la violación del derecho— está facultado para entablar la acción, que lo afectará a él y a toda aquella comunidad indeterminada.

Infortunadamente la Constitución no los distinguió sino que los fundió y confundió bajo los rótulos de “derechos colectivos y del ambiente”,⁶ de “derechos e intereses colectivos”⁷ y de “derechos de grupo o colectivos”,⁸ rótulos que parecen referirse los primeros (“derechos colectivos”) —como es obvio— a los derechos colectivos; y los segundos (“ambiente e intereses colectivos”), a los derechos difusos, dentro de los cuales están cabalmente los del ambiente o ecológicos, que son los prototípicos de aquéllos.

7. LOS DERECHOS COMUNITARIOS Y EL DERECHO COMUNITARIO EN LA CONSTITUCION DEL 91

La Constitución vigente contempla a la persona dentro de las distintas esferas o comunidades en que ella se desenvuelve, a saber: como miembro de una comunidad familiar, social, ecológica, estatal y supraestatal.

A menudo habla el Constituyente de familia, sociedad y Estado,⁹ por una parte; y, por otra, de la comunidad supraestatal, bien de la latinoamericana,¹⁰ bien de la internacional en general.¹¹ Lo primero (las comunidades familiar,

6 Se intitula así el capítulo 3 del título II.

7 Constitución Nacional, artículo 88, inciso 1.

8 *Ibídem*, artículo 89.

9 Cfr. *ibídem*, artículos 5; 42, inciso 3; 44, inciso 2; 46; 67, inciso 3 y, 95.

10 Cfr. *ibídem*, preámbulo, artículos 9, inciso 3 y, 227.

11 Cfr. *ibídem*, artículos 150, numeral 16; 226 y 227.

social y estatal) da origen a los derechos comunitarios. Lo segundo (las comunidades supraestatales), al derecho comunitario. Analicemos todo ello.

A. LOS DERECHOS COMUNITARIOS

La constitución consagra los derechos comunitarios en el capítulo 3 "De los derechos colectivos y del ambiente" del título II (artículos 78 al 82).

Con arreglo al artículo 88, el regulador de las acciones populares propias de los derechos comunitarios, éstos recaen en los siguientes ocho objetos: 1. el patrimonio público, 2. el espacio público, 3. la seguridad pública, 4. la salubridad pública, 5. la moral administrativa, 6. el ambiente, la libre competencia económica, 8. el daño contingente.

De esta enumeración ejemplificativa, son colectivos los derechos que recaen en el patrimonio, el espacio, la seguridad, la salubridad pública, la moral administrativa y el daño contingente, cuando el ámbito espacial o radio de acción de tales objetos sea, por ejemplo, el municipal o el departamental. En esta circunstancia, únicamente podrá incoar la respectiva acción popular el agraviado que sea miembro del municipio o departamento concernido o el Ministerio Público (Procurador General de la Nación y el Defensor del Pueblo), este último por expresa autorización constitucional.¹²

Los mismos derechos colectivos enumerados en el párrafo anterior dejarán de ser tales para convertirse en difusos, cuando el ámbito territorial o radio de acción del correspondiente objeto sea la Nación, caso en el cual cualquier miembro de ella —y no solamente el agraviado por la violación del derecho comunitario— o el Ministerio Público podrán entablar la respectiva acción popular.

Siempre difusos serán aquellos derechos cuyos objetos sean el ambiente y la libre competencia económica.

Nótese que las acciones populares son antiquísimas. El derecho romano reguló unas doce. De él las tomó don Andrés Bello, pese a la orientación individualista de su código, quien las consagró en los artículos 1005 y 2359, que versan,

12 Cfr. *ibídem*, artículos 277, ordinal 4 y, 282, ordinal 5.

respectivamente, sobre la defensa de los bienes de uso público y el daño contingente.

Inexplicablemente fueron relegadas al olvido por más de cien años hasta que recientemente fueron rescatadas por la doctrina¹³ y enriquecidas por la legislación para proteger a los consumidores frente a los productores,¹⁴ el medio ambiente¹⁵ y a los usuarios frente a las prácticas desleales en las actividades financiera y aseguradora.¹⁶

Relevamos el hecho de que los derechos comunitarios —comprensivos de los colectivos y los difusos— ya habían sido, pues, regulados por el derecho privado. Entonces, lo verdaderamente novedoso estriba en que en 1991 hayan sido elevados a objeto de regulación constitucional y extendidos a campos nuevos y tan vastos como la salubridad pública y la moral administrativa.

Es de advertir, si bien sea de pasada, la naturaleza mixta de la acción de tutela,¹⁷ con la cual toda persona podrá defender sus derechos constitucionales fundamentales, tanto individuales (aquí la tutela es una acción particular) como comunitarios (aquí la tutela es una acción popular).¹⁸

De pasada asimismo reseñamos que los derechos humanos son de tres clases: 1) los civiles y políticos, 2) los económicos, sociales y culturales, 3) los colectivos y difusos.

13 Cfr. Sarmiento Palacio, Germán. *Las acciones populares en el derecho privado colombiano*. Colección Bibliográfica Banco de la República. Bogotá, 1988.

14 Cfr. Decreto 3466 de 1982 (Estatuto del Consumidor), artículo 11.

15 Código de los Recursos Naturales Renovables y Protección al Medio Ambiente. Ley 09 de 1989 (Ley de Reforma Urbana), artículo 8.

16 Ley 45 de 1990 (Ley de Reforma Financiera).

17 Cfr. Constitución Nacional, artículo 86.

18 Decreto 2591 de 1991, artículo 6, ordinal 3:
Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:
[...]

30. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. *Lo anterior no obsta para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.*

Las dos primeras clases se reputan derechos individuales. Sin embargo, los derechos económicos, sociales y culturales tienen un cierto aspecto comunitario, que no desvirtúa en nada su esencial titularidad individual o única, porque su ejercicio se obtiene de manera más expedita mediante formas de acción comunitaria: la solidaria y la cooperativa.

De rigor es subrayar una nueva institución, la del Defensor del Pueblo (*ombudsman*), una de cuyas funciones consiste en “interponer acciones populares en asuntos relacionados con su competencia”.¹⁹

B. EL DERECHO COMUNITARIO O DE LA INTEGRACION

Impulsar la integración de Colombia a la comunidad internacional en general y a la latinoamericana en particular es uno de los fines primordiales de la Constitución vigente.²⁰

Por tanto, el derecho de la integración o derecho comunitario ocupa un sitio de honor en nuestra normativa constitucional. Los derechos, que él confiere, débense denominar comunitaristas, con lo cual quedan diferenciados terminológicamente de los comunitarios.

Es digno de resaltarse este compromiso integracionista porque ha sido asumido por nuestro país con la máxima solemnidad (la forma constitucional) y que debería ser imitado por todos los demás Estados de América Latina y del Caribe. Con él se responde a una necesidad sentida en el mundo entero de hoy cual es la de formar entidades políticas plurinacionales para resolver con éxito, entre otros muchos problemas, los de la delincuencia internacional organizada y la durísima, aunque incruenta, competencia entre los bloques económicos.

A renglón seguido enumeramos el sinnúmero de artículos constitucionales —aún no citados— reguladores de aspectos comunitarios: 2, inciso 1; 10; 58, inciso 5; 63; 68, inciso 2; 87; 89; 95, inciso 1 y ordinal 5; 103, inciso 2; 118; 123, inciso 2; 246; 247; 277, ordinal 4; 282, ordinal 5; 286, inciso 1; 310, incisos 2 y 3; 329, inciso 1; 340, inciso 1 y transitorio 55, inciso 1.

19 Constitución Nacional, artículo 282, ordinal 5.

20 Cfr. Constitución Nacional, preámbulo y artículos 9, inciso 3; 226 y 227.

8. EL ANTROPOCENTRISMO DE LA CONSTITUCION DEL 91

La nueva orientación filosófico-ideológica de la Constitución de 1991 se concreta en un humanismo comunitario, mientras la de 1886 es un individualista.

Pese al humanismo de ambas Cartas Fundamentales, es mucho más profundo, a la par que omnicompreensivo, el de la vigente que el de la derogada.

En este orden de ideas, bien se puede aseverar que la del siglo XIX era marcadamente estatocéntrica y rezumaba por casi todos sus poros estatolatría: sus puntos de partida, referencia y llegada eran el Estado de corte hegeliano, en cuanto el espíritu objetivo en la evolución dialéctica de la eticidad o moral colectiva conduce al Estado, que absorbe los dos momentos anteriores: la familia y la sociedad. Baste recordar que se iniciaba con dos títulos (el I “De la Nación y del territorio” y el II “De los habitantes: nacionales y extranjeros”), pertenecientes a la parte orgánica de la Constitución y antepuestos a la filosófica o dogmática (al título III “De los derechos civiles y garantías sociales”). Al terminar su estudio, uno quedaba con la impresión amarga de que el hombre había sido hecho para el Estado.

¡Qué diferencia con la actual que es del todo antropocéntrica! De principio a fin campea por doquier la dignidad de la persona humana.²¹ Empieza, como debe ser, con lo más determinante: con el hombre, con los derechos humanos. Es así como los dos primeros títulos (el I “De los principios fundamentales” y el II “De los derechos, las garantías y los deberes”) —constitutivos de la parte dogmática— preceden a la orgánica. En ello ha seguido la tradición de los dos últimos siglos, en que los derechos humanos —proyección en el campo jurídico de la dignidad del hombre— han sido proclamados en el ordenamiento interno por las Constituciones Políticas. La dignificación del ser humano se ha erigido en la base de todas las cartas fundamentales contemporáneas, con prescindencia total de sus respectivas ideologías.

Es el hombre, pues, centro, epicentro e hipocentro de la entera Constitución del 91. Ella lo ubica en el lugar de honor, de privilegio y de prevalencia. Meditemos, si no, en el preámbulo, en los artículos 1, 5, 93 y 94, inciso 1, en que “el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona” y que le son “inherentes”.

21 Cfr. Constitución Nacional, *passim*, pero de manera especial el preámbulo y los artículos 1 al 95, que conforman la parte filosófica o dogmática de aquélla. Ténganse muy presentes los artículos 1, 5 y 94.

Por tanto, se confiere absoluta preferencia al hombre frente a la institución estatal, a su organización y funcionamiento. Bien podría definirse la de 1991 así: la Carta Fundamental de la dignificación de la persona humana, dignificación que es la razón de ser y obrar del más genuino humanismo. Al finiquitar su lectura, uno queda con la plena convicción de que el Estado ha sido hecho para el hombre. La Constitución, que nos rige, es de rostro más humano y menos estatista que todas las anteriores.

9. LA NOVEDAD DEL HUMANISMO COMUNITARIO EN LA CONSTITUCION DE 1991

Por fundamentarse el humanismo inspirador de la Constitución del 91 en los derechos comunitarios y en el derecho comunitario, con propiedad debe llamarse ese humanismo comunitario.

Como se ha manifestado, el humanismo del Constituyente del 86 es individualista, al paso que el del 91 es comunitario. De donde se desprende que la orientación filosófico-ideológica de este último sea totalmente nueva.

Con efecto, en la derogada Carta no se consagraron los derechos comunitarios ni el derecho comunitario como tal. A éste apenas si había una escueta referencia (artículo 76, numeral 18), introducida muy tardíamente por la reforma constitucional de 1968.

Y no pudo ser de otra manera porque casi todos los fenómenos, que han producido y hecho necesarios e imprescindibles los derechos comunitarios y las correspondientes acciones populares para su protección, han aparecido con posterioridad a 1886. Ellos son: la socialización cada vez más creciente de las relaciones humanas interpersonales, por la cual los derechos y libertades públicas individuales se han ido desplazando hacia las comunidades, grupos sociales o masas, la movilización de éstas y del Estado en pos del bienestar general y del mejoramiento de la calidad de vida, la industrialización incesante con su secuela de consumo masivo, los daños colectivos ocasionados por la acción u omisión de grandes centros de poder económico, la nueva tendencia del mercadeo (*marketing*) que ha dejado de centrarse tanto en las ventas cuanto en los consumidores mismos, con lo cual por fin se han podido introducir dos nuevas concepciones: la de responsabilidad colectiva, la cual recae por igual en productores de bienes y prestadores de servicios, y la de la limitación del hasta hace muy poco incontrolado dolo bueno (*dolus bonus*) mercantil (tráiganse a colación las restricciones impuestas a los medios de comunicación social

en la información que deben suministrar al público en la comercialización de bienes o servicios²²), la impresionante contaminación ambiental y la siempre en aumento degradación de los recursos naturales.²³

Esas causas han convertido las acciones populares en el mecanismo judicial más significativo de las sociedades industrial y postindustrial, y generado en el derecho universal la más grande revolución procesal de todos los tiempos. Porque ellas están al alcance de todo el mundo (cualquier persona las puede entablar), han devenido un estupendo instrumento democrático de participación en la administración de justicia, con lo que se ha dado un paso gigantesco en la democratización de la defensa comunitaria frente al agravio colectivo. He ahí un punto de entronque de la orientación filosófico-ideológica de la Constitución del 91 (el humanismo comunitario) con una de sus suborientaciones (el humanismo democrático).²⁴

3.1.1.1. Las cuatro nuevas suborientaciones filosófico-ideológicas de la Constitución de 1991

10. LOS CUATRO TIPOS DE HUMANISMO COMUNITARIO

Queda demostrado cómo el hombre comunitario es la idea motriz o *leitmotiv* del Constituyente de 1991. De tal humanismo comunitario, la nueva orientación filosófico-ideológica de la actual Carta, se derivan cuatro nuevas suborientaciones. Ellas son: un humanismo comunitario de tipo fundamental, de tipo humanitarista, de tipo democrático y de tipo ecológico.

No en balde estos cuatro tipos de humanismo son considerados los fines de la educación. Esta "formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia".²⁵ "Los derechos humanos" originan el humanismo tanto fundamental como humanitarista; "la paz", arquetipo para el decreto 2591 de 1991, artículo 6, ordinal 3, de los derechos comunitarios, dentro de los cuales están los referentes al medio ambiente, el humanismo ecológico; y "la democracia", el humanismo democrático.

22 Cfr. *ibídem*, artículo 78, inciso 1.

23 Cfr. *ibídem*, artículo 334.

24 Véanse abajo los numerales 18-20.

25 Constitución Nacional, artículo 67, inciso 2.

Adviértase de entrada que calificamos aquí las suborientaciones de nuevas en dos sentidos: A) en sentido estricto, en cuanto no existieron en la Constitución de 1886, y B) en sentido amplio, por cuanto si existieron en aquélla, la de 1991 les da un énfasis del cual carecieron en la primera.

3.1.1.1.1. Un humanismo fundamental

11. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SON LOS DERECHOS HUMANOS

Las Organizaciones de Naciones Unidas, ONU, y de Estados Americanos, OEA, en sus respectivos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, motejan éstos con el epíteto de *fundamentales* y sientan una sinonimia perfecta entre derechos *fundamentales* y derechos *humanos*.²⁶

En el mismo contexto se inscribe la contemporánea filosofía europea del derecho, que adopta la denominación derechos *fundamentales*, en vez de derechos *humanos*, para evitar la tautología encerrada en el segundo giro, pues no existe derecho alguno que no sea *humano*, por cuanto el hombre es el único titular o sujeto de derechos.

También la doctrina patria efectúa calificación y sinonimia semejantes.²⁷

26 Cfr. "Declaración universal de derechos humanos", preámbulo, considerando 5 y artículo 8. "Pacto internacional de derechos civiles y políticos", artículo 5, ordinal 2. "Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales", artículos 5, ordinal 2; 11, ordinal 2. "Declaración americana de los derechos y deberes del hombre", artículo 18. "Convención americana sobre derechos humanos" (Pacto de San José de Costa Rica), artículo 25, ordinal 1. Por lo que atañe a los derechos humanos comunitarios (colectivos y difusos), hase de puntualizar que la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo 1972, principio 1, proclama como *derecho fundamental* el de todo hombre a disfrutar de un ambiente sano. Lo propio efectúa la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (Oede). Cfr. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San Salvador), 1988, artículo 11. Obsérvese que, con las excepciones de la Oede y del Protocolo mencionado en último lugar, todos los demás tratados han sido ratificados por Colombia y, por ello, están vigentes. Cfr. Constitución Nacional, artículos 93 y 94.

27 Cfr. Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Los derechos humanos*. Temis. Bogotá, 1980, p. 10. Madrid-Malo Garizabal, Mario. *Los derechos humanos en Colombia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1979. pp. 7 y ss.

La Constitución de 1991 toma la locución derechos *fundamentales* de los antedichos instrumentos internacionales²⁸ y les imprime como carácter definitorio el que están protegidos con la acción de tutela.²⁹

12. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES O LOS DERECHOS HUMANOS DE LA CONSTITUCION DEL 91

Tres son los grupos de derechos fundamentales consagrados por la Constitución del 91:

1. Los derechos humanos expresa y específicamente señalados por la Constitución como fundamentales, que se encuentran en el capítulo 1 del título II (artículos 11 al 41) y en el artículo 44, inciso 1.

2. Los derechos humanos reconocidos en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, los cuales "prevalecen en el orden interno" (artículo 93, inciso 1).³⁰

Repárese en la paradoja: estos derechos son *más fundamentales que los mismos fundamentales* del grupo 1, por cuanto aquéllos prevalecen sobre éstos, que hacen parte del ordenamiento interno. Luego, puede afirmarse que tales derechos humanos gozan de hiperconstitucionalidad o suprafundamentalidad por explícita voluntad del Constituyente, como quiera que están dotados de prevalencia sobre la Constitución, la cual hace parte del orden interno.

Conclusión: en materia de derechos humanos consagrados en tratados ratificados por Colombia, nuestra Constitución proclama la supremacía del derecho internacional público sobre el derecho interno.

He ahí lo que la ciencia ius-internacionalista conoce con la rúbrica *monismo con primacía del derecho internacional sobre el derecho interno*.

28 La toma casi de manera literal del artículo 18 de la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", la cual habla de "derechos fundamentales consagrados constitucionalmente", lo que equivale a "derechos constitucionales fundamentales" del artículo 86 de nuestra Carta.

29 Cfr. *ibídem*.

30 Cfr. *ibídem*, artículo 214, ordinal 2.

Huelga agregar que todos los derechos humanos reconocidos por la Constitución en la parte dogmática (artículos 1 al 95) y en algunos artículos de la orgánica han sido extraídos de tratados y convenios ratificados por Colombia.³¹

3. Los derechos humanos no contenidos en la Constitución ni en los convenios internacionales vigentes, pero que son "inherentes a la persona humana" (artículo 94).³²

A propósito de este tercer grupo de derechos, se debe consignar que los artículos constitucionales consacratorios de los mismos (el 5 y el 94) son de puro cuño iusnaturalista por regular los "derechos inalienables" de la persona humana y los "inherentes" a ella. Son ellos los derechos humanos deducidos del derecho natural.

Basamos asimismo la precedente tripartición de los derechos fundamentales o humanos en el decreto 2591 de 1991 ("por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política"), que dispone en el artículo 2:

Derechos protegidos por la tutela. 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.³³

De la transcrita norma se colige sin esfuerzo y *contrario sensu* la existencia de derechos no señalados expresamente por la Constitución como fundamentales, pero cuya naturaleza permite su tutela: son los derechos fundamentales tácitos, que corresponden a los grupos 2 y 3.

Topamos aquí con una segunda paradoja: los derechos fundamentales tácitos gozan de prelación en su revisión por la Corte Constitucional frente a los derechos fundamentales expresos (los del grupo 1).

31 Véase, al respecto, la obra *Concordancias y discordancias. Derecho internacional, derecho colombiano y derechos humanos*. Comisión Andina de Juristas. Bogotá, 1991. pp. 7-65.

32 Cfr. Constitución Nacional, artículo 5

33 Original sin subrayas. Complétese el alcance de la norma precipitada con el artículo 2 del decreto 306 de 1992.

Nuestra interpretación en torno a los tres grupos de derechos constitucionales fundamentales se ve corroborada por el debate de que fue objeto la precitada provisión en el seno de la Comisión Especial Legislativa, que suprimió el artículo 2 del proyecto presentado por el Gobierno Nacional³⁴ y lo sustituyó por el ya registrado porque

en el transcurso de los debates se llegó a la conclusión de que los derechos protegidos por la tutela no se podían limitar a los que están consagrados en el capítulo 1 del título II de la Constitución, con el argumento de que hay *derechos no escritos que son fundamentales*.³⁵

Una última probanza en favor de nuestra tripartición de los derechos constitucionales fundamentales se halla en el decreto 306 de 1992, cuyo artículo 6 reza a la letra:

Del contenido del fallo de tutela. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 29, numeral 3, del decreto 2591 de 1991, el juez deberá señalar en el fallo el derecho constitucional fundamental tutelado, [citar el precepto constitucional que lo consagra], y precisar en qué consiste la violación o amenaza del derecho frente a los hechos del caso concreto.³⁶

De consiguiente, en tratándose de derechos constitucionales fundamentales del primer grupo, el fallador deberá citar un artículo de los comprendidos entre el 11 y el 41 o el 44, inciso 1; en lo atinente a los grupos segundo y tercero, el 93, inciso 1 y el 94, en su orden.

Los planteamientos antecedentes nos llevan a varias inferencias:

1. Los que la Constitución llama *derechos fundamentales* en el capítulo 1 del título II, debieron y débense denominar *derechos civiles y políticos* porque esa es su naturaleza jurídica y porque fueron extraídos por el Constituyente de los derechos civiles y políticos consagrados como tales en convenios ratificados por nuestro país, con una única excepción: el derecho al trabajo, que es considerado

34 Ese artículo era del tenor siguiente:
Derechos protegidos por la tutela. La acción de tutela garantiza los derechos fundamentales de los cuales trata el capítulo 1 del título II de la Constitución.
También garantizará otros derechos fundamentales que la ley señale y desarrolle, si fuere necesario.

35 Charry Urueña, Juan Manuel. *La acción de tutela*. Temis. Bogotá, 1992. p. 115. Texto sin resaltos.

36 Original sin repisar.

por los tratados un derecho social y económico,³⁷ y por la doctrina un derecho de naturaleza híbrida: civil y económico-social a la vez, como los de igualdad y asociación. Nuestra Constitución lo considera *fundamental* y, por lo tanto, según nuestra sugerencia, dentro de los derechos civiles.

2. Los llamados en el capítulo 2 del título II *derechos sociales, económicos y culturales* están muy atinadamente bautizados.

3. Los denominados en el capítulo 3 del título II *derechos colectivos y del medio ambiente* deben rotularse *derechos colectivos y difusos*.

4. El título II, que lleva el epígrafe *De los derechos, las garantías y los deberes*, debe llevar otro: *De los derechos, las garantías y los deberes fundamentales*.

Somos conscientes de la existencia de derechos humanos, que los tratados vigentes y la doctrina llaman fundamentales, cuya decisión judicial de tutela no puede ser ejecutada o llevada a la práctica. Piénsese en el derecho al trabajo, a la paz y en muchos derechos colectivos y difusos: ¿a quién ordenaría el juez que actuase o se abstuviera de hacerlo para darles vigencia, aplicación y protección inmediatas, propiedades esenciales estas tres de los derechos fundamentales?³⁸ A nadie.

Para evitar esa inanidad de la acción de tutela, el Constituyente debió y pudo prever los correctivos pertinentes, como consagrar los instrumentos constitucionales que hicieran efectivos todos los derechos fundamentales sin ninguna excepción o dejar tal consagración a la ley. De esta índole podrían ser unos subsidios incluidos en el presupuesto nacional, por ejemplo. Pero, como para ciertos derechos este mecanismo no tendría operancia (la angustia presupuestal es regla y el gasto público está erróneamente destinado: repárese en el desaforado rubro militar, en el servicio de la deuda externa, en las sobredimensionadas erogaciones de funcionamiento y en los exigüos ítems de inversión y de asisten-

37 Cfr. "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", artículo 6.

38 Se ha de notar enfáticamente que la lista de derechos fundamentales, enumerados por la Constitución del artículo 11 al 41, no es taxativa por las razones expuestas en los numerales 12 y 13. Por las mismas razones tampoco lo es la del artículo 85, que señala la aplicación inmediata de ciertos derechos, los cuales coinciden con aquéllos.

cia social), lo ideal debió haber sido una lista taxativa de los derechos fundamentales que sí podrían ser protegidos efectivamente con la tutela.

Las cuatro inferencias hallan asidero normativo en el precepto del artículo 93, inciso 2: "los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".

13. ENSANCHAMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES O HUMANOS

El artículo 94 impone un ensanchamiento formidable de los derechos fundamentales o humanos, puesto que su enunciación en la Carta y en los convenios internacionales vigentes no es taxativa o limitativa sino meramente enumerativa o ejemplificativa. No conforma un número cerrado (*numerus clausus*) sino abierto: tantos serán, cuantos sean los derechos "inherentes a la persona humana".

Importa observar a este propósito lo siguiente: muchos fueron los constituyentes que en el curso de los debates expresaron su opinión en torno a que la lista de los derechos constitucionales fundamentales no podía ser taxativa. De todo ello ha quedado constancia en las actas.³⁹

Consideramos esto un acierto porque, de lo contrario, cada vez que se descubriera un derecho humano, nos hallaríamos ante un terrible e injusto dilema, lesivo de la dignidad de la persona: o se debería esperar hasta que se reformara la Constitución para incluirlo en ella, lo cual haría por su dilación nugatorio en la práctica ese derecho sometido a espera semejante, o negarle de plano la protección de la tutela, lo que equivaldría al mismo resultado anterior.

14. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Se precisa no confundir los principios fundamentales —éste es el epígrafe del título I de la Constitución (artículos 1 al 10), que regula también en materia laboral unos principios mínimos fundamentales—⁴⁰ con los derechos fundamentales.

39 Cfr. Sesión Plenaria de la Asamblea Constituyente del día 29 de junio de 1991. Gaceta Constitucional No. 24, p. 7.

40 Cfr. Constitución Nacional, artículo 53, inciso 1.

Empero, existe una estrecha relación entre ellos: todo derecho fundamental es concreción de un principio fundamental. Mas no todo principio fundamental se concreta en un derecho fundamental.

Para convencernos del aserto, basta, por una parte, cotejar los derechos fundamentales con los principios fundamentales: todos aquéllos se encuentran germinalmente en éstos. Por otra, hay principios fundamentales que no pueden tener un desarrollo normativo a través de un derecho fundamental, debido a que varios de aquellos generan derechos que no tienen naturaleza de derechos humanos o fundamentales. Por ejemplo, todos los principios fundamentales, de los que surgen derechos o prerrogativas de que son titulares el Estado y quienes ejercen el poder público, conforman derechos y prerrogativas que carecen de la naturaleza propia de los derechos humanos.⁴¹

15. NOVEDAD DEL HUMANISMO FUNDAMENTAL DE LA CONSTITUCION DE 1991

Pues los derechos fundamentales o humanos constituyen —como su mismo calificativo ya lo insinúa— el fundamento en que descansa el humanismo inspirador de toda nuestra constitucionalidad actual, no sin razón este humanismo debe tildarse de fundamental.

En suma, el humanismo de la Constitución es fundamental porque se asienta en los derechos fundamentales del hombre: en los civiles, políticos, sociales, económicos, culturales, colectivos y difusos.

Débase destacar que esta primera suborientación filosófico-ideológica de la Constitución del 91 es nueva en sentido amplio, toda vez que, aunque también la de 1886 consagró varios derechos humanos o fundamentales, a éstos en la Carta vigente se les otorga un gran predicamento⁴² y una ampliación que no tuvieron en la de Núñez y Caro.

41 Para justipreciar el sentido y alcance de los principios constitucionales, véase a Valencia Restrepo, Hernán. *Nomológica, principalística jurídica o los principios generales del derecho*. Temis. Bogotá, 1992. *Passim*, pero especialmente el numeral 311, ordinal 1.

42 Al efecto, piénsese no más en el defensor del pueblo, instituto nuevo, quien “velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos” (Constitución Nacional, artículo 282, inciso 1) y en las leyes estatutarias, que son las únicas con las cuales el Congreso podrá regular los “derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección” (ibidem, artículo 152, literal A). (Subrayado mío).

3.1.1.1.2. Un humanismo humanitarista

16. HUMANISMO Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El derecho internacional humanitario es el conjunto de normas que prescriben la moderación en los conflictos armados para garantizar en ellos el respeto a los derechos humanos. Se lo caracteriza, además, como el derecho de solidaridad universal y el de todo ser humano a vivir en paz.

Otro de los pilares, en que se ancla el humanismo de la Constitución del 91, es el derecho internacional humanitario. En efecto, el humanismo humanitarista no es otra cosa que el mismo humanismo fundamental, en cuanto impone el respeto a los derechos humanos en los conflictos armados internos e internacionales. Esto salta *prima facie* del articulado de la Carta.

Es así como en las normas 93, inciso 1; 164 y 214, ordinal 2, se disponen una prevalencia y prioridad del derecho internacional humanitario sobre el derecho nacional: una vez más el monismo con primacía del derecho internacional sobre el interno.

Estatuyen que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso,⁴³ que reconocen los derechos humanos [...] prevalecen en el orden interno”, que en los estados de excepción “no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales”, que “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”, y que “el Congreso dará prioridad al trámite de los proyectos de ley aprobatorios de los tratados sobre derechos humanos que sean sometidos a su consideración por el Gobierno”.

En lo tocante a solidaridad y paz, valores muy caros al derecho internacional humanitario, nuestra Carta impera como un deber u obligación de la persona y el ciudadano “obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida y la salud de las personas”⁴⁴

43 Esta disposición es, a todas luces, disparatada porque no compete al Congreso *ratificar* los tratados sino *aprobarlos* (cfr. Constitución Nacional, artículo 150, numeral 16). La competencia para *ratificarlos* es privativa del presidente de la República (cfr. ibidem, artículos 189, numeral 2 y 6; 241, numeral 10). Una cuestión es *aprobar* o *improbar* los convenios internacionales y otra bien diversa ratificarlos.

44 Ibidem, artículo 95, ordinal 2. Cfr. ibidem, artículo 1.

Y "propender al logro y mantenimiento de la paz".⁴⁵ Esta es uno de los fines de la Constitución y del Estado,⁴⁶ y la eleva al rango de derecho fundamental difuso: "La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento".⁴⁷

Igualmente, la convierte en una de las metas de la educación, la que "formará al colombiano en el respeto [...] a la paz".⁴⁸

17. NOVEDAD DEL HUMANISMO HUMANITARISTA DE LA CONSTITUCION DEL 91

Por la trascendencia suma de las dos dimensiones del derecho internacional humanitario (protección de los derechos humanos humanizando, a nivel internacional, la guerra entre naciones; a nivel nacional, los conflictos armados internos) y por servir de basamento al humanismo del Constituyente de 1991, bien se puede predicar de aquel que es un humanismo humanitarista. Denominación ésta que no conlleva pleonasma porque con ella se quiere denotar la honda raigambre que nuestro humanismo constitucional tiene fincada en el derecho internacional humanitario.

Esta segunda suborientación filosófico-ideológica de la Constitución en vigor es nueva en sentido estricto, toda vez que ella no se dio en la de 1886.

3.1.1.1.3. Un humanismo democrático

18. DEMOCRACIA Y CONSTITUCION DE 1991

Apelando a su etimología griega (*krátos*: poder, gobierno y *démos*: pueblo), que desvela de cuerpo entero el fondo mismo de la dicción, se ha definido la democracia en tanto que gobierno en que el pueblo ejerce el poder o la soberanía. Más explícitamente, el gobierno del pueblo, por el pueblo, con el pueblo y para el pueblo. De consiguiente, en la democracia el acento se pone en lo popular, en lo público.

45 Ibidem, artículo 95, ordinal 6.

46 Cfr. ibídem, preámbulo y artículo 2, inciso 1.

47 Ibidem, artículo 22.

48 Ibidem, artículo 67, inciso 2.

Ahora bien, la forma de gobierno o régimen político que adopta la Constitución del 91 es la democracia en sus modalidades de directa o participativa, indirecta o representativa y pluralista: "la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece".⁴⁹

De las modalidades participativa o directa y representativa o indirecta de la democracia, nuestra norma de normas privilegia con mucho la primera. Esta preferencia nos muestra el humanismo comunitario de la Carta, como quiera que la democracia participativa deja de mediatizar a la comunidad popular para que ella obre por sí misma, personalmente, sin intermediarios. La democracia participativa es la más genuina manifestación política del humanismo comunitario.

En un cúmulo de artículos, la Constitución del 91 regula la democracia participativa. Son los más importantes:

1. El 40, donde se establecen los derechos fundamentales del ciudadano. El colón 1 del inciso 1 se presenta cual síntesis insuperable de los mismos:

"Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político".

2. El 95, ordinal 5, en que se estatuye el deber de la persona de "participar en la vida política, cívica y comunitaria del país".⁵⁰

3. El 103 al 112, que integran el título IV "De la participación democrática y de los partidos políticos". "Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referéndum, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato."⁵¹

La democracia pluralista se regula en el artículo 1.⁵² Con todo, los más prominentes son el 171 y el 176, en que se la hace efectiva o real con la creación de circunscripciones electorales especiales "para asegurar la participación en la

49 Ibidem, artículo 3.

50 Cfr. ibídem, ordinal 3.

51 Ibidem, artículo 103, inciso 1. Cfr. ibídem, artículos 155, 170, 374 al 378.

52 Cfr. ibídem, artículos 7 y 10.

Cámara de Representantes⁵³ de los grupos étnicos y de las minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior. Mediante esta circunscripción se podrá elegir hasta cinco representantes”.⁵⁴

La así llamada democracia “local” es regulada en el artículo 260, la cual se materializa en las elecciones populares directas.

19. LA DEMOCRATIZACION O CREACION DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LA CONSTITUCION DEL 91

La obsesión —de veras compulsiva— del Constituyente del 91 fue la democratización, obsesión que lo llevó a incurrir a veces en una retórica populista o democraterismo.

Uno de los derechos fundamentales es la igualdad de todos los colombianos ante la ley y las autoridades,⁵⁵ que es el sostén de la democracia, la cual consiste cabalmente en brindar igualdad de oportunidades a todos.

La democratización goza de ubicuidad: aparece en la propiedad (artículo 60), en la educación (artículos 68, 69, 70), en los partidos, en los movimientos tanto políticos como sociales por lo que respecta a su creación, funcionamiento e igualdad de oportunidades electorales (artículos 107, 108 y 109), en el estatuto de la oposición (artículo 112), en la elegibilidad, en principio, de todo ciudadano para ser senador (artículo 172), representante (artículo 177) o presidente de la República (artículo 191), en la participación ciudadana en el control fiscal (artículo 270), en el crédito (artículo 335), en la tributación (artículo 338)...

Democráticos deben ser el funcionamiento y la estructura interna de los colegios profesionales (artículo 26), sindicatos y organizaciones sociogremiales (artículo 39, inciso 2), deportivas (artículo 52), de la comunidad educativa (artículos 68 y 69), de las ligas de consumidores y usuarios (artículo 78), etc.

El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juve-

53 Extiéndase lo propio al Senado. Cfr. Constitución Nacional, artículo 171.

54 *Ibidem*, artículo 176, inciso 3.

55 Cfr. *ibidem*, artículo 13.

niles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.⁵⁶

Para todo ese piélagos, insondable mar o parafernalia, que implica la democratización, se ha previsto una pedagogía por intermedio de la educación, que “formará al colombiano en el respeto [...] a la democracia” (artículo 67, inciso 2), del fomento de “prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana” (artículo 41), y de la “enseñanza de los fundamentos de la democracia y de los derechos humanos” (artículo 222) a los miembros de la fuerza pública.

No se puede pretermitir una alusión a las acciones públicas y al derecho de defender e impugnar, bien ciertos proyectos de ley, bien la constitucionalidad de determinadas normas, por cuanto son instrumentos estupendos de participación de todo ciudadano en la vida del Estado de derecho.⁵⁷

20. NOVEDAD DEL HUMANISMO DEMOCRATICO DE LA CONSTITUCION DE 1991

La democracia y sus correspondientes derechos permean o informan toda la estructura de la Constitución del 91. De ahí que no gratuitamente el humanismo de ella deba ser tildado de democrático.

Las únicas formas de democracia, reguladas por el Constituyente del 86, fueron las de la representativa o indirecta. En cambio, el del 91, además de las citadas, regimenta las de la directa o participativa, las de la pluralista y las de la local.

Por tanto, se ha de concluir que el humanismo democrático —en lo que tiene que ver con las democracias participativa, pluralista y local— es una suborientación filosófico-ideológica de la Constitución del 91 nueva en sentido estricto, ya que la del 86 no la tuvo.

56 *Ibidem*, artículo 103, inciso 2.

57 Véase el numeral 25.

3.1.1.1.4. Un humanismo ecológico

21. EL DERECHO ECOLOGICO FUNDAMENTAL

Sin un ambiente sano, la vida se deshumaniza, la supervivencia del género humano se hace imposible y la dignidad del hombre viene a menos. Por ello, el derecho ecológico fundamental está enunciado en la Constitución así: "Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano".⁵⁸

De tal derecho nace el deber social del Estado y de los particulares de preservar y defender el ambiente.⁵⁹ Asimismo, de ese derecho ecológico fundamental emana el que el saneamiento ambiental sea un servicio público a cargo del Estado.⁶⁰

22. MAGNITUD Y ENVERGADURA DE LOS DERECHOS ECOLOGICOS

De tanta magnitud y envergadura le parecieron al Constituyente los derechos ecológicos, que fijó como uno de los fines educativos la protección del ambiente.⁶¹

Por lo demás, la ecología es materia que ha de tenerse muy en cuenta en la propiedad (artículo 58, inciso 3), en las acciones populares (artículo 88), en el estado de emergencia (artículo 215, inciso 1), en la internacionalización (artículo 226), en el control fiscal (artículo 267, inciso 3), en las funciones del procurador (artículo 277, ordinal 4), en las zonas fronterizas (artículo 289), en las competencias de las asambleas departamentales (artículo 300, numeral 2) y concejos municipales (artículo 313, numeral 9), en la delegación legislativa (artículo 313, numeral 9), en el estatuto especial para el archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina (artículo 310, inciso 2), en los gravámenes a la propiedad inmueble (artículo 317, inciso 2), en la explotación de los territorios indígenas (artículo 330, ordinal 5 y párrafo), en la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena (artículo 331), en la libertad económica (artículo 333, inciso último), en la intervención estatal en la economía (artículo 334, inciso 1), en los planes nacional de desarrollo y en el de inversiones

58 Constitución Nacional, artículo 79, inciso 1.

59 Cfr. *ibídem*, artículos 8; 63; 79, inciso 2; 80, inciso 2; 81; 82, inciso 1; 88 y 95, ordinal 8.

60 Cfr. *ibídem*, artículo 49.

61 Cfr. *ibídem*, artículo 67, inciso 2.

de las entidades públicas (artículo 339), en el Consejo Nacional de Planeación (artículo 340), en el Fondo Nacional de Regalías (artículo 361) y en el gasto público social (artículo 366, inciso 1).

23. NOVEDAD DEL HUMANISMO ECOLOGICO DE LA CONSTITUCION DE 1991

Por causa del extraordinario énfasis que la Constitución del 91 hace en los derechos ecológicos, con toda razón su humanismo ha de ser calificado de ecológico.

Esta cuarta suborientación filosófico-ideológica de nuestra Carta actual debe ser tenida por nueva en sentido estricto, como quiera que no existió en la de 1886. Empero, quepa observar que ella ya venía dándose con anterioridad a 1991, a nivel de normación legal con la ley 23 de 1973, que fijó los principios generales del derecho ambiental, y el Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, incorporado al libro II del Código Civil.

3.2. Ampliación de campos específicos del derecho civil

24. ENUMERACION

1. Reconocimiento de las uniones maritales de hecho (artículo 42, inciso 2), que ya se había dado con la ley 54 de 1990. La Constitución no usa la terminología "uniones maritales de hecho" sino la de "unión permanente" y "compañeros permanentes" (artículos 33, 126, inciso 1, 179, ordinales 5 y 6).

2. Procreación por medios científicos (artículo 42, inciso 5).

3. Implantación del divorcio vincular para todo matrimonio (artículo 42, inciso 9).

4. Derecho de la mujer en embarazo y después del parto, si estuviere desempleada o desamparada, a subsidio alimentario (artículo 43, inciso 1).

5. Derechos fundamentales del niño y prevalencia de los mismos sobre los de las demás personas (artículo 44).

6. Derechos de los jóvenes (artículo 45), de las personas de la tercera edad (artículo 46), de los débiles físicos y psíquicos (artículo 47).

7. Derecho del niño menor de un año, que no esté cubierto por algún tipo de seguridad social, a recibirla gratuitamente (artículo 50).

8. Derecho de todo colombiano a una vivienda digna (artículo 51).

9. Derecho de todas las personas a la recreación, a la práctica del deporte y al aprovechamiento del tiempo libre (artículos 52 y 300, numeral 10).

10. Reconocimiento de las formas asociativas y solidarias de la propiedad (artículo 58, inciso 4), que ya estaban reguladas por ley.

11. Indemnización de los daños causados a la comunidad por la expropiación (artículo 58, inciso 5).

12. Expropiación por vía administrativa (artículo 58, inciso 5).

13. Incontrovertibilidad judicial de las razones de equidad y de los motivos de utilidad pública o interés social, invocados por el legislador para llevar a cabo la expropiación (artículo 58, inciso último).

14. La educación, servicio público que tiene una función social (artículo 67, inciso 1).

15. La supresión lamentable de la enseñanza religiosa obligatoria (artículo 67).

16. Creación de dos jurisdicciones especiales: la de los pueblos indígenas (artículo 246) y la de los jueces de paz "encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios" (artículo 247).

17. El turismo (artículo 328), que ya había sido objeto de regulación jurídica a nivel de normatividad legal.

18. Institucionalización de la calidad de vida (artículos 334, inciso 1, 357, inciso 2 y 366, inciso 1).

Conviene llamar la atención sobre tres inconsistencias de técnica constitucional:

A) La duplicidad o redundancia injustificadas de que hace gala el Constituyente en el otorgamiento de derechos a diestra y siniestra, esto es, a grupos específicos de personas (niños, jóvenes, ancianos, minusválidos, trabajadores agrarios, docentes, ...), derechos que ya estaban incluidos en los de toda persona.

B) La no consagración de mecanismos concretos a nivel constitucional para hacer eficaces los derechos, que se han tornado un fardo onerosísimo e insoponible para el Estado y que sólo el papel puede con ellos. Muchos de los derechos conferidos no tienen auténtico valor de garantía constitucional porque no ofrecen al titular una acción para proceder a reclamarlos ante la instancia estatal a cuyo cargo está hacerlos efectivos, tutelarlos.

C) La frecuente invasión por parte del Constituyente de terrenos propios de la ley.

4. RECAPITULACION Y CONCLUSIONES

25. RECAPITULACION

La Constitución de 1991 es un humanismo enraizado en los derechos humanos: en los comunitarios (colectivos y difusos), comunitaristas, fundamentales (civiles, políticos, sociales, económicos, culturales), humanitaristas, democráticos y ecológicos.

Ella se puede resumir en tres instituciones, todas ellas enteramente nuevas, y que configuran su médula espinal:

1. La acción de tutela (artículo 86), que protege los derechos constitucionales fundamentales.

2. La acción de cumplimiento (artículo 87), para hacer efectiva la observancia de la ley y de los actos administrativos. En sentido estricto, la novedad de esta acción reside en que el control sobre las omisiones de las autoridades, que en la Constitución del 86 lo ejercía exclusivamente la Procuraduría General de la Nación, ahora también lo podrá adelantar cualquier particular por las vías judiciales.

3. Las acciones populares (artículo 88), que tutelan los derechos comunitarios, ya colectivos, ya difusos.

Las tres acciones antecitadas pueden entablarse por cualquier persona y, junto con las acciones públicas⁶² y el derecho de defender o impugnar determinadas normas jurídicas⁶³ (acciones y derecho privativos de los ciudadanos), conforman un maravilloso instrumento de humanismo democrático o de democratización de los derechos y del aparato estatal.

26. CONCLUSIONES

Las acciones acabadas de comentar —de tutela, cumplimiento y populares— conforman una trilogía institucional que es nueva en sentido estricto, como quiera que no existió en la Carta de 1886. Por configurar la médula espinal de la del 91, cual se ha expresado, con ellas ha nacido entre nosotros un nuevo derecho constitucional: el procesal, cuyos desarrollos dependerán principalmente y en un primer momento tanto de la jurisprudencia (y dentro de ésta ante todo de la de la Corte Constitucional) como de la doctrina, y ulteriormente de la ley.

Tal nuevo derecho es, si se quiere, más importante que el tradicional derecho constitucional sustantivo, pues, ¿de qué sirve ser titular de un derecho subjetivo si no se tienen los mecanismos judiciales (las acciones) para hacerlo efectivo?

Saludamos esa nueva rama y le auguramos una vida muy fecunda.

En todo municipio colombiano se debe crear una fundación para la defensa del interés público, cuyos cometidos sean promover los derechos comunitarios y, en consecuencia, divulgar, consolidar y ejercer las acciones populares, como lo ha venido realizando exitosamente en Bogotá y otras ciudades la "Fundación para la Defensa del Interés Público" (Fundepúblico).

En cada Facultad de Derecho del país se debe institucionalizar un programa para la formación del abogado del interés público, como se ha venido efectuando pioneramente desde 1990 en las Universidades del Colegio Mayor del Rosario y de los Andes, donde los estudiantes llevan a término prácticas en el campo de los derechos comunitarios, en calidad de defensores de los bienes de uso público, del medio ambiente, de los consumidores, usuarios de servicios, etc., para hacer realidad y vivencia los artículos 78 al 82 y el 88 de la Carta.

62 Cfr. *ibídem*, artículos 241, ordinales 1, 4 y 5; 379, inciso 2.

63 Cfr. *ibídem*, artículos 153, inciso 2; 241, ordinal 10; 242, ordinal 1.

Si hace poco tiempo se expresaba con alguna razón que la crisis de la sociedad colombiana se debía a la obsolescencia de las instituciones, ahora tal argumento no tiene asidero, pues se ha dado una actualización y remozamiento de las mismas con la Constitución de 1991. La referida crisis siempre se ha debido y se deberá, con toda razón, a las personas, destinatarias de aquéllas. Mientras no cambiemos nuestra mentalidad amoral y estatista por una moral y humanista, aunque cambien las instituciones, la crisis subsistirá.

Desde antes de la entrada en vigor de la nueva Constitución a esta parte, se ha levantado una marejada o caterva de críticas destructivas, acerbadas, gratuitas y negativas contra ella. Debemos ser realistas: mal que bien, es nuestra Carta Fundamental vigente y se puede afirmar, utilizando un lenguaje maniqueo, que es buena. Hemos de amarla criticándola constructiva y positivamente para optimizar sus bondades y remediar sus deficiencias.

La Constitución de 1886 ha muerto. ¡Viva la Constitución de 1991!