

## DERECHO CONSTITUCIONAL

### ¿QUÉ SON Y CUÁLES SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

Tulio Eli CHINCHILLA HERRERA\*

#### 1. LA FUNDAMENTALIDAD DE LOS DERECHOS COMO PROBLEMA DE DERECHO POSITIVO

El objetivo de este ensayo es resolver un problema semántico y conceptual con importantes resonancias prácticas en el derecho positivo colombiano, especialmente en el orden constitucional vigente a partir de la Carta de 1991. Se trata de saber a cuáles derechos -dentro del amplio y variado repertorio de derechos que se reconocen a las personas en nuestro sistema normativo- puede dárseles la denominación y el tratamiento de *Derechos Fundamentales*.

Este asunto de la fundamentalidad de ciertos derechos tiene relevancia principalmente para tres clases de efectos: a) para delimitar el bien jurídico que se prote-

\* Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la misma.

ge mediante la Acción de Tutela; b) para identificar los derechos cuya regulación legislativa requiere un trámite especial, el de la Ley Estatutaria, y c) para precisar el catálogo de derechos que no pueden ser suspendidos durante los Estados de Excepción. En los tres supuestos, la expresión «derechos fundamentales» pide una definición que deslinde su ámbito de aplicación y su alcance. Así, en cuanto al aspecto a), el artículo 86 de la Constitución circunscribe la acción de tutela a la protección de los *derechos constitucionales fundamentales*; respecto del aspecto b), en el artículo 152, la Carta exige que las leyes regulatorias de los *deberes y derechos fundamentales* sean expedidas mediante el trámite de leyes estatutarias, trámite más dispendioso y complejo que el de la ley ordinaria; de manera similar, el artículo 214, numeral 2, prescribe que durante los estados de excepción no podrán suspenderse los «derechos humanos ni las libertades fundamentales», aspecto c).

La necesidad de delimitar el campo semántico de la locución *derechos fundamentales* se origina en el hecho de que nuestra Carta, por contraste con otras Constituciones como las de Alemania y España, omite toda definición cerrada de dicho concepto, sin ofrecer tampoco una enumeración taxativa de tales derechos. Semajante incertidumbre terminológica (con vitales repercusiones en la aplicación del derecho positivo) convoca a reflexionar sobre en qué consiste la fundamentalidad de un derecho y sobre cuáles derechos participan de esa calidad, como cualidad jurídico-positiva. Lo haré a través de dos derroteros: El analítico-conceptual y el rastreo jurisprudencial, pero limitaré el examen a los aspectos a) y b) enunciados.

Porque, afirmar que un derecho es fundamental puede ser también una proposición perteneciente al campo de la filosofía moral o de la teoría política y en tales dominios tener su significación. Actualmente, los derechos humanos son considerados, ante todo, como *derechos morales*, es decir, como exigencias éticas superiores que se proyectan sobre el mundo del derecho y sirven como justificación de reclamos vehementes de algo (el objeto del derecho) frente a alguien.<sup>1</sup> Los derechos humanos son, desde esta perspectiva, elementos esenciales de una moralidad ideal

1 Esta concepción de los derechos humanos como derechos morales (elementos básicos de una ética civil) ha sido desarrollada por la filosofía más reciente, sobre todo en el mundo anglosajón, a partir de las elaboraciones de John RAWLS, *TEORÍA DE LA JUSTICIA*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985. pp. 19 y 20; y, luego, de Ronald DWORKIN, *LOS DERECHOS EN SERIO*. Barcelona: Ariel, 1984. pp. 276-326. Entre nosotros, ha sido felizmente expuesta por el iusfilósofo argentino Carlos SANTIAGO NINO, *ÉTICA Y DERECHOS HUMANOS*. Barcelona: Ariel, 1989, pp. 14-31, y por los españoles Francisco LAPORTA SAN MIGUEL, «Sobre el Concepto de Derechos Humanos». En: Revista DOXA. Madrid. 1987; y Eusebio FERNÁNDEZ, *FILOSOFÍA POLÍTICA Y DERECHO*. Madrid: Marcial Pons, 1995. pp. 47-51. Tal concepción se contrapone a las utilitarista y positivista de la justicia y el derecho.

racionalmente construida, deducidos a partir de principios básicos, y que se vuelcan sobre la juridicidad para darle legitimidad y sentido.

Con todo, cuando el asunto se circunscribe al terreno de nuestro derecho colombiano vigente, la misma afirmación *equis es un derecho fundamental*, aunque no totalmente incomunicada con el significado de aquellas áreas, comporta implicaciones de orden técnico que deben ser precisadas con rigor. La fundamentalidad no puede operar como concepto metafísico o retórico, no es el registro lingüístico de una emoción, de un sentimiento o de una intuición. Significa que ciertos derechos poseen unas implicaciones jurídicas especiales en el ordenamiento jurídico. Que existen derechos fundamentales significa que a ciertas situaciones subjetivas ventajosas, reconocidas por el orden jurídico como valiosas, la Constitución les asigna un nivel reforzado de protección o garantía muy superior al que se otorga a otras situaciones de legítima prerrogativa individual; garantía reforzada que puede operar frente a las actuaciones de los órganos judiciales y administrativos, frente al poder legislativo y aun frente al poder constituyente secundario. En este orden de ideas, para que la identificación de los derechos que ameritan la super-garantía de la fundamentalidad no termine siendo un ejercicio de metafísica a base de sospechas, intuiciones, presentimientos o corazonadas morales, se requiere una elaboración teórica y técnico-jurídica que permita verificar, en un caso concreto y con buen grado de certeza, si se está o no frente a un derecho fundamental; se requiere una instrumentalidad discursiva y técnica para que la operación sea racionalmente sustentable.

Con todo, aunque la tarea de identificación de los derechos fundamentales en el campo del derecho positivo difiere, en cuanto a parámetros argumentativos y métodos analíticos, de la misma operación llevada a cabo en el terreno de los derechos morales (incluso las investigaciones en cada uno de estos planos discursivos pueden conducir a soluciones divergentes), de todos modos, una teoría jurídica -mucho más que teoría moral- de los derechos fundamentales ha de tener un punto de partida común con la teoría ética de los derechos y estará necesariamente abocada a comunicarse con ésta en ciertos momentos críticos en que el derecho «se agota»; deberá encontrar razones, fundamentos discursivos (no simplemente intuitivos) para definir y señalar qué son y cuáles son los derechos fundamentales.

## 2. UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

¿Son los derechos fundamentales lo mismo que los derechos humanos?  
¿Participan de la cualidad de fundamentales todos los derechos constitucionalmente consagrados (*derechos constitucionales*)? ¿Podríamos, acaso, considerar como

derechos fundamentales algunas situaciones ventajosas que la Constitución consagra en favor de ciertos grupos de personas o de instituciones, por ejemplo, el de un Congresista a proponer un proyecto de ley (artículo 154), la inviolabilidad parlamentaria (artículo 185), el fuero parlamentario (artículo 186) y el derecho de los Congresistas a que su remuneración sea reajustada cada año en proporción al aumento general de los salarios del sector público central (artículo 187), el derecho de un Ministro a intervenir en la sesión a la que fue citado para responder a un debate parlamentario (artículo 135, numeral 8), el derecho de un Ministro a que la moción de censura en su contra sólo verse sobre asuntos relacionados con el cargo y mediante audiencia (artículo 136, numeral 9)? ¿Son fundamentales los derechos de las entidades públicas o de ciertas colectividades, derechos como el de autonomía universitaria (artículo 69, el cual «se garantiza»), o el derecho de las entidades territoriales a su autonomía (por ejemplo, los derechos del artículo 287)?

Un breve repaso al texto de la Carta deja en evidencia la amplia diversidad de fórmulas lingüísticas empleadas por el Constituyente para referirse a los derechos de las personas; multivocidad esta que, más que riqueza de situaciones normativas garantizadas, lo que nos revela es deficiencia en rigor conceptual y coherencia, amén de un descuidado manejo de la clasificación y la categorización de tales derechos. Muestra de ello es que nuestra preceptiva fundamental nombra los derechos que ella reconoce y garantiza, de múltiples maneras, así: «*Derechos consagrados en la constitución*» (artículo 2°), «*derechos y libertades*» (artículos 2°, inciso 2°, 13 y 188), «*derechos inalienables de la persona*» (artículo 5°), «*derechos fundamentales*» (artículos 23 y 152), «*derechos fundamentales de los niños*» y «*derechos de los niños*» (artículo 44, inciso 1°, e *in fine*), «*derechos de los trabajadores*» (artículo 53), «*derechos adquiridos*» (artículo 58), «*derechos de aplicación inmediata*» (artículo 85), «*derechos constitucionales fundamentales*» (artículo 86), «*derechos colectivos*» (artículo 88), «*derechos individuales, de grupo o colectivos*» (artículo 89), «*derechos humanos*» (artículos 93, 95-4, 118, 164, 227-2, 282), «*derechos inherentes a la persona humana*» (artículo 94), «*derechos humanos y libertades fundamentales*» (artículo 214-2), «*derechos sociales de los trabajadores*» (artículo 215, inciso final), «*derechos y libertades públicas*» (artículo 218), y «*derechos reconocidos en el Capítulo I del Título II*» (artículo 377). ¿Serán equivalentes a derechos fundamentales todas estas expresiones?

Ante tan profusa, multívoca y compleja realidad textual, surge la necesidad de construir una teoría constitucional de los derechos. Una Constitución no puede ser adecuadamente leída, coherentemente interpretada y lúcidamente aplicada si el operador jurídico no dispone para ello de una teoría constitucional apropiada y

profundamente anclada en esa norma fundamental. Una teoría constitucional adecuada -es decir, para una determinada constitución- es el instrumento indispensable para que los artículos codificados digan algo más de lo que permite deducir su imperfecta gramática. Sólo una teoría constitucional permite superar las contradicciones internas, los vacíos y las oscuridades que acusa una carta constitucional.<sup>2</sup>

Y sólo una teoría adecuada de los derechos constitucionales es garantía de que éstos tengan una identidad confiable, un alcance preciso, un ámbito de aplicación seguro y puedan, entonces, ser efectivamente tutelados sin perplejidades ni incertidumbres. Un instrumento teórico así, permite igualmente dirimir los conflictos entre los derechos de las personas y sus deberes constitucionales, entre los derechos individuales y los bienes colectivos, o las colisiones de los derechos entre sí. En cambio, un manejo desconceptualizado de los derechos constitucionales induce a la aplicación de reglas mecánicas de prevalencia como aquella según la cual «siempre y de manera absoluta los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás», sin tomar en consideración de qué derechos se trata ni la situación económica de los menores y la existencia de otros créditos (como, por ejemplo, créditos laborales); induce también a afirmaciones tan toscas como, por ejemplo, aquella según la cual cuando se dan conflictos entre grupos de personas habría que preferir el derecho del mayor número. La carencia de una teoría de los derechos constitucionales ha llevado a pensar en la pertinencia de procedimientos hermenéuticos de estirpe exegética y mecánica para superar las contradicciones internas que acusan los textos fundamentales; así, *verbi gratia*, cuando chocan varios derechos entre sí, la cuestión se supera apelando a reglas de la Ley 153 de 1887, como aquellas que ordenan preferir la norma especial a la general o la norma posterior a la anterior. Por esta vía, se ha llegado a decir que, en situaciones de colisión de derechos con bienes colectivos, se aplican en forma rígida postulados tales como el de que «en todo caso el interés general predomina sobre el particular», lo cual supondría que los derechos individuales jamás resisten a ninguna consideración relativa al interés colectivo; o que «en ningún caso la tutela puede servir frente a operativos militares, como quiera que ellos protegen la seguridad colectiva».

2 Una teoría constitucional adecuada para operar con la Constitución de 1991 es necesaria para asegurar el efectivo relevo constitucional, para no seguir leyendo la nueva Carta con las categorías conceptuales de la anterior. Así lo he planteado en mi artículo *INTRODUCCIÓN A UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA*. En: Revista ESTUDIOS DE DERECHO, Universidad de Antioquia. Medellín. N° 117-118 (1991); pp. 7-28. Modelo de una teoría constitucional es la expuesta para la Constitución alemana por Robert ALEXY, en su *TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Sólo cuando se tiene una teoría adecuada de los derechos, se puede dar un alcance cierto y matizado a afirmaciones tan tópicas como la de que «ningún derecho es absoluto, todos son relativos». Enunciados ante los cuales cabe preguntar: ¿En qué sentido será relativo el derecho a la vida? y ¿Bajo qué circunstancias se relativizan el derecho a no ser torturado (integridad física y moral) o la libertad de conciencia? Estas cuestiones convocan la elaboración de conceptos como el de *Contenido Esencial* de los derechos fundamentales susceptibles de ser restringidos o modalizados.<sup>3</sup>

Construir una teoría adecuada de los derechos, es obra mancomunada de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la crítica doctrinaria. La primera, como pauta normativa trazada por quien reviste la autoridad de supremo intérprete y guardián de la integridad de la Constitución; y la segunda, como formulación conceptual que propicia o evalúa a la primera dentro de la comunidad científica de los juristas, a manera de control de opinión pública autorizada.

### 3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DERECHOS HUMANOS CONSTITUCIONALIZADOS

El primer punto semántico para despejar es la distinción entre *derechos humanos* y *derechos fundamentales*. ¿Son lo mismo? ¿Habrán derechos humanos que no son fundamentales? En la teoría jurídica contemporánea se tiende a un primer consenso lingüístico al respecto: Se ha concertado llamar derechos fundamentales a los derechos humanos que han adquirido la positivación necesaria en el ordenamiento jurídico nacional, preferentemente en el orden constitucional, y que, por lo tanto, logran un alto grado de posibilidad garante efectiva, propia de lo que tradicionalmente se conoce con la expresión *derecho subjetivo*. Son derechos constitucionalizados mediante una técnica especial de reconocimiento, definición y protección. Así las cosas, la fundamentalidad de un derecho debe pasar el *test* de la positivación interna, es decir, la inclusión en el catálogo o Carta de Derechos de una Constitución. Este ha venido a ser el primer requisito de fundamentalidad, la constitucionalización; es decir, su inclusión en norma de rango fundamental (algo así como si la fundamentalidad de la norma comunicara fundamentalidad al derecho subjetivo). Lo explica así el constitucionalista español Antonio PÉREZ LUÑO:

«[existe una] ... propensión doctrinaria y normativa a reservar el término «derechos fundamentales» para designar los derechos

3 Todas estas son expresiones que, a manera de muestra representativa, he escogido dentro del amplio repertorio de enunciados toscos y poco afortunados que con frecuencia se dicen.

positivados a nivel (sic) interno, en tanto que la fórmula «derechos humanos» sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como a aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo.»<sup>4</sup>

Para mejor ilustración, añade el autor en mención:

«En los usos lingüísticos jurídicos, políticos e incluso comunes de nuestro tiempo, el término «derechos humanos» aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los «derechos fundamentales». Los *derechos humanos* suelen venir entendidos como *un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel (sic) nacional e internacional*. En tanto que con la noción de los *derechos fundamentales* se tiende a aludir a *aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada*».<sup>5</sup>

Por ello, concluye PÉREZ LUÑO,

«Los derechos humanos abarcan aquellas exigencias que debiendo ser objeto de positivación no lo han sido. Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo. Se trata siempre, por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter *básico o fundamentador* del sistema jurídico político del Estado de Derecho».<sup>6</sup>

Según esta primera precisión, hay que entender los derechos humanos como una «categoría previa legitimadora e informadora de los derechos fundamentales», así como los derechos fundamentales serían una categoría descriptiva de los derechos humanos positivados en el ordenamiento jurídico. De tal manera que -según

4 PÉREZ LUÑO, Antonio. *LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*. Madrid: Tecnos, 1988. p. 44.

5 *Ibidem*, p. 46.

6 *Ibidem*, p. 47.

este autor- «los derechos fundamentales tienen su fundamento en un sistema de valores previo: El orden objetivo y universal ...»<sup>7</sup>

Mediante la distinción anotada, se gana una inicial fase definitoria del concepto de *derechos fundamentales*: Su fuente normativa de positivación. Según esta manera de entender la referida terminología, el primer componente de fundamentalidad lo constituye el reconocimiento del derecho en una norma que ostente el rango de fundamental (norma que ocupa la más alta jerarquía, norma suprema que sirve como razón de validez de todas las restantes normas del ordenamiento) en el sistema jurídico nacional. Es decir, su consagración expresa en alguna de las normas que forman el complejo normativo denominado *constitución en sentido material* (carta constitucional, ley fundamental, documentos básicos de gobierno, etcétera). Así las cosas, un derecho fundamental es un derecho constitucional o de rango constitucional o de origen constitucional. Este primer *test* de fundamentalidad es exigido en la doctrina alemana de los derechos fundamentales con extremada rigidez positivista. Así, según Robert ALEXY, sólo puede denominarse norma de derecho fundamental a aquella que surge directamente de un enunciado de derecho fundamental contenido en el texto de la Ley Fundamental o aquella que surge adscriptivamente (por inferencia hermenéutica) de ese mismo texto.<sup>8</sup>

Sin embargo, esta inicial exigencia no agota el concepto de fundamentalidad. En primer lugar, porque la Constitución consagra derechos a granel, de los más disímiles tipos y con grados muy diversos de garantía. En semejante sobreabundancia y versatilidad de los derechos, cualquier interés ética o políticamente plausible ha sido filtrado en la Carta bajo el ropaje lingüístico expreso o tácito de un derecho. Por ello, al igual que muchas otras constituciones contemporáneas, nuestra Constitución de 1991 admite la existencia de derechos con diversa y desigual -inclusive con dudosa- posibilidad garante y con muy dispereja significación para el modelo político-jurídico constitucionalizado. Así, entre las muchas rarezas, encontramos derechos de índole moral, como el derecho de resistencia frente a la opresión tiránica (artículo 20-4 de la Ley Fundamental de Bonn); ideales socio-políticos valiosos, como el derecho al desarrollo de los pueblos; derechos de contenido difuso, como el derecho de éstos a vivir en paz (artículo 22 de la Constitución Política); derechos de contenido totalmente programático, como el derecho de los productores de alimentos a recibir especial protección del Estado (artículo 65 de la Constitución Política); derechos puramente instrumentales, como el de los Ministros a ser escu-

7 *Ibidem*, p. 51.

8 ALEXY, Robert. *Op. cit.* pp. 62-73.

chados en la sesión del debate parlamentario para el cual fueron citados (artículo 135, numeral 8, de la Constitución Política); y garantías institucionales, como el derecho de las entidades territoriales a recibir determinadas transferencias del presupuesto de la Nación (artículo 287, numeral 4, de la Constitución Política).

Pero, si el atributo de fundamentalidad se define en términos de protección reforzada, entonces procede afirmar la existencia de diversas categorías de derechos de rango u origen constitucional, a todos los cuales cabe englobar bajo el género común de *derechos constitucionales*, mas no todos serían catalogables como fundamentales en sentido técnico (que es el sentido que este ensayo pretende esclarecer). Para recibir el tratamiento jurídico-positivo de fundamentales, los derechos constitucionales deben reunir un requisito adicional, a saber, estar dotados de una supergarantía o garantía reforzada o ser susceptibles de ella (un *plus* de protección).<sup>9</sup> Tiene plena lógica, entonces, que el artículo 86 de nuestra Carta, al definir el bien jurídico de la acción de tutela se refiera a los derechos *constitucionales fundamentales* sin incurrir por ello en redundancia. Para precisar mejor los contornos del concepto de derechos fundamentales habrá que indagar cuáles son las garantías cualificadas que a ciertos derechos se asigna y ello sólo se puede saber en cada orden constitucional. Además, la fundamentalidad estará dada en diversas modalidades garantes y en desiguales grados de cualificación, y será una derivación del grado de trascendencia que el derecho garantizado tiene dentro del orden socio-político fundamental que la Constitución prefigura.

También, la doctrina española exige el reconocimiento en fuente constitucional como requisito *sine qua non* de fundamentalidad, pero se exige algo más: Una especial dotación garantista mediante mecanismos que aseguren al derecho reconocido un alto grado de eficacia. Desde este ángulo, «no cabe duda de que existe una graduación en la importancia de los derechos regulados en la Constitución», graduación que se traducirá en una diversificada gama de dispositivos garantes acorde con el nivel que el derecho constitucional ocupe en esa jerarquía.<sup>10</sup> Contrastando con lo anterior, algunas constituciones, como la italiana, no admiten la categoría jurídico-técnica de derechos fundamentales sino sólo la de derechos constitucionales, como quiera que en ellas no es posible una jerarquización de categorías de

9 Esa es la concepción de doctrinantes españoles como Lorenzo MARTÍN RETORTILLO. *DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIÓN*. Madrid: Civitas, 1988. pp. 81 y 82; y Pedro Cruz VILLALÓN. *LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (Alemania, España, Francia e Italia)*. Obra colectiva dirigida por Antonio LÓPEZ PINA, Madrid: Civitas, 1991. pp. 126-128.

10 Jorge DE ESTEBAN y Pedro GONZÁLEZ-TREVILANO. *CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL*. Madrid: Universidad Complutense, 1992. Tomo I, p. 271.

derechos que permita elevar a una clase de estos al rango de derechos con garantía reforzada y cualificada.<sup>11</sup>

Pero, existe un segundo problema que torna insatisfactoria la equivalencia entre las nociones de derechos fundamentales y derechos humanos, tal como ha quedado expuesta arriba: El artículo 93, inciso 1°, de nuestra Carta Constitucional remite a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia y que prohíben su limitación durante los estados de excepción, para ordenar su prevalencia en el «orden interno», lo cual equivale a una incorporación de tales derechos al orden constitucional. En este sentido, nuestra *Carta de derechos* ha sido ampliada y completada por los tratados internacionales mencionados, lo cual significa que tales derechos son constitucionales por remisión incorporativa. No obstante, debe tenerse en cuenta que no son todos los tratados ratificados por Colombia sobre tal materia sino únicamente los que, además del reconocimiento de derechos, prohíben la limitación de estos bajo los estados de anomalía constitucional. Son, pues, dos las condiciones de incorporación exigidas para que tales derechos humanos puedan adquirir *status* de derechos constitucionales: Su reconocimiento en tratados o convenios internacionales ratificados por el Estado colombiano y, además, que en dichos tratados se haya prohibido su limitación durante la vigencia de los estados de excepción (limitación por razones de seguridad nacional). En tal sentido esclarecedor se ha pronunciado Corte Constitucional en dos sentencias claves: a) en la Sentencia C-295 de 1993 (Magistrado Ponente Carlos GAVIRIA DÍAZ), al considerar que el artículo 93 debe interpretarse en armonía con el 214-2 de la Constitución Política y que, por lo tanto, los derechos humanos prevalentes son sólo aquellos cuya suspensión o limitación está prohibida, aun en estados de excepción, por los tratados internacionales. En esta ocasión, la Corte Constitucional encontró que ni el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, ni la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) prohibían la suspensión del derecho de propiedad, razón por la cual este derecho no debería ser incluido -según la Corte- en la lista de los derechos de prevalencia en el «orden interno»; y b) en la Sentencia C-225 de 1995 (Magistrado Ponente Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO), al revisar la constitucionalidad de la Ley 171 de 1994 (por medio de la cual se aprobó el Protocolo II de Ginebra sobre el derecho internacional humanitario vigente en los conflictos armados de carácter interno). En esta providencia, la Corte reconoció el carácter prevalente de

11 Así lo plantea el catedrático italiano Alejandro PACE, en *LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES* (Alemania, España, Francia e Italia). *Op. cit.* pp. 76-82.

los derechos contenidos en el referido Protocolo II, por considerar que son derechos cuya vigencia no puede ser limitada o suspendida durante los conflictos armados de naturaleza no internacional.

Pero, además de lo anterior, nuestra Constitución de 1991 adiciona una dificultad al ya anotado requisito de la rigurosa positivación como primera nota definitoria de los derechos fundamentales (es decir para llenar la exigencia de que el derecho fundamental debe estar consagrado expresamente en norma constitucional positiva): El artículo 94 de la Constitución Política induce la más amplia expansión de derechos constitucionales por la vía del reconocimiento puramente judicial o jurisprudencial de derechos, aunque estos no tengan respaldo en texto normativo alguno (textos constitucionales e internacionales), pero cuyo reconocimiento sea derivable por la vía del discurso axiológico o ético a partir del valor *dignidad humana* (derechos inherentes o esenciales a la persona humana). Con esta norma, que preconiza la existencia y tutela de derechos «inherentes a la persona humana» aunque no figuren expresamente en la Constitución y en los tratados internacionales vigentes para Colombia, se abre una brecha a la exigencia de seguridad pero se suaviza la rigidez positivista de aquellas tesis según las cuales donde no hay una norma y una garantía específicas no puede hablarse de la existencia de un derecho. Presenta, pues, nuestra Carta dos lenguajes para referirse a los derechos: El lenguaje técnico-jurídico que exige rigor conceptual (con tranquilizadora seguridad jurídica y predictibilidad práctica) y el lenguaje ético o axiológico, casi iusnaturalista («dignidad humana», en el artículo 1°, «derechos inalienables de la persona», en el artículo 5°, y «derechos inherentes a la persona humana», en el artículo 94), que pide una reflexión moral, por lo tanto menos científica (aunque no exenta de racionalidad argumentativa), y que sólo puede resolverse mediante la argumentación, la fundamentación racional de las proposiciones. Resulta claro que tal dificultad -que de por sí baja considerablemente el nivel de seguridad y predictibilidad de los fallos- puede ser un obstáculo superable, como veremos, por una teoría de los derechos anclada profundamente en un sólido cuerpo de jurisprudencia.

Como conclusión de esta primera aproximación al concepto de derecho fundamental, queda aclarado lo siguiente: La expresión derecho fundamental viene a reemplazar a las tradicionales de derechos civiles, libertades públicas, etcétera, en el lenguaje filosófico y de derecho comparado de los derechos humanos. Esa expresión denota una positivación formal de tales derechos en las Cartas constitucionales y su concreción en verdaderos derechos subjetivos (algo más que vehementes exigencias morales). Sin embargo, en rigor constitucional, sólo puede hablarse de derechos fundamentales -como categoría especial de derechos- en aquellos

ordenamientos en los cuales cierto grupo privilegiado de derechos constitucionalmente reconocidos recibe un tratamiento garante cualificado («tutela reforzada» dicen los juristas españoles) frente a intentos de violación, desconocimiento, desdibujamiento reglamentario o reforma restrictiva, todo ello en razón de que tal grupo privilegiado de derechos es asumido como fundamento del orden sociopolítico justo y pacífico. Pero en las constituciones que no admiten jerarquización o categorización de derecho -sea porque sólo se reconoce un tipo cerrado y homogéneo de derechos, como en la de los Estados Unidos de América, ora porque todos los derechos se consideren de la misma importancia, como en Italia- no cabe hablar de derechos fundamentales en el sentido técnico aquí postulado. En ellas se dirá que existen derechos constitucionales (a secas) o derechos fundamentales desde el punto de vista de la filosofía jurídica, en el sentido de derechos humanos positivados con rango constitucional.<sup>12</sup>

#### 4. LA FUNDAMENTALIDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Emergiendo de la terminología tradicional (derechos civiles, libertades públicas, derechos humanos, derechos individuales, etcétera), el concepto de derechos fundamentales adquiere relieve en el derecho constitucional europeo. Aunque sin antecedentes en nuestra historia constitucional (la Constitución de 1886 utilizaba la expresión «derechos civiles y garantías sociales»), el Constituyente de 1991 tomó esa nueva categoría de dos fuentes extranjeras, a saber, la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (1949) y la Constitución Española de 1978 que, a su vez, había recibido la influencia del constitucionalismo germánico de la segunda postguerra. En esta vertiente debe ubicarse la expresión derechos fundamentales que utiliza nuestra Carta. Se precisa, pues, una mirada al constitucionalismo contemporáneo de estas dos naciones, para una mejor comprensión de nuestros textos básicos.

##### 4.1. LOS «GRUNDRECHTE» DE LA CONSTITUCIÓN ALEMANA

La teoría de los derechos fundamentales como derechos dotados de un conjunto de modalidades de protección reforzada surge en la Ley Fundamental de

12 Debe hablarse de *derechos fundamentales*, más que de *libertades públicas* o *derechos civiles* o *libertades individuales*, porque «mientras las libertades públicas se refieren a los derechos tradicionales de signo individual y tienen como finalidad prioritaria el garantizar las esferas de autonomía subjetiva, los derechos fundamentales ... tienen un significado más amplio y comprenden, junto a las libertades tradicionales, los nuevos derechos de carácter económico, social y cultural». (PÉREZ LUÑO. *Op. cit.* p. 51).

Bonn y en sus desarrollos doctrinarios durante la segunda postguerra. La idea que inspira a esta concepción es la de que ciertos derechos conforman el núcleo del sistema político adoptado en la constitución, en cuanto sobre tales derechos descansa dicho orden constitucional, son su fundamento (*Grundlage*). En este orden de ideas, el Capítulo Primero de esa Constitución se titula «De los Derechos Fundamentales: *DIE GRUNDRECHTE* (expresión que bien podría traducirse como los «derechos fundantes»), y su artículo 1º es del siguiente tenor:

«Artículo 1-1. La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección.

1-2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre, como fundamento (*grundladge*) de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

1-3. Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al poder legislativo, al poder ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable».

Afirmar, dentro de este contexto, que un derecho es fundamental tiene, pues, tres significaciones: a) en el orden moral, significa que ese derecho emana directamente de la dignidad del hombre y que es esencial o inherente o inalienable al ser humano (derecho sin el cual el ser humano deja de ser tal, se rebaja en su dignidad o se destruye su esencia); b) en el orden político-social, significa que ese derecho representa un pilar sobre el cual descansa y se sostiene el orden de convivencia pacífica y justa (sin el cual el orden social desaparecería o se tornaría insoportable por injusto y la existencia en él se tornaría miserable); y c) en el plano técnico constitucional, ese derecho goza de un conjunto de garantías reforzadas frente a los poderes públicos, aun frente al legislador y frente al poder constituyente.

Circunscritos al campo del derecho constitucional positivo alemán, los *Gundrechte* tienen las siguientes modalidades garantes:

A. Tienen *Carácter Vinculante* sobre todos los poderes públicos. Es decir, los enunciados constitucionales que los contienen son normas jurídicas en sentido pleno y, por tanto, se imponen sobre cualquier órgano del Estado (el Legislador, la Administración y los Tribunales) como verdaderas obligaciones jurídicas correlativas a derechos públicos subjetivos. Decir que un derecho fundamental está dotado de fuerza vinculante significa que **no es un simple derecho programático**, que es algo más que un ideal o una buena intención del Constituyente, que no es una mera directriz para que el legislador los vaya desarrollando en la medida de sus posibilidades y según su voluntad política. Todo ello se materializa en la necesaria

*justiciabilidad* de tales derechos: Es decir, que el Tribunal Constitucional Federal alemán está en capacidad de defenderlos frente a las actuaciones del Legislador -quien no puede disponer de ellos- y, también, frente a la Administración Pública y los Jueces.<sup>13</sup>

B. Son derechos de *Aplicación Directa* por parte de los Jueces y órganos administrativos (artículo 1-3), y con esta fuerza vinculan a todos los órganos del Estado. La aplicabilidad directa significa que todo funcionario está obligado a fundamentar sus decisiones en las normas que reconocen tales derechos, sin esperar ningún desarrollo legislativo, reglamentario o instrumentación administrativa alguna. Para su aplicación, tales derechos no requieren un desarrollo proveniente de decisión política o administrativa alguna, su tutela deriva directamente del texto constitucional (no son cláusulas programáticas cuya vigencia real queda diferida a la voluntad política del legislador o del administrador público). En este sentido, la aplicación directa de un derecho fundamental está íntimamente ligada a su condición de norma vinculante. De allí, que sean derechos tutelables aun cuando el legislador haya omitido la regulación de los mismos, ya que en tales casos la desidia del poder legislativo se sanciona con la eficacia inmediata del derecho a partir del solo texto constitucional, sin que pueda invocarse el aparente carácter «programático» de la norma que lo reconoció.<sup>14</sup>

C. Son derechos dotados de la garantía de la *Reserva de Ley*, lo cual quiere decir que la regulación de su ejercicio, su limitación o restricción es competencia exclusiva del poder legislativo, mediante ley general que indique el derecho correspondiente (artículo 19-1 de la Ley Fundamental, al igual que los artículos 5°, 6° y 10-2 de esta misma Constitución). Se excluye de esta materia, la regulación por vía de reglamento o acto administrativo.

D. Los derechos fundamentales gozan de la garantía del *Contenido Esencial* frente al poder legislativo, lo cual implica que cuando la ley regule su ejercicio, o

13 Véase ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 484. Aunque este autor distingue sutilmente entre la fuerza vinculante y la condición de derecho subjetivo.

14 La omisión del legislador en materia de derechos fundamentales ha dado lugar a que el Tribunal Constitucional Federal alemán decrete la «inconstitucionalidad por omisión» y proceda, entonces, a ordenar la aplicación inmediata de la norma constitucional, es decir, que el Juez sustituya al legislador en esta tarea. Así sucedió en el fallo del 29 de enero de 1969, dictado por el senado del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana, en el cual fallo se ordenó la aplicación directa del artículo 6-5 constitucional cuyo texto dice: «La legislación otorgará a los hijos habidos fuera del matrimonio las mismas condiciones para su desarrollo físico y espiritual y su inserción en la sociedad que a los hijos legítimos». (Ver al respecto: PINA, Rolando E. *CLÁUSULAS CONSTITUCIONALES OPERATIVAS Y PROGRAMÁTICAS*. Buenos Aires: Astrea, 1973).

introduzca limitaciones, regulaciones o modalidades en su ejercicio, debe respetar, en todo caso, un ámbito mínimo e irreductible que preserve el derecho de toda reglamentación que lo torne nugatorio en la práctica (artículo 19-2 de la Ley Fundamental).

E. Sólo los derechos fundamentales pueden ser reclamados y protegidos, en caso de violación o desconocimiento, mediante un procedimiento especial de tutela judicial inmediata y efectiva de rango constitucional conocido como *Recurso de Amparo*, el cual se tramita directamente ante el Tribunal Constitucional Federal (artículos 19-4 y 93-4.a de la Ley Fundamental).

F. Los derechos fundamentales están *protegidos*, aun frente a eventuales tentativas del poder constituyente secundario para abolirlos, restringirlos o disminuir su protección. En efecto, según el artículo 79-3, el constituyente delegatario (y, en una interpretación amplia, el pueblo alemán como constituyente) no puede mediante referendo alterar o derogar las cláusulas constitucionales que reconocen y protegen los *Grundrechte*. En este sentido, a las normas sobre derechos fundamentales se les denomina *cláusulas intangibles*, lo que las eleva a la categoría de derecho supra-positivo cuya validez está por encima de cualquiera decisión jurídico-política (de alguna manera *derecho natural*). Reza, así, el citado artículo 79-3: «*Será nula toda modificación de la presente ley en virtud de la cual se afecte ... a los principios establecidos en los artículos 1 a 20*».<sup>15</sup>

Por tanto, afirmar dentro del constitucionalismo federal alemán de la segunda postguerra que «un determinado derecho es derecho fundamental», significa que tal derecho goza de estas seis super-garantías anotadas, que su protección está cualificada o reforzada por todas estas salvaguardias especiales de las cuales están privados los demás derechos constitucionales, los derechos legales, los derechos consignados en tratados internacionales o los derechos de cualquiera otra índole (contractuales, estatutarios, etcétera). Pero, ¿Cuáles son estos derechos que el Constituyente federal alemán sobreprotegió bajo la clasificación de fundamentales? La primera respuesta surge, en forma clara, del texto mismo de la Constitución y de su más

15 Nos hallamos frente a un verdadero «límite material» al poder constituyente reformador. Así lo concibe Klaus STERN, quien sustenta la plausibilidad de tal garantía en la consideración de que tales cláusulas son la «sustancia básica indispensable» del Estado Constitucional en cuanto conforman el «consenso fundamental en torno al Estado de derecho democrático y libre», lo cual -según este autor- asegura «la continuidad de una comunidad que descansa sobre determinadas decisiones fundamentales históricamente tomadas». Claro que STERN limita la vinculatoriedad de este límite únicamente al «poder legislativo que reforma la Constitución». *DERECHO DEL ESTADO DE LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. Pp. 342-345).

estricta interpretación: Son derechos fundamentales los derechos enunciados en los artículos 1 a 19 de la Ley Fundamental, ya que expresamente el acápite del Capítulo Primero así los denomina (*Die Grundrechte*) y, además, el artículo 1-3 textualmente reza que «los derechos fundamentales que a continuación se enuncian ...» son los que están protegidos por las garantías de vinculatoriedad plena para todos los poderes públicos, a título de derechos directamente aplicables. Tales derechos son: Derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la integridad física, a la libertad personal, derecho a la igualdad, a la libertad de creencias y de religión, a la objeción de conciencia frente al servicio militar obligatorio, a la libertad de opinión y expresión de la opinión, a la información, a la libertad de enseñanza, creación artística e investigación, derecho a criar y educar los hijos, derecho a la protección a la maternidad, libertad de fundar establecimientos privados de enseñanza (excepto la primaria), derecho de reunión, asociación y sindicalización, derecho a la lucha sindical, derecho al secreto de correspondencia, libertad de locomoción y de residencia, libertad para escoger profesión y oficio, derecho a la inviolabilidad del domicilio, derecho de propiedad privada y de herencia, derecho a la nacionalidad y no ser extraditado al extranjero, derecho de asilo y derecho de petición.

Adicionalmente, el artículo 93-4.a incluye otro grupo de derechos catalogables como fundamentales en cuanto quedan protegidos -al igual que los anteriormente enumerados- por el recurso constitucional de Amparo ante el Tribunal Constitucional Federal: Derecho de resistencia a la autoridad tiránica, derecho a acceder igualitariamente a los cargos públicos, derechos políticos, la garantía del Juez legal ordinario y a acceder a la justicia, derecho al debido proceso legal, garantía de la legalidad de la pena y del delito y del *non bis in idem* en materia punitiva, el derecho a no ser sancionado con privación de la libertad física sino en aplicación de una ley en sentido formal y mediante decisión judicial, y las garantías básicas del detenido (no ser maltratado física o moralmente, a ser puesto a disposición de autoridad judicial a más tardar el día siguiente a la captura y a dar aviso a los familiares sobre el hecho de la detención).

Como puede apreciarse, los *Grundrechte* integran un grupo reducido y cerrado de derechos individuales, casi todos ellos pertenecientes a la llamada «primera generación de derechos». Sólo a este conjunto taxativo de preceptos constitucionales se atribuye naturaleza de «normas de derecho fundamental».<sup>16</sup> En principio, se

16 ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 65. «... disposiciones de derecho fundamental son los enunciados formulados en los artículos 1 a 19 de la Ley Fundamental y los enunciados contenidos en los artículos 20-4, 33, 38, 101, 103 y 104 de la Ley Fundamental que confieren derechos individuales».

excluyen, entonces, los derechos sociales y los derechos colectivos, de la categoría de fundamentales. Así lo afirma la doctrina cuando expresa que «La Ley Fundamental garantiza básicamente, según sus propios términos, los derechos fundamentales tradicionales de inspiración liberal».<sup>17</sup> O, también, cuando se conceptualiza en los siguientes términos:

«La Ley Fundamental, en lo esencial, limita su garantía de los derechos fundamentales a los clásicos derechos del hombre y del ciudadano. En cambio, renuncia a los derechos fundamentales calificados de «carácter social», tal y como figuran en un cierto número de Constituciones de los *länder* alemanes (Baviera, Hesse): Derecho al trabajo, a una remuneración justa del trabajo realizado, derecho a la vivienda».<sup>18</sup>

Sin embargo, tan restrictiva concepción ha podido ser moderadamente superada gracias a la interpretación amplia que de ciertos textos constitucionales se ha permitido elaborar el Tribunal Constitucional Federal. En esta línea, el ya citado autor Klaus SCHLAICH, nos dice:

«Sobre esta base, e incluso forzando el tenor literal del texto en materia de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional Federal ha elaborado una red muy densa de derechos constitucionales en favor del ciudadano en sus relaciones con el Estado. Un ejemplo de ello puede constituirlo el principio de «utilización moderada del poder» (proporcionalidad = *Verhältnismässigkeit*), según la cual toda acción que provenga del Estado, comprendido el poder legislativo, debe ser necesaria, apropiada y no excesiva, pudiendo ser controlado este punto por los tribunales».<sup>19</sup>

Esta vía de ampliación hermenéutica del listado de derechos fundamentales ha permitido, en determinados casos excepcionales, el reconocimiento y amparo de derechos sociales o derechos de prestación por parte del Tribunal Constitucional

17 SCHLAICH, Klaus. «El Tribunal Constitucional Federal Alemán». En: *TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EUROPEOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 134. Y añade a continuación este autor: «Los derechos fundamentales habían sido proclamados, de un modo prácticamente idéntico, en la Constitución de Frankfurt de 1849; la Constitución de Weimar fue más abierta en este punto, incluyendo en particular algunos derechos sociales».

18 RUPP, Hans G. «El Tribunal Constitucional Federal Alemán». En: *TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EUROPEOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 324. Y añade la razón: «Los derechos fundamentales son derechos que tienden a defender al individuo del Estado».

19 SCHLAICH, Klaus. *Op. cit.* p. 134.

Federal alemán. Se trata de un procedimiento consistente en «adscribir -según expresión de ALEXY- a las disposiciones de derechos fundamentales normas que confieren derechos sociales fundamentales». <sup>20</sup> Es decir, no es que propiamente se hable de derechos fundamentales sociales como entidades jurídicas autónomas con validez jurídica propia sino de «interpretaciones sociales de la libertad y la igualdad». <sup>21</sup> En forma cautelosa, a partir de un fallo de 1951 sobre la asistencia social, el Tribunal ha sostenido que, si bien nadie tiene un derecho subjetivo a reclamar la protección estatal contra la penuria económica con base en el principio de dignidad humana, **el legislador no puede omitir arbitrariamente, es decir, sin un fundamento objetivo, la obligación que le impone el modelo de Estado Social de asistencia social de los necesitados.** Luego, en cuanto tal obligación (proveer la subsistencia de quienes por sus condiciones físicas o síquicas no pueden obtenerla por sí mismos) es vinculante, la injustificada omisión de ella genera un derecho subjetivo a reclamar el mínimo vital por la vía del recurso de inconstitucionalidad. Semejante postura jurisprudencial conduciría posteriormente, en 1975, a reafirmar la existencia de un derecho fundamental a «un mínimo vital», derecho social tácito adscribible al de dignidad humana reconocido en el artículo 1º de la Ley Fundamental. En fallos posteriores (fallos conocidos como *numerus clausus*, especialmente de 1977), el Tribunal hubo de admitir el derecho a reclamar posibilidades reales y efectivas de acceso a una formación profesional en términos de una razonable oferta de cupos universitarios (diferente al derecho subjetivo *ipso iure* de alguien a un determinado cupo). Lo más resaltante es que, en todos estos pronunciamientos, la jurisprudencia ha aceptado que los derechos a prestaciones sólo existen en tanto en cuanto se revelan necesarios para hacer reales los derechos de libertad (derecho a escoger profesión u oficio) o de igualdad (acceso igualitario a las plazas educativas), mas no ha aceptado la existencia de derechos sociales sustentables en sí mismos, con base en norma constitucional. <sup>22</sup>

Pero, aunque la dogmática constitucional alemana haya permanecido anclada en la concepción liberal de los derechos fundamentales, el gran viraje reside en que, ahora, tales derechos no se asumen como simples derechos de defensa (obligación de no hacer) sino que incluyen obligaciones positivas del Estado (obligaciones de hacer y de dar), es decir son derechos de libertad con una estructura normativa de derechos de prestación. Eso sí, tales derechos de prestación otorgan facultades de reclamación siempre que se llenen ciertos presupuestos (por ejemplo, el bachillera-

20 ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 483.

21 *Idem.*

22 En esta descripción he seguido de cerca a Robert ALEXY. *Op. cit.* pp. 422-426.

to para acceder a una plaza universitaria) y siempre «bajo la reserva de lo posible», lo que significa que consagran derechos *prima facie*, no derechos definitivos, sino derechos subjetivos cuya exigibilidad inmediata está supeditada a que no sean desplazados por otros principios de igual o superior peso constitucional para el caso específico (ejercicio de ponderación).

#### 4.2. LA FUNDAMENTALIDAD GRADUALIZADA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La Constitución Española de 1978, al recibir la influencia del constitucionalismo alemán de post-guerra, acogió el concepto de derechos fundamentales que los asocia a la idea de derechos fundantes del orden social pacífico y justo, derivados de los valores superiores (justicia, igualdad y pluralismo) y del principio de dignidad humana y, por todo ello, dotados de especiales dispositivos garantes. Sin embargo, se aprecian dos importantísimas diferencias respecto al sistema alemán de derechos:

En primer lugar, en visible contraste con la simplicidad y taxatividad germánicas en esta materia, España adoptó una rica, variada y complejísima Carta de derechos constitucionales cuya sistemática es de difícil manejo debido a una cierta falta de rigor conceptual y terminológico. Así, el Constituyente de 1978 denomina «De los Derechos y Deberes Fundamentales», al Título Primero de su obra (del artículo 10 al 55) y, en él, procede a incluir toda una extensa gama de derechos de la más variada especie y procedencia ideológica, gama que empieza por la enunciación del principio de dignidad humana y el derecho genérico de libertad (libre desarrollo de la personalidad) y prosigue con los derechos de nacionalidad y extranjería (Capítulo Primero), para pasar, luego, a los clásicos «derechos y libertades» (Capítulo Segundo), y finalizar el amplio listado con los derechos sociales, económicos y culturales (y algunos derechos colectivos), a los que ni siquiera denomina derechos sino simplemente «Principios Rectores de la Política Social y Económica» (Capítulo Tercero). Pero, ya circunscritos al Capítulo Segundo («Derechos y Libertades»), los derechos están divididos en dos secciones: La Sección Primera se denomina «De los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas» y abarca desde los derechos individuales de tradición liberal (a la vida, a la integridad, a la intimidad, a la libertad de opinión, locomoción, culto, reunión, asociación, etcétera) hasta el derecho a la educación y la sindicalización; la Sección Segunda («De los Derechos y Deberes del Ciudadano»), se ocupa de derechos como la objeción de conciencia frente al servicio militar obligatorio, el derecho al matrimonio, a la propiedad privada y a la herencia, el derecho al trabajo y a la negociación colectiva laboral y la libertad de empresa. Como se ve, el concepto de derechos fundamentales aparece

como denominación genérica y omnicompreensiva de toda la Carta de derechos y también como categoría reducida y específica de derechos. ¿Cuáles son los realmente fundamentales?

En segundo lugar, la sistemática española introduce la destacable innovación de la **gradualización y jerarquización de los derechos constitucionales**. Es decir, el concepto de fundamentalidad por grados; idea según la cual los derechos son fundamentales de distintas maneras, según diferentes modalidades y niveles de supergarantía. En efecto, el artículo 53 de la Carta española agrupa los derechos reconocidos generosamente en el Título Primero, en tres categorías perfectamente separadas, así:

A. Los derechos constitucionales del Capítulo Segundo *vinculan a todos los poderes* públicos, incluido el poder legislativo, lo cual implica que no son simples cláusulas programáticas cuya realización queda librada a la voluntad del Parlamento y de la Administración sino imperativos jurídicos insoslayables de perentorio cumplimiento. Además, estos derechos poseen la garantía de la *reserva de ley*, lo cual significa que la regulación de su ejercicio (limitación, restricción o condicionamiento) sólo puede llevarse a cabo mediante ley en sentido formal. Y, en todo caso, tal regulación no puede tocar la garantía del *contenido esencial* o zona central que constituye el «núcleo duro» del derecho. Consecuencia necesaria de tales características es la *eficacia directa* que habrá de reconocérseles a estos derechos, lo que equivale a decir que pueden ser aplicados en las decisiones judiciales y administrativas particulares a partir del simple texto constitucional sin que para ello sea menester un desarrollo legislativo o una instrumentación reglamentaria. Tales garantías pueden hacerse valer mediante el mecanismo genérico de defensa constitucional conocido como *recurso de inconstitucionalidad* ante el Tribunal Constitucional. Como se anotó arriba, el referido Capítulo Segundo engloba un grupo amplio que incluye tanto los derechos individuales clásicos o de primera generación (derechos de libertad, de igualdad, derechos de participación política, garantías judiciales, derecho de propiedad, libertad económica, etcétera) como también algunos derechos económico-sociales (el derecho al trabajo, a la sindicalización, a la negociación colectiva y a la huelga) y también el derecho socio-cultural a la educación. Se excluye de este grupo a los derechos de nacionalidad y extranjería (mayoría de edad, derecho de asilo, etcétera) y a la mayoría de los derechos socio-económicos aglutinados en el Capítulo Tercero bajo el rubro de «principios rectores de la política social y económica (derecho a la salud, a la seguridad social, al medio ambiente sano, a la vivienda, derechos de las personas de tercera edad, etcétera).

B. Los derechos a la igualdad (artículo 14) y a la objeción de conciencia (artículo 30) y los derechos contenidos en la Sección Primera del referido Capítulo Segundo -los cuales reciben la denominación específica e identificante de «Derechos Fundamentales» (artículos 15 a 29)- integran el grupo más privilegiado de derechos pues, además de las garantías descritas en «A» para todos los derechos del Capítulo Segundo (carácter vinculante, eficacia directa, reserva de ley y contenido esencial), gozan de una protección super-reforzada consistente en que se pueden hacer valer mediante un recurso judicial especial preferente y sumario ante la jurisdicción ordinaria que el legislador diseñe y, también, mediante el *Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional*. Además, estos derechos tienen un *plus* de protección frente al poder de las mayorías parlamentarias, consistente en la *Reserva de Ley Orgánica* (artículo 81 de la Constitución Española), esto es, su regulación legislativa requiere un trámite más exigente en cuanto al *quantum* de voluntad política necesaria para aprobar dicha clase de leyes: La mayoría absoluta, y no la mayoría relativa como es la regla general para la adopción de la norma legal.<sup>23</sup> Adicionalmente, este reducido conjunto de derechos cierra su constelación de super-garantías con el extraordinario privilegio de estar protegido frente al poder constituyente (poder de las mayorías parlamentarias y las mayorías populares), mediante la exigencia de un procedimiento especial previsto en el artículo 168 y según el cual para reformar las normas constitucionales que los contienen se requiere: 1) aprobación inicial de dos tercios de las Cámaras Legislativas (Cortes Generales), 2) posterior disolución de las Cámaras, 3) elección de nuevas Cámaras, 4) nueva aprobación de las Cámaras recientemente elegidas, por dos tercios, y 5) aprobación por el pueblo en *referendum*.

¿Cuáles son estos derechos de fundamentalidad tan especialmente cualificada? Siguiendo el tenor literal de la Carta española este manojo selecto y privilegiado de derechos humanos lo componen los derechos a la Igualdad ante la ley (que no incluye la igualdad real), a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad ideológica, religiosa y de cultos, a la libertad personal y a la seguridad personal frente al Estado, al honor, intimidad e imagen propia, a la inviolabilidad del domicilio (salvo orden judicial), al secreto de las comunicaciones (salvo orden judicial), a elegir libremente la residencia y a la libre locomoción (incluida la libertad de emigrar y retornar), a la libertad de expresión (difundir el pensamiento mediante la palabra y su reproducción por cualquier medio), a la libre creación artística, litera-

<sup>23</sup> La Ley Orgánica española (artículo 81) sirvió de modelo inspirador de la Ley Estatutaria, en la Constitución colombiana de 1991 (artículos 152 y 153 de la Constitución Política); y ambas difieren de la Ley Orgánica francesa que se caracteriza -como nuestra Orgánica- por trazar mandatos al propio legislador.

ria y técnica, a la libertad de cátedra, a la libre emisión y recepción de información sin censura previa, a reunión pacífica y sin armas (sin necesidad de autorización previa, excepto en lugares públicos), a la asociación (con fines y medios lícitos, salvo que sean secretas o de tipo «paramilitar»), a la participación directa o representativa y a acceder a cargos públicos (con los requisitos que señalen las leyes, al acceso a la justicia y al debido proceso (tutela efectiva y no indefensión, derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, posibilidad real de defensa, derecho a la asistencia letrada, a un proceso público y sin dilaciones injustificadas, a no declarar contra sí mismo, y a la presunción de inocencia), a la legalidad previa de la sanción, derechos del penitenciado, derecho a la educación y a la libertad de enseñanza, derecho a sindicalizarse libremente, derecho de huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses, derecho de petición individual y colectiva (salvo para los militares, que es individual).

En concordancia con lo anterior, quedan excluidos de esta fundamentalidad privilegiada el derecho genérico a la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10) -que no parece ser un derecho específico sino un derecho genérico de libertad-, derechos de los extranjeros, (como el de asilo del artículo 13-4), los derechos ubicados en la ya referida Sección Segunda (derecho de propiedad y herencia, derecho al trabajo y a una «remuneración suficiente para atender a sus necesidades y a las de su familia», derecho a la negociación colectiva y a la huelga y la libertad de empresa). Y, por supuesto, quedan excluidos también los derechos sociales o de prestación enunciados en el Capítulo Tercero («De los Principios Rectores de la Política Social y Económica»). El único derecho social incluido en este grupo es el derecho a la educación.

C. El tercer grupo de derechos constitucionales -regulado en el artículo 53-3 de la Constitución Española- está conformado por los derechos de más bajo perfil y de más débil, casi nula, garantía. Se trata de un conjunto de derechos sociales, económicos y culturales (derechos de «segunda generación» o derechos de prestación) y de derechos colectivos (de «tercera generación») a los cuales la Constitución ni siquiera atribuye la condición de derechos subjetivos sino de simples «principios rectores de la política social y económica». A pesar de un generoso lenguaje retórico utilizado para describir la situación ventajosa («Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios ...»), el artículo 53-3 les niega toda eficacia directa y toda garantía judicial al afirmar de modo tan rotundo que dichos «principios» sólo «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», y que «sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Por contraste con los derechos fundamentales de los grupos «A» y «B»,

estos principios no «vinculan a todos los poderes públicos» sino que deben inspirar («informarán») al legislador y a los demás órganos estatales, y sólo adquieren naturaleza de derechos judicialmente exigibles (derechos subjetivos) por la vía ordinaria (nunca por la vía del recurso de amparo) cuando el legislador les ofrezca la configuración necesaria para ello y en los términos que el legislador lo determine. A este bajísimo grado quedan relegados, entonces, derechos tales como los de protección económica y social a la familia (artículo 9°), a la seguridad e higiene en el trabajo, a una jornada laboral, a vacaciones remuneradas (artículo 40), a la seguridad social (artículo 41), a la salud (artículo 43), al acceso a la cultura y a la investigación (artículo 44), a un medio ambiente sano (artículo 45), a la vivienda digna (artículo 47), los derechos socio-económicos y culturales de las personas durante su «tercera edad» (salud, vivienda, cultura y ocio, artículo 50); los derechos de los consumidores y usuarios (artículo 51), entre otros.

De lo expuesto, parece inferirse que los del grupo «A» son derechos fundamentales en un sentido más amplio, toda vez que les beneficia un marco importante de garantías; su fundamentalidad consiste en que están protegidos por las garantías de la vinculatoriedad sobre todos los poderes públicos (incluido el legislador), eficacia directa, reserva de ley, contenido esencial y son defendibles mediante el recurso genérico u objetivo de constitucionalidad. Los del grupo «B» son los derechos fundamentales en sentido estricto o, si se quiere, restringido, ya que son un reducido núcleo seleccionado de entre los que integran el grupo «A», y que se ha acorazado con un séquito de garantías superlativas como son, además de las que gozan por integrar el grupo «A», la reserva de ley orgánica, la extrema dificultad para su reforma constitucional y la tutela super-eficaz del recurso de amparo. Lo que significa que estos derechos fundamentales en sentido estricto representan el más alto grado de realización de la dignidad humana dentro del contexto de nuestra civilización y en ellos se plasma ese consenso mínimo que sirve de núcleo esencial intocable de un orden social libre y democrático (si se toca o altera ese orden, se destruye automáticamente). De allí que estos derechos fundamentales en sentido estricto (fundamentalísimos pudiéramos decir) se hallan resguardados aun contra el poder constituyente y contra el poder de las mayorías, especialmente cuando se tornan tiránicas.<sup>24</sup> En cambio no gozan del talante de fundamentales -o sólo son

24 En palabras de PÉREZ LUÑO, «en su significación axiológica objetiva, los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes. Por ello, corresponde a los derechos fundamentales un importante cometido legitimador de las formas constitucionales del Estado de Derecho, ya que constituyen los presupuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática.» (*Op. cit.* pp. 20-21).

fundamentales en un sentido muy débil- los derechos aglutinados bajo el literal «C», de la anotada clasificación, a los que la Constitución bautiza como principios rectores de la política social y económica.

La jurisprudencia y la doctrina españolas se inclinan por interpretar el concepto de derechos fundamentales con esta modalidad gradual y jerárquica señalada,<sup>25</sup> hasta el punto de que el Tribunal Constitucional español ha limitado el alcance de la categoría «derechos fundamentales», para efectos del trámite de ley orgánica, al grupo del apartado «B», o sea, a los derechos de óptima garantía reforzada contenidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo de la Constitución.<sup>26</sup> De la misma manera, ha postulado el carácter predominantemente programático, sin nítida vinculatoriedad para el legislador, y su carencia de eficacia directa para los derechos de prestación proclamados como principios rectores de la política social y económica, frente a los cuales el Tribunal Constitucional ha dicho que, por no ser derechos subjetivos, no son susceptibles de protección por vía del recurso de amparo.<sup>27</sup> En este mismo sentido ha afirmado que el derecho a la seguridad social «es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquel.»<sup>28</sup> Con todo, en algunos casos el Tribunal Constitucional ha hecho valer derechos sociales frente a leyes que pudieran resultar violatorios de los mismos; tal es el caso de la Sentencia 53 de 1985 (sobre las causales de aborto reguladas en la ley) en la que el Juez constitucional español declaró la inconstitucionalidad de ciertas regulaciones legales sobre la base de la defensa del derecho a la salud.

##### 5. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

El Constituyente colombiano de 1991, en esta materia, siguió muy de cerca la concepción española de los derechos fundamentales. Sólo indirectamente -a través de la Constitución española- y con importantes matizaciones acogió las elaboraciones alemanas sobre los *Grundrechte*. De allí, que tengamos un rico, extenso y

25 La gradualización de los derechos constitucionales es admitida por Jorge DE ESTEBAN y Pedro J. GONZÁLEZ TREVILANO, en su obra citada. p. 271.

26 Tribunal Constitucional. Sentencia 76 de 1983, fundamento jurídico 2°.

27 Tribunal Constitucional. Sentencia 15 de 1982, fundamento jurídico 8°; Sentencia 254 de 1993, fundamento jurídico 6° y Autos 241 de 1985 y 156 de 1987.

28 Tribunal Constitucional. Sentencias 65 de 1987, fundamento jurídico 17°; 184 de 1990, fundamentos jurídicos 3° y 5°, y 37 de 1994, fundamento jurídico 3°.

diversificado catálogo de derechos constitucionales provenientes de todas las generaciones y vertientes ideológicas, tanto derechos morales como derechos subjetivos, individuales y colectivos, etcétera, ubicados no sólo en el Título II de la Carta sino diseminados por toda su canónica (por ejemplo, el derecho a la libertad económica y a la libre competencia, localizado en el artículo 333 de la Constitución Política). Se observa, también, un propósito sistematizador, al clasificar los derechos, por su contenido y procedencia generacional, en tres capítulos: Capítulo 1, «De los Derechos Fundamentales»; Capítulo 2, «De los Derechos Sociales, Económicos y Culturales», y Capítulo 3, «De los Derechos Colectivos y del Ambiente». Es nítida también la idea del Constituyente de jerarquizar, al igual que en España, tales derechos para dotar a algunos de ellos de especiales garantías reforzadas, al menos respecto de cuatro ámbitos institucionales de vital importancia: a) para proteger algunos de ellos -únicamente a los «constitucionales fundamentales»- con el mecanismo altamente eficaz (casi fulminante) de la Acción de Tutela (el artículo 86 liga tal acción a la protección de los «derechos constitucionales fundamentales»); b) para atar la regulación de algunos derechos constitucionales -únicamente los fundamentales- a un trámite legislativo especialmente complejo y mucho más exigente que la expedición de una ley ordinaria o incluso de una ley orgánica, cual es el de la ley estatutaria, equiparable en lo esencial a la ley orgánica española (en esencia es una garantía contra el poder de la mayoría parlamentaria); c) para defender ese núcleo central de derechos señalados como fundamentales, y que se hallan en el Capítulo 1 del Título II, contra posibles desmejoras por parte del poder constituyente delegatario representado en el Congreso de la República, para lo cual se habilita el mecanismo participativo de democracia directa del referendo constituyente derogatorio (artículo 377 de la Constitución Política); y d) para impedir que durante los estados de excepción se suspenda la vigencia de ciertos derechos que el artículo 214, numeral 2, nombra con la expresión «derechos humanos y libertades fundamentales» y a los que el artículo 93 otorga un *status* de prevalencia en el orden interno.

Al igual que en el constitucionalismo hispánico contemporáneo, nuestro concepto de derechos fundamentales está ligado a la idea de derechos que gozan de alguna determinada modalidad de garantía reforzada, son derechos constitucionales dotados de un dispositivo protector especial que maximiza su eficacia en la vida real del Derecho. En este orden de ideas, se presentan diversos modos de ser fundamental un derecho, son varios los planos de fundamentalidad, existen derechos fundamentales para diferentes efectos institucionales. Así las cosas, debe precisarse que no todos los derechos constitucionales están situados en el mismo plano de

garantías ni se asegura su eficacia mediante los mismos procedimientos tutelantes. En otras palabras, no todos los derechos constitucionales participan de la naturaleza de fundamentales -ni siquiera todos los derechos encuadrados en el Título II- y, en rigor, no todos los derechos que estamos dispuestos a calificar de fundamentales lo son para los mismos efectos y en todos los diferentes sentidos de fundamentalidad. Un derecho puede ser catalogable como fundamental, en el sentido de derecho cuya vulneración puede ser impedida o corregida por el remedio ultra eficaz de la acción de tutela; o puede serlo, en el sentido de que su regulación exige una ley estatutaria, por lo que el campo semántico que cobija la expresión «derecho fundamental» es distinto en cada una de estas dos modalidades de fundamentalidad. Es decir, no necesariamente coinciden los derechos fundamentales tutelables y los regulables estatutariamente.

### 5.1. DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DERECHOS TUTELABLES

¿Cuáles son los derechos fundamentales que constituyen el bien jurídico de la acción de tutela? Al no ser explícito el texto constitucional para responder a este interrogante, queda a la labor del intérprete descifrarlo. Varias y no uniformes son las posturas al respecto.

#### 5.1.1. UNA PRIMERA TESIS RESTRICTIVA

Un primer método, el más sencillo, es el lógico-sistemático y nos conduce a la casi obvia conclusión de que los derechos fundamentales son sólo aquellos que expresamente el Constituyente clasificó como tales en la sistemática constitucional, es decir, los derechos incluidos en el Capítulo 1 del Título II de la Carta, ya que dicha sección fue explícitamente bautizada con el acápite de «De los Derechos Fundamentales». Fue esta, precisamente, la tesis adoptada inicialmente por algunas instancias judiciales de tutela, pero que comporta una interpretación restrictiva, tal vez demasiado exegética y que reduce el espacio protector de la tutela a los derechos individuales de primera generación e inspiración liberal (con excepción del derecho al trabajo y del derecho a la paz).

Semejante postura restrictiva condujo a otra aún más limitativa (aunque mejor argumentada), según la cual los derechos fundamentales tutelables son únicamente aquellos a los que la Carta adjudica el carácter de derechos de aplicación directa, es decir, los derechos enumerados en la lista taxativa del artículo 85, todos ellos derechos individuales de primera generación (derechos de defensa y derechos de libertad, ninguno derecho social o de prestación, ninguno derecho colectivo). Según esta tesis, la acción de tutela está íntimamente ligada al texto del artículo 85

de la Carta -los dos artículos forman un binomio inseparable- y ello por cuanto la aplicabilidad directa es condición *sine qua non* para que un derecho constitucional pueda ser amparado tutelarmente con la orden inmediata y perentoria de un Juez.<sup>29</sup> Sin embargo, tal concepción -rigurosamente fiel a las doctrinas alemana y española ya expuestas- no habría de tener vocación de perdurabilidad, pues fue rápidamente rebasada por la jurisprudencia inicial de la Corte Constitucional sobre la materia.

Para desembarazarse de ella, nuestro supremo Juez de constitucionalidad recurrió a varios procedimientos hermenéuticos: a) el argumento histórico, según el cual en los documentos de la Asamblea Nacional Constituyente existe evidencia de que los autores del texto del artículo 86 (sobre la acción de tutela) no pretendieron, en absoluto, circunscribir dicha acción únicamente a los derechos individuales de tradición liberal o derechos de primera generación sino que dejaron deliberadamente abierta la posibilidad de tutela respecto de otros derechos, cuando el caso concreto así lo ameritara; b) un segundo argumento histórico o lógico-subjetivo sostiene que la denominación dada a los capítulos en que se divide sistemáticamente el texto constitucional carece de fuerza vinculante, como quiera que ella no fue voluntad del Constituyente (la titulación nunca fue aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 sino por la Comisión Codificadora de dicha Asamblea, sin estar autorizada para hacerlo, -una especie de constituyente nocturno que expidió textos apócrifos-); c) el argumento lógico-sistemático, según el cual, a pesar de la denominación dada al Capítulo 1 («De los Derechos Fundamentales»), el Constituyente expresamente bautizó también como fundamentales a otros derechos no ubicados en dicho capítulo, tal como sucede, *verbi gratia*, con los derechos «fundamentales de los niños» (artículo 44), ubicados en el Capítulo 2 («De los Derechos Sociales Económicos y Culturales») y que comprenden no sólo derechos individuales de libertad sino derechos de prestación como el derecho a la salud, a la educación, al amor y al cuidado, etcétera, con carácter de prevalentes sobre los derechos «de los demás»; d) abundando en este argumento se aduce, además, que el Constituyente de 1991 no siguió un criterio material coherente para distribuir los

<sup>29</sup> Sostuvieron esta tesis, inicialmente, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Éste, sobre el derecho al trabajo, por ejemplo, dijo: «El derecho al trabajo a pesar de estar consagrado como fundamental no está enunciado en el artículo 85 de la Constitución Política como de aplicación inmediata; los derechos allí enunciados son los únicos susceptibles de ser tutelados». (Citado por la Sentencia de la Corte Constitucional T-457, del 17 de julio de 1992, mediante la cual se revocó el correspondiente fallo del Consejo de Estado). Entre los doctrinantes, el delegado Alfonso PALACIO RUDAS llega a la misma conclusión restrictiva del bien jurídico de la Acción de Tutela pues, según el Cofrade, este fue el pensamiento de los constituyentes. (EL CONGRESO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991. Santafé de Bogotá, D. C.: Tercer Mundo Editores, 1992. pp. 111-113).

derechos en los tres referidos capítulos y, así, ubicó algunos derechos individuales de libertad («de primera generación») en el Capítulo 2, sobre derechos de prestación, sin que ninguna razón axiológica o de estructura jurídica de tales derechos justifique no darles la protección reforzada de la acción de tutela (tal es el caso del derecho de la pareja a escoger el número de hijos, en el artículo 42; el derecho a la igualdad de género, en el artículo 43; la libertad de expresión de los menores, en el artículo 44, entre otros).<sup>30</sup>

### 5.1.2. HACIA UNA TEORÍA JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Desmontada la noción restrictiva y cuasi-exegética de los derechos fundamentales mediante el descrito ejercicio hermenéutico y demostrado que «el Constituyente no determinó en forma taxativa cuáles eran los derechos constitucionales fundamentales»<sup>31</sup>, la Corte Constitucional asumió la tarea discursiva de elaborar un concepto material de dichos derechos y esa labor se enrutó a fijar los criterios principales y auxiliares destinados a servir como herramienta para el operador jurídico en la identificación de cuáles son los derechos susceptibles de tutela en cada caso concreto. Cuatro sentencias de la Corte Constitucional señalaron las claves para la definición de fundamentalidad en el sentido de tutelabilidad: La T-2 de 1992, sobre el derecho a la educación; la T-8 de 1992, sobre el derecho a la paz y al trabajo; la T-406 de 1992, sobre el derecho social a la salud y el derecho colectivo a la salubridad pública, y la T-426, sobre el derecho prestacional a la seguridad social. Por otra parte, el papel de la Corte Constitucional, en su condición de supremo intérprete de la Carta, para construir criterios identificadores de los derechos tutelables más allá de la simple letra constitucional, fue respaldado legislativamente mediante el artículo 2° del Decreto 2591 de 1991 (regulatorio del procedimiento en la acción de tutela), en los siguientes términos:

«Derechos protegidos por la tutela. La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una acción de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente como fundamental por la Constitución, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión.»

30 Estos argumentos fueron expuestos por la Corte Constitucional en dos sentencias estelares y que marcaron un hito en la concepción de los derechos fundamentales en Colombia: las Sentencias T-2, del 8 de mayo de 1992, (Magistrado Ponente Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO) y T-406, del 5 de junio de 1991 (Magistrado Ponente Ciro ANGARITA BARÓN).

31 Sentencia, T-27 de 1992.

Y, jurisprudencialmente, la propia Corte reclamó esa competencia interpretativa así:

«El problema de la interpretación de los derechos constitucionales fundamentales queda a cargo de la Corte Constitucional, teniendo en cuenta no sólo el valor indicativo que tiene el Capítulo 1 del Título II de la Constitución, en donde están contenidos la mayoría de estos derechos, sino también el punto de vista material del concepto que lleva a identificarlos en otros preceptos de la Carta, así como en tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso ...»<sup>32</sup>

Los criterios trazados por la Corte Constitucional en las referidas providencias iniciales para la definición sobre qué y cuáles son los derechos fundamentales protegibles en vía de tutela, son de tres clases: Criterios principales, criterios auxiliares y el criterio de conexidad.

En primer lugar, los criterios principales son:

A. Un criterio axiológico o material, según el cual, los derechos fundamentales se identifican porque son «inherentes o esenciales a la persona humana», en la dignidad que le es intrínseca (Sentencia T-2 de 1992). Es decir, aquellos derechos que se derivan de manera directa o inmediata y evidente, a partir de ciertos valores y principios supremos (axiomas éticos del orden constitucional), como lo son el principio de la dignidad de la persona humana, la libertad, la igualdad, la solidaridad (Sentencia T-406 de 1992). Tal deducción se lleva a cabo mediante un razonamiento axiológico, a partir de los valores y principios materiales (de estirpe netamente moral) en los que se ancla el ordenamiento constitucional, y por esta vía, del discurso argumentativo axiológico, la Corte Constitucional ha reconocido la naturaleza de fundamentales a los derechos a la educación y al trabajo.<sup>33</sup>

B. Un criterio formal, que consiste en el reconocimiento expreso hecho por el Constituyente del carácter de fundamental de un determinado derecho. Según la Sentencia T-406 de 1992, los derechos comprendidos en el Capítulo 1 del Título II y los derechos de los niños, en el artículo 44 de la Constitución Política, se benefician de esta fundamentalidad por reconocimiento expreso; en tanto que, a la luz de la Sentencia T-2 de 1992, únicamente gozan de ella los del artículo 44 de la Constitución Política.

32 Sentencia, T-8, del 18 de mayo de 1992.

33 Del derecho a la educación se dijo que realizaba la esencia del hombre como ser racional, que el hombre llega a desarrollar sus potencialidades sólo a través de procesos educativos y que, además, la educación es el instrumento indispensable para lograr la igualdad real.

En segundo lugar, los criterios auxiliares que coadyuvan, a manera de configuración técnico-normativa, para precisar y adquirir certeza sobre si un derecho es o no fundamental tutelable son los siguientes:

A. La aplicabilidad directa del derecho. Esta cualidad está descrita jurisprudencialmente, así:

«Para que un derecho constitucional pueda ser considerado como fundamental debe además ser el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesaria una intermediación normativa; debe haber una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir del solo texto constitucional. Por lo tanto, en normas que poseen una «textura abierta», como por ejemplo las que establecen meros valores constitucionales, a partir de la cual el legislador entra a fijar el sentido del texto, no podría presentarse la garantía de la tutela. Está claro que no puede ser fundamental un derecho cuya eficacia depende de las decisiones políticas eventuales.» (Sentencia T-406 de 1992).

Desde luego, la Corte se cuida de aclarar que la «eficacia directa» no se reduce a los derechos señalados como de aplicación inmediata en el artículo 85 de la Constitución Política ni a los derechos de «primera generación», toda vez que de este atributo también participan algunos derechos sociales, económicos y culturales, tales como el derecho de los niños menores de un año a recibir atención gratuita a su salud (artículo 50) y las garantías mínimas del trabajador en la relación laboral (artículo 53, inciso 2º). En cambio, quedarían excluidos de fundamentalidad los derechos de prestación cuya garantía requiere de decisiones políticas legislativas configuradoras del alcance del derecho (sujetos activos y pasivos, contenido obligatorio, supuestos de exigibilidad) y de decisiones administrativas de gestión económica o presupuestal (arbitrar recursos, decretar gastos e inversiones, apropiar partidas). Por la misma razón, quedan excluidos del don de la fundamentalidad los derechos colectivos o de titularidad difusa.<sup>34</sup>

B. El que un derecho constitucional posea un «contenido esencial» (más tarde, a partir de la Sentencia T-426 de 1992, la Corte lo llamará «núcleo esencial») anuncia con claridad que se trata de un derecho fundamental tutelable, lo cual significa que ese derecho comporta un «ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege con independencia de las modalidades que asuma o de las

34 Ejemplo de derecho social no directamente aplicable y, por lo tanto, no fundamental ni tutelable es el derecho a la vivienda, derecho este que, por su diseño constitucional en el artículo 51, carece de contenido esencial (lo cual reconoció la Corte en la Sentencia T-423, del 24 de junio de 1992, (Magistrado Ponente Fabio MORÓN DÍAZ).

formas en que él se manifieste»; ámbito firme que no depende de las mayorías parlamentarias sino que se impone a ellas y que resiste con dureza a las restricciones o limitaciones que legítimamente y en aras de la protección de otros bienes colectivos deba sufrir el derecho. En concepto de la Corte, en la citada Sentencia T-406 de 1992, no pueden aspirar al título de fundamentales aquellos derechos sociales y económicos de contenido difuso, «salvo aquellas situaciones en las cuales en un caso específico sea evidente su conexidad con un principio o con un derecho fundamental». Al respecto, cabe observar que este criterio del núcleo esencial viene a ser una exigencia estrechamente ligada al criterio «A» (eficacia directa) ya que sólo puede ser aplicable directamente el derecho que posea un contenido esencial *a priori* de toda configuración por parte del legislador. De allí que no sea tutelable, por ejemplo, el derecho de los productores de alimentos a una protección especial del Estado (artículo 65 de la Constitución Política).<sup>35</sup>

C. La consagración en tratados internacionales que prohiban su limitación bajo estados de excepción (artículo 93 de la Constitución Política) y la prevalencia en el orden interno que de ello se deriva constituyen, también, -según la Corte- un buen indicio de fundamentalidad para los derechos humanos. Igualmente, el *plus* de protección con que el artículo 377 constitucional salvaguarda los derechos del Capítulo 1 del Título II frente a las eventuales veleidades autoritarias del poder legislativo, como constituyente delegatario, es señalado por la Corte como buen criterio auxiliar de fundamentalidad de tales derechos (criterio, por demás, redundante ya que por expreso señalamiento del Constituyente se les había dado ese rango).

En tercer lugar, la Corte Constitucional canonizó mediante las mencionadas providencias de 1992 un criterio adicional y complementario de los anteriores para identificar en el caso judicial concreto cuándo se está frente a un derecho fundamental y proceder, entonces, a tutelarlos: El criterio *de conexidad*, el cual opera como una pauta de pura casuística judicial y le permite al Juez tutelar un derecho aun cuando este no tenga, en principio, el carácter de fundamental a la luz de los criterios principales o auxiliares antes presentados, pero que se halla íntimamente

35 En este sentido, la Corte ha dicho que el derecho a la paz (artículo 22 de la Constitución Política), no obstante estar ubicado en el Capítulo 1 del Título II, no es tutelable ya que, «por su naturaleza, pertenece a los derechos de tercera generación y requieren el concurso, para su logro, de los más variados factores sociales, políticos, económicos e ideológicos ...». Y, añade la Corte: «Se ha sostenido que este tipo de derechos tiene un carácter proclamatorio en razón de las dificultades para que de ellos se predique la eficacia jurídica. De todos modos, ... no se trata de un *derecho natural* cuyo cumplimiento inmediato pueda demandarse de las autoridades públicas o de los particulares a través de la acción de tutela». Para los derechos colectivos (caso del medio ambiente sano, el espacio público, la paz, el derecho a la salubridad pública, la paz, etcétera) -concluye la Corte- se han previsto las acciones populares en el artículo 88 de la Constitución Política (Sentencia T-8 de 1992).

ligado a un derecho catalogado como fundamental de una manera tal que, si no se protege a aquél, se pone en serio peligro a éste. Con ayuda de este criterio, la Corte pudo tutelar el derecho a la salud y a la salubridad pública -no obstante ser un derecho prestacional, el primero y colectivo, el segundo- en favor de algunos habitantes de barrios populares de Cartagena de Indias afectados por las aguas negras de un alcantarillado público inconcluso, para lo cual se dio la orden de concluir la obra en un plazo razonable de cuatro meses.<sup>36</sup>

Para la correcta apreciación de la conexidad en el caso concreto, la Corte Constitucional estima válido echar mano de lo que en algunas providencias denomina «criterio de realidad social», que equivale a tomar en cuenta la situación real de un grupo de población a fin de valorar el virtual peligro en que puede hallarse el derecho fundamental de una persona perteneciente a ese sector social. Con base en tal criterio, se encontró tutelable el derecho a la seguridad social de un anciano de sesenta y nueve años en situación de grave penuria económica, para lo cual la Corte consideró:

«El derecho a la seguridad social no está consagrado expresamente en la Constitución como un derecho fundamental. Sin embargo este derecho ... 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, o el libre desarrollo de las personas de tercera edad.<sup>37</sup>

En resumen, el pensamiento sentado por la Corte Constitucional, desde esos primeros pronunciamientos referenciados, nos dice que «los derechos 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 valores y principios consagrados en ella y, además, por la conexión que tengan con otros derechos fundamentales expresamente consagrados».<sup>38</sup>

36 Por esta vía, fue posible tutelar también el derecho a la salud «cuando su vulneración compromete otros derechos fundamentales como la vida, la integridad o el trabajo» (Sentencia T-522 de 1992, en el caso de un recluso al que se le negaba el permiso para recibir tratamiento médico, a pesar de hallarse en peligro de perder la visión como consecuencia de glaucoma crónico). Igualmente, mediante la Sentencia T-572 de 1992, se tuteló el derecho a la seguridad social asistencial en salud a una señora que sufría de invalidez física, como consecuencia de un mal tratamiento médico durante el parto.

37 Sentencia T-426, del 24 de junio de 1992, (Magistrado Ponente Eduardo CIFUENTES MUÑOZ), en la cual se encuentra desarrollado ampliamente este criterio.

38 Sentencia T-548 de 1992 (Magistrado Ponente Ciro ANGARITA BARÓN) sobre el derecho a la salud. Por conexidad, puede llegar a ser fundamental y tutelable el derecho a un medio ambiente sano: Sentencias T-411 de 1992, T-415 de 1992 y T-536 de 1994.

Un rápido análisis del cuadro jurisprudencial hasta aquí presentado permite deducir lo siguiente: a) en contraste con la dogmática constitucional alemana y con la española, nuestro constitucionalismo no opera con una lista cerrada y taxativa de derechos fundamentales (tutelables) diseñada *a priori*; b) sólo contamos con criterios y directrices de identificación fijados por la Corte Constitucional en las sentencias de revisión de tutela que sirven como *criterio auxiliar* cuasi-obligatorio, ya que -a decir de la propia Corte en su sentencia C-37 de 1996 sobre el artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia- los Jueces, en sus providencias de tutela, deben referirse a dichos criterios hermenéuticos y aplicarlos fielmente, a menos que se tengan mejores razones para apartarse de los mismos; c) por tanto, todo derecho constitucional es candidato a derecho fundamental en virtud del principio de conexidad, lo cual hace más dinámica y creativa la función judicial de tutela; d) nuestra jurisprudencia retoma los aportes del constitucionalismo alemán y del español, en esta materia, pero reconvirtiendo lo que para aquellos países son garantías cualificadas atribuidas a un conjunto de derechos ya identificados (aplicación directa, contenido esencial) en criterios de identificación de los derechos tutelables por su naturaleza y estructura normativa.

Otro análisis más de fondo y contextualizado permite inferir que con esta concepción amplia y flexible de los derechos fundamentales, que se niega a aceptar la taxatividad de una lista de tales derechos (como en Alemania y España), la Corte Constitucional ha entrado en la búsqueda de la justicia material como principio informador del Estado Social de Derecho, se ha situado más cerca de una realidad socio-económica caracterizada por la insatisfacción de necesidades básicas en gran porcentaje de la población y ha mostrado el compromiso con la defensa de los derechos humanos y la especial sensibilidad hacia ellos que debe desarrollar el Juez de tutela. En el logro de este cometido, la intuición ética y la capacidad para detectar atentados a la dignidad humana representan valiosas habilidades que deben guiar al *operador jurídico* para la correcta solución; y así, una vez identificada una situación de arbitrariedad, indolencia estatal, injusticia evidente, de atentado contra la dignidad esencial del ser humano, lo demás es una labor discursiva de argumentación racional sobre principios y valores a fin de ubicar el derecho lesionado y demostrar su fundamentalidad. Ha de ser una tarea de fundamentación racional, argumentativa, discursiva, para conjurar el peligro de que la actividad judicial devenga en arbitrariedad amparada tras la retórica empalagosa de los derechos, y se arrase con todo vestigio de seguridad jurídica. La propia Corte ha pintado así la aptitud intelectual que se espera del nuevo Juez de tutela:

«El Juez de tutela debe acudir a la interpretación sistemática, finalista o axiológica para desentrañar, en el 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» (Sentencia T-2 de 1992).

Desde luego, una nueva visión del derecho como la expuesta ha conducido durante estos años a una creciente «judicialización» de los conflictos sociales y de las demandas socio-económicas más acuciantes, represadas por decenios. Todo ello con la consiguiente sobrecarga que, sobre la rama judicial, acarrea el «judicializar» los remedios contra las injusticias y los desequilibrios sociales superables. Pero, además, el nuevo papel que se le asigna al Juez -casi el papel de Don Quijote *desfaciendo agravios y enderezando entuertos* (protegiendo viudas y desvalidos), con su lanza- induce a que el órgano judicial asuma competencias propias de la gestión administrativa de recursos económicos necesarios para la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales (e incluso los derechos colectivos), para la ordenación de gastos e inversión públicos, para la ordenación de obras públicas (muchas de ellas sin la correspondiente apropiación presupuestal), en una palabra para la ordenación de prestaciones a cargo del Estado o de los particulares, dentro de un contexto de escasez económica y precariedad fiscal. Bajo estas nuevas circunstancias, la encrucijada del sistema jurídico se hace más dramática si se considera que una actitud de compromiso a fondo con los derechos fundamentales, entendidos como lo planteó la Corte Constitucional, puede poner a tambalear no sólo el principio de separación de poderes sino también el de legalidad -que en materia presupuestal se traduce en legalidad estricta del gasto-, con su exigencia de competencias explícitas y restrictivas (artículos 6º, 121, 122 y 123, inciso 2º, de la Constitución Política).

### 5.1.3. CONSOLIDACIÓN Y EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL

A partir de la posesión de lo que pudiéramos llamar la «segunda» Corte Constitucional (cuyos miembros, elegidos en diciembre de 1992, asumieron sus cargos el primero de marzo de 1993), lo que era, hasta entonces, una primera audacia o ensayo jurisprudencial innovador adquirió solidez y firmeza irreversible; empero, como contrapartida, el criterio de qué es un derecho fundamental tutelable y cuándo se está frente a uno, ha sufrido cierta matización tras la búsqueda de precisión y rigor para lo que, de otra manera, bien podría llegar a ser un «agujero negro» amenazador de la certeza jurídica. Las matizaciones y precisiones más importantes han sido:

A. Que la acción de tutela es apta para amparar únicamente derechos **individuales**, o mejor, derechos fundamentales cuyo titular está perfectamente

individualizado y, en consecuencia, sólo opera frente a situaciones de violación individualizada de los derechos. Por tanto, aun cuando en un caso se esté protegiendo un derecho colectivo (obviamente por conexión con uno individual), la orden de tutela jamás puede tener alcance *erga omnes*, como quiera que la acción correspondiente es una acción subjetiva. El rigor de este planteamiento puso fin a desviaciones consistentes en pretender que la tutela sirviera para corregir situaciones de disfuncionalidad general en instituciones públicas o en servicios públicos (fallas en el servicio de transporte, en los contenidos de los programas de televisión, por ejemplo). Al respecto y frente a la tutela interpuesta por una madre de familia que solicitaba suprimir las escenas de sexo y violencia en los programas de televisión, la Corte Constitucional dijo:

«Ahora bien, los derechos fundamentales de las personas se consagran en la Carta mediante normas generadoras de situaciones jurídicas abstractas e impersonales que tienen como destinatarios a sujetos de derechos individuales, pero también, excepcionalmente, a los entes colectivos en la medida en que éstos se revelan aptos para ser centros de imputación de tales derechos ... (...) ... Dado que la acción de tutela se instituyó como un mecanismo de defensa al cual pueden acudir las personas afectadas en sus **derechos individuales fundamentales**, para reclamar ante los jueces la protección inmediata de los mismos, surge como titular de esta acción la persona a quien se le han vulnerado o puesto en peligro de quebranto tales derechos constitucionales fundamentales.

«Así las cosas, la acción de tutela surge como una acción subjetiva, de carácter personal y concreto, cuyo titular es la persona agraviada o amenazada en sus derechos fundamentales ... (...) ... En consecuencia, el Juez a quien compete resolver la citada acción no puede pronunciarse en forma general, impersonal o abstracta, pues su función se limita a ordenar en el caso particular y específico puesto en su conocimiento, las medidas necesarias para garantizar al agraviado el pleno goce de sus derechos ...»<sup>39</sup> (subrayas fuera del texto).

B. En algunos pasajes de ciertos fallos de tutela, la Corte ha sugerido que los derechos fundamentales son, en principio, únicamente los de «primera generación» expresamente señalados como fundamentales por el texto constitucional, es decir, sólo los individuales del Capítulo 1 del Título II y los del artículo 44, los demás

39 Sentencia T-321, del 10 de agosto de 1993, (Magistrado Ponente Carlos GAVIRIA DÍAZ).

pueden llegar a serlo pero exclusivamente por conexidad fáctica verificada y probada en el caso concreto. Ello implica que se deja a un lado la posibilidad de inferir derechos fundamentales por el método de razonamiento axiológico, o sea, sustentados exclusivamente en su conexidad directa con valores superiores, sin necesidad de probar la conexidad fáctica entre el derecho no fundamental y el expresamente fundamental, como en el caso del derecho a la educación. En efecto, en relación con el derecho de los «disminuïdos físicos y síquicos» a recibir la protección del Estado (artículo 47 de la Constitución Política), se expresó así la Corte:

«Como se puede observar, este precepto no consagra en sí mismo y de por sí, un derecho fundamental de aquellos cuya protección pueda llevarse a cabo por medio de la acción de tutela, pues de su contenido se infiere claramente que se trata de una norma programática de obligatorio cumplimiento para el Estado, que constituye una promesa para los gobernados de que éste diseñará una política de previsión, no sólo para amparar los riesgos o contingencias derivados de la enfermedad que padezcan o puedan padecer los disminuïdos físicos, sensoriales y síquicos, sino también que se adelantarán programas y actividades que permitan y faciliten su pronta y total recuperación con la consecuente y posterior integración a la vida comunitaria.

«Así las cosas, la citada disposición constitucional se enmarca dentro de los denominados derechos sociales y por tanto presupone unos elementos normativos diferentes a los que configuran la noción de derecho fundamental, objeto de la acción de tutela, ante la ausencia de cualquiera otra vía judicial. En consecuencia, mal puede invocarse únicamente tal precepto en acciones de esta índole ...».

«Considera la Sala conveniente aclarar al fallador de instancia que la tesis sostenida por esta Corporación, sobre la existencia de «derechos fundamentales por conexidad», y que consiste en aceptar como tales, aquellos que no siendo denominados de esta manera en la Constitución, «sin embargo se califican así en virtud de su íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos», como por ejemplo, el derecho a la salud, que no siendo fundamental a primera vista, pasa a gozar de esa categoría cuando se pone en peligro la vida de las personas (Sentencia T-491 de 1992); no era necesario recurrir a ella en el evento que es objeto de examen ..., ya que el artículo 44 expresamente asigna el carácter de fundamentales a los derechos de los ni-

ños: Vida, integridad física, a la salud, a la seguridad social, a que se les suministre una alimentación equilibrada, a tener una familia y no ser separados de ella, a la educación, a la cultura, a la recreación, etcétera.»<sup>40</sup> (Negrillas fuera de texto).

Y a propósito del derecho a la recreación dijo:

«Inicialmente es necesario considerar si los derechos a la recreación, a la práctica del deporte y al aprovechamiento del tiempo libre hacen parte de los derechos fundamentales y, por consiguiente, pueden ser objeto de tutela. El artículo 52 de la Constitución no está ubicado dentro del capítulo que consagra los derechos fundamentales, sino que hace parte del capítulo que trata de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Pero la recreación y la práctica del deporte pueden ser considerados como **derechos fundamentales conexos**, es decir que se trata de aquellos derechos que sin estar ubicados en el capítulo de los derechos fundamentales, sí se relacionan con uno o varios de tales derechos».<sup>41</sup> (Negrillas fuera de texto).

Llama la atención en estas formulaciones jurisprudenciales el que la *segunda* Corte -por llamarla de alguna manera- tienda levemente a adoptar dos posturas que habían sido evitadas e incluso explícitamente desechadas por la *primera*: 1) excluir, de entrada, la posibilidad de que ciertos derechos prestacionales sean tutelados como fundamentales en sí mismos, es decir, dispensándolos de la prueba de la conexión fáctica con un derecho de libertad, en razón a que algunos derechos asistenciales de «segunda generación» plasman una exigencia ética insoslayable de la dignidad humana en su dimensión real y social (caso del derecho a la educación), y 2) Considerar que, en la identificación de los derechos fundamentales, la explícita referencia a ellos en el texto constitucional juega como razón relevante y concluyente.

C. Los derechos de prestación, especialmente los asistenciales (tales como la seguridad social), son tutelables pero con referencia a su desarrollo legislativo y en los términos que la ley establezca. En ellos, tanto la eficacia directa como su correlato: El contenido esencial, sufren significativa relativización, de tal manera que readquieren en cierta medida la fisonomía de promesas o programas de acción de cumplimiento progresivo (simples cláusulas programáticas) que otrora tuvieron. En este sentido, en relación con el derecho a la salud, ha dicho la Corte:

40 Sentencia T-200, del 25 de mayo de 1993, (Magistrado Ponente Carlos GAVIRIA DÍAZ).

41 Sentencia T-252 de 1993, (Magistrado Ponente Jorge ARANGO MEJÍA).

«Se trata, como lo ha sostenido esta Corte (Cfr. Sala Plena, Sentencia C-408, del 15 de septiembre de 1994, Magistrado Ponente doctor Fabio MORÓN DÍAZ), de un derecho asistencial o prestacional que hace parte de los que la Carta distingue bajo la denominación de sociales, económicos y culturales, cuya plena cobertura es para el Estado y para la sociedad un objetivo a cuyo logro deben entregar los mayores esfuerzos, pero en modo alguno resulta exigible con la inmediatez y primacía que la Constitución reconoce a los derechos fundamentales»<sup>42</sup>

Ya, en la citada Sentencia C-408 de 1994, se había sostenido que

«... la extensión de todos los servicios propios de la seguridad social a la totalidad de la población es un objetivo o programa del Estado, no necesariamente alcanzado por el solo hecho de haberse promulgado la Constitución de 1991, lo cual explica que esta misma haya puesto de presente en su artículo 48 que «el Estado, con la participación de los particulares ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios **en la forma que determine la ley**». (subrayas dentro del texto)

Y agregó:

«Mientras se logran los cometidos propuestos, los servicios de seguridad social deben prestarse dentro de ciertas condiciones y limitaciones, las cuales, según el mandato constitucional, deben irse adecuando a la ampliación de cobertura hasta alcanzar las metas deseadas.

«En este orden de ideas, según el régimen vigente, la responsabilidad estatal en la atención de la seguridad social viene a concretarse, para casos específicos, en una determinada entidad con la cual se vincula el protegido en una cualquiera de las formas hoy contempladas en la Ley 100 de 1993 y disposiciones concordantes. Es a esta entidad a la cual podrá dirigirse la persona para reclamar la eficiente y plena prestación de sus servicios, desde luego, si se cumplen los requisitos legales y los señalados en los reglamentos internos de la misma institución (Cfr. T-330, del 18 de julio de 1994).

42 Sentencia T-1, del 16 de Enero de 1995, (Magistrado Ponente José Gregorio HERNÁNDEZ GALINDO).

«El contenido material de la seguridad social consiste, entonces, en un sistema de prestaciones que se concretan en cabeza del sujeto protegido dentro de las condiciones fijadas por la Constitución y la ley, dadas ciertas situaciones previstas por la normatividad y previo el cumplimiento de los requisitos que ésta contemple».

D. Aunque decidida a amparar derechos asistenciales por conexidad con los de libertad y defensa, la Corte Constitucional, a partir del año 1993, ha mostrado destacable cautela para no transpasar los límites de la función judicial cuando se trata de ordenar obligaciones de hacer o de dar a la administración pública. Especialmente respetuosa de los principios constitucionales y legales que gobiernan el manejo del gasto público, ha sido en sus providencias de tutela, en dos de las cuales se lee:

«La acción de tutela, entendida como procedimiento preferente y sumario que, en el caso de prosperar implica el pronunciamiento de órdenes judiciales de inmediato cumplimiento, viene a ser improcedente cuando se trata de obtener que se lleve a cabo determinada obra pública por el solo hecho de estar prevista en el presupuesto una partida que la autoriza. Lo expuesto no se opone a que el Juez, en casos excepcionales y graves, habiendo apreciado en concreto la violación o amenaza de un derecho fundamental por falta de determinada inversión y ante comprobada negligencia administrativa, imparta instrucciones a la competente dependencia oficial para que lleve a cabo las diligencias necesarias, dentro de la normatividad vigente, con miras a que en la programación posterior del presupuesto se proyecte el recurso necesario para efectuar el gasto y culminar la obra, logrando así la protección razonable y efectiva del derecho».<sup>43</sup>

Sin embargo, la Corte ha mantenido inalterable su criterio de que el derecho prestacional a la educación de los niños (derecho-deber hasta cierto nivel y edad) es tutelable, con independencia de regulaciones legales, para obtener el respectivo cupo escolar, especialmente cuando ese derecho previamente ya había adquirido realidad (derecho a la conservación del cupo), con la única limitación de las «propias posibilidades operativas y de cobertura de las instituciones que las ofrecen».<sup>44</sup>

43 Sentencias T-185, del 10 de mayo de 1993 (Magistrado Ponente José Gregorio HERNÁNDEZ GALINDO) y T-558, del 2 de diciembre de 1993, (Magistrado Ponente Carlos GAVIRIA DÍAZ). En esta última, se trató el caso de la omisión para proveer un cargo de maestro aduciéndose, para ello, la no apropiación de la partida presupuestal correspondiente.

44 Sentencias T-108, del 17 de marzo de 1993, (Magistrado Ponente Fabio MORÓN DÍAZ), y T-236 de 1994 (Magistrado Ponente Antonio BARRERA CARBONELL).

Igualmente, se ha admitido que, en casos de extrema gravedad, el derecho a la salud (derecho asistencial por excelencia) opera con eficacia directa.<sup>45</sup>

E. Con todo, y no obstante supeditar la concreción del contenido esencial de los derechos asistenciales a una imprescindible definición legal, para esta Corte Constitucional, el legislador de los derechos de segunda generación no puede omitir una regulación de óptima satisfacción del derecho, so pena de incurrir en violación de ese núcleo esencial íntimo del derecho por falta de eficacia y eficiencia, por falta de razonabilidad (por ejemplo, regulaciones innecesarias, inadecuadas para el fin propuesto o con sacrificio desproporcionado para algún derecho de las personas). A pesar de su dependencia de configuraciones legislativas (la ley es la que fija condiciones, tarifas, edades, monto de pensiones, etcétera, etcétera, para el derecho a la seguridad social), el contenido o núcleo esencial del derecho de prestación está dado por las exigencias de optimización dentro del nivel posible, efectividad, razonabilidad (no arbitrariedad ni indolencia) en la reglamentación y operatividad práctica del derecho. Así, la Corte Constitucional tuteló el derecho a la seguridad social concretado en la pensión de jubilación, frente a un acto arbitrario de revocatoria de la misma cuando había la posibilidad menos gravosa de simplemente suspender la prórroga de dicha pensión. Se pronunció, en estos términos:

«Así, pues, cuando la autoridad pública o el particular encargado de prestar los servicios inherentes a la seguridad social la vulneran al privar arbitrariamente a una persona de la pensión de invalidez que le permite su digna subsistencia, están sometidos a la jurisdicción constitucional en cuanto amenazan de manera directa derechos constitucionales, por lo cual la controversia acerca de la correspondiente protección judicial no debe darse en el plano de la ley sino en el nivel superior de la normatividad fundamental. De allí que tenga validez en tales casos la acción de tutela, si falta un mecanismo ordinario con

45 Sentencia T-290, del 21 de junio de 1994, (Magistrado Ponente Vladimiro NARANJO MESA): «Sin embargo, debe aclararse que la seguridad social se considera derecho fundamental sólo sobre la base de los siguientes supuestos: que opere en conexión con otro derecho fundamental; segundo, entendida como la asistencia pública que debe prestarse ante una calamidad que requiera, de manera urgente, la protección del Estado y de la sociedad, por afectar de manera grave e inminente la vida humana o la salud; tercero, ante casos de extrema necesidad, y cuarto, que se pueda prestar de acuerdo con las posibilidades reales de protección de que disponga el Estado en el caso concreto».

suficiente aptitud y eficiencia para imponer de manera inmediata el debido respeto a los preceptos constitucionales».<sup>46</sup>

A propósito de una entidad que se negaba a otorgar un determinado tratamiento terapéutico que resultaba ser el adecuado para mejorar la calidad de vida de un enfermo de SIDA, la Corte ordenó inaplicar el Decreto 770 de 1975 que servía de base normativa a la negativa. Para lo cual conceptuó:

«En lo atinente a la salud, *prima facie* se tiene que el Estado debe facilitar las condiciones que garanticen el acceso de todos los habitantes al servicio respectivo, no siéndole dable entender que en todos los eventos tenga la obligación de brindar un tratamiento exclusivo a un sujeto particular. Sin embargo, cosa distinta acontece cuando la situación apareja una conexidad directa e inmediata con el derecho a la vida dado que, ... en episodios de estas implicaciones se confunden los objetos de protección conformando una unidad que reclama defensa total (la vida y la salud, el derecho fundamental y el asistencial). En razón de los datos fácticos del caso concreto y del alcance de la normatividad constitucional que exige la protección de un derecho de aplicación inmediata (artículos 11 y 85 de la Constitución Nacional), el derecho a la salud viene a compartir el carácter de fundamental y a integrar el poder indispensable para exigir su cumplimiento al Estado que debe acudir en ayuda del afectado, titular de un derecho subjetivo, por cuya virtud, la infraestructura servicial de que se disponga atenderá prioritariamente tan urgente requerimiento.

«... el estado inicial de un derecho de prestación es su condición programática la cual luego tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en tanto y en cuanto se creen elementos que concedan eficacia a la posibilidad de exigir la obligación estatal de ejecutar la prestación. Siempre que ello acontece, lo asistencial se consolida en una realidad en relación con un titular determinado, como sucede, *verbi gratia*, con el afiliado a una entidad de seguridad social quien,

46 Sentencia T-246, del 3 de Junio 3 de 1995, (Magistrado Ponente José Gregorio HERNÁNDEZ GALINDO). Dentro de esta misma lógica, en otra ocasión, la Corte consideró que la omisión ejecutiva para reglamentar el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 sobre cierto tipo de contratos con las empresas prestadoras de salud no podía invocarse como causal de exclusión para un determinado tratamiento médico necesario para un paciente de hemofilia. Se ordenó al gobierno, además, proceder a expedir inmediatamente el reglamento omitido. (Sentencia T-236, del 28 de mayo de 1996, Magistrado Ponente Carlos GAVIRIA DÍAZ).

en el evento de ver afectada su salud o su vida, a la posición de sujeto activo de un derecho agrega la situación legal y reglamentaria que, en su caso, actualiza y concreta las prestaciones que puede exigir y, adicionalmente, define con precisión las instancias que deben proporcionarle la atención requerida».<sup>47</sup>

Globalizando nuestra jurisprudencia constitucional sobre el difícil y casi inasible contenido esencial de los derechos de prestación cuando éstos pasan a su fase tutelable, cabe afirmar que dicho núcleo se integra con los siguientes elementos: a) es indispensable una configuración legal necesaria que precise sujeto obligado, condiciones de exigibilidad y contenido de las prestaciones; b) a partir de allí, es imperativo hacer todo lo razonablemente posible y aplicar todos los medios disponibles en nuestro medio científico para optimización en la eficacia del derecho y, por lo mismo, la morosidad, la indolencia, el desgano administrativo constituyen violaciones al derecho tutelable; c) no son admisibles la exclusión o la dilación arbitraria o culposa de una prestación. Deben realizarse todos los trámites necesarios para su plena satisfacción; d) son también violaciones al derecho las exigencias injustificadas, no absolutamente necesarias, no adecuadas para el fin perseguido, no razonables o desproporcionadas; y e) no constituyen excusas atendibles, los errores de la administración, las razones de costo, ni tampoco las exclusiones fundadas en razones de ley o de reglamento, cuando carezcan de sustento constitucional en algún principio u otro derecho fundamental (caso en el cual debe mediar una debida ponderación entre ellos y el derecho fundamental que saldría sacrificado).<sup>48</sup>

### 5.2. FUNDAMENTALIDAD COMO GARANTÍA CONTRA LAS MAYORÍAS PARLAMENTARIAS

Un segundo sentido en que un derecho constitucional posee naturaleza de derecho fundamental (el primer sentido es derecho tutelable) se refiere a la exigencia de Ley Estatutaria para llevar a cabo su regulación (artículos 152 y 153 de la Constitución Política). ¿Cuáles son esos derechos fundamentales cuya reglamentación -restricción, limitación, modalización y condicionamiento de ejercicio- está protegida mediante un trámite que exige mayoría absoluta, concentración legislativa y control previo y automático de constitucionalidad? En este punto, la Corte

47 Sentencia T-271, del 23 de junio de 1995, (Magistrado Ponente Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO).

48 Sentencias T-116 de 1993, (Magistrado Ponente Hernando HERRERA VERGARA) y T-271 de 1995, (Magistrado Ponente Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO).

Constitucional ha tomado un camino discursivo muy distinto al de los derechos fundamentales tutelables y ha llegado a una conclusión bastante restrictiva: Los derechos fundamentales objeto de ley estatutaria no son otros que los derechos individuales contemplados en el Capítulo 1 del Título II de la Carta, es decir los estrictamente denominados así por la Constitución y ubicados en el apartado capítular bautizado con la expresión «De los Derechos Fundamentales». Posición, ésta, que se halla delineada en las Sentencias C-12 de 1993; C-145, del 25 de marzo de 1994; C-252, del 26 de mayo de 1994; C-408, del 15 de septiembre de 1994, y la C-311, del 7 de junio de 1994 y que coincide con la postura que, respecto al objeto de la ley orgánica española, ha asumido el Tribunal Constitucional hispánico. Varias razones permiten apreciar la plausibilidad de esta tesis:

A. La ley estatutaria es un procedimiento excepcional, en relación con el procedimiento legislativo común u ordinario, lo cual conduce -en contraste con la tutela- a una interpretación restrictiva del campo material de aplicación de dicho procedimiento estatutario.

B. Dentro del contexto de la democracia representativa, la soberanía popular se expresa de modo permanente en el poder de las mayorías parlamentarias y se concreta en el poder legislativo que se manifiesta, por regla general, mediante la mayoría relativa. Esta mayoría asegura la expedita y fluida manifestación de la decisión política y contribuye a la eficacia nomogenética conformadora del orden social y de la prestación de los servicios públicos.

C. Una interpretación extensiva, en esta materia, conduciría a que casi todo objeto de regulación cayera bajo el ámbito de lo estatutario, lo cual equivaldría a invertir el esquema constitucional de las categorías normativas, al convertir en regla lo que no es más que una excepción.

D. Hay una perfecta concordancia entre la garantía de ley estatutaria, como mecanismo para la defensa de los derechos fundamentales frente a los eventuales impulsos tiránicos o irreflexivos de una veleidosa mayoría parlamentaria coyuntural, y la garantía consagrada en el artículo 377 de la Constitución Política para impedir que el Congreso de la República opere el poder constituyente delegatario, en desmejora de los derechos fundamentales. En ambas previsiones, el Constituyente de 1991, desconfiado como el que más de la clase política representada en nuestro órgano legislativo, instituyó un *plus* de garantía frente a éste. Por lo tanto, el objeto protegido en el artículo 377 (el Capítulo 1 del Título II) se proyecta con la misma fundamentación socio-política al artículo 152 sobre las leyes estatutarias. Los artículos 152 y 377 constitucionales contienen talanqueras de la misma estirpe, pensadas con idéntica lógica, para hacer muy difícil la limitación de los derechos fundamentales. Y ello, por cuanto en la regulación de tales derechos se juega

el pilar de la democracia constitucional. En cambio, no puede ser del ámbito estatutario aquello que, por naturaleza, pertenece al campo de las regulaciones ágiles, de la escogencia de la mejor opción para solucionar carencias sociales. Sobre este asunto, nuestro Tribunal Constitucional ha dicho:

«Como norma de excepción al sistema general o de mayoría que domina el proceso legislativo, su interpretación no podrá extender el alcance de las leyes estatutarias más allá de los límites enderezados a velar por la tutela y protección de los derechos fundamentales. La Constitución se fundamenta en una democracia basada en el juego de las mayorías y sólo incorpora excepcionalmente el sistema de mayoría calificada».<sup>49</sup>

Y, en la Sentencia C-145, del 23 de marzo de 1994, reiteró:

«... sobre el ámbito material regulable por ley estatutaria debe efectuarse una interpretación restrictiva de la reserva de la ley estatutaria, porque una interpretación extensiva convertiría la excepción -las leyes estatutarias basadas en mayorías calificadas y procedimiento más rígido- en regla, en detrimento del principio de mayoría simple, que es el consagrado por la Constitución».

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha encontrado que la regulación de derechos de naturaleza asistencial, como los derechos a la salud y a la seguridad social, no requieren trámite estatutario. Al decidir sobre la validez formal de la Ley 100 de 1993, sobre Seguridad Social, concluyó:

«Es claro para la Corte que esta normatividad sobre la seguridad social, no debe ser objeto de reglamentación mediante la vía exceptiva de las leyes estatutarias por no corresponder a los elementos de derechos fundamentales que quiso el Constituyente someter a dicha categoría legal, por tratarse de elementos de tipo asistencial que provienen, en oportunidades, de la existencia de una relación laboral y, en otras, de la simple participación en el cuerpo social, y derechos gratuitos en oportunidades y onerosos en la mayoría de los casos».<sup>50</sup>

Y, respecto al derecho a la educación, la Corte ha dicho que, en cuanto su realización efectiva como derecho social se lleva a cabo a través del servicio público de la educación, su regulación ha de hacerse por la vía de ley ordinaria.<sup>51</sup>

49 Sentencia C-13 de 1994.

50 Sentencia C-408, del 15 de septiembre de 1994, (Magistrado Ponente Fabio MORÓN DÍAZ).

51 Sentencia C-311, del 7 de junio de 1994, sobre la Ley 115 de 1993, Ley General de la Educación.

Circunscribiéndonos al campo de los derechos propiamente fundamentales, según la Corte Constitucional, no toda ley que se refiera a tales derechos fundamentales o que busque de alguna forma protegerlos, tiene el carácter de ley estatutaria. Únicamente poseen naturaleza estatutaria aquellas regulaciones que definan o desarrollen el *núcleo esencial* de un derecho constitucional fundamental o desarrollen mecanismos constitucionales destinados específicamente a tutelar dicho núcleo o contenido esencial del derecho contra actos de violación actual o inminente. (Sentencia C-252, del 26 de mayo de 1994).

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional expresamente ha excluido la expedición de **leyes que reformen o deroguen disposiciones de los Códigos Penal, Civil, Laboral y de Procedimientos**, del trámite de la ley estatutaria. Así lo ha dejado sentado en la citada Sentencia C-13, del 21 de enero de 1993 (Magistrado Ponente Eduardo CIFUENTES MUÑOZ):

«... las leyes estatutarias sobre derechos fundamentales tienen por objeto desarrollarlos y complementarlos. Esto no supone que toda regulación en la cual se toquen aspectos relativos a un derecho fundamental deba hacerse por vía de ley estatutaria. De sostenerse la tesis contraria, se vaciaría la competencia del legislador ordinario. La misma Carta autoriza al Congreso para expedir, por la vía ordinaria, códigos en todos los ramos de la legislación. El Código Penal regula facetas de varios derechos fundamentales cuando trata de las medidas de detención preventiva, penas y medidas de seguridad imponibles, etcétera. Los códigos de procedimiento sientan las normas que regulan el debido proceso. El Código Civil se ocupa de la personalidad jurídica y de la capacidad de las personas. En resumen, mal puede sostenerse que toda regulación de estos temas haga forzoso el procedimiento previsto para las leyes estatutarias».

## 6. DERECHOS FUNDAMENTALES, MODELO POLÍTICO Y CONTEXTO

Para concluir esta disertación sobre el concepto y los criterios de identificación de los derechos fundamentales en los sistemas de derecho positivo, cabe hacer las siguientes reflexiones:

A. Los derechos fundamentales como elementos del orden jurídico positivo son aquellas situaciones ventajosas que, por tener una fundamentación axiológica sólida -derivar de un valor o principio del paradigma ético que ilumina la Constitución, *verbi gratia*, la dignidad humana- y por constituir pilares sobre los cuales se edifica el orden socio-político canonizado como modelo constitucional, se encuen-

tran revestidas de una diversificada constelación de garantías que refuerzan significativamente su eficacia y, de esta guisa, representan la máxima capacidad de reclamación moral en la vida de un Estado.

Bajo esta perspectiva, un derecho puede ser fundamental si, además de traducir un imperativo axiológico y constituir un asidero del orden político, posee una estructura normativa que posibilite su tutela con los mecanismos de que hoy dispone el derecho positivo en un país como el nuestro. Así, un derecho a la felicidad no llenaría este último requisito.

De esta manera, la fundamentación axiológica y la aptitud jurídica para determinado tipo de super-garantía parecen ser las coordenadas en cuya referencia se mueve la labor de identificación de un derecho fundamental. La primera, cumple el papel de fuerza expansiva pues no hay nada más exigente que los principios de vida humana digna, igualdad y libertad; la segunda, hace las veces de límite y freno en favor de otros principios de organización estatal (principio de legalidad, principio de separación de poderes, principio de racionalidad del gasto público) y en favor de una cruda realidad que no admite ser forzada más allá de sus posibilidades.

B. Resulta interesante observar cómo, en los sistemas constitucionales analizados, los derechos fundamentales terminan siendo definidos alrededor y en función de los clásicos derechos individuales de tradición liberal, los mismos que se protegían en el Siglo XVIII; y los demás derechos sólo alcanzan la fundamentalidad como satélites de aquellos, como medios para hacer reales y efectivos los derechos de libertad, seguridad e igualdad de los sujetos individuales. Los derechos sociales, económicos y culturales y los derechos colectivos no han adquirido una fundamentalidad propia. La explicación se encuentra en que el Estado Social de Derecho, como modelo político-jurídico, es una simple reformulación del Estado Liberal de Derecho para responder a las demandas sociales que el Estado Liberal Clásico deja insatisfechas. El Estado Social todavía no es pensado como un modelo distinto del Estado Demoliberal, es una matización importante de éste, en cuanto a los medios pero no en cuanto a los fines.

C. La Corte Constitucional colombiana ha tomado un camino distinto a los Tribunales Constitucionales alemán y español en cuanto a derechos tutelables. Ello, aunque sacrifica rigor y certeza, tiene sentido y justificación por la diferencia de contextos socio-económicos y políticos: No es lo mismo ser Juez de Tutela en un país en el que la dinámica estatal apunta por sí misma al logro de altos niveles de vida, que serlo en un país dominado por la marginalidad y la absoluta falta de presencia del Estado o donde éste es sólo una maquinaria ineficiente, abandonada a la apropiación privada. «Se nos olvida que no estamos en Dinamarca sino en Cundinamarca», dijo, alguna vez, Darío ECHANDÍA.

Que el contexto impacta fuertemente en la definición sobre cuáles son los derechos fundamentales y cuál es su contenido esencial lo demuestra la reciente y sugestiva tesis de la Corte Constitucional acerca de los derechos fundamentales que las comunidades indígenas están obligadas a respetar a sus miembros. En primer lugar, en la Sentencia T-349, del 8 de agosto de 1996, (Magistrado Ponente Carlos GAVIRIA DÍAZ) queda claro que no toda la amplia gama de derechos constitucionales considerados fundamentales se impone como límite material a la jurisdicción indígena, sino sólo cuatro de ellos: El derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de la esclavitud y el debido proceso en cuanto a la legalidad de la sanción y el procedimiento. En segundo lugar, para la misma providencia, el debido proceso y la garantía de legalidad deben entenderse de acuerdo con los códigos culturales de tales comunidades (por ejemplo, es admisible que los familiares del occiso participen activamente en la asamblea que adelanta el juicio y pronuncia el fallo, que se imponga el trabajo forzado en favor de la comunidad como pena, etcétera). Aquí, el problema de los derechos fundamentales se cruza con el principio de la diversidad étnico-cultural.

D. Finalmente, y a propósito de la aludida progresividad de los derechos sociales, económicos y culturales, resulta interesante plantear la posibilidad de hacer convertir dicha característica en un elemento del contenido esencial bajo el imperativo de irreversibilidad de tales derechos para el legislador. Si esta idea es plausible, habría que postular, en consecuencia, que una vez obtenido un determinado nivel garantista por obra de la ley, dicho nivel no podría ser desmejorado por norma legal posterior. En apoyo de este planteamiento parece orientarse la prohibición, contenida en el artículo 215 de la Constitución Política, de desmejorar los derechos sociales de los trabajadores durante el estado de emergencia. Pero, este planteamiento no es más que una puerta abierta a territorios por explorar.