

TULIO CHINCHILLA H.

¿QUÉ SON
Y CUÁLES SON
LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES?

Segunda edición

EDITORIAL
TEMIS
OBRAS JURÍDICAS

¿QUE SON Y CUÁLES SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

Chinchilla Herrera, Tulio Elí, 1953-

¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? : las nuevas líneas de la jurisprudencia / Tulio Elí Chinchilla Herrera. --2a. ed. -- Bogotá : Editorial Temis, 2009.

256 p. ; 23 cm.

Incluye bibliografías e índices.

ISBN 978-958-35-0714-4

1. Derechos humanos - Colombia 2. Derechos civiles - Colombia
3. Jurisprudencia constitucional - Colombia 4. Colombia - Derecho constitucional I. Tít.

323.4 cd 21 ed.

A1210588

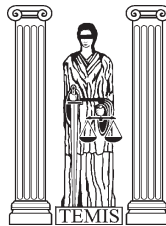
CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

TULIO CHINCHILLA HERRERA

¿QUÉ SON Y CUÁLES SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

LAS NUEVAS LÍNEAS DE LA JURISPRUDENCIA

*Reimpresión
de la segunda edición*



EDITORIAL TEMIS S. A.

Bogotá - Colombia

2021



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) sólo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no sólo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no sólo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

- © Tulio Chinchilla Herrera, 2021.
- © Editorial Temis S. A., 2021.
Calle 17 No. 68D-46, Bogotá, D. C.
www.editorialtemis.com
correo elec.: editorial@editorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.

ISBN 978-958-35-0714-4

3076 2020026910

ISBN e-book 978-958-35-1543-9

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

“Así que Venecia, ¡gracias a Dios!, ya no será para mí una palabra, un nombre vacío de contenido, ya no me atemorizará como tantas veces lo ha hecho, a mí, mortal enemigo de las palabras bajo cuya cáscara no encuentro nada” (J. W. GOETHE, Viaje a Italia).

“Quien consiga convertir en vinculante su interpretación sobre los derechos fundamentales...habrá alcanzado lo inalcanzable a través del procedimiento político usual: en cierto modo habrá convertido en parte de la Constitución su propia concepción sobre los asuntos sociales y políticos de la máxima importancia y los habrá descartado de la agenda política” (R. ALEXY, “Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático”, en Neoconstitucionalismo(s), 2003, pág. 43).

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN

UNA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

	PÁG.
1. La fundamentalidad de los derechos como problema de derecho positivo	1
2. Una teoría constitucional adecuada de los derechos fundamentales ...	9
3. La “doctrina” constitucional y los derechos fundamentales	14
A) Un derecho pretoriano	14
B) Fuerza vinculante de la doctrina constitucional	16
C) ¿Qué es y cómo se aplica un precedente sobre derechos fundamentales?	22

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO CATEGORÍA ESPECIAL DE DERECHOS

1. Un puente entre la ética y la juridicidad	29
2. ¿Qué significa tener un derecho?	34
A) El análisis de Hohfeld: complejidad y expansión del término derecho	34
B) ¿Derechos sin relación jurídica?	40
C) ¿Son derechos fundamentales las competencias y las investiduras?	45
3. El derecho fundamental como derecho subjetivo	48
A) El formato técnico del derecho subjetivo	48
B) Virtud e insuficiencia del formato “derecho subjetivo”	53
4. Un giro metodológico necesario en el concepto de derecho subjetivo	60
A) Derechos con textura deliberadamente abierta	60
B) La nueva estructura del derecho fundamental	62
C) Derechos que engendran deberes y garantías (la fuerza expansiva)	71
5. Los derechos fundamentales como derechos morales con eficacia jurídica	77
A) ¿Existen derechos morales?	77
B) Lenguaje ético y configuración de los derechos fundamentales ...	86

	PÁG.
C) Rasgos formales y sustantivos de los derechos fundamentales (ambivalencia funcional)	94
D) Derechos morales vs. certeza jurídica	99
6. Los derechos fundamentales como derechos humanos constitucionalizados y con garantía reforzada	104
A) Primer requisito: la fuente constitucional (una fuente difuminada)	105
B) Ampliación de la Carta de derechos fundamentales	109
a) Derechos de fuente internacional	109
b) Derechos no positivados: ¿creación judicial de derechos?	110
c) Derechos en el bloque de constitucionalidad	111
C) Segundo requisito: derechos con garantía reforzada (derechos constitucionales y derechos fundamentales)	112
7. Conclusión inicial	114

CAPÍTULO II

LA FUNDAMENTALIDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO (LAS FUENTES MATERIALES DE NUESTRO CONSTITUCIONALISMO)

1. Los “Grundrechte” de la Constitución alemana	118
A) El concepto de derecho fundamental en la Ley Fundamental de Bonn (1949)	118
B) ¿Cuáles son los Grundrechte? (La enunciación taxativa)	122
C) La interpretación amplia del Tribunal Constitucional Federal	124
2. La fundamentalidad gradualizada en la Constitución española	126
A) La sistemática de la Carta de derechos	126
a) Primer grupo: garantías reforzadas básicas (mínimas)	128
b) Segundo grupo: garantías reforzadas superlativas (la élite de los derechos)	130
c) Tercer grupo: derechos sin garantía reforzada	132
B) Los dos significados de fundamentalidad	133
C) Derechos sociales y colectivos sin fundamentalidad	137

CAPÍTULO III

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

1. Categorización y jerarquización en la Carta de derechos de 1991 (múltiples significados de fundamentalidad)	139
2. Derechos fundamentales como derechos tutelables	144

	PÁG.
A) Una inicial pero inaceptable tesis restrictiva	144
B) ¿De retorno a la tesis restrictiva de los derechos fundamentales? ...	147
C) Una teoría jurisprudencial de los derechos fundamentales	149
a) Criterios materiales, formales y técnicos identificadores de fundamentalidad	149
b) Criterio de conexidad	156
c) Erosión de los criterios y nueva estrategia discursiva	160
D) El nuevo juez de los derechos fundamentales (implicaciones judiciales de los anteriores criterios)	161
E) Consolidación y estado actual de la jurisprudencia sobre el concepto de derecho fundamental	166
a) El nuevo concepto de derecho fundamental (la fundamentalidad ampliada)	167
b) Implicaciones prácticas del nuevo concepto de derechos fundamentales	170
c) Observaciones sobre el nuevo concepto	172
d) Titulares de los derechos fundamentales	173
e) Dignidad humana: postulado ético y derecho fundamental en sí mismo	177
f) Fundamentalidad de los derechos sociales (la “cuadratura del círculo”)	188
F) Una teoría criolla de la eficacia directa y del contenido esencial (<i>Wessensghalt</i>): audacias tropicales	194
a) Innovaciones sobre los conceptos de eficacia directa y contenido esencial	194
3. Fundamentalidad como garantía contra las mayorías parlamentarias (reserva de ley estatutaria)	218

ANOTACIONES FINALES

DERECHOS FUNDAMENTALES, MODELO POLÍTICO Y CONTEXTO

A) Constructivismo judicial	223
B) Distribución de bienes	225
C) Superación dialéctica del modelo	227
D) Constitucionalismo social y Tercer Mundo	228
Bibliografía	231
Índice de autores	235

INTRODUCCIÓN

UNA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

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*.

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

En nuestro orden jurídico el problema de la fundamentalidad de ciertos derechos tiene relevancia principalmente para los siguientes efectos:

a) Para delimitar el bien jurídico que se protege mediante la acción de tutela, el más formidable, urgente e irresistible mecanismo judicial con que se garantiza un derecho en nuestro ordenamiento (junto con el recurso de *habeas corpus*). Así, el artículo 86 de la Constitución circunscribe la acción de tutela a la protección de los *derechos constitucionales fundamentales*.

b) Para identificar los derechos cuya regulación legislativa requiere un trámite especial, el de la ley estatutaria. En efecto, en su 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.

c) Para precisar el catálogo de derechos que no pueden ser suspendidos durante los estados de excepción. Ello por cuanto el artículo 214, numeral 2, prescribe que durante los estados de excepción no podrán suspenderse los *derechos humanos ni las libertades fundamentales*.

d) Para determinar los derechos cuya protección autoriza al legislador a reglamentar el derecho de petición frente a organizaciones particulares. Así, a decir del artículo 23 constitucional sólo a efectos de garan-

tizar los *derechos fundamentales* surge el derecho a interponer peticiones ante entidades de carácter no estatal.

e) Para determinar los derechos cuya “afectación” mediante una medida cautelar en el proceso penal, exige la intervención previa del juez de garantías, para la adopción de medidas adicionales de aseguramiento de las pruebas (cadena de custodia). En efecto, acorde con el artículo 250, numeral 3, de la Constitución, cuando las medidas cautelares que requiera dictar la Fiscalía General de la Nación para asegurar la prueba penal, *impliquen afectación de derechos fundamentales*, tales medidas requieren autorización y control previos por el juez de garantías.

En los cinco supuestos anteriores, la expresión *derechos fundamentales* utilizada en nuestra Constitución, pide una definición que deslinde su ámbito de aplicación y su alcance. A ellos hay que adicionar otros dos problemas complejos de orden constitucional cuya solución es inviable sin precisar el significado y alcance de la fundamentalidad que se predica para ciertos derechos.

f) El texto constitucional emplea dos expresiones de contenido difuso cuyo significado parecería, en principio, ser equivalente a la de *derechos fundamentales*: los *derechos inalienables de la persona* (art. 5º) y los *derechos inherentes a la persona humana* (art. 94). A los derechos inalienables el Estado les reconoce “primacía” sobre cualquier otra consideración político-jurídica o argumentación del discurso constitucional; prevalecen incluso frente a argumentos relativos al interés general, necesidad pública o bienestar de la mayoría (prevalecen sobre cualquier “política pública”); a los derechos inherentes a la persona humana la Constitución les reconoce una existencia extra positiva, son deducidos mediante un razonamiento ético y su amparo por vía legislativa, administrativa y judicial se garantiza sin necesidad de texto normativo expreso (nacional o internacional) que los consagre y delimite su alcance. La dogmática constitucional no puede eludir la tarea de dilucidar cuáles derechos integran estas dos categorías básicas de derechos y su relación con los derechos que en otras normas denomina fundamentales.

g) Una indagación sobre el significado aún más profundo de los *derechos fundamentales* en muestra reciente jurisprudencia constitucional permitiría afirmar la incompetencia del Congreso de la República para expedir actos legislativos reformativos, con sentido regresivo, de los derechos constitucionales esenciales al modelo político-jurídico del Estado democrático constitucional de derecho. A decir de la Corte Constitucional (sents. C-551 de 2003 y C-1040 de 2005), tales reformas regresivas po-

drían ser invalidadas por vicios de incompetencia del Congreso en tanto ellas comportan una verdadera “sustitución constitucional”. Cabe preguntar entonces: ¿cuáles son esos derechos cuya suprema fundamentalidad los hace intangibles aún frente al poder constituyente secundario, e incluso respecto a las mayorías populares en un referendo que los pretenda suprimir o recortar sustantivamente?¹.

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, en buena medida, España, omite toda definición cerrada de dicho concepto, sin ofrecer tampoco una enumeración taxativa de tales derechos. Semejante 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 haremos mediante dos derroteros: el analítico-conceptual y el rastreo de la jurisprudencia, pero acentuaremos el examen de los aspectos a) y b) enunciados.

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 puede tener su significación propia. Entonces en tales ámbitos del discurso se habla más bien de *derechos humanos* como expresión equivalente a la de derechos fundamentales. Actualmente las más influyentes tendencias de la filosofía ético-política y jurídica asumen los derechos humanos, 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 alguien². En este terreno podríamos definir un derecho

¹ En la sent. C-551 de 2003 se lee: “El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla en su integridad. Para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad”. En la sent. C-1040 de 2005 la Corte examinó si la entronización de la reelección presidencial implicaba un desmonte del principio de igualdad electoral. En ella se cita, como ejemplo de sustitución constitucional, la supresión de los derechos sociales o de la igualdad.

² 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

humano como el supremo poder de reclamación moral que puede formular toda persona humana a la comunidad en la que convive y aún a la humanidad entera. Los derechos humanos son, desde esta perspectiva, elementos esenciales de una moralidad ideal racionalmente construida, deducidos a partir de principios básicos compartidos, y que se vuelcan sobre la juridicidad para darle legitimidad y sentido.

Con todo, cuando el asunto se circunscribe al terreno del derecho colombiano vigente, la misma afirmación *D es un derecho fundamental*, aunque intensamente inspirada en el significado de aquellas áreas de la filosofía política y moral y en permanente comunicación con él, tiene implicaciones de orden técnico que deben ser delimitadas con rigor. Tales rasgos técnico-jurídicos conducen en no pocas situaciones a que un determinado derecho humano, reconocido como tal en el discurso ético y político, no pueda ser garantizado como derecho fundamental en el orden constitucional. Ejemplos patéticos de tal bifurcación conceptual son: el derecho de rebelión contra la autoridad tiránica, que en su versión más moderada se traduce en la desobediencia civil³; el derecho a la objeción de conciencia frente al reclutamiento militar, derecho humano que nuestra Corte Constitucional se niega rotundamente a admitir como fundamental⁴; el derecho de todo ser humano a una vivienda digna, que sólo se fundamenta en casos excepcionales y con contenidos muy limitados⁵; y —por qué

en el mundo anglosajón, español y latinoamericano a partir de las elaboraciones de JOHN RAWLS (*Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, págs. 19 y 20); y, luego, por RONALD DWORKIN (*Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, págs. 276 a 326). Entre nosotros, ha sido expuesta con fortuna teórica por el iusfilósofo argentino CARLOS SANTIAGO NINO, en *Ética y derechos humanos* (Barcelona, Edit. Ariel, 1989, págs. 14 a 31); y, entre otros, por los españoles FRANCISCO LAPORTA SAN MIGUEL (“Sobre el concepto de derechos humanos”, en revista *Doxa*, Madrid, 1987 y *Entre el Derecho y la Moral*, México, Edit. Fontamara, 1995, págs. 82-84) y EUSEBIO FERNÁNDEZ (*Filosofía política y derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1995, págs. 47 a 51). Tal concepción se contrapone a las utilitarista y positivista radical de la justicia y el derecho. Al concepto de derechos morales se dedica el apartado 4 del capítulo I de esta disertación.

³ En el más impecable discurso liberal, el de JOHN LOCKE, el derecho a resistir a la autoridad tiránica constituye un derecho natural e inalienable, es el derecho a “recurrir al cielo” (*appeal to heaven*), según se lee en el *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, núm. 168.

⁴ Desde las sents. T-409 de 1992 y T-363 de 1995 hasta la C-740 de 2001.

⁵ Sents. SU-1150 de 2000, T-1346 de 2001, T-602 de 2003 y T-585 de 2006: las víctimas del desplazamiento forzado tienen derecho a que ciertas entidades estatales les suministren el goce de un inmueble o un subsidio para pago de arriendo.

no— el de propiedad privada que, siendo esencial al modelo constitucional, no está reconocido como fundamental en Colombia (ni tampoco en España).

En la filosofía política y moral tiene plausibilidad la afirmación: *D es un derecho humano*, si podemos demostrar, por ejemplo, que tal derecho es inherente a la persona y a su dignidad intrínseca (fundamentación aristotélica y tomista). Entonces, desde esta perspectiva discursiva todo ser humano puede reclamar el derecho *D* con la máxima vehemencia posible. Entonces catalogaríamos como inmoral a aquella la sociedad o a aquel el Estado que no lo reconozcan y amparen eficazmente. Es el caso del derecho de todo individuo a *participar de algún modo en la adopción de las decisiones colectivas que directamente lo afectan*. Pues bien, todos los Estados y la Unión Europea (como supra-Estado) reservan tal derecho humano sólo a quienes gozan de la condición político-constitucional de ciudadanía, con la modesta excepción del sufragio activo en el ámbito local en algunas Constituciones (como la nuestra), y siempre que el legislador considere conveniente desarrollarlo⁶. Con la misma lógica restrictiva la Constitución colombiana (art. 24), al igual que la española (art. 19), reserva la libertad de locomoción dentro del territorio y el derecho a entrar y permanecer en él sólo a los nacionales, no a los extranjeros, no obstante que en ciertas situaciones lacerantes, especialmente frente a refugiados, parece un imperativo ético humanitario acogerlos. Y, finalmente, por extraño que parezca, mientras en nuestra Carta toda persona es titular del derecho fundamental de petición ante las autoridades (art. 23), en la española sólo lo es quien ostente la calidad de nacional de ese Estado (art. 29.1).

Y tales desencuentros perviven a pesar de los esfuerzos de nuestra Corte Constitucional, sobre todo a partir de la sentencia T-227 de 2003, por acercar y fusionar en una sola la definición ético-política y la jurídica de derecho fundamental. Prueba de ello es que esta nueva definición sólo reconoce como fundamental aquel derecho constitucional “funcionalmente dirigido a realizar la dignidad humana” (criterio ético-filosófico o discursivo), pero con una condición técnico-jurídica infaltable: que tal derecho de base ética sea “traducible en un derecho subjetivo” (criterio técnico).

⁶ En la Carta Europea de Derechos Fundamentales, proclamada en Niza el 7 de diciembre del año 2000 para la Unión Europea, la reserva de los derechos de participación a los ciudadanos europeos es una de las características que diferencian a estos derechos fundamentales de los “derechos individuales”. Sólo estos últimos son otorgados a todo ser humano (véase al respecto: MARC CARRILLO, “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 65 (II), enero-abril de 2003, pág. 155).

En cualquier caso, para el jurista práctico —y también para el sujeto del discurso moral público o institucional— 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; un derecho no se tiñe de fundamentalidad por la sola vivencia subjetiva de su importancia por intensa que ella sea. La afirmación sobre la existencia de derechos fundamentales —como categoría normativa— significa que ciertos derechos poseen unas *implicaciones jurídicas especiales* muy bien delimitadas en el ordenamiento, lo cual justifica para ellos un tratamiento especial en la teoría y la práctica de los derechos.

Decir que existen derechos fundamentales significa que a ciertas situaciones subjetivas ventajosas para alguien, reconocidas por el orden jurídico como especialmente valiosas, la Constitución les asigna *un nivel reforzado de protección o garantía muy superior al que se otorga a cualesquiera otras situaciones* de legítima prerrogativa individual; garantía reforzada llamada a operar con la máxima eficacia posible frente a las actuaciones de los órganos judiciales y administrativos, frente al poder social que ostentan ciertos particulares, frente al poder legislativo y aun frente al poder constituyente secundario. Definimos, entonces, el derecho fundamental en función no sólo de su profundo cimiento ético sino, ante todo, en función de la excelsa calidad de las garantías legislativas, judiciales, administrativas, etc., con que se le blindó a fin de evitar su desconocimiento o desmejora por la acción del poder soberano o del poder social subordinante que ostentan ciertos particulares. Corolario: sólo nombraremos como fundamentales a aquellos derechos subjetivos cuya conculcación o desconocimiento deben ser corregidos mediante el más urgente y fulminante despliegue del aparato coercitivo estatal, que en Colombia equivale a una orden judicial de *habeas corpus* o de tutela (a las cuales nadie puede resistirse); o a aquellos cuya desmejora invalida inmediatamente la decisión legislativa o constituyente o admite la intervención directa del pueblo para dejarla sin efectos⁷.

⁷ El vínculo lógico —por tanto irrompible— entre el concepto de derechos fundamentales y garantías constitucionales ha sido resaltado por el autor español JAVIER PÉREZ ROYO de la siguiente manera: “Para que los derechos se conviertan en fundamentales tienen que incorporarse a una Constitución que se afirme expresamente como norma jurídica y que prevea mecanismos para garantizar su supremacía sobre las demás normas del ordenamiento [...]. Los derechos fundamentales están, por tanto, en íntima conexión con las garantías constitucionales”. (*Curso de derecho constitucional*, 10ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 265). En el mismo sentido pero *acentuando el carác-*

De allí que, como se expondrá en los capítulos II y III de esta obra, un orden constitucional puede manejar simultáneamente varios conceptos de derechos fundamentales, no coincidentes entre sí. Así, la Constitución española atribuye garantías diferenciadas para cada uno de los dos grupos de derechos a los que denomina con el calificativo común de fundamentales. Atribuye ciertas garantías reforzadas básicas a los fundamentales en sentido amplio, pero reserva un *plus de garantías reforzada especiales* a los fundamentales en sentido estricto (fundamentalísimos o super-fundamentales). De igual modo, en nuestra Constitución un derecho puede ser catalogado como fundamental para efectos de la garantía de la tutela, sin que lo sea para efectos de las garantías de la ley estatutaria (art. 152), de la intangibilidad durante estados de excepción (art. 214, num. 2) y la supergarantía contra el poder constituyente derivado (art. 377). Es el caso del derecho a salud de los niños (art. 44).

En este orden de ideas, para que la identificación de los derechos que ameritan las *supergarantías* propias de la fundamentalidad no termine siendo un ejercicio de metafísica, edificado sobre intuiciones o corazonadas fortuitas, el jurista ha de contar con criterios racionalmente manejables que le permitan verificar en un caso concreto y con buen grado de certeza, si se trata de uno de tales derechos o no. Tales criterios constituirán una instrumentación discursiva y técnica para que la operación de identificación de derechos fundamentales sea sustentable y predecible.

Quien, dentro de una comunidad político-jurídica, afirme *tener un derecho fundamental D cuyo contenido es X* deberá saber: a) la naturaleza de los argumentos que ha de aducir para que su afirmación tenga alguna probabilidad de ser discutida (aceptabilidad del argumento), y b) el grado de eficacia persuasiva de cada uno de los argumentos aceptables (discutibles) que esgrime en favor de su afirmación (nivel de plausibilidad de la afirmación). Respecto a la exigencia a) deberá ser claro que en nuestra jurisprudencia no tiene recibo un argumento de raíz teológico-religiosa, verbigracia, que el derecho *D es fundamental porque está inscrito en el corazón del hombre por la ley divina*. En cambio, tendría buena presentación un argumento de rancia estirpe metafísica como es el aristotélico-to-

ter judicial de la garantía, el jurista español MANUEL CARRASCO DURÁN sostiene que “no hay derechos fundamentales si no hay garantías jurisdiccionales de los mismos”. Según este autor, sin garantías jurisdiccionales los derechos constitucionales quedarían reducidos a principios políticos de cumplimiento discrecional por el poder legislativo (*Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002).

mista de que *el derecho D es inherente a la esencia humana*⁸. Respecto al plano argumentativo b), podría decirse que, a efectos de tutelar el derecho a la pensión, persuade más al juez demostrar la situación vulnerable de un anciano desprovisto de todo ingreso económico (derecho al mínimo vital), que esgrimir su derecho al libre desarrollo de la personalidad (derecho a realizar su plan de vida).

Afirmar como fundamental, por ejemplo, el derecho de los niños de nuestros barrios subnormales a poseer un computador personal con conexión a Internet, exige no sólo la demostración de que semejante carencia tecnológica hiere la dignidad y la igualdad, sino también que existe un *derecho subjetivo, operable judicialmente*, para proveérselo. Y afirmar que existe tal derecho subjetivo supone demostrar una relación *derecho-deber*, lo cual en este caso implica: a) identificar los sujetos cuya situación socio-económica los hace merecedores de reclamarlo judicialmente (¿niños de qué estratos, de qué nivel de ingresos, etc.?); b) identificar los sujetos obligados a satisfacerlo (el Ministerio de Educación Nacional, el municipio o el departamento respectivo); c) definir una prestación específica que satisfaga tal derecho (v. gr., subsidio de compra, donación del aparato, facilidad para su acceso en escuela o sitio público, etc.), y d) ubicar recursos presupuestales legalmente destinados a subvencionar dicha necesidad tecnológica.

Es cierto que la tarea de identificación de los derechos fundamentales en el campo del derecho positivo —con ayuda de ciertas señales particulares que los delatan— difiere, en cuanto a criterios argumentativos y métodos analíticos, de la misma operación llevada a cabo en el terreno de la filosofía moral (e incluso pueden conducir a soluciones divergentes). Con todo, una teoría jurídica de los derechos fundamentales tiene un punto de partida común con la teoría ética de los derechos humanos y estará permanentemente abocada a comunicarse con ésta. Tal apelación a la ar-

⁸ Este argumento que apela a la idea de *esencia humana* o *naturaleza humana* ha sido esgrimido en no pocas ocasiones por la Corte Constitucional, entre otras en la sent. T-002 de 1992 (la primera sentencia de tutela dictada en Colombia) para sustentar el carácter de fundamental del derecho a la educación. En ella se lee: “El conocimiento es inherente a la naturaleza del hombre, es de su esencia; él hace parte de su dignidad, es un punto de partida para lograr el desarrollo de su personalidad, es decir para llegar a ser fin de sí mismo... La educación por su parte es una de las esferas de la cultura y es el medio para obtener el conocimiento y lograr el desarrollo y perfeccionamiento del hombre”. Igualmente, la apelación al argumento de la esencia humana como *ser racional* para sustentar un derecho fundamental se halla en las sents. T-556 de 1998 y T-747 de 2003.

gumentación ética y política es impostergable para el jurista, sobre todo en ciertos momentos críticos y frente a casos difíciles en los que el derecho positivo “se agota” sin proveer una solución segura. Entonces deberá encontrar razones, fundamentos discursivos (no simplemente intuitivos) para definir y señalar qué son y cuáles son los derechos fundamentales. Por ello, el estudio de los derechos que podemos reconocer como fundamentales en nuestro orden constitucional exige un primer asomo desde la teoría del derecho subjetivo y también desde la teoría de los derechos morales; campo este en el cual la expresión *derechos fundamentales* puede entenderse, provisionalmente, como equivalente a la expresión *derechos humanos*, sin perjuicio de las precisiones y matizaciones que más adelante se harán en el capítulo 1 de esta obra.

2. UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL ADECUADA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Tan pronto se empieza a manejar el concepto de derechos fundamentales en el contexto colombiano, surgen interrogantes como:

¿Son los derechos fundamentales lo mismo que los derechos humanos?; ¿en qué sentido son derechos?; ¿pueden ser vertidos los derechos fundamentales en el formato técnico de derechos subjetivos?; ¿participan de la cualidad de fundamentales todos los derechos constitucionalmente consagrados y a los que en este estudio llamaremos genéricamente *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 (Const. Pol., art. 154), la inviolabilidad parlamentaria (*ibid.*, art. 185), el fuero parlamentario (*ibid.*, art. 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 (*ibid.*, art. 187), el derecho de un ministro a intervenir en la sesión a la que fue citado para responder a un debate parlamentario (*ibid.*, art. 135, num. 8), el derecho de un ministro a que la moción de censura en su contra solo verse sobre asuntos relacionados con el cargo y mediante audiencia (*ibid.*, art. 136, num. 9)? ¿Son fundamentales los derechos de las entidades públicas o de ciertas colectividades, por ejemplo, el derecho a la autonomía universitaria (*ibid.*, art. 69), o el derecho de las entidades territoriales a su autonomía (por ejemplo, los “derechos” del art. 287)? ¿Cuál es la diferencia —si la hubiere— entre un derecho fundamen-

tal y una *garantía institucional* (por ejemplo, entre el derecho al debido proceso y la garantía de independencia judicial)?

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, además de la exuberante riqueza de situaciones normativas garantizadas, incorpora simultáneamente varios lenguajes para señalarlas: lenguaje moral unas veces, por ejemplo, *derechos inalienables e inherentes a la persona*; lenguaje técnico-jurídico en otras, por ejemplo, *derechos de aplicación inmediata*; lenguaje de derecho internacional, en algunas (*derechos humanos*). Todo lo cual revela déficit de rigor conceptual y de coherencia. Una muestra del manejo descuidado en la identificación y categorización de derechos es la variedad de expresiones que nuestra preceptiva fundamental utiliza para nombrarlos:

a) *Derechos consagrados en la Constitución*, cuya garantía y efectividad constituye uno de los fines esenciales del Estado (art. 2º); *derechos consagrados en esta Carta*, cuya interpretación remite al Derecho Internacional de los derechos humanos (art. 93); y *derechos constitucionales*, cuyas decisiones judiciales de amparo en casos concretos pueden ser objeto de revisión eventual por la Corte Constitucional (art. 241, num. 9).

b) *Derechos y libertades*, cuya garantía igualitaria para todos los residentes en Colombia es razón legitimadora de las autoridades públicas y compromiso del jefe de Estado (arts. 2º, inc. 2º, 13 y 188); y *derechos y libertades públicas*, cuya protección constituye el fundamento del cuerpo de policía (art. 218).

c) *Derechos inalienables de la persona*, a los que el Estado les reconoce “primacía” sobre cualquier otra consideración en el discurso jurídico-político (art. 5º); y *derechos inherentes a la persona humana*, cuyo reconocimiento y garantía no están condicionados a su expresa mención en norma constitucional o internacional (art. 94).

d) *Derechos humanos*, como derechos dotados de *prevalencia* en el orden jurídico interno (arts. 93, 95, num. 4; 118, 164, 227, num. 2; y 282) y *derechos humanos y libertades fundamentales*, los cuales no pueden ser suspendidos bajo estados de excepción (art. 214, num. 2).

e) *Derechos fundamentales*, denominación con la que el capítulo 1 del título II bautiza a un primer grupo de derechos constitucionales y que se reitera en los artículos 23 (derechos que justifican el derecho de petición frente a entidades particulares), 152 (para dotarlos de un trámite legislativo

especial y garante), y 250, numeral 3 (derechos que justifican medidas adicionales para asegurar la “cadena de custodia” de las pruebas penales); *derechos constitucionales fundamentales*, señalados en el artículo 86 como el bien jurídico de la acción de tutela; y *derechos fundamentales de los niños* en el artículo 44.

f) *Derechos reconocidos en el capítulo 1 del título II*, a los cuales se les dota de una salvaguarda participativa y ciudadana para defenderlos, mediante referendo derogatorio, frente al poder constituyente reformador del Congreso que los desmejore (art. 377).

g) *Derechos de aplicación inmediata*, enumerados en el artículo 85 para dotarlos de una de las garantías reforzadas, exclusivas de cierto núcleo de derechos constitucionales.

h) *Derechos de los trabajadores*, los cuales, al lado de la *libertad* y la *dignidad humana*, no pueden ser *menoscabados* por la ley, los contratos y los convenios de trabajo (art. 53, inciso final); y *derechos sociales de los trabajadores*, los cuales no pueden ser *desmejorados* durante el estado de emergencia económica y social (art. 215, inciso final).

i) *Derechos de los niños*, derechos que, en palabras del artículo 44, inciso final, *prevalecen sobre los derechos de los demás*.

j) *Derechos adquiridos*, cuya intangibilidad por parte de leyes nuevas está garantizada en el artículo 58.

k) *Derechos colectivos* (art. 88); *derechos individuales, de grupo o colectivos*, para todos los cuales el legislador debe configurar diversas acciones judiciales garantes.

¿Serán equivalentes a derechos fundamentales todas estas expresiones en las que aparecen los términos “derecho”, “derechos” o “libertades”? Y más aún: ¿pueden ser tomados —y en qué condiciones— como derechos fundamentales los *intereses legítimos de personas o colectivos* (art. 86, inc. 5º, o art. 277 num. 4)?

Ante tan frondosa, compleja y multívoca realidad textual, surge la necesidad de construir una *teoría constitucional adecuada* de los derechos. Una Constitución no puede ser apropiadamente leída, coherentemente interpretada y lúcidamente aplicada si el operador jurídico no dispone para ello de una teoría constitucional moldeada a la medida de esa Carta Fundamental y profundamente anclada en ella. Una teoría constitucional *adecuada* —vale decir, para una determinada Constitución— es instrumento indispensable para que los artículos codificados digan algo más de lo que permite deducir su imperfecta gramática. Solo una teoría constitucional

permite superar las contradicciones internas, los vacíos y las oscuridades que acusa una Carta constitucional. Una *teoría constitucional adecuada* para operar con la Constitución de 1991 es necesaria para asegurar el efectivo relevo constitucional, es decir, para no seguir leyendo la nueva Carta con las categorías conceptuales de la anterior⁹.

Y solo 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 mayores 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 considerar aspectos relevantes como: de qué derechos se trata, cuál es la situación económica de los menores, y la existencia de otros créditos ligados al mínimo vital de alguna persona (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, verbigracia, se dice que cuando chocan varios derechos entre sí, la cuestión se supera apelando a las reglas del artículo 5º de la ley 57 de 1887, aquellas que ordenan preferir la norma especial a la general o la norma posterior a la anterior. Por esta vía se ha lle-

⁹ Así lo hemos planteado en nuestro artículo “Introducción a una teoría constitucional colombiana”, en revista *Estudios de Derecho*, Medellín, Universidad de Antioquia, núms. 117 y 118, 1991, págs. 7 a 28. Un modelo de una teoría constitucional *adecuada* es la expuesta para la Constitución alemana por ROBERT ALEXY, en su *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Aunque tal obra está proyectada sobre la Ley Fundamental de Alemania y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de esa nación, contiene herramientas analíticas útiles para la dogmática de otros ordenamientos constitucionales que, como el nuestro, han asimilado instituciones del constitucionalismo europeo de la segunda posguerra. Pero sin que ello conduzca a adoptar esas elaboraciones como si fueran nuestra propia teoría constitucional.

gado 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”. Afortunadamente la teoría constitucional —dogmática constitucional— nos habilita para un ejercicio hermenéutico constructivo, complejo y flexible de los datos normativos, lo cual nos libra de las “interpretaciones ingenieriles” del derecho, interpretaciones “pegadas al texto”, que tanto horrorizan a los buenos juristas.

Solo cuando se tiene una teoría adecuada de los derechos, se puede dar un alcance preciso y matizado a afirmaciones tan tópicas —y en cierto sentido falsas— como la de que “ningún derecho es absoluto, todos son relativos”¹⁰. Enunciado este ante el cual cabe preguntar: ¿en qué sentido será relativo el derecho a la vida? y ¿en qué circunstancias se relativizan el derecho a no ser torturado (integridad física y moral) o la libertad de conciencia? ¿Cómo podría legitimarse la aplicación retroactiva o *ex post ipso* de una sanción? Cuestiones estas que invitan a la elaboración de conceptos imprescindibles, tales como el de *contenido esencial* (o *núcleo esencial*) de los derechos fundamentales, sin el cual no es posible afirmar nada plausible acerca de qué derechos pueden ser restringidos, limitados, condicionados o modalizados en su ejercicio, y en qué medida; o, como el juicio de proporcionalidad sin el cual hoy resulta impensable armonizar derechos constitucionales que colisionan entre sí. Y sólo una teoría constitucional *adecuada a nuestra Carta* nos salva de copiar reverencialmente doctrinas extranjeras que, aunque valiosas como referente analítico, no encuentran profundo anclaje en nuestro contexto ni son seguidas al pie de la letra por nuestra jurisprudencia (v. gr., la tesis de que *todos* los enunciados normativos de derechos fundamentales deber ser asumidos como *principios* y no como *reglas*)¹¹.

¹⁰ Todas estas son expresiones que, a manera de muestra representativa, hemos escogido dentro del amplio repertorio de enunciados toscos y poco afortunados que con frecuencia se dicen.

¹¹ Aunque esta tesis es uno de los más seductores aportes de ROBERT ALEXY a la teoría de los derechos fundamentales para Alemania, nuestra jurisprudencia se ha apartado un poco de ella en la sent. T-475 de 1997, en la que la Corte Constitucional afirma la existencia de *algunos derechos absolutos*, entre ellos la vida, la integridad física y moral, la prohibición de tortura, la no-retroactividad del derecho sancionatorio y la prohi-