

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR CONEXIDAD EN COLOMBIA.
ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS CRITERIOS DE DEFINICION Y SU
NATURALEZA JURIDICA.**

MARIJOSE ARRAEZ DEGIOVANNI

MARIA ALEJANDRA VERGARA ALVAREZ

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

CARTAGENA DE INDIAS

2011

**LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR CONEXIDAD EN COLOMBIA.
ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS CRITERIOS DE DEFINICION Y SU
NATURALEZA JURIDICA.**

MARIJOSE ARRAEZ DEGIOVANNI

MARIA ALEJANDRA VERGARA ALVAREZ

MARIO ECHEVERRIA ESQUIVEL

Asesor

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

CARTAGENA DE INDIAS

2011

1. INTRODUCCION

2. CONCEPTO Y CARACTERISTICAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3. EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO EN COLOMBIA, LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

- a) EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO
- b) LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL
- c) LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LIMITES MATERIALES AL PODER ESTATAL
- d) LOS LIMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU DESARROLLO LEGISLATIVO

4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR CONEXIDAD

- a) ORIGENES Y CONSOLIDACION DE LA "CONEXIDAD" COMO HERRAMIENTA HERMENEUTICA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA.
- b) FIGURAS AFINES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA.

5. ALGUNOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR CONEXIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

- a) EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO POR CONEXIDAD
- b) DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL
- c) DERECHO AL MEDIO AMBIENTE SANO Y OTROS DERECHOS COLECTIVOS

6. CONCLUSIONES

7. BIBLIOGRAFIA

I. INTRODUCCIÓN.

No sería exagerado afirmar que el avance más significativo del derecho constitucional de la segunda posguerra al interior de las naciones adscritas a la tradición jurídica continental (gran parte de Europa y América Latina), se traduce en la posibilidad de aplicación directa de contenidos constitucionales sustantivos a casos concretos, o lo que es lo mismo, la transformación de la Constitución Política en verdadera norma jurídica. A partir de esta importante transformación, los distintos regímenes jurídicos han abogado por la incorporación de mecanismos eficaces destinados a velar y garantizar el sometimiento absoluto de las autoridades públicas al precepto constitucional, es decir, garantizar el control judicial de constitucionalidad de todos los actos jurídicos (Botero, 2007, pág. 201).

Al interior de este ambiente jurídico irradiado por los contenidos constitucionales, la noción de Derecho Fundamental adquiere especial importancia, estos suponen un límite al poder del Estado e inclusive a la acción de los mismos particulares¹. La doctrina mayoritaria admite que los Derechos Fundamentales son entendidos como mandatos de optimización que determinan posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de una simple mayoría parlamentaria (Alexy, 2001, pág. 406), esta definición de Derecho Fundamental ofrece muchas ventajas, en la medida en que su generalidad permite un amplio acuerdo, y al asociar directamente el concepto de Derecho Fundamental con la cuestión democrática le brinda automáticamente a estos un lugar central en la teoría política contemporánea (Arango, 2005, pág. 31). Sin embargo lo que la definición gana en generalidad, lo pierde en precisión, por tal

¹ Dos de los estudio más detallados sobre la noción de Derechos Fundamentales puede consultarse en: (Bernal, 2002) y (Ferrajoli, 2001). En relación a la garantía de los Derechos Fundamentales frente a particulares, resulta esclarecedor los trabajo del profesor Alexey Julio y el exmagistrado Eduardo Cifuentes, en: (Julio, 2000) y (Cifuentes, 1998)

motivo deben fijarse una serie de criterios que permitan su concretización y de esta forma hacerlos operativos al interior de la práctica judicial.

Con esto en mente, la Corte Constitucional ha desarrollado una serie de criterios que permiten un desarrollo mucho más concreto y eficaz de los mismos, en su jurisprudencia se ha sostenido que el criterio para identificar un derecho como fundamental no se realiza solo en función del aspecto formal que identifica como tales únicamente los que se encuentran consagrados en el capítulo que trata de dichos derechos en la Constitución Política (arts. 11 – 41), cuya enunciación – señala la Corte- nunca debe ser interpretada como taxativa, pues dicha enunciación constituye únicamente un criterio auxiliar² para definir los mismos³. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional colombiana, la definición de Derechos Fundamentales debe incorporar criterios sustanciales o materiales que también supongan la necesaria incorporación de: a.) Aquellos derechos calificados expresamente como tales por parte del Constituyente, por ejemplo los derechos de los niños (art. 44 C.P.); b.) Aquellos derechos incorporados por medio de bloque de constitucionalidad, en virtud de la celebración de tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (art. 93 C.P.); c.) Los derechos no contemplados en el texto constitucional que sean inherentes a la persona humana (art. 94 C. P.); d.) Aquellos derechos que tienen una conexión directa con los Derechos Fundamentales, y finalmente; e.) Los derechos que surgen a partir de una interpretación sistemática de la Carta Constitucional por parte del juez de tutela frente a la realidad social y al contexto histórico⁴.

²Tal como lo expresó en la sentencia T-002 de 1992.

³Una buena aproximación a la teoría de los derechos fundamentales al interior del contexto colombiano en: (Chinchilla, 1999) y (Cepeda, 1992)

⁴Este criterio material para la definición de Derechos Fundamentales ha sido desarrollado por la Corte en las sentencias: T-002 de 1992; T-008 de 1992 y T-406 de 1992.

Con base en los criterios materiales o sustanciales anteriormente expuestos podemos clasificar los Derechos Fundamentales en Colombia en tres grandes grupos (Fajardo, 2007, págs. 22-23):

1. Derechos Fundamentales no incluidos en el Capítulo I del Título II de la Constitución Política, pero que se encuentran consagrados de manera expresa en el texto constitucional y que han sido definidos como fundamentales por disposición constitucional o por decisión jurisprudencial. A este grupo corresponden los derechos fundamentales de los niños, a quienes el propio Constituyente de 1991 decidió brindar especial protección por su condición de vulnerabilidad e indefensión; igualmente encontramos los derechos asociados al acceso a la administración de justicia (art. 229) los cuales se encuentran contemplados en el Título referente a la Rama Judicial, que ha sido definido como fundamental por la jurisprudencia constitucional.
2. Derechos Fundamentales no expresos o innominados que la jurisprudencia constitucional deduce del artículo 94 de la Constitución Política y que son aquellos “inherentes a la persona humana” pero que no se encuentran contenidos o expresados ni en la Carta Constitucional, ni en los tratados internacionales vigentes en Colombia. Se trata de los derechos a la Dignidad humana, al Mínimo Vital y a la Seguridad Personal.
3. Derechos considerados como Fundamentales por Conexidad, en este grupo encontramos tres sub-grupos, por una parte se encuentran los derechos de cuyos titulares son sujetos que el mismo Constituyente de 1991 ha decidido amparar como sujetos de especial protección⁵; en segundo lugar tenemos los derechos de los sujetos que la jurisprudencia

⁵ Por ejemplo: La mujer embarazada y la mujer cabeza de familia (art. 43); los adolescentes (art. 45); las personas de tercera edad (art. 46); las personas con discapacidad (art. 46) y los trabajadores y sindicatos (arts. 53 - 56).

constitucional ha definido como sujetos de especial protección⁶ y finalmente los derechos económicos, sociales, culturales y colectivos que han sido definidos como fundamentales por conexidad en la jurisprudencia constitucional pero cuya titularidad no la constituya un sujeto de especial protección.

La finalidad del presente trabajo es desarrollar este último grupo de Derechos Fundamentales en Colombia, analizando los desarrollos jurisprudenciales que definen sus contornos así como los criterios que determinan su existencia, contribuyendo de esta forma a determinar el tratamiento que la jurisprudencia ha dado en Colombia a los procesos destinados a conceptualizar los derechos fundamentales por conexidad. Para desarrollar tal propósito, inicialmente abordaremos la temática general, en torno a las principales características de los derechos fundamentales según la doctrina internacional y el debate académico nacional, para luego, entrar a analizar la importancia que los mismos tienen al interior de la jurisprudencia constitucional colombiana, señalando los procedimientos orientados a su garantía mediante la Acción de Tutela así como los límites jurisprudenciales de los mismos. Una vez precisado el concepto de Derecho Fundamental y sus contornos jurisprudenciales, abordaremos la temática de los Derechos Fundamentales por Conexidad, realizando un análisis sistemático de la jurisprudencia existente en la materia así como desarrollando algunos de los ejemplos de Derechos Fundamentales por Conexidad más ilustrativos en la jurisprudencia nacional. Finalmente expondremos sucintamente algunas posturas doctrinales de oposición que la figura ha generado al interior de sectores de la doctrina nacional, respondiendo algunas de sus críticas y concluyendo con un resumen sistemático de los criterios y naturaleza que definen un derecho en Colombia como Derecho Fundamental por Conexidad.

⁶ Como ejemplo de estos sujetos, tenemos: Grupos Étnicos, Personas privadas de la libertad, personas en situación de desplazamiento forzado, personas en situación de indigencia y personas con diversa orientación sexual (Fajardo, 2007, pág. 23)

II. CONCEPTO Y CARACTERISTICAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Frente a la noción de los Derecho Fundamentales, el jurista alemán Robert Alexy distingue tres dimensiones de análisis. La primera de estas dimensiones la podríamos denominar “dimensión filosófica” de los derechos fundamentales, es la concerniente al contenido de los mismos y su fundamentación; la segunda dimensión atañe a su institucionalización al interior del sistema jurídico, esta dimensión la podríamos denominar “dimensión política”; y finalmente tenemos la referente a su interpretación, esta ultima dimensión hermenéutica la denominaremos, “dimensión jurídica” de los Derechos Fundamentales. Sin embargo, resulta difícil entender como algo puede sustanciarse, institucionalizarse e interpretarse sin tener plena claridad de qué es aquello que ha de ser respaldado por razones, transformado en realidad o vivificado mediante la práctica interpretativa (Alexy, 2005), por tal razón el primer paso al interior del estudio de los Derechos Fundamentales es construir una noción que permita definir sus contornos y precisar sus contenidos.

En relación a la clasificación de las construcciones teóricas de los Derechos Fundamentales, Robert Alexy identifica dos grandes grupos: La construcción cerrada y estricta, por un lado, y la amplia y comprensiva, por el otro. La primera de estas construcciones puede denominarse “construcción como regla”, mientras que la segunda puede llamarse “construcción de principios”. Sin embargo, es importante señalar que ninguna de las construcciones puede desarrollarse de forma pura, a pesar de que representan diferentes tendencias en lo concerniente a los límites de la interpretación judicial en los Estados Contemporáneos y las tensiones implícitas entre Derechos y Democracia.

Según la construcción cerrada y estricta, las normas que confieren derechos fundamentales no se distinguen esencialmente de otras normas del sistema jurídico. Obviamente, al ser normas constitucionales se encuentran en un nivel jerárquico privilegiado en relación al resto de normas que conforman el ordenamiento, y su objeto son por lo tanto derechos muy importantes que se encuentran formulados de manera abstracta. No obstante, según la construcción de reglas, ninguno de los rasgos señalados constituye una diferencia verdaderamente significativa o fundamental como para distinguir o privilegiar un proceso hermenéutico constitucional frente a uno legal. Esta posición en el mundo de habla hispana la viene desarrollando entre otros Juan Antonio García Amado. Para este autor español, las normas constitucionales (Derechos Fundamentales) son reglas jurídicas y son aplicables del mismo modo que las demás. Su característica distintiva es que protegen ciertas posiciones de los individuos frente al Estado abstractamente descritas.

Por su parte, la construcción comprensiva u holística –nos comenta Alexy– entiende que las normas que confieren derechos fundamentales no solo protegen posiciones de los individuos frente al Estado abstractamente descrita. La función profunda de los derechos fundamentales se ubica en un marco más amplio. En el caso alemán, esa estructura amplia se presentó plenamente por primera vez en 1958, en la decisión del Tribunal Constitucional Federal en el caso *Lüth*. En este caso, Lüth había pedido al público, a los dueños de salas de cine y a los distribuidores que boicotearan los filmes producidos por Veit Harlan después de 1945, arguyendo que se trataba del más prominente director de películas de la época nazi. Más particularmente, Lüth se refería a la película “*Jud Süß*”, película líder de propaganda antisemita. El Tribunal de Distrito de Hamburgo sostuvo que Lüth debía abstenerse de formular cualquier apelación para boicotear el nuevo film de Harlan “Amante Inmortal”. La razón presentada para esta decisión fue que llamar al boicot violaba el artículo 826 del Código Civil alemán, yendo en contra

del orden público. Lüth interpuso un recurso de constitucionalidad contra esa decisión. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania consideró que la llamada de Lüth al boicot de esa clase de filmes estaban protegidos *prima facie* por la libertad de expresión garantizada por el artículo 5° de la Ley Fundamental contiene tres cláusulas que limitan la libertad de expresión garantizada por el artículo 1°. La primera de estas restricciones es la cláusula de “Ley General”. Al respecto, el Tribunal Constitucional sostuvo que el artículo 826 del Código Civil alemán aplicado por el Tribunal de Hamburgo era una ley general en el sentido de la primera cláusula limitante, la cláusula de “Ley General”. Es precisamente en este punto donde la dicotomía entre el sentido estricto y cerrado –es decir, la construcción de reglas- y el amplio y comprensivo –es decir, la construcción de principios- entra en juego. Si seguimos la construcción de reglas, la tarea consistiría, simplemente, en contestar dos preguntas. La primera, si en realidad la apelación de boicot de Lüth es un caso a ser incluido bajo la libertad de expresión. A propósito, el Tribunal Constitucional dio una respuesta positiva, y consideramos que es correcta. La segunda pregunta es si el artículo 826 del Código Civil alemán es aplicable al caso. Este es el supuesto en el cual la llamada al boicot sería contraria al orden público. El Tribunal de Hamburgo argumentó que ciertamente era contraria al orden público, ya que pretendía prevenir que Harlan resurgiera como creador representativo, a pesar de haber pasado por un proceso de “desnazificación”, y de que no había sido condenado en ningún procedimiento penal por haber cometido crímenes nazis. En tal caso, la llamada al boicot debería ser declarada –en el mismo sentido que el Tribunal de Hamburgo- como contraria a “las convicciones democráticas del derecho y la moral del pueblo alemán”.

El Tribunal Constitucional –continúa señalando Robert Alexy- sostuvo que hacer aisladamente las dos subsunciones anteriores no era suficiente, por lo que exigió que se llevara a cabo una ponderación o balanceo de los principios constitucionales en cuestión, en la que se indicaran las condiciones en las que las reglas de Derecho civil pueden limitar un Derecho constitucional. El resultado de

esta ponderación fue que debe dársele prioridad al principio de libertad de expresión sobre las consideraciones constitucionales en conflicto. Se estableció que la cláusula “en contra del orden público” del artículo 826 debía ser interpretada de acuerdo con dicha prioridad. En otras palabras, la tesis de Lüth prevaleció.

La decisión en el caso Lüth relaciona tres ideas que han servido de manera fundamental para dar forma al Derecho constitucional alemán y a los desarrollos teóricos de Robert Alexy. La primera es que la garantía constitucional de los derechos individuales no es simplemente la garantía de los clásicos derechos de defensa de los ciudadanos frente al Estado. Citando al Tribunal Constitucional Federal, puede decirse que los derechos fundamentales substancian, “al mismo tiempo, un orden objetivo de valores”. Se ha discutido acerca de lo que pudo haber querido decir el Tribunal con “orden objetivo de valores”. Después el Tribunal simplemente habla de “los principios... expresados por los derechos fundamentales”. En esta misma línea, se podría decir que la idea básica del caso de *Lüth* es que los derechos fundamentales no sólo tienen el carácter de normas, sino también de principios. La segunda idea, estrechamente relacionada con la primera, es que los valores o principios encontrados en los derechos en los derechos fundamentales no son sólo aplicables a la relación entre individuo y Estado, sino “a todas las demás áreas del Derecho”. Gracias a esto se produjo un “efecto de irradiación” de derechos fundamentales a todo el sistema jurídico. Los derechos fundamentales se tornaron ubicuos. La tercera idea viene presupuestada por la estructura de los valores y de los principios. Tanto los valores como los principios tienden a entrar en conflicto. Un conflicto de principios sólo se puede resolver a través de la ponderación. Por lo tanto, la lección más importante de la decisión en el caso Lüth para el trabajo jurídico cotidiano es el siguiente: “una ponderación de intereses” se vuelve necesaria (Alexy, 2005, págs. 72-75).

A nivel de Dogmática Constitucional los Derechos Fundamentales pueden ser entendidos como “derechos subjetivos con un alto grado de importancia” al interior de un sistema jurídico determinado, los cuales suponen una relación jurídica tan importante que es sacada o excluida del debate político parlamentario y protegida independientemente de las circunstancias de hecho o de derecho por las que atraviese determinado Estado; Robert Alexy en distintas ocasiones (2005; 2001) ha señalado que los Derechos Fundamentales son en últimas, la positivización constitucional de los Derechos Humanos, dejando claro de esta forma el contenido moral de los mismos y las difusas fronteras que separan la Filosofía Moral y Política de la Dogmática Constitucional. En ese sentido, no es posible plantear el problema de la fundamentación o sustanciación de los Derechos Fundamentales sin que se planteen los mismos problemas respecto a los Derechos Humanos.

Cuando hablamos de Derechos Fundamentales –comenta Alexy (2005, pág. 78)- entran en juego necesariamente tres tipos de conceptos: uno formal, uno sustancial y otro de naturaleza procedimental. Se utiliza un concepto formal cuando el derecho fundamental es un derecho contenido en la Constitución Política o en cierta parte de ella; si la Constitución clasifica dicho Derecho como Fundamental, o si la Constitución le otorga una protección especial.

Por otra parte tenemos la idea de Derecho Fundamental desde la perspectiva sustancial, en este caso, el concepto de Derecho Fundamental debe incluir criterios que están por encima y que van más allá del hecho de que un derecho sea mencionado, recogido o garantizado en la Constitución. Carl Schmitt y Ernest Forsthoff, estos autores sostienen que los Derechos Fundamentales son derechos de defensa del ciudadano contra el Estado. Ahora bien para poder seguir a Schmitt y a Forsthoff en este punto, tendríamos que aceptar una concepción

libertaria de los Derechos Fundamentales. Desde luego, tenemos buenas razones para incluir Derechos Libertarios en un concepto sustancial de los Derechos Fundamentales; sin embargo, también hay buenas razones para no restringir el concepto a este tipo de derechos.

El tercer concepto de Derechos Fundamental tiene un carácter procedimental. Este concepto refleja los problemas institucionales de la transformación de los Derechos Humanos en derecho positivo, a saber la incorporación de Derechos Humanos en la Constitución y el sometimiento de toda autoridad del Estado al control de constitucionalidad supone limitar el poder del parlamento. En este orden de cosas, los Derechos Fundamentales son una manifestación de desconfianza en el proceso democrático, es decir, serían, al mismo tiempo, la base y la frontera de la democracia. En correspondencia con esta idea, habría un concepto procedimental de Derechos Fundamentales, sobre la base del cual se sostendría que los Derechos Fundamentales son tan importantes que la decisión de protegerlos no puede dejarse al arbitrio de las mayorías parlamentarias (Alexy, 2005, págs. 48-51).

Vemos entonces que la noción estructural de Derecho Fundamental, se encuentra compuesta principalmente por dos categorías: Derecho Subjetivo e Importancia social. Por lo tanto todo Derecho Fundamental debe satisfacer las características propias de los derechos subjetivos y debe significar algún grado de importancia social inter-subjetivamente admitida. Al respecto Rodolfo Arango en su trabajo doctoral titulado “El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales” (2005), aborda la problemática de la caracterización de los Derechos Fundamentales en la doctrinal internacional en los siguientes términos,

(S)egun esta concepción de los derechos fundamentales, no existe ningún derecho fundamental que no sea al mismo tiempo un derecho subjetivo –es decir, que encuentre en la relación necesaria con por lo menos una norma

jurídica, una obligación jurídica y una posición jurídica- y ostente un alto grado de importancia. Las características de la norma jurídica (M1), la obligación jurídica (M2) y la posición jurídica (M3) adquieren una cualidad especial en el caso de los derechos fundamentales. Como normas jurídicas (M1) vale sólo un tipo especial de normas, las normas de derechos fundamentales. Como obligaciones jurídicas (M2) sólo cuentan las obligaciones jurídicas fundamentales y como posiciones jurídicas (M3) aquellas que sólo puedan ser obtenidas de las disposiciones de derechos fundamentales mediante una justificación jurídica fundamental correcta.

El grado de importancia del derecho (M4) encierra un juicio de valor que está ligado a una proposición normativa. Entre los juicios de valor (plano axiológico) y las proposiciones normativas (plano deontológico) existe una relación fundamental. Los juicios de valor que expresan el grado de importancia de un derecho fungen como razones para disposiciones de derechos fundamentales. La introducción de un juicio de valor como una característica conceptual de los derechos fundamentales abre la puerta hacia la problemática que en el plano de la discusión sobre derechos fundamentales toca el problema de la justificación de las valoraciones sobre derechos fundamentales. (Arango, 2005, pág. 33)

Sin lugar a dudas, se debe distinguir entre la justificación filosófica y la justificación jurídica de los derechos fundamentales, en la medida en que frente a la pregunta de qué derechos pueden ser tan importantes como para considerarlos inherentes a las personas, al punto en que su reconocimiento no puede dejarse sujeto a la libre disposición de la dinámica política? Se pueden aducir una multiplicidad de argumentaciones y tesis filosóficas, sin embargo en una dimensión normativa la discusión adquiere otra dimensión, la cual funge en la misma como criterio de corrección. Teniendo en cuenta el hecho de que la disputa constitucional por los derechos lejos de librarse en un campo de batalla vacío, se libra al interior de una densa realidad normativa, una realidad plagada de normas (constituciones,

declaraciones, convenciones, etc.) que permiten una más o menos justificación correcta de las valoraciones que sobre los derechos fundamentales realicen las altas cortes, a partir de las reglas y los principios de la argumentación jurídica.

Existe una evidente tensión entre los conceptos que constituyen la noción de Derecho Fundamental –derecho subjetivo y su grado de importancia- podríamos, por ejemplo, plantear los siguientes interrogantes: a.) ¿Todos los derechos acogidos en una Constitución poseen un alto grado de importancia? y b.) ¿Pueden ser considerados derechos importantes pero aquellos que no se encuentren consagrados al interior del texto constitucional?

En relación con la primera pregunta, la respuesta es absolutamente afirmativa, los derechos que se encuentran recogidos en el precepto constitucional (de forma independiente del lugar dado por la comisión redactora del mismo) gozan de especial importancia que permite diferenciarlos de los denominados derechos legales. En la medida en que la incorporación de derechos en una Constitución está orientada a reconocer su importancia y a darles una mayor protección, no siendo posible su modificación por medio de simples leyes. El alto grado de importancia del derecho respectivo se reconoce automáticamente mediante su consagración constitucional (Arango, 2005, pág. 33).

La segunda pregunta supone una discusión relativamente distinta, en la medida en que lo que termina constituyendo el sustrato de la discusión es la capacidad misma del poder judicial para crear derechos y obligaciones para el Estado vía interpretación constitucional. Es la cuestión concerniente a la cuestión de los Derechos Fundamentales innominados o no escritos. La problemática de esta discusión es de mayor envergadura en la medida en que toca directamente la conexión entre derechos fundamentales y derechos humanos. Existen derechos –

por ejemplo- cuya importancia se reconoce en un plano supranacional como lo son aquellos cobijados por las declaraciones internacionales de derechos humanos, pero que no han sido positivizados en una Constitución en particular. Por lo que afrontamos la dificultad práctica de saber si estos derechos supranacionales pueden ser o no garantizados como derechos fundamentales por las autoridades judiciales nacionales. Por regla general, los derechos humanos requieren una positivización como condición de validez jurídica en el orden jurídico interno, lo cual implica que “el grado de importancia de un derecho –como en el caso de los derechos humanos.

No es condición suficiente para la existencia de un derecho fundamental. Los derechos fundamentales, además, tienen que ser relacionados con la norma jurídica fundamental (M1), con una obligación jurídica (M2) y con una posición fundamental del derecho (M3); en resumen, deben conceptualizarse como derechos fundamentales.” (Arango, El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales, 2005, pág. 34)

Sin embargo el requerimiento de la existencia de una relación necesaria entre derecho fundamental y norma jurídica fundamental, no supone como conclusión pensar que únicamente los derechos fundamentales que existen son los reconocidos expresamente en el texto constitucional. En la medida en que también pueden -y deben- ser reconocidos como fundamentales aquellos derechos obtenidos a partir de los desarrollos jurisprudenciales por vía de interpretación constitucional. En la medida en que el concepto de norma jurídica (M1) es entendido en sentido amplio, por lo que relacionar una posición jurídica fundamental con una disposición jurídica fundamental, es decir, justificarla constitucionalmente, hace parte constitutiva del concepto de derecho fundamental. Consideramos en lo referente a la disputa entre derechos nominados y no nominados, que la misma es una discusión que resulta anacrónica frente a los enormes desarrollos del constitucionalismo contemporáneo así como de las formas en las que disciplinas como la teoría del lenguaje, la hermenéutica y la

filosofía analítica han tenido un impacto en nuestra visión del derecho, por lo tanto, es una discusión a la cual se debe renunciar, en la medida en que tal como lo plantea Ronald Dworkin,

(La) distinción entre derechos enumerados y no enumerados, como se usa comúnmente en la teoría constitucional, no tiene sentido, porque confunde la referencia con la interpretación (...) La Carta de derechos contiene principios amplios y abstractos de moral política que abarcan, de manera excepcionalmente abstracta, todas las dimensiones de moral política que en nuestra cultura pueden fundamentar el derecho constitucional individual. El punto central sobre aplicar principios a controversias políticas no es uno de referencia, sino uno de interpretación, que es muy diferente. (Dworkin, 1996, págs. 78, 80)

Tal como hemos señalado anteriormente, todo derecho fundamental supone una relación entre un ciudadano y un Estado, dicha relación puede ser entendida como una injerencia o como una omisión. En el primer caso el Estado constituye una amenaza para al interior del campo de acción del particular el cual requiere que el primero incurra en una omisión para de esta forma asegurar sus libertades, este tipo de relaciones se denominan acciones negativas y son propias de los Derechos Fundamentales de Defensa. Sin embargo, dicha relación entre ciudadano y Estado puede estar encaminada a la intervención estatal como garante de la libertad ciudadana, este tipo de derechos suponen una acción positiva del Estado (un hacer estatal) y son denominados Derechos Fundamentales Prestacionales, este tipo de derechos aseguran la participación del ciudadano en prestaciones normativas –tales como los derechos de organización y procedimiento- o la participación del ciudadano en prestaciones fácticas –tal como es el caso del mínimo vital- los primeros Derechos Prestacionales son denominados Prestacionales en sentido amplio y los segundos Prestacionales en sentido estrecho.

Arango señala, que una parte de la doctrina constitucional limita los Derechos Fundamentales a los Derechos de Defensa. Según esta concepción las determinaciones de los Derechos Fundamentales tienen un carácter exclusivamente negativo, ponen límites al Estado para asegurar espacios individuales de libertad, en consonancia con la concepción liberal clásica de los Derechos Fundamentales, que pueden remitirse al desarrollo histórico sobre los Derechos Humanos. Los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales, surgieron históricamente como Derechos a la Libertad o a la Defensa en contra del poder estatal monárquico y luego en contra del poder constitucional de la República, a favor de la Libertad de individuos o grupos de individuos. En contra posición una concepción socialista de los Derechos Fundamentales deja abierta la clase de Derechos Fundamentales: a ésta pueden pertenecer tanto los Derechos de defensa, como los Derechos de prestación. El carácter abierto del concepto de Derechos Fundamentales refleja o incorpora el cambio de los Derechos Fundamentales en el Estado Social de Derecho, lo que no sucede con la concepción burguesa de los Derechos Fundamentales del liberalismo clásico.

La reducción del contenido de las disposiciones de Derechos Fundamentales a Derechos de Defensa, se muestra injustificada a la luz de las características del concepto de Derecho Fundamental y de la jurisprudencia constitucional. La pregunta de sí los Derechos Fundamentales solo pueden tomar la forma de Derechos Negativos o también de Derechos Positivos depende de la interpretación de la disposición de Derecho Fundamental respectiva, y es neutral respecto del concepto de Derecho Fundamental. Así el Tribunal Constitucional Alemán ha recalcado que los Derechos Fundamentales son ante todo Derechos de Defensa, pero que su significado va mucho más allá e incluye los Derechos de Prestación.

La pregunta por la interpretación correcta de los Derechos Fundamentales se conecta a la problemática del alcance de las disposiciones iusfundamentales. Aquí entra en escena el problema de los métodos de interpretación de los Derechos Fundamentales, según la interpretación genética los Derechos Fundamentales son principalmente Derechos de Defensa. La gran mayoría de casos, la intención del constituyente al darles carácter positivo era tan solo la de garantizar los derechos liberales. Según una interpretación sistemática, no son solo Derechos de Defensa, sino también Derechos de Prestación. Esto, debido a que las acciones positivas fácticas del Estado son necesarias para garantizar incluso las libertades o Derechos de Defensa. En este contexto es pertinente remitirse al debate americano entre los defensores de la corriente *interpretativa* y *no-interpretativa*, quienes defienden la primera de estas corrientes, preferirían una interpretación del texto constitucional anclada en la voluntad de quien hace la Constitución. El legislador histórico habría concebido los Derechos Fundamentales tan solo como derechos de Defensa. Para los opositores *no-interpretativistas* las disposiciones de los Derechos Fundamentales según su fin objetivo. Debido al cambio de la situación del individuo en la sociedad industrial, los Derechos Fundamentales tendrían el objeto de asegurar un “mínimo de bienestar” a cada cual. Por esto los derechos fundamentales deberían comprenderse como Derechos de Defensa y Derechos de Prestación. Entre tanto, las interpretaciones genéticas y sistemáticas aisladamente consideradas no son decisivas. La pregunta por la interpretación correcta de los Derechos Fundamentales se conecta con la discusión filosófica sobre la interpretación de textos y la justificación de juicios normativos que son imprescindibles en el procesos de concreción de las disposiciones como las que recogen los Derechos Fundamentales (Arango, 2005, págs. 35-37)

Esta tradición constitucional renovada, significó por lo tanto el redescubrimiento de un nuevo lenguaje constitucional, en la medida en que los conceptos jurídicos indeterminados tan criticados por las escuelas anti-formalistas continentales, evolucionaron prontamente en la forma de “principios jurídicos”, para terminar

finalmente edificándose como Derechos Fundamentales. Estos últimos constituyeron el nacimiento de un nuevo campo dogmático para el estudio del derecho, es así como la dogmática de los Derechos Fundamentales, alimentada principalmente por las obras de Robert Alexy, quien movido profundamente por los problemas suscitados por Ronald Dworkin, pasa de los discursos genéricos de los filósofos del derecho a un discurso de nivel intermedio propio de los constitucionalistas, pero que sin duda alguna comenzaba ya a dar las claves más concretas en la utilización dogmática de los Derechos Fundamentales.

Este “giro interpretativo” que ha tenido el derecho constitucional a nivel global -que muchos han atribuido a los influyentes trabajos de Ronald Dworkin- se ha mostrado como una nueva revuelta en contra de aquel formalismo profundamente emparentado con el “clasicismo jurídico”, en la medida en que la palabra “interpretación” tendía a aparecer como una llave, a abrir las puertas que arcanamente había sellado el formalismo excluyendo de su visión del derecho los fines civilizatorios provenientes de la teoría política y moral. Comenta el profesor López Medina (2009) como, el enfoque hermenéutico estaba ligado a una nueva concepción de las instituciones político-constitucionales en la que se prestaba fuerte atención a la determinación judicial de reglas o hechos –una teoría judicialista del derecho, si se quiere- y se levantaba en contra de aquella tradición que “desvalorizaba el papel del intérprete en la creación del derecho mediante el mito de la sabiduría del legislador y una férrea confianza en la soberanía política y en la corrección moral de los actos legislativos ordinarios” (Lopez, 2009, pág. 39)⁷

Este resurgimiento del derecho Constitucional dentro del contexto social y político de los Estados contemporáneos, trajo consigo el debate en relación a los nexos

⁷ Señala López Medina, que esa férrea confianza en la soberanía política y en la corrección moral de las leyes, hace referencia a la imagen mítica del legislador franco-latinoamericano la cual se construye a partir del contractualismo rousseauiano y en su típica confianza en la asamblea de ciudadanos como productores de normas legislativas.

que existen y deben existir entre Constitución y sociedad en la medida en que el “giro hermenéutico” del derecho también permitió un giro político al interior de su contexto de aplicación, los cuales se evidenciaron en reformas institucionales muy definidas.

Así como en su momento la recepción de la obra de Hans Kelsen en la teoría del derecho apuntaba, uno de sus usos, a tener el efecto político de escudar la profesión y la judicatura de las incursiones politizantes del fascismo y el marxismo, la recepción del nuevo antiformalismo hermenéutico aupó en la región el proyecto de liberalización y constitucionalización de la vida como vacuna o remedio frente a las enfermedades del autoritarismo y militarismo políticos, bendecidos en la región por los imperativos geopolíticos de la doctrina de seguridad nacional en el contexto de la Guerra Fría. La cepa de autores de la nueva teoría decepcionada del derecho –Hart, Dworkin, Rawls o Habermas- tienen claros compromisos con una versión de constitucionalismo liberal progresista y tolerante que ubican por encima de la voluntad legislativa coyuntural, así ella se exprese en leyes formalmente validas. Ya que la voluntad legislativa tiene límites morales y políticos –límites constitucionales” (Lopez, 2009, págs. 53-54).

En conclusión, la interpretación de los Derechos Fundamentales y con ella la búsqueda y definición de su contenido es entendido como un proceso inacabado y de continúa realización en el tiempo, sujeto a las contingencias del ambiente político y social, pero al mismo tiempo, guardando fidelidad con los contornos o reglas de la argumentación y el razonamiento práctico.

III. EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO EN COLOMBIA, LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

La Constitución Política de 1991 determinó la entrada de Colombia al Neoconstitucionalismo, esta corriente alude a un modelo de organización política denominado Estado Constitucional. La principal ley de construcción de este tipo de Estado es el reconocimiento de la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales.

Este reconocimiento es correlativo a la creación de una Corte Constitucional, es decir, de un tribunal especializado para la interpretación y concreción de la Constitución. A su vez, esta creación implica una modificación en el sistema de fuentes del derecho y en el equilibrio de los poderes del Estado.

El sistema de fuentes del derecho se modifica porque se atribuye fuerza vinculante y el carácter de fuente del derecho a la jurisprudencia de la Corte Constitucional; y se transforma el equilibrio de los poderes porque, por una parte, se acepta que la Corte Constitucional no puede concebirse únicamente como un legislador negativo, tal como lo pretendiera Hans Kelsen (1988), sino como un órgano activo, que colabora con el legislativo y el ejecutivo en la labor de producción de normas.

Por otra parte, se eleva a la Corte Constitucional a la cúspide del poder jurisdiccional y se establece la sujeción de los jueces ordinarios, incluidos las altas cortes, a la jurisprudencia de dicha Corte. Por jurisprudencia no se entiende solo la parte resolutoria de las sentencias, sino, sobre todo, la parte motiva de las decisiones (Bernal, 2007, pág. 375).

a.) EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO.

La idea de Estado Constitucional ha sido desarrollada principalmente para dar cabida dentro de los renovados criterios jurídicos⁸ a las nuevas demandas sociales y complejas realidades que desde distintas vertientes se elevan al derecho, esto a su turno no podía darse sin subvertir y revolucionar sus propias fuentes y materiales de inspiración (Florez, 2010,pág.90 y ss.) .

Este cambio copernicano en el mundo del derecho al interior de la tradición continental, impuso un papel renovado y mucho más dinámico al juez, ampliando el margen de su libertad y por tanto de su responsabilidad social y política, el juez es hoy más que nunca una pieza fundamental dentro del proceso de democratización y respeto de las garantías de las libertades tanto sociales como políticas de los asociados. Esta cualificación del rol del juez en las sociedades contemporáneas, ha permitido pensar que “sí el siglo XIX fue el siglo de los parlamentos; el siglo XX, el siglo de los presidencialismos; el siglo XXI será el siglo de la rama judicial” (*ibid.*). Por lo tanto el que un día fue el esclavo de la ley, hoy ha tenido que revolucionar sus propias condiciones de existencia en procura de garantizar de forma más eficaz y concreta los principios democráticos en las sociedades contemporáneas, pero en este proceso necesariamente ha tenido que dejar atrás viejas ataduras y descubrir nuevos horizontes al interior de los cuales encontrar nuevas razones y nuevos fundamentos para sus decisiones.

Las fuentes del derecho han sido flexibilizadas, procurando un derecho menos rígido y anacrónico y con miras a un mundo jurídico más constructivo, flexible y

⁸ La renovación constante del derecho constituye el principal elemento que permitiría a Teubner construir la teoría de la *autopoiesis del derecho*, la cual dentro de la teoría de los sistemas entiende al derecho como un sistema que al interactuar con el macro sistema social, redefine constantemente sus propios elementos a partir del lenguaje intra-sistémico, es decir del propio lenguaje jurídico. En una frase, el derecho se crea a sí mismo a partir de su lenguaje y en respuesta de las necesidades y cambios del sistema social.

dinámico. En el derecho constitucional, el cambio, en síntesis, puede resumirse en lo siguiente: junto al texto expreso de la constitución, antaño fuente indisputada de todo el derecho constitucional, “hoy en día aparece el juez constitucional, a través de su jurisprudencia, como creador consciente de subreglas constitucionales y no simplemente como aplicador pasivo de los textos superiores”. Todo este cúmulo de cambios y expectativas quedan condensados en la paradigmática frase del magistrado Ciro Angarita, cuando en ocasión de una acción de tutela interpuesta por los vecinos del barrio Vista Hermosa en la ciudad de Cartagena, considera que: “*Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquellos que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela*”⁹; el poder de decir qué es el derecho implica el poder nominador de crear las restricciones o márgenes del poder político¹⁰, por lo tanto toda teoría que pretenda hablar de un monopolio de fuentes deberá dar cuenta de las profundas raíces políticas de su posición (*ibid.*).

El ardor con que se polemiza para conseguir el primer lugar de una u otra fuente jurídica indica ya que no se trata de una cuestión técnica: es el reflejo de una lucha de hondo sentido político, en la que se juega el predominio de una fuerza social respecto de las demás.

A partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1991, la jurisprudencia constitucional reclama un rol de verdadera fuente al interior del ordenamiento jurídico colombiano, en virtud que la nueva Carta representa el ingreso de Colombia al contexto de lo que Bruce Ackerman ha denominado el “asenso del

⁹ Sentencia T – 406 de 1992. MP: Ciro Angarita Barón. Dicha expresión no da claridad de la postura iusfilosofica adoptada por la Corte Constitucional, ya que pudiera ser leída como defensa de un Positivismo Hartiano, del Realismo Jurídico Norteamericano e inclusive de algunas teorías Neoconstitucionalistas.

¹⁰ Desde una lectura sociológica, la lucha por las fuentes del derecho –o mas bien la lucha *entre* las fuentes del derecho- constituye una batalla por la capacidad de imponer por la fuerza oficial, la visión que determinado sector de la sociedad tiene de la democracia, el Estado y la Justicia. Por lo que constituye sin lugar a dudas un capital social nada despreciable.

constitucionalismo mundial”¹¹ o nuevo constitucionalismo, caracterizado por la defensa activa de los derechos fundamentales, una amplificación de las potestades de los jueces, especialmente de los tribunales constitucionales y un pronunciado acento en el modelo argumentativo de aplicación del derecho. Todo esto, naturalmente, acompañado por el efecto irradiador de la constitución en la totalidad del ordenamiento jurídico, redefiniendo la naturaleza misma de muchas de las ramas del derecho, que por su estirpe privatista pretendían evadir la totalitaria marcha del constitucionalismo contemporáneo. Aun el derecho civil¹² y el derecho comercial deben encontrar sus anclas en los principios y valores constitucionalmente reconocidos, sin los cuales carecerían de fundamento jurídico y por lo tanto de vinculatoriedad; dicha tendencia ha permitido afirmar que después de la Constitución de 1991 -en la academia jurídica colombiana- nadie pueda considerarse especialista en una rama del derecho sin un mínimo manejo de la dogmática de los derechos fundamentales sobre la cual dicha rama jurídica reposa.

El Derecho Constitucional por lo tanto es más que un simple referente, constituye todo un marco dentro del cual la totalidad de las disciplinas jurídicas deben encontrar sus fundamentos o raíces si pretenden seguir conservando su rótulo; en pocas palabras, la constitucionalización del derecho, los desarrollos de la jurisprudencia constitucional y las competencias de los tribunales constitucionales

¹¹ El cual comienza a definir sus rasgos con la Constitución Italiana (1947), La Ley Fundamental Alemana (1949) y la Constitución Española (1978) siendo esta última la más profunda inspiración para el modelo constitucional actualmente vigente en Colombia.

¹² Es precisamente con un caso de derecho civil, con el cual empieza el proceso de constitucionalización del Derecho a nivel mundial, y que está consagrado en Colombia en el art. 4 de la Carta Política. La Constitucionalización del Derecho se origina por primera vez en un fallo alemán del año 1958, el célebre *Caso Lüth*, en el cual, un productor de cine había celebrado un contrato de producción de una película con un director, sin conocer la temática de la misma. El director hace una película Antisemita, y el productor se niega a producirla ya que viola la libertad y la honra del pueblo judío, el director lo demanda en virtud del contrato existente y el productor pierde en el tribunal, pero este último interpone un *recurso de amparo* ante el tribunal federal alemán el cual le concede la razón, aduciendo que el derecho civil debe entenderse de la mano de los derechos consagrados en la Ley Fundamental, quedando legitimado el productor para incumplir el contrato.

han llevado al derecho constitucional contemporáneo a configurarse como el Derecho por antonomasia (*ibid.*).

Este nuevo derecho Constitucional naciente, en contraposición al constitucionalismo continental clásico, entiende la necesidad de ubicarse y responder históricamente a su propio tiempo, es decir, toma conciencia de que esta nueva época supone la necesidad de que el derecho comprenda que se encuentra en un proceso de construcción colectiva a partir de la acción de sujetos mediados por la historia y no abstracciones o entelequias de sujetos trascendentales, y sobre todo que su actuar humano se encuentra necesariamente enmarcado en el *aquí* y el *ahora*, es por tal motivo que el derecho constitucional deja atrás aquella fetichizante legalidad constitucional propia del frío racionalismo normativo, para adentrarse en el camino de la hermenéutica jurídica, política y filosófica siempre en dialogo con la necesidad del constituyente primario. El orden jurídico-constitucional es ahora una forma de actualización de la voluntad popular, estableciendo de esta forma un camino hacia la temporalidad e historicidad de la Constitución que permita que ésta sea capaz de responder a las necesidades del momento histórico dado¹³ en la medida en que su propia textura abierta deja la puerta abierta a la interpretación. El proceso de constitucionalización del derecho –fenómeno neo constitucional por antonomasia- se produce de forma gradual, con lo cual quiere decirse que este fenómeno se desarrolla a partir de la mixtura paulatina de algunos sectores o tópicos concretos, a partir de los cuales se extiende al resto del ordenamiento, existen por lo tanto, sistemas jurídicos neo constitucionales con una constitucionalización incipiente (en proceso) y otros con una Constitucionalización plena (acabada). Según Ricardo Guastini (citado en Carbonell, 2009), existen 7 características que nos permiten entender este fenómeno:

¹³ Resulta interesante para explicar este cambio, la expresión del profesor Oscar Guardiola, cuando afirma del ingrediente Crono-tópico, como elemento que permite entender el momento histórico–espacial concreto.

- a) **La Existencia de una Constitución Rígida:** Una Constitución es rígida, según lo expone Karl Loewenstein en su “Teoría de la Constitución”, cuando goza de mecanismo gravoso de reforma de la misma. Para Guastini, esta característica es central en la medida en que a mayor grado de rigidez habrá mayor grado de constitucionalización del derecho en la medida en que esta gozará de mayor vocación de permanencia y respeto legal.
- b) **Garantía Jurisdiccional de la Constitución:** Obviamente para que la rigidez tenga sentido, esta requiere ser garantizada por un órgano que se entienda como garante de las disposiciones constitucionales esta garantía jurisdiccional hace referencia a la primera dimensión del concepto de Constitución con fuerza normativa al cual volveremos mas adelante.
- c) **Fuerza Vinculante de la Constitución:** Hace alusión a la idea que entiende a la constitución como norma jurídica, es decir normas aplicables a casos concretos, esta característica hace alusión a la segunda dimensión del concepto de Constitución con fuerza normativa.
- d) **Sobre-Interpretación:** Hace alusión a los procesos mediante los cuales las normas jurídicas son llenadas de contenido concreto a partir de la exposición de argumentos destinados a desarrollar criterios valorativos de pertinencia y actualidad de la disposición. Una constitución sobre-interpretada permite totalizar la constitución y de esta forma superar las lagunas jurídicas.
- e) **Aplicación Directa:** Esta característica hace alusión a que la constitución rige las relaciones entre particulares, por lo que todos los jueces están llamados a aplicarla en los casos concretos, de igual forma la disposición

constitucional ya no dependen del desarrollo legislativo (reserva legal) para garantizar su materialidad.

- f) **Interpretación en Conformidad con la Constitución:** Todas las leyes ordinarias serán interpretadas en conformidad con el texto constitucional, por lo que de haber más de una interpretación posible el juez deberá elegir la que maximice las garantías constitucionales.

- g) **Influencia de la Constitución sobre la Política:** La constitución debe prever disposiciones encaminadas a la resolución de choques al interior de la ramas del poder público, es lo que se conoce como dimensión orgánica, así mismo los órganos jurisdiccionales pueden conocer de dichas dificultades entendiéndolas como problemas competenciales antes que políticos y de esta forma garantizar como “arbitro” la garantía de la constitución frente a los avatares y contingentes dificultades institucionales.

El nuevo constitucionalismo en Colombia, significó por lo tanto el redescubrimiento de un nuevo lenguaje constitucional, en la medida en que los conceptos jurídicos indeterminados evolucionaron prontamente en la forma de “principios jurídicos”, para terminar finalmente edificándose como Derechos Fundamentales. Estos últimos constituyeron el nacimiento de un nuevo campo dogmático para el estudio del derecho, es así como la dogmática de los Derechos Fundamentales, alimentada principalmente por las obras de Robert Alexy, quien movido profundamente por los problemas suscitados por Ronald Dworkin, pasa de los discursos genéricos de los filósofos del derecho a un discurso de nivel intermedio propio de los constitucionalistas, pero que sin duda alguna comenzaba ya a dar las claves más concretas en la utilización dogmática de los Derechos Fundamentales (Florez, 2010, pág. 98).

En ese orden de ideas, la interpretación de las normas constitucionales y con ella la búsqueda de su contenido es entendido como un proceso inacabado y de continúa de realización en el tiempo, abriendo el espacio para la actualización permanente de los conceptos y la ampliación o reducción del área de injerencia de los derechos.

b.) LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DE DERECHO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.

Al interior de los denominados Sistemas Jurídicos Continentales, caracterizados por la marcada influencia francesa en el modelo civilista, iuspublicista y judicial. No se trasplantó de forma plena el principio del *stare decisis* propio de los modelos anglosajones, sino que se creó una particular manera de vinculación de la jurisprudencia como garantía de la seguridad jurídica. En Colombia esta particular manera de vinculación cuenta con un antecedente legislativo en el artículo 4 de la Ley 19 de 1896, el cual subrogó el artículo 10 de la Ley 153 de 1887. En los mencionados artículos se establecía básicamente que tres sentencias uniformes de la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de casación, sobre un mismo tópico jurídico, constituye “doctrina legal probable”. Sin embargo esta doctrina legal no tenía el carácter de precedente obligatorio, sino sólo el de una fuente que el juez “podía” utilizar como criterio de orientación para la solución de un nuevo caso. Con la evolución del derecho colombiano, cada vez se incorporaron de forma más profunda los renovados criterios anti formalistas europeos, hasta 1991 cuando la Constituyente da un viraje de fondo a la cultura jurídica nacional al incorporar un modelo institucional que garantizara por distintos medios de disciplina jurisprudencial la obligatoriedad del precedente en Colombia. Sin embargo esta evolución dista mucho de ser lineal y sencilla, es una historia llena de avances y retrocesos que encubre en últimas una disputa política por decir qué es el derecho.

Esta disputa genera una polémica cuyo “campo de batalla” no son exclusivamente las facultades de derecho y los medios de opinión política, este choque ideológico tiene un profundo “eco” al interior de la Corte Constitucional misma, siguiendo la sentencia C-252 de 2001, podemos entender la evolución jurisprudencial en Colombia del problema del precedente como un choque entre dos posturas, la primera sería la postura Tradicional, según la cual se origina muchos antes de la Constitución de 1991 y caracterizada por el reconocimiento de fuerza vinculante a la jurisprudencia pero únicamente como “valor supletorio”, evidentemente, esta postura asumiría una posición muy próxima al positivismo clásico, para el cual la ley es la principal fuente de derecho y la jurisprudencia únicamente tendría cabida al interior de las aporías de adjudicación¹⁴.

La segunda postura que podríamos denominar reformadora, se origina a partir de la Constitución de 1991 y se caracteriza por ver en la jurisprudencia una fuente del derecho y aboga por su aplicación obligatoria a través de la creación de líneas de precedentes.

Hoy en día podríamos decir que la segunda postura ganó con claridad la disputa, a pesar de los intentos por limitar otros campos de acción de la Corte Constitucional (tutela y acción pública de inconstitucionalidad), pareciera que la fuerza vinculante de sus decisiones es hoy un punto que muy pocos se atreverían a cuestionar. Esta tendencia reformadora, encuentra su primera expresión jurisprudencial en la sentencia C-113 de 1993, donde el Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía, aclara que la única llamada a determinar los límites de acción temporales y espaciales de las providencias emitidas por la Corte Constitucional es ella misma, dando de esta forma el primer fundamento jurídico para la

¹⁴ Por aporías de adjudicación entiendo: la oscuridad de la disposición legal, la falta de coherencia entre disposiciones de igual jerarquía y los vacíos en el ordenamiento.

vinculatoriedad del precedente judicial en Colombia, en la medida en que “si la Corte es competente para determinar los efectos temporales de sus sentencias, también lo será para determinar el carácter vinculante de la jurisprudencia contenida en la misma”

Esta posición fue reiterada y fortalecida en la sentencia C-131 de 1993, donde el magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero, ofrece una fundamentación de la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional a partir del concepto de cosa juzgada constitucional. En palabras de la Corte “la *ratio juris*¹⁵ se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional”, esta asociación entre cosa juzgada y precedente vinculante fue posible a partir de la doble dimensión que la figura de la cosa juzgada asume en la jurisprudencia constitucional colombiana (cosa juzgada explícita y cosa juzgada implícita), la cual es reafirmada de forma expresa en la sentencia C-310 de 2002, donde se señala categóricamente que la finalidad de esta figura no es solo garantizar el *non bis idem*, sino “asegurar la integridad de la Carta y garantizar la efectiva aplicación de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados, pues, por su intermedio, se obliga al organismo de control constitucional a ser consistente con las decisiones que adopta previamente, impidiendo que casos iguales o semejantes sean estudiados y resueltos por el mismo juez en oportunidad diferente y de manera distinta”.

Esta postura reformadora no ha encontrado sus únicos argumentos a las figuras de la Cosa Juzgada y la Modulación, también se ha generado una corriente al interior de la jurisprudencia constitucional que entiende que la vinculatoriedad de sus decisiones se encuentran ancladas a partir de su propia disposición de atenerse a lo dispuesto en interpretaciones anteriores a través del citado

¹⁵ El concepto de *ratio juris* es sinónimo del concepto de *ratio desidendi*. Cuando hablamos de precedente judicial, nos referimos a este concepto en concreto ubicado en la parte motiva de las sentencias.

jurisprudencial. Este puede entenderse como un reconocimiento tácito de la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional, el cual se manifestó por primera vez en las sentencias C-511 de 1994 con ponencia de Fabio Morón y en la T-363 de 1995 con ponencia de José Gregorio Galindo; mediante estas sentencias se siguió de forma clara la interpretación constitucional hecha sobre el derecho fundamental a la libertad de conciencia. En ese mismo orden de ideas, la sentencia T-363 de 1995 consideró que no era posible desestimar de forma arbitraria las interpretaciones previas realizadas por la Corte Constitucional, en la medida en que es ésta quien debe, en palabras de la Corte en la sentencia anteriormente citada: “actualizar el sentido normativo de la Constitución como un todo”.

De esta forma la Corte Constitucional ha expresado la vinculatoriedad del precedente desde distintos enfoques argumentativos, el más elaborado de estos fundamentos expresados en la jurisprudencia constitucional, asocia el precedente y su carácter vinculante (tanto horizontal como vertical) no únicamente con los principios de igualdad y la cosa juzgada, sino que este lleva implícito la carga pública de la seguridad jurídica y de los ideales más elementales de justicia y ética. Esta posición es la expresada en la sentencia C-447 de 1997, donde con ponencia de Alejandro Martínez Caballero la Corte Constitucional expresa:

“Todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus decisiones previas. Ello deriva no solo de elementales consideraciones de seguridad jurídica –pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles- sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Por eso, algunos sectores de la doctrina consideran que el respeto al precedente es al derecho lo que el principio de universalización y el imperativo categórico son a la ética, puesto que es el juez aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente carácter análogos, y que efectivamente lo hace. Por ello la Corte debe ser muy consistente

y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (*ratio decidendi*) de sus precedentes”.¹⁶

Veamos de forma más detallada la evolución jurisprudencial del precedente vinculante en Colombia y las distintas formas que ha adoptado su fundamentación.

SENTENCIAS A FAVOR DE LA FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE

1993 – 2003.

<u>SENTENCIA</u>	<u>CONTENIDO RELEVANTE</u>
C-037 / 1996	Condicionó la constitucionalidad del artículo 48 de la Ley 270 de 1996, “Ley estatutaria de administración de justicia” ¹⁷ para que se entendiera que las sentencias de constitucionalidad y de tutela, son obligatorias en su parte resolutive y en la <i>ratio decidendi</i> de la parte motiva.
C-252 / 2001	Hizo referencia a las dos “posturas” sobre el reconocimiento de fuerza vinculante a la jurisprudencia.
C-113 / 1993	Reconoce fuerza vinculante como elemento de la Cosa Juzgada Constitucional.
C-131 / 1993	Vincula a todos los jueces al reconocimiento obligatorio de la fuerza vinculante de la jurisprudencia y desarrolla los conceptos de “cosa juzgada explícita e implícita”

¹⁶ Énfasis añadidos.

¹⁷ Que estableció que la parte motiva era sólo un criterio auxiliar para los jueces y que las sentencias de tutela solo tienen efectos *inter partes*.

C-511 / 1994 T-363 / 1995	Reconoce tácitamente la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.
T-547 / 1993 C-447 / 1997 T-1022 / 2002 T-1091 / 2002 T-1986 / 2003	Fundamenta la obligatoriedad del precedente en el respeto al principio de igualdad, de confianza legítima, seguridad jurídica, debido proceso y a los ideales de justicia y ética.
T-123 / 1993 C-1439 / 2000 T-009 / 2000	Consagra que la negativa a sujetarse a la jurisprudencia constitucional puede convertirse en una vía de hecho, salvo que se argumente “suficiente y adecuadamente” los motivos para apartarse.
C-252 / 2001 SU-1553 / 2000	Exigen a los jueces una aplicación rigurosa y disciplinada del precedente.
C-083 / 1995	Desarrolla la “Doctrina Constitucional Integradora e interpretativa”, citados posteriormente en la sentencia T-068 / 2000.
T-260 / 1995 T-175 / 1997	Extendieron la fuerza vinculante a las sentencias de revisión de tutelas, en aras de unificar los criterios de interpretación y aplicación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.
T-566 / 1998 T-252 / 2001	Reconocieron que la <i>rati decidendi</i> de las sentencias de Tutela es norma constitucional, de alcance general y aplicación obligatoria.
C-586 / 1995	Desarrolló como criterio de aplicación, la inconstitucionalidad por violación de un precedente.
C-037 / 1996	Sujetó el legislador a la jurisprudencia constitucional.
C-239 / 1997	Consagró la fuerza de ley de la jurisprudencia constitucional.
SU-640 / 1998 T-082 / 2002	Declaró que la Corte Constitucional es el supremo interprete de la Constitución
SU-047 / 1999	Consagraron la sujeción de los jueces a la

C-252 / 2001 C-569 / 2001 T-566 / 1998	jurisprudencia constitucional para garantizar la seguridad jurídica, la coherencia del sistema normativo, la libertad ciudadana, el desarrollo económico, el derecho a la igualdad y el control judicial.
T-068 / 2000	Consagró la prevalencia de los fallos de la Corte Constitucional sobre los de las demás Cortes, en materia de interpretación constitucional.
T-399 / 2001	Consagró la revocación de las sentencias que contrarían el precedente de la jurisprudencia constitucional.
T-566 / 1998 C-569 / 2001	Consagraron la obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional para las autoridades administrativas.
C-131 / 1993 SU-047 / 1999 SU-1300 / 2001 C-569 / 2001 T-960 / 2001 T-1317 / 2001 T-1022 / 2002 C-039 / 2003	Consagraron que el objeto que despliega la fuerza vinculante se predica sólo de la <i>rati decidendi</i> .
C-836 / 2001 T-960 / 2001 T-012 / 2003	Consagraron que la jurisprudencia constitucional puede variar cuando tenga argumentos suficientes para considerar errado el precedente anterior.

(Bernal, 2007, págs. 417 – 419.)

SENTENCIAS EN CONTRA DE LA FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE

1993 – 2003.

SENTENCIA	CONTENIDO RELEVANTE
C-131 / 1993	Paradójicamente, esta sentencia declaró inconstitucional la palabra “obligatorio” del artículo 23 del Decreto 2067 de 1991, que atribuyó a la “doctrina constitucional” el carácter de “criterio auxiliar obligatorio para todas las autoridades”.
T-321 / 1998 T-267 /2000	Consagraron que el juez es autónomo e independiente y no está sujeto a la jurisprudencia constitucional.
SU -110 / 2002	Consagró que no existe vulneración cuando no se aplica el precedente que está supeditado a identidad de supuestos facticos.

(Bernal, 2007, pág. 419)

c.) LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITES MATERIALES AL PODER ESTATAL.

Vemos como los derechos fundamentales no suponen únicamente un limitante para la actuación de los particulares, sino que implica principalmente un limitante efectivo para la administración misma. Este límite al poder institucional en nombre de la ciudadanía se torna especialmente problemático cuando supone un límite al poder legislativo. En materia Penal, dicho límite ha sido definido por la Corte Constitucional en los siguientes términos: Si bien el legislador, quien actúa en representación del Estado en cuya cabeza está radicado el *ius puniendi*, puede señalar, de acuerdo con una política criminal preestablecida, como punibles

determinados comportamientos que considera nocivos para la vida social y fijar las sanciones o consecuencias jurídicas que de su incursión se derivan, esa potestad no es absoluta pues encuentra límites en los principios, valores y demás normas constitucionales que está obligado a respetar. Este tema fue ampliamente expuesto por la Corte en la sentencia C-609/96

Tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados -particularmente en el campo de los derechos fundamentales- que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Pero lo anterior no implica que la Constitución haya definido de una vez por todas el derecho penal, puesto que el legislador, obviamente, dentro de los marcos fijados por la propia Carta, tiene ante sí un espacio relativamente autónomo, caracterizado, a su turno, por unos valores, presupuestos y finalidades propios, pese a su acentuado grado de constitucionalización. Así, a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones (principio de legalidad de la pena) e igualmente modifica el procedimiento y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas, según el propio legislador lo considere políticamente necesario y conveniente, por lo cual, dentro de ciertos límites son posibles entonces diferentes desarrollos de la política criminal del proceso penal.

De la misma manera, se ha afirmado que "la vigencia de un orden jurídico justo mediante la garantía de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución impone a las autoridades el deber de respetar el mínimo de justicia material necesario para que los preceptos constitucionales no sean letra muerta. En este caso, el mínimo de justicia material se concreta en el

derecho a una decisión suficientemente fundamentada que justifique el sacrificio o la restricción a un derecho fundamental."

Por otra parte, la Corte también ha sostenido que cuando el legislador en desarrollo del *ius puniendi* restringe un derecho fundamental, en principio, tal restricción no viola la Constitución, pues el legislador está plenamente facultado para hacerlo, salvo que la restricción misma resulte lesiva del ordenamiento superior.

La legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado. La decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal. En este sentido, la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma.

Límites constitucionales de la libertad legislativa en materia penal

9. El problema de la concepción política respecto del infractor, del delito y de la pena adquiere relevancia constitucional cuando la doctrina penal traspasa el umbral de la ley y se materializa en una decisión política con fuerza vinculante. Una vez la decisión política que opta por una determinada orientación filosófica se convierte en ley, puede ser objeto de la acción pública de inconstitucionalidad, entre otras razones por la necesidad de evitar inconsistencias o contradicciones entre los preceptos legales y los principios, valores y garantías consagrados en la Constitución. La naturaleza controvertible de las normas jurídicas no anula la libertad legislativa en materia de adopción de una determinada concepción filosófica o política. En este orden de ideas, el examen de constitucionalidad se limita a examinar el precepto normativo según los parámetros de una decisión política originaria - la Constitución Política -, de manera que no se pretermitan los procedimientos democráticos establecidos para su expedición ni se contraríen los contenidos mínimos de justicia material recogidos en el texto fundamental (CP art. 4).

En materia de política criminal, son manifiestos los límites materiales que la Constitución fija a la autonomía legislativa. Sería inconstitucional la decisión política de imponer la pena de muerte (CP art. 11), la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes (CP art. 12), la esclavitud (CP art. 17), el destierro, la prisión perpetua o la confiscación (CP art. 34), como consecuencia de la comisión de un delito. Tampoco sería jurídicamente aceptable que el Estado, mediante la simple invocación de razones de defensa social, pretermita, obvie, suspenda o restrinja las garantías jurídico procesales hasta el extremo de desconocer el núcleo esencial de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 28 a 31 de la Carta.

La expedición de una ley, particularmente de un código penal, representa una limitante, en principio legítima, al pluralismo, a la libertad y al ejercicio de los derechos individuales.

Y en pronunciamiento posterior, expresó:

De la ausencia literal de restricciones aplicables a un enunciado constitucional, no se sigue siempre que la limitación de orden legal sea en todo caso inconstitucional, puesto que la misma puede resultar imperiosa a partir de una interpretación sistemática de la Constitución. En el campo de los derechos fundamentales, las restricciones o limitaciones que se originen en la ley, en principio no se rechazan, sino que su validez se hace depender de que las mismas no afecten su núcleo esencial y que, además, sean razonables y proporcionadas. De otra parte, existen reglas o prohibiciones constitucionales que no admiten restricción alguna por parte del legislador, como es el caso, entre otras, de la interdicción de la pena de muerte y la censura.

El derecho a la libertad, que es el tema de interés en este proceso, puede ser objeto de restricción por parte del legislador, en casos excepcionales y con la observancia de los requisitos y formalidades establecidos en la misma Constitución.

En el marco del ordenamiento constitucional colombiano la libertad es principio fundante y valor axial de nuestro Estado de derecho. Así en el preámbulo de la Carta se consagra aquella como uno de los bienes que se debe asegurar a los integrantes de la Nación; en el artículo 2o. se establece como fin esencial del Estado el de garantizar la efectividad de los principios, y de los derechos consagrados en la Constitución, asignando a las autoridades el deber de protegerlos, y en el artículo 28 se consagra expresamente que "*Toda persona es libre*", es ésta la declaración más amplia y categórica del principio de libertad.

La libertad comprende "la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios (...) y la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente."¹⁸ En otras palabras, todo individuo puede optar autónomamente por el comportamiento que considere conveniente en su relación con los demás, siempre y cuando no lesione los derechos de los demás ni el orden jurídico.

El artículo 28 del estatuto superior, prescribe: Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido por la ley.

Como se deduce de este precepto superior, el Constituyente no concibió la libertad individual como un derecho absoluto y, por consiguiente, intangible; por el contrario, autoriza su limitación en ciertos casos, como sería por ejemplo la

¹⁸ Sent. C-301/93 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

comisión de hechos delictivos, con la única exigencia que se observen los requisitos o presupuestos señalados en dicha disposición constitucional, limitación que sólo puede ser impuesta por el legislador, pues en esta materia existe una estricta reserva legal.

La restricción del derecho a la libertad debe estar entonces, plenamente justificada en el cumplimiento de fines necesarios para la protección de derechos o bienes constitucionales y, además, ser notoriamente útil y manifiestamente indispensable para el logro de tales objetivos. De otro lado, se requiere que el efecto negativo sobre la libertad que se restringe, sea notablemente mitigado con el beneficio constitucional que se alcanza a raíz de su restricción. Todo lo anterior, por supuesto, siempre que no se afecte el núcleo esencial del citado derecho.

"Una primera acepción del núcleo esencial equivale a la 'naturaleza jurídica de cada derecho', esto es, el modo de concebirlo o configurarlo; en ocasiones, el 'nomen' y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho persiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una 'recognoscibilidad de este tipo abstracto en la regulación concreta'. Desde esta óptica, constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito, sin las cuales el derecho se desnaturalizaría".

"... La segunda acepción corresponde a 'los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula del derecho'. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del mismo que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De ese modo, se rebasa o se desconoce el 'contenido esencial' cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección".

En conclusión vemos en relación a las tensiones entre derechos fundamentales y potestad legislativa: si la Constitución le otorga al Congreso la facultad de restringir el ejercicio de algunos derechos fundamentales, fundamentado en criterios de razonabilidad y proporcionalidad, por medio de regulaciones punitivas, con las limitaciones a las que está sujeta la actividad legislativa en esa materia, se sobreentiende que dicha potestad cubre la posibilidad de determinar el momento en que éstas comienzan a regir.

Sin embargo, no sobra agregar que la restricción de los derechos fundamentales es distinta de la suspensión de los mismos, actividad ésta expresamente prohibida por el constituyente, aún en períodos de excepción (art. 214-2 C.P.)

Las normas de la Carta que fijan un límite a la limitación de los derechos fundamentales bajo el régimen de excepción señalan: que, ni siquiera en aquéllos cuya restricción está permitida, se vulnere su núcleo esencial. Porque aún en situaciones de emergencia, el Estado de derecho tiene que dejarse discernir del Estado autoritario y tiene que orientar su acción política hacia la consecución de los fines que lo signan y de los que no puede abdicar bajo ninguna circunstancia, so pena de desnaturalizarse.

Si bien es cierto que durante los estados de excepción, el legislador extraordinario está facultado para restringir o limitar determinados derechos o libertades fundamentales, no lo es menos que el constituyente le ha negado, en todo caso, la posibilidad de suspenderlos; pues las garantías constitucionales en los períodos excepcionales no se extinguen, a pesar de que algunas de ellas sean objeto de restricciones o limitaciones

Los derechos pueden en consecuencia ser canalizados en sus diferentes expresiones, sin ser desconocidos de plano; ellos pueden ser moldeados pero no pueden ser objeto de desnaturalización.

Ahora bien, cuando para el ejercicio de un derecho se establezcan requisitos mínimos razonables, que apuntan a hacer más viable el derecho mismo y que no desconocen su núcleo esencial, no puede aducirse que se está violando de plano tal derecho.

En este orden de ideas, la Constitución es clara en afirmar que los derechos humanos durante los estados de excepción constitucional -como es el caso de la Conmoción Interior que nos ocupa-, no podrán suspenderse, pero no dice que no podrán restringirse. De hecho la no suspensión es una advertencia del constituyente para salvaguardar el núcleo esencial de los derechos, pero tácitamente se está reconociendo que justamente la crisis institucional implicará ciertamente un menor goce de los derechos.

d.) LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU DESARROLLO LEGISLATIVO.

En la sentencia C-045 de 1996, se explicó la diferencia entre limitar un derecho y suspenderlo, afirmando que lo primero es legítimo y permitido por la Constitución, mientras que lo segundo está proscrito en nuestro ordenamiento supremo.

"Limitar" no es sinónimo de la acción de "suspender", pues los verbos rectores implican diversos movimientos. En efecto, mientras limitar supone el acto de definir el campo de acción de una realidad vigente, suspender, en cambio, denota el cese de acción, es decir, se enerva temporalmente su vigencia. Como los derechos fundamentales son inherentes a la personas, en razón de su dignidad ontológica, no pueden suspenderse, pero sí limitarse, pues de no ser así, no podrían ni siquiera conceptualizarse, ya que todo concepto es definido, es decir, tiene que ser finito, y por ende tener límites."

Sin embargo la Corte Constitucional ha señalado permanentemente que no existen derechos fundamentales absolutos, en ese sentido es copiosa la

jurisprudencia de la Corte, especialmente en procesos de tutela, en los que se ha rebatido dicho argumento, dejando sentado que:

- a) Los derechos fundamentales pueden sufrir restricciones por parte del legislador, siempre y cuando no vulneren su núcleo esencial.
- b) El legislador puede reglamentar el ejercicio de los derechos por razones de interés general o para proteger otros derechos o libertades de igual o superior entidad, pero esas regulaciones no pueden llegar hasta el punto de hacer desaparecer el derecho.
- c) Los derechos fundamentales necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles.
- d) Las pretensiones respecto de un determinado derecho no pueden ser ilimitadas, sino que deben ajustarse al orden público y jamás podrán sobrepasar la esfera donde comienzan los derechos y libertades de los demás.

El absolutismo, así se predique de un derecho, es la negación de la juricidad, y, si se trata de un derecho subjetivo, tratarlo como absoluto es convertirlo en un antidercho, pues ese sólo concepto implica la posibilidad antijurídica del atropello de los derechos de los otros y a los de la misma sociedad¹⁹

En el mismo sentido, en la sentencia C-475 de 1997 citada, señaló la Corte:

En efecto, en los términos de la demanda, considerar que un determinado derecho fundamental tiene carácter ilimitado, implica, necesariamente, aceptar que se trata de un derecho que no puede ser restringido y que, por lo tanto, prevalece sobre cualquiera otro en los eventuales conflictos que pudieren

¹⁹ Sent. T-512/92 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

presentarse. Pero su supremacía no se manifestaría sólo frente a los restantes derechos fundamentales. Un derecho absoluto o ilimitado no admite restricción alguna en nombre de objetivos colectivos o generales o de intereses constitucionalmente protegidos.

Si el sistema constitucional estuviese compuesto por derechos ilimitados sería necesario admitir (1) que se trata de derechos que no se oponen entre sí, pues de otra manera sería imposible predicar que todos ellos gozan de jerarquía superior o de supremacía en relación con los otros; (2) que todos los poderes del Estado, deben garantizar el alcance pleno de cada uno de los derechos, en cuyo caso, lo único que podría hacer el poder legislativo, sería reproducir en una norma legal la disposición constitucional que consagra el derecho fundamental, para insertarlo de manera explícita en el sistema de derecho legislado. En efecto, de ser los derechos “absolutos”, el legislador no estaría autorizado para restringirlos o regularlos en nombre de otros bienes, derechos o intereses constitucionalmente protegidos. Para que esta última consecuencia pueda cumplirse se requeriría, necesariamente, que las disposiciones normativas que consagran los “derechos absolutos” tuviesen un alcance y significado claro y unívoco, de manera tal que constituyeran la premisa mayor del silogismo lógico deductivo que habría de formular el operador del derecho.

En estas condiciones, la tarea del legislador es la de armonizar los distintos derechos y cuando ello no resulte posible, la de definir las condiciones de precedencia de un derecho sobre otro. Así por ejemplo, las reglas del procedimiento penal surgen como resultado de la ponderación de todos los derechos e intereses inmersos en la cuestión criminal: la garantía de los derechos que pueden verse afectados por una acción delictiva, la defensa del inocente, la búsqueda de la verdad, etc.

Otro punto que ha sido tema de análisis por la jurisprudencia constitucional es el de la inviolabilidad de los derechos fundamentales, pues si bien todo derecho de esa índole es inviolable, ello no significa que sea absoluto.

Son inviolables, porque es inviolable la dignidad humana: En efecto, el núcleo esencial de lo que constituye la humanidad del sujeto de derecho, su racionalidad, es inalterable. Pero el hecho de predicar su inviolabilidad no implica de suyo afirmar que los derechos fundamentales sean absolutos, pues lo razonable es pensar que son adecuables a las circunstancias. Es por esa flexibilidad que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona. De ahí que puede decirse que tales derechos, dentro de sus límites, son inalterables, es decir, que su núcleo esencial es intangible. Por ello la Carta Política señala que ni aún en los estados de excepción se "suspenden" los derechos humanos y que, en todo caso, siempre se estará de conformidad con los principios del derecho internacional humanitario. Se deduce que cuando se afecta el núcleo esencial de un derecho fundamental, éste queda o violado o suspendido.²⁰

²⁰ Sent. C-045/96 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

IV. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR CONEXIDAD.

La “conexidad” entre derechos constituye una herramienta de naturaleza interpretativa propia de la jurisprudencia constitucional colombiana, en virtud de la cual se relacionan un derecho considerado de rango constitucional, pero al que la propia jurisprudencia ha considerado no susceptible de protección mediante la acción de tutela, con otro u otros que sí se consideran “tutelables” o con los principios y valores constitucionales, para determinar, siempre con atención a las circunstancias específicas de cada caso concreto, si se está ante un evento en el que es procedente la acción de tutela. Para el profesor Néstor Osuna Patiño (2007) quien es en Colombia el jurista que más ha desarrollado el tema, la argumentación por conexidad le permite al juez constitucional proteger mediante la acción de tutela casos en los que se han invocado derechos que, en principio, parecen excluidos de esta garantía, pero en los cuales la actuación inconstitucional del tutelado alcanza también a afectar otros derechos, respecto de los cuales se acepta, de modo pacífico, que sí procede la tutela (pág.167).

En la sentencia T-571 de 1992, puede apreciarse claramente el sentido que la Corte Constitucional colombiana le brinda a este tipo de argumentación.

Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos de forma inmediata los primeros, se ocasionarían la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida.

Esta lectura de la figura ha sido constante al interior de su tratamiento jurisprudencial. La misma ha sido ratificada varios años después en la sentencia T-010 de 1999, donde la Corte se refería a la figura en los siguientes términos:

(...) es por eso que en principio la acción de tutela no procede para amparar este tipo de derechos, cuya eficacia, igual que la del derecho a la seguridad social, depende de circunstancias ajenas a su núcleo esencial. Sin embargo, junto a la ubicación en el texto constitucional como criterio para establecer la fundamentabilidad de un derecho y, por ende, la procedencia de la acción de tutela para su protección, se encuentra el criterio de la conexidad que permite amparar derechos no tutelables judicialmente, en principio, siempre y cuando su protección se requiera para la reivindicación de un derecho con carácter indiscutiblemente fundamental.

En fallos más recientes, la Corte ha mantenido en términos generales la misma postura en cuanto a la implementación y proyección de la figura al interior del derecho constitucional colombiano, así lo muestra el siguiente extracto de la sentencia T-045 del año 2004:

En forma reiterada, la Corte Constitucional se ha referido a la salud, señalando que, por regla general, es un derecho prestacional, y excepcionalmente un derecho fundamental por conexidad. Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no ostentan esa condición *per se*, pero que la adquieren en aquellos casos en los que, si no se protegen de manera inmediata, su afectación o amenaza se vería proyectada en los derechos fundamentales. Así, el derecho a la salud no es un derecho fundamental salvo en el caso de los niños. No obstante cuando en situación debidamente analizada por el juez, este derecho se encuentra vinculado directamente con un derecho fundamental como la vida y la integridad personal, obtiene ese carácter de manera inmediata.

En ese orden de ideas, en conformidad con lo expuesto de forma reiterada por la Corte Constitucional colombiana, se trata de relacionar un derecho de carácter “prestacional”, con uno “fundamental”, para establecer si en virtud de las circunstancias de cada caso concreto, la vulneración del primero ha traído consigo también la del segundo lo que haría procedente sin lugar a dudas la acción de tutela. Sin embargo, la anterior interpretación requiere de algunas precisiones, al respecto el profesor Osuna señala, que en primer lugar, debe tenerse en cuenta que, aunque los casos más frecuentes de conexidad se refieren a la protección de los derechos a la salud, a la seguridad social o al medio ambiente, por su relación con otros como la vida la integridad física, es decir, que aunque en la mayoría de los casos se trata de conexión entre derechos de los denominados de “segunda” o “tercera” generación con los denominados de “primera”, también hay casos de conexidad entre derechos de la misma generación, así por ejemplo, en la sentencia T-506 de 1992 la Corte Constitucional protegió el derecho a la propiedad privada (derecho de la primera generación) por su conexidad con los derechos a la vida, la igualdad y el mínimo vital. En el mismo sentido puede consultarse la sentencia T-477 de 1996 y la T-1000 de 2001.

Igualmente la conexidad puede ser procedente entre derechos que en principio se consideran no tutelables, pero que adquieren esa garantía en virtud de su conexidad con principios constitucionales. Tal es el caso más recurrente de conexidad al interior del desarrollo jurisprudencial de la figura, siendo el principio de la Dignidad humana, sin duda el principio constitucional que permite mayor garantía de derechos no contemplados como susceptibles de tutela. Este principio no sólo cualifica los derechos, sino que opera como el elemento determinante para la protección de quien demanda el amparo. En efecto, mediante este principio se cualifica el derecho a la vida, como derecho a la vida digna; así, en el caso de las sentencias T-881 de 2002 y T-687 de 2003, en las que se protegen las condiciones de subsistencia digna de personas privadas de la libertad mediante expedición de órdenes positivas; y también se cualifica el derecho a la vivienda,

como derecho a la vivienda digna, como en el caso de la sentencia T-309 de 1995, en la cual la Corte ordena acciones restaurativas de un inmueble.

Inclusive puede ser admitido como procedente al interior de tensiones con derechos de creación jurisprudencial como el caso de mínimo vital. Ello permite afirmar que la argumentación por conexidad no es otra cosa que la manifestación del método sistemático de interpretación del derecho, que de igual modo puede ser empleado para solucionar casos en los que se presentan conductas pluriofensivas de derechos fundamentales, en los cuales el juez de tutela debe resolver el caso acudiendo a diversas disposiciones de la Constitución y entre ellas a disposiciones de derechos fundamentales (Osuna, 2007, pág. 169).

En segundo lugar, resulta necesario aludir a que en reiteradas sentencias, la Corte Constitucional ha hecho coincidir la noción de derechos “tutelables” con la de “fundamentales”, aunque la misma Corte, cuando no se encuentra ante casos de “conexidad”, maneja un concepto distinto de derechos fundamentales, y a pesar de que los propios enunciados constitucionales, así como la doctrina nacional y foránea, sugieren que la calidad de “fundamental” de un derecho no deriva de su protección mediante una garantía específica, sino de determinadas características formales y materiales que no dependen de sus mecanismos de protección (Osuna, 2007, pág. 169).

Finalmente, es hacer énfasis en la necesidad de atender las circunstancias del caso concreto a la hora de utilizar el argumento por conexidad, al punto que considera que es mediante el análisis de los hechos, y no de las disposiciones jurídicas, que se puede determinar si se está o no, ante un caso de conexidad. Este modo de proceder se manifiesta de forma clara en la sentencia T-489 del

2001, en la que la Corte recoge y ratifica lo afirmado en una decisión anterior contenida en la sentencia T-579 de 1993:

Ahora bien, la conexidad entre derechos prestacionales y derechos fundamentales, que en caso de verificarse con ella reconocer a los primeros carácter fundamental, debe establecerse en concreto, según las circunstancias fácticas de cada caso. Respecto a la función interpretativa del juez en la determinación de la conexidad, esta Corporación ha sostenido lo siguiente:

“Dicha conexidad ni puede establecerse en abstracto. Ella debe ser el resultado de un análisis detallado en el cual se ponga en relación una interpretación normativa de tipo sistemático de las normas constitucionales en juego, con un estudio detallado del caso y de sus implicaciones. En relación con este proceso de confrontación y ponderación esta Corporación ha señalado la importancia de los hechos en la definición y solución del problema planteado. La Constitución se preocupa por el hombre y por su situación concreta por encima de fórmulas o tipos ideales”

La violación de derechos fundamentales de aplicación inmediata se pone en evidencia mediante una lectura de los hechos llevada a cabo a la luz de las normas constitucionales. En los derechos de prestación, en cambio, la violación se hace patente por medio de un proceso inverso en el cual el alcance y sentido de las normas se determina en buena parte mediante las circunstancias específicas del caso.

a.) ORIGENES Y CONSOLIDACIÓN DE LA “CONEXIDAD” COMO HERRAMIENTA HERMENEUTICA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA.

En relación al momento de nacimiento de la figura Osuna Patiño (2007) identifica dos sentencias sobre el ambiente sano como el punto inaugural del surgimiento del argumento por conexidad al interior del derecho colombiano. La primera de

ellas hizo referencia a una red de alcantarillado inconclusa en el barrio Vista Hermosa de la ciudad de Cartagena de Indias, la segunda hizo referencia a un caso de contaminación del aire en virtud de una pavimentación de una carretera sin el debido cumplimiento de las normas ambientales pertinentes al caso, esta situación se presentó en el municipio de Buga. En las respectivas sentencias la Corte Constitucional consideró vulnerados, por conexidad con el derecho al medio ambiente, los derechos a la vida, el trabajo y la salud (pág. 170).

El criterio de conexidad se ha convertido, desde aquellos años inaugurales, en una instancia hermenéutica de frecuente utilización por parte de la jurisprudencia constitucional. Prueba de esto es el listado de fallos sobre este tipo de derechos que al interior de la relatoría de la Corte Constitucional se encuentran. La Corte se vale de este tipo de argumentación básicamente para proteger el contenido individual de los derechos a la salud, a la seguridad social, al ambiente sano y a otros derechos colectivos.

Puede apreciarse –conforme lo comenta el profesor Osuna (2007)- que en la argumentación inicial sobre la conexidad, la Corte sostuvo el criterio según el cual serían derechos fundamentales por aplicación directa todos aquellos que protegen los bienes jurídicos de libertad e igualdad formal, además de ciertos derechos de igualdad material que se relacionan con la vida y la dignidad humana. Su carácter de derechos de aplicación directa derivaría de su “naturaleza general válida en todos los casos” (sentencia T-506 de 1992). Por su parte, serían derechos fundamentales de aplicación indirecta aquellos derechos económicos, sociales o culturales que están en conexión con los de aplicación directa. A su protección mediante la tutela había que procederse como resultado de una ponderación de las circunstancias del caso en concreto.

Por último, cabe hacer una mención de algunos casos en los que la jurisprudencia constitucional ha hecho uso de la argumentación por conexidad entre derechos

que, según la propia jurisprudencia constitucional, no requerían de este tipo de argumentación para su protección mediante la acción de tutela. Así, por ejemplo, en la sentencia T-268 de 2002, se consideró que el derecho a la visita conyugal en las cárceles era un derecho fundamental “por conexidad” con los derechos a la intimidad, a la protección de la familia y a la dignidad humana; en la sentencia SU-157 de 1999 se afirmó que el derecho a la “iniciativa privada” (libertad económica) del accionante era tutelable por su conexidad con los derechos a la personalidad jurídica y a la igualdad, y en la sentencia T-096^a de 1995, se afirmó que si bien el *habeas data* podía ser protegido de modo independiente, también era un derecho en “conexidad con otros derechos consagrados en la Constitución, como es el caso del derecho al buen nombre, a la honra, y a recibir información veraz e imparcial, entre otros” (*Op cit*, pág. 181).

b.) FIGURAS AFINES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA.

En el estudio desarrollado por Osuna (2007), sostiene que el derecho al mínimo vital, de fecunda creación jurisprudencial, tiene evidente cercanía, en sus efectos prácticos, con la argumentación “por conexidad”. Se trata, no obstante, de figuras diferentes en su origen, en su naturaleza jurídica y en su inspiración ideológica (Osuna, 2007, pág. 183).

Así pues, aunque el mínimo vital es una manifestación del carácter social del estado y de los derechos, y por el contrario, el argumento por conexidad parecería propio de una visión liberal-burguesa de los mismos, la utilización de estas figuras por la Corte Constitucional conduce a resultados que pueden invocar la imagen de las dos caras de la misma moneda, esto es: tanto mediante la figura del mínimo

vital, como mediante la argumentación “por conexidad” se protege el contenido prestacional de algunos derechos, pero con límites.

Para ilustrar lo anterior –comenta el profesor Osuna (2007)- baste con señalar que la idea de un “mínimo vital en salud” y una “afectación de la salud que ponga en riesgo la vida digna” conducen, muy seguramente a protecciones semejantes por parte de la jurisdicción y así mismo, a limitar el alcance prestacional de este derecho (pág. 187).

Así, por ejemplo, en la sentencia SU-111 de 1997, la Corte acudió al concepto de mínimo vital como deducción directa del principio dignidad humana, que a su vez impone la concepción del ser humano como fin en sí mismo y la consecuente prohibición de “cosificación” del hombre, con el objetivo de afirmar que, en los casos en los que la eventual lesión de un derecho perteneciente a la categoría de los económicos, sociales y culturales traiga consigo perjuicio al mínimo vital. Deberá entonces ser objeto de protección judicial mediante la tutela; este principio tiene la virtud anclada en la mencionada relación de conexidad, de convertir aquel derecho en derecho fundamental.

V. ALGUNOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR CONEXIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.

En relación a los derechos fundamentales por conexidad, podríamos identificar 4 derechos como los que gozan de un desarrollo jurisprudencial más pacífico y consolidado, a saber, el derecho a la Pensión, el derecho a la Salud, el derecho al Medio Ambiente y el derecho a la Vivienda Digna. El siguiente cuadro expone los fallos más relevantes que en materia de conexidad se han proferido sobre los derechos enunciados:

<u>AÑO</u>	<u>DERECHO A LA PENSIÓN</u>	<u>DERECHO A LA SALUD</u>	<u>DERECHO AL MEDIO AMBIENTE</u>	<u>DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA</u>
1992	T-426, T-453, T-491	T-571, T-453	T-415, T-484	T-575
1993	T-181	T-494, T-597	T-579, T-254	
1994	T-056	C-012		
1995	T-209, T-292, T-619	T-207, T-271, T-275, T-387, T-502, T-554A, T-556	T-062	T-025, T-308, T-615
1996	T-584	T-402, T-089, T-236, T-281.		T-478
1997	SU-111, T-627	SU-111, SU-480, T-224, T-665, T-666		
1998	SU-430, C-177, T-105, T-143, T-241	SU-039, T-013, T-112, T-236, T-283, T-286, T-328, T-395, T-		

		486, T-489, T-503, T-505, T-528, T-557, T-560.		
1999	T-799, T888	T-060, T-076, T-092, T-171, T-204, T-230, T-231.		
2000	T-619, T-671, T-773, T-775, T-887, T-1154, T-1565	T-723, T-976, T-1228, T-1255, T-1331, T-1035, T-1518.	T-1451, T-1527	
2001	T-030, T-1044, T-1119.	T-300, T-494, T-723, T-791, T-1035, T-1037, T-1038, T-1120, T-1126, T-1210, T-1245, T-1305	SU.1116, T-771	

(Osuna, 2007, págs. 194-195)

Conforme al análisis de las sentencias que han permitido la garantía constitucional de los derechos enunciados en el cuadro a partir del criterio de conexidad, tenemos que afirmar que sin duda la conexidad en Colombia ha contribuido al desarrollo de condiciones de vida más favorables a partir de la interpretación constitucional de la Dignidad humana, la cual al irradiar las distintas esferas de desarrollo del hombre como ciudadano, constituye un llamado imperativo para la acción del Estado en los lugares sociales donde la intervención del mismo se ha visto disminuida o ha sido históricamente nula. En el caso concreto del derecho a la salud en Colombia, en un primer momento su garantía judicial fue a partir del criterio de conexidad (luego de la T-760 del 2008 este derecho es un derecho fundamental autónomo), en relación a los análisis del derecho a la salud en este primer momento, resultan esclarecedores los estudios desarrollados por el profesor Rodolfo Arango (2007) donde se analizan aproximadamente 400

sentencias principalmente de tutela para indicar los límites constitucionales del derecho a la salud en Colombia.

a.) EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO POR CONEXIDAD.

En virtud de estrecha relación que existe entre la salud y la calidad de vida han permitido que el argumento de “conexidad” arroje sus frutos más notorios en el tratamiento jurisprudencial de este derecho (Osuna, 2007, pág. 172-173). No se requiere de enormes esfuerzos interpretativos para proponer y entender que una vulneración grave al derecho a la salud pone en riesgo la vida digna y la integridad física de quien la padece, a la vez que una vulneración leve de este bien jurídico puede no poner en riesgos los otros derechos mencionados.

Las líneas jurisprudenciales sobre el derecho a la salud fueron sistematizadas por la propia Corte Constitucional en la sentencia T-976 de 2000, en los siguientes términos:

7- La jurisprudencia constitucional respecto al tema objeto de estudio ha precisado, entre otros, los siguientes criterios:

a. En principio, la salud no es un derecho prestacional. Sin embargo, éste puede adquirir el rango de fundamental cuando se encuentra inescindiblemente ligado al derecho a la vida, pues si es necesario garantizar éste último a través de la recuperación del primero, a fin de asegurar la dignidad de las personas, la salud se convierte en derecho fundamental por conexidad. De ahí que el derecho a la salud sea un derecho protegido constitucionalmente, en los eventos en que por su conexidad, su perturbación pone en peligro o acarrea la vulneración de la vida u otros derechos fundamentales de las personas.

b. En consecuencia, cuando se trata del derecho a la salud, su exigencia inmediata es apreciable sólo en el caso concreto y depende de cada situación y cada derecho del derecho involucrado.

c. Cuando la salud adquiere el rango de derecho fundamental, es susceptible de amparo a través de la tutela. Pero, cuando mantiene su carácter prestacional, puede ser exigible a través de otros mecanismos judiciales de defensa diferentes a la tutela.

d. Lo anterior permite deducir que los tratamientos médicos, quirúrgicos y la entrega de medicamentos por parte de las Empresas Promotoras de Salud, puede ordenarse por vía de tutela cuando se ampara la salud como derecho fundamental por conexidad.

e. Debe tenerse en cuenta que la protección del derecho a la salud está supeditada a consideraciones especiales, relacionadas con la naturaleza prestacional que también este derecho tiene (artículo 49 C.P.). Esta naturaleza, emanada de la decisión del Constituyente de establecer unos objetivos y programas propios del Estado Social de Derecho, implica que desde el punto de vista prestacional el derecho a la salud se encuentra supeditado a procedimientos legales, programáticos y operativos que materializan el alcance y efectividad de ese derecho como un servicio público paulatinamente extensivo a todos los ciudadanos. Por tal razón, el derecho a la salud, entendido desde este punto de vista prestacional, de infraestructura y acceso, requiere para su concreción de un desarrollo legal, apropiación de recursos, entre otro tipo de actuaciones.

El concepto de vida digna y su relación con el derecho a la salud.

8- Ahora bien, la conexidad del derecho a la salud con el derecho a la vida debe enmarcarse dentro del contexto de dignidad humana que irradia todo el ordenamiento constitucional, por lo cual los riesgos contra la vida no pueden entenderse única y exclusivamente en un estricto sentido formal. Debido a ello, la Sala estima pertinente recordar algunos criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional en relación con la conexidad del derecho a la salud y el derecho a la vida digna. Los parámetros generales se resumen así:

a. El concepto de vida al que en reiteradas ocasiones ha hecho alusión esta Corporación, no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, que daría lugar al amparo de tutela solo en el evento de encontrarse el individuo a punto de fenecer o de perder una función orgánica de manera definitiva; sino que

se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Lo que se pretende entonces, es respetar la situación “existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad”, ya que “al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable”, en la medida que sea posible.

b. De conformidad con lo anterior y sin olvidar su relación directa con la vida y la calidad misma de ella, se ha entendido por derecho a la salud, *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento...”*

c. De ahí que un concepto restrictivo de protección a la vida, que desconociera las anteriores precisiones, llevaría automáticamente al absurdo de la negación del derecho a la recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud y vida de las personas.

d. Por tal motivo, la Corte Constitucional ha manifestado que la tutela puede prosperar no solo ante circunstancias graves que tengan la idoneidad de hacer desaparecer en su totalidad el derecho, sino ante eventos que puedan ser de menor gravedad pero que perturben el núcleo esencial del derecho a la vida y tengan la posibilidad de desvirtuar claramente ese derecho o la calidad de vida de las personas, atendiendo cada caso específico.

En ese orden de ideas, es importante resaltar, que el concepto de “derecho a la vida” al que alude la jurisprudencia constitucional y con el cual se relaciona por conexidad, el derecho a la salud. Se trata de garantizar la vida “en condiciones dignas” y no simplemente resguardarse de los “peligros de la muerte” o de “pérdida de la función orgánica”. La protección que deriva de la acción e tutela no se constriñe, en ese orden de ideas, a vulneraciones al derecho a la salud que pongan en riesgo de muerte a una persona, sino también aquellas que vulneren o amenacen su vida digna (Osuna, 2007, pág. 175).

b.) DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.

El segundo grupo de situaciones en las que la Corte Constitucional en Colombia tiende a acudir al argumento por “conexidad” lo encontramos en el derecho a la seguridad social, en su modalidad de derecho al reconocimiento y pago de una pensión (de vejez, jubilación o invalidez), por eventos en los que la no cancelación de las respectivas mesadas, o su pago tardío, vulnera o amenaza los derechos a la vida, al mínimo vital, a la igualdad u otros.

Al respecto la corte constitucional en sentencia T-426 de 1992 señaló:

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

c.) DERECHO AL AMBIENTE SANO Y OTROS DERECHOS COLECTIVOS.

La Corte Constitucional ha sostenido en varias ocasiones que los derechos “colectivos”, que en principio se protegen mediante las acciones populares, y no mediante la de tutela, son sin embargo susceptibles de protección por esta última, cuando la afectación del interés o derecho colectivo vulnera o amenaza “por conexidad” un derecho “fundamental del peticionario”. El derecho en el que esta

línea jurisprudencial es más visible es el del ambiente sano, y la conexidad suele hacerse con los derechos a la vida, a la salud o a la integridad física. No obstante también dentro de esta línea jurisprudencial se han protegido los derechos al espacio público, a la seguridad y a la moralidad. En relación a estos aspectos resulta esclarecedora la sentencia T-1451 de 2000, donde la Corte se refiere al tema en los siguientes términos:

En primer término, hay que advertir que esta Corporación en diversas sentencias, ha protegido los derechos a la dignidad, a la vida y por conexidad con ésta, a la salud, de las personas que se encuentran sometidas a la permanente exposición de aguas servidas. En este sentido, la Corte ha sostenido, con fundamento en informes técnicos que *"la falta de un sistema de desagüe de aguas negras o de una adecuada disposición de excretas constituye un factor de gran riesgo para la salud de la comunidad que soporta tal situación, que obviamente se traduce en una amenaza y violación de los derechos a la salud y a la vida. (...)"* (Sentencia T-207 de 1995).

Así, ha sostenido reiteradamente que *"el derecho al servicio de alcantarillado, en aquellas circunstancias en las cuales afecte de manera evidente derechos y principios constitucionales fundamentales, como son los consagrados en los artículos 1 (dignidad humana), 11 (vida) y 13 (derechos de los disminuidos), debe ser considerado como derecho susceptible de ser protegido por la acción de tutela."* (Sentencias T-402 de 1992 y T-207/95, entre otras).

Al tiempo que se ha presumido que *"habitar en cercanías de un sitio que se encuentra cierta y altamente contaminado por aguas negras o desechos, constituye una amenaza del derecho fundamental a la vida, por la aparición en forma inmediata de graves enfermedades que pueden conducir incluso a la muerte de la persona afectada."* (Sentencia T-231 de 1995).

VI. CONCLUSIONES.

Conforme a la luz del análisis precedente tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, podemos concluir con algunos rasgos las finalidades perseguidas por la Corte Constitucional al momento de usar la argumentación por “conexidad” para la garantía de derechos no contemplados en el catálogo recogido bajo el título de “Derechos Fundamentales” al interior del texto constitucional.

La Corte Constitucional colombiana salva, mediante la argumentación “por conexidad”, en primer lugar, una dificultad ideológica y técnica que ella misma propició, y en la que se encuentra inmersa desde sus fallos iniciales, consistente en “considerar que, no todos los derechos establecidos en la Constitución son fundamentales, ni susceptibles por protección mediante la acción de tutela, sino que sólo uno de ellos participan de tal calidad y garantía. La argumentación por conexidad le permite proteger derechos que ella misma ha descartado, cuando las circunstancias del caso le indican que debe hacerlo (Osuna, 2007, pág. 182). En segundo lugar, es evidente que la argumentación “por conexidad” ha sido una vía relativamente pacífica para la protección judicial, en sede de tutela, de las obligaciones prestacionales derivadas de algunos derechos. La “conexidad” permite establecer una aparente frontera entre el contenido prestacional que sí se protege mediante la acción de tutela y aquel que debe invocarse a través de los procesos judiciales ordinarios o administrativos. Y finalmente los “derechos fundamentales por conexidad” constituyen una herramienta que permite destacar, en los casos de invocación de titularidad colectiva, si existe alguna pretensión individualizada, para así desplegar la protección de la acción de tutela. Así mismo, permite descartar la protección, por este mecanismo, de pretensiones puramente colectivas.

Finalmente, debemos admitir –con el profesor Osuna Patiño- que la argumentación por conexidad parecería innecesaria, como quiera que , ante un objeto de protección abierto como el señalado por la Constitución, no limitado a un número o tipo determinado de derechos fundamentales, en el que incluso se admite la creación jurisprudencial de los mismos, cualquier derecho consagrado en la Constitución puede protegerse de manera directa a través de la acción de tutela, sin necesidad de reconducirlo por conexión a alguno o algunos de los derechos de la llamada primera generación.

BIBLIOGRAFIA

1992, T.-0. d.

Alexy, R. (2001). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alexy, R. (2005). *Teoría del Discurso y Derechos Constitucionales*. Mexico: Fontamara.

Arango, R. (2005). *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Bogotá: Legis.

Arango, R. (2007). El Derecho a la Salud en la Jurisprudencia Constitucional. En A. Julio, *Teoría Constitucional y Políticas Públicas* (págs. 87 - 163). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bernal, C. (2002). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Botero, C. (2007). "La Acción de Tutela contra Providencias Judiciales" . En A. Julio, *Teoría Constitucional y Políticas Públicas* (págs. 199 - 292). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Cepeda, M. (1992). *Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Temis.

Chinchilla, T. (1999). *¿Que y Cuales son los Derechos Fundamentales?* Bogotá: Temis.

Cifuentes, E. (1998). La Eficacia de los Derechos fundamentales frente a Particulares. *Cuaderns Constitucionales Mexico-Centroamerica*, nº 23 .

Dworkin, R. (1996). *Freedom's Law, the moral reading of the American Constitution* . Cambridge: Mass.

Fajardo, S. (2007). "Tutela de Derechos enunciados en otros capitulos". En A. Julio, *Teoría Constitucional y Políticas Públicas* (págs. 19 - 86). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ferrajoli, L. (2001). *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.

Julio, A. (2000). *La eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Lopez, D. (2009). Por qué hablar de una Teoría Impura del Derecho para America latina? En D. Bonilla, *Teoria del Derecho y Transplantes Jurídicos* (pág. 35). Bogota: Siglo del Hombre .

Muñoz, D. F. (2010). Los Limites Constitucionales de la Democracia. *Memorias del XI Congreso de Filosofía del Derecho* (págs. 90-170). Barranquilla: Universidad del Atlantico.

Osuna, N. (2007). Los Derechos Fundamentales por Conexidad. En A. Julio, *Teoría Constitucional y Políticas Públicas* (págs. 165 - 198). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.