

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO OBJETO  
PROTEGIDO DE LA ACCIÓN DE TUTELA.  
UNA APROXIMACIÓN A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA  
CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Alexei JULIO ESTRADA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El régimen constitucional de los derechos fundamentales*. III. *El concepto de derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia*. IV. *Los criterios identificadores de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia constitucional*. V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución colombiana de 1991 ha sido denominada en múltiples ocasiones la “Constitución de los derechos”, apelativo por lo demás merecido, no sólo por la profusión de disposiciones de esta naturaleza que contiene su cuerpo normativo, sino también porque modificó de manera sustancial el concepto de persona imperante en el sistema jurídico; a partir de su entrada en vigor, las personas se definen principalmente como *titulares de derechos*. De derechos de toda índole: subjetivos, colectivos, sociales, económicos, culturales, civiles y políticos, pero dentro de todas estas clasificaciones una cobra especial fuerza y relevancia: *los derechos fundamentales*.

En efecto, la categoría de derechos fundamentales introducida en el constitucionalismo colombiano por la carta de 1991, se ha convertido en la piedra angular en torno al cual se ha construido una nueva manera de entender las relaciones entre los residentes en Colombia y los poderes públi-

\* Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid, investigador invitado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, docente e investigador de la Universidad Externado de Colombia.

cos, al igual que las relaciones entre particulares y en general todo el tráfico jurídico, precisamente por el denominado *efecto de irradiación* de los derechos fundamentales.

Cabe anotar que al introducir este concepto, el Constituyente de 1991 se inspiró en el derecho constitucional comparado, especialmente en la Ley Fundamental de Bonn al igual que en la Constitución Española de 1979;<sup>1</sup> sin embargo, eso no le resta méritos a su labor porque la figura se ha adaptado fácilmente a las particularidades de la realidad colombiana y ha perdido todo carácter foráneo, en esa medida constituye un afortunado trasplante porque la semilla sembrada quince años atrás ha echado fuertes raíces y ha prosperado en un terreno por lo demás difícil.

La feliz acogida de los derechos fundamentales ha estado indiscindiblemente ligada al éxito del instrumento ideado para su protección: la acción de tutela, mecanismo procesal, rápido, sencillo y efectivo que ha provisto una vía idónea y expedita para evitar o reparar las lesiones iusfundamentales. Sin la acción de tutela no se habría creado en nuestro país —al menos en el ámbito doctrinal y jurisprudencial— una cultura de los derechos fundamentales, porque esta garantía es la que ha permitido que la figura constitucional adquiera dinamismo y se adapte a las cambiantes necesidades y pretensiones de sus titulares.

Entonces, ha correspondido a la jurisprudencia constitucional<sup>2</sup> enfrentar los diversos problemas que suscitó la introducción de esta novedosa categoría normativa, desde las cuestiones esenciales de precisar el concepto y determinar el catálogo de los derechos fundamentales, hasta otras más elaboradas como decidir cuáles son las técnicas interpretativas correctas para concretizar los enunciados normativos constitucionales, o encontrar los métodos apropiados para resolver las colisiones de normas de derechos

<sup>1</sup> Aunque el concepto de *fundamental rights* también ha sido empleado por la jurisprudencia y la doctrina norteamericana para referirse a derechos contenidos en las enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos —o deducidos interpretativamente de ellas— que guardarían semejanza con la categoría de los *Grundrechte* en la medida que serían derechos constitucionales que vinculan a todos los poderes públicos —incluido el legislador— y ocupan una posición preferente en el ordenamiento. Véase Cohen *et al.*, *Constitutional Law, Cases and Materials*, Nueva York, Thomson West, 2005, p. 1028. Véase también Stone *et al.*, *Constitutional Law*, Nueva York, Aspen Law & Business, 2001, pp. 685 y ss.

<sup>2</sup> De conformidad con el diseño procesal de la acción de tutela a todos los jueces son competentes en primera o en segunda instancia para conocer de esta acción, y en esa medida todos serían jueces constitucionales encargados de la protección de los derechos fundamentales, no obstante en el presente trabajo se reserva el calificativo de jurisprudencia constitucional a la vertida por la Corte Constitucional.

fundamentales. Las soluciones dadas a estos interrogantes constituyen el hilo conductor de la evolución de la figura en estudio en el ordenamiento colombiano, se puede afirmar así que jurisprudencialmente se han echado los cimientos para la construcción de una dogmática de los derechos fundamentales.<sup>3</sup>

Aquí es preciso hacer una anotación inicial. A diferencia de lo ocurrido en el caso español<sup>4</sup> y en el caso alemán<sup>5</sup> cuyos tribunales constitucionales

<sup>3</sup> Aunque hasta ahora han sido pocos los esfuerzos doctrinales para construir desarrollos teóricos a partir de la jurisprudencia constitucional, en materia del concepto y la clasificación de los derechos fundamentales, es destacable la obra de Elí Chinchilla, Tulio, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Bogotá, Temis, 1999.

<sup>4</sup> El título I de la Constitución Española se denomina de “De los derechos y deberes fundamentales” y está dividido en cinco capítulos, a su vez el capítulo II —“De los derechos y libertades”— se divide en dos secciones la primera de las cuales se titula “De los derechos fundamentales y libertades públicas” y agrupa típicos derechos de libertad (derecho a la vida y a la integridad física y moral, libertad religiosa ideológica y de culto, derecho a la libertad y a la seguridad, derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, libertad de residencia y de circulación, libertad de expresión, derecho de reunión...), mientras la sección segunda —titulada “De los derechos y deberes de los ciudadanos”— cobija otra serie de derechos como el derecho a contraer matrimonio, el derecho a la propiedad privada y a la herencia, el derecho de fundación y el derecho al trabajo. Ahora bien, es el artículo 53 de la Constitución el que define el régimen especial para los derechos contenidos en el capítulo II; sin embargo, no establece un régimen uniforme, así el numeral primero señala que todos los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II vinculan a todos los poderes públicos y sólo podrán ser regulados por leyes que respeten en todo caso su contenido esencial, el numeral segundo establece una garantía especial —la protección mediante un procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios y mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional— sólo para el derecho a la igualdad, los derechos reconocidos en la sección primera del capítulo II y la objeción de conciencia, a lo anterior se suma que estos últimos sólo pueden ser modificados por un procedimiento agravado de reforma constitucional (artículo 168, CE) y que según la interpretación del Tribunal Constitucional sólo respecto de ellos se predica la reserva de ley orgánica para su desarrollo. Esa diversidad de regímenes ha suscitado la discusión sobre si todos los derechos contenidos en el capítulo II de la Constitución Española son derechos fundamentales o si tal calificativo ha de reservarse exclusivamente a los contenidos en la sección 1 del capítulo I y al derecho a la igualdad, es decir, a los que tienen un régimen reforzado de protección, sin embargo, actualmente existe un consenso doctrinal en que todos los derechos contenidos en el capítulo II de la Constitución son fundamentales, pues reúnen una característica común: vinculan a los poderes públicos de manera inmediata, sin necesidad de desarrollo legislativo. En todo caso se trata de un catálogo cerrado de derechos fundamentales pues sólo se reconoce el carácter de fundamental a los contenidos en le mencionado acápite constitucional. Véase Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Thomson-Civitas, 2a. ed., 2005, pp. 55 y ss.

<sup>5</sup> El capítulo I de la Ley Fundamental de Bonn enuncia del artículo 1o. al 19 los derechos fundamentales, si bien doctrinalmente se ha reconocido que otros derechos no contenidos en ese aparte tienen el carácter de fundamentales (como el derecho a la igualdad en el

entendieron desde un principio que contaban con un catálogo cerrado de derechos fundamentales, en Colombia la Corte Constitucional rechazó ese postulado interpretativo y por el contrario ha defendido siempre la idea de que la Constitución colombiana presenta sólo un inventario inicial susceptible de ser enriquecido mediante los aportes jurisprudenciales.

Esto explica que los primeros esfuerzos hayan estado dirigidos a intentar establecer un concepto de derechos fundamentales, pues ante la ausencia de un listado taxativo era necesario acudir a otros elementos identificadores de esta categoría normativa, porque en todo caso subsistía la idea al interior del tribunal constitucional que *no todos los derechos consagrados en la Constitución eran fundamentales*.

Sin embargo, con el paso del tiempo estos esfuerzos han sido abandonados por una metodología más sencilla y práctica, se pasó entonces de intentar definiciones omnicomprendivas, abarcadoras de todo tipo de pretensiones iusfundamentales, a elaborar criterios que permitan justificar el carácter fundamental de un derecho en particular en un caso concreto. Surgen entonces figuras como la conexidad para dotar de carácter fundamental a derechos sociales, económicos, culturales y colectivos bajo determinadas circunstancias; se acude también al concepto de sujetos de especial protección para proteger mediante la tutela pretensiones que parecerían meramente legales; y en tiempos recientes comienza a experimentarse con la idea de las diversas facetas subjetivas y prestacionales contenidas en todos los derechos, que ha conducido a interesantes desarrollos en la materia, los cuales serán reseñados más adelante.

Entonces, más que avanzar en la construcción de un concepto de derechos fundamentales, en los últimos tiempos la Corte Constitucional colombiana se ha dedicado a fijar una serie de criterios, los cuales permiten a los operadores jurídicos identificar cuándo están ante un problema de derechos fundamentales susceptible de ser resuelto en sede de tutela.

Porque en Colombia de manera indisoluble la naturaleza fundamental de un derecho ha estado siempre asociada al instrumento constitucional ideado para su protección: la acción de tutela, pues ante la indeterminación *a priori* de su objeto protegido, la primera tarea que incumbe al juez consti-

acceso a los cargos y funciones públicas —artículo 33—, el derecho al juez natural —artículo 101— o el derecho a ser oído ante los tribunales —artículo 103— se trata en todo caso de un catálogo cerrado de derechos que corresponde a los clásicos derechos humanos y civiles, del cual se excluyen derechos de contenido económico, social o cultural. Véase Benda *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 87 y ss.

tucional al decidir un caso concreto es determinar si está en discusión un derecho fundamental susceptible de ser protegido mediante la garantía constitucional.

Sin embargo, aquí las características procesales de la acción de tutela enturbian un poco el razonamiento, pues debido a que se trata de un mecanismo residual de protección —es decir no es procedente si existe otro medio de defensa judicial—, en algunos casos aun si está en juego un derecho fundamental no es dable acudir a la garantía constitucional. De ahí que sea necesario distinguir entre la naturaleza del derecho en discusión y el mecanismo idóneo para su protección.

Ahora bien, al margen de las anteriores cuestiones el examen de la jurisprudencia constitucional vertida en los fallos de revisión de tutela sigue siendo la vía idónea para aprehender el concepto de derechos fundamentales implementado por la Corte Constitucional. Tarea que pretende abordar el presente escrito a partir de las siguientes cuestiones: a) el régimen constitucional de los derechos fundamentales, b) el concepto de los derechos fundamentales, y c) los criterios identificadores de los derechos fundamentales.

## II. EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La Constitución colombiana no es muy pródiga al establecer el régimen de los derechos fundamentales. En efecto, a diferencia de otros ordenamientos las referencias al concepto en estudio son limitadas. Por una parte, uno de sus acápites se titula “De los derechos fundamentales” —el capítulo 2 del título I—, el artículo 44 enuncia los derechos fundamentales de los niños, el artículo 86 consagra que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para la protección de los derechos fundamentales constitucionales, el artículo 152 establece la reserva de ley estatutaria para la regulación de los derechos fundamentales y los procedimientos y recursos para su protección, el artículo 250 señala que las medidas que impliquen la afectación de los derechos fundamentales en el proceso penal requieren autorización judicial y finalmente el artículo 377 prevé que deberán ser sometidas a referendo las reformas constitucionales por medio de acto legislativo relacionadas con los derechos fundamentales, si así lo solicita dentro de los seis meses siguientes a su promulgación el 5% de los ciudadanos que integran el censo electoral.

Entonces, el régimen constitucional de la categoría bajo estudio se reduce a la reserva de ley estatutaria para su regulación y la procedencia de la acción de tutela para su protección.

Por otra parte, el texto constitucional emplea numerosas voces para referirse a los derechos, alude por ejemplo a los derechos inalienables de la persona humana —artículo 5o.—, a los derechos de aplicación inmediata —artículo 85—, a los derechos inherentes a la persona humana —artículo 94—, o a los derechos humanos y libertades fundamentales —artículo 212—, amén de las referencias los derechos colectivos y los derechos económicos sociales y culturales.

De esta imprecisión terminológica surgen varias cuestiones, por ejemplo, si el artículo 5o. al referirse a la primacía de los derechos inalienables de la persona hace referencia los derechos fundamentales, o si el artículo 212 al prohibir la limitación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales bajo los estados de excepción, pretende establecer una salvaguardia del contenido esencial de los derechos fundamentales en situaciones de alteración del orden público, o si el listado de derechos de aplicación inmediata que trae el artículo 85 es relevante para establecer el catálogo de derechos fundamentales.

A los problemas de escasez de previsiones normativas y de ambigüedad terminológica ha debido responder la Corte Constitucional, mediante el diseño de un régimen jurisprudencial de los derechos fundamentales el cual, como se verá a continuación, tuvo como punto de partida la definición conceptual de esta categoría normativa.

### III. EL CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA

Ahora bien, la cuestión de cuáles eran los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional colombiano pudo haber sido resuelta desde un principio, mediante el empleo del criterio interpretativo *a rúbrica* o *sedes materiae*, es decir, adjudicándoles tal carácter de fundamentales a los comprendidos en el capítulo II del título I de la Constitución. No obstante, ésta no fue la solución acogida por el tribunal constitucional colombiano, el cual sustentó su negativa en dos argumentos iniciales: a) la imposibilidad de utilizar este tipo de criterios interpretativos debido a que la división de la Constitución en títulos y capítulos no reflejaba la voluntad del Consti-

tuyente de 1991, y b) una norma de carácter legal, dejaba abierta la posibilidad que mediante la acción de tutela se protegieran derechos que no estuvieran señalados expresamente por la Constitución como fundamentales, pero cuya *naturaleza* permitiera su tutela para casos concretos.<sup>6</sup>

Lo importante entonces, no era la clasificación de los derechos establecida en la Constitución sino la *naturaleza* del derecho en juego en un caso concreto, eso daría lugar inicialmente a una construcción jurisprudencial que haría énfasis en los elementos materiales como identificadores de los derechos fundamentales y se preocuparía por intentar una definición de derecho fundamental basada en unos supuestos rasgos comunes compartidos por esta categoría. Se emprende así, la tarea de puntualizar qué es un derecho fundamental, para que con base en esa definición los operadores jurídicos tuvieran claro cuándo estaban ante un derecho susceptible de ser protegido mediante la acción de tutela.<sup>7</sup>

De esta postura resultan reveladoras las primeras decisiones proferidas por la Corte Constitucional. Así por ejemplo en la sentencia T-002 de 1992<sup>8</sup> sostuvo que existían dos criterios para identificar los derechos cons-

<sup>6</sup> El artículo dos del mencionado Decreto 2591 de 1991.

<sup>7</sup> Sigue claramente esta línea la sentencia T-008 de 1992, en la cual se afirma: “... Es decir que, en último término, el problema de la interpretación de los derechos constitucionales fundamentales queda a cargo de la Corte Constitucional, teniendo en cuenta el valor indicativo que tiene el capítulo I del título II de la Constitución en donde están contenidos la mayoría de esos derechos, sino también el punto de vista material del concepto que lleva a identificarlos en otros preceptos de la carta, así como en ‘los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción’ y que ‘prevalecen en el orden interno’, según lo consagra el artículo 93 del Estatuto Fundamental. Así, pues, el juez de la tutela debe analizar el asunto en cada caso con los diversos criterios que se han señalado anteriormente, y en todo caso al hacer la revisión de las sentencias de tutela corresponde a la Corte Constitucional un papel decisivo, para cumplir su misión de guardiana de la integridad y supremacía de la carta política.

Todo lo cual quiere decir que sobre esta materia de suyo difícil y trascendente quizá sea lo más conveniente adoptar una posición flexible y abierta, sin comprometerse en una definición cerrada y excluyente de los derechos fundamentales, para dejar al dominio de la interpretación constitucional, frente a cada situación o caso, determinar si se incorporan los valores inherentes a la persona humana en un derecho cuya defensa o salvaguardia se discute, con motivo de su ejercicio, lo que permitiría atribuirle, fuera de los casos ya clasificados y conocidos, el carácter fundamental. Es una solución que tiene en cuenta el carácter evolutivo y dinámico que tiene de suyo la interpretación constitucional”.

<sup>8</sup> En esta sentencia se debatía una supuesta vulneración del derecho a la educación, el cual está consagrado por el artículo 67 de la Constitución colombiana, es decir, dentro del capítulo de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que había dado lugar a que los

titucionales fundamentales: la persona humana y el reconocimiento expreso, el primero de los cuales tenía un sustrato material mientras el segundo uno formal. Según el primer criterio —a todas luces el principal— son derechos fundamentales *los derechos esenciales a la persona humana* pues el individuo *era la razón y fin* de la nueva carta política que entraba en vigencia. Se encomienda entonces a los jueces la labor de investigar en cada caso concreto si estaban en presencia de un derecho de esta naturaleza, labor que debían emprender mediante el empleo de las claves contenidas en la Constitución y en tratados internacionales de derechos humanos, es decir, dilucidando si se trataba de un derecho *inalienable*,<sup>9</sup> *inherente*<sup>10</sup> y *esencial*<sup>11</sup> a la persona humana.

Por contraste, a los criterios formales se les daba un mero carácter auxiliar y específicamente al ya aludido criterio *sedes materiae* se le relegaba prácticamente a un segundo plano, con el argumento al cual ya se hizo alusión que la división de la carta de 1991 en títulos y capítulos no reflejaba la voluntad del Constituyente y por lo tanto no vinculaba a los intérpretes del texto constitucional.

Otras decisiones proferidas el mismo año aparecen también insufladas de ese claro espíritu jusnaturalista, cabe citar a guisa de ejemplo la T-420 de 1992, en la cual se afirma:

Se caracterizan los derechos fundamentales porque pertenecen al ser humano en atención a su calidad intrínseca de tal, por ser él criatura única pensante dotada de razonamiento; lo que le permite manifestar su voluntad y apetencias libremente y poseer por ello ese don exclusivo e inimitable en el universo social que se denomina dignidad humana.<sup>12</sup>

jueces de instancia negaran la procedencia de la acción de tutela para su protección por no tratarse de un derecho fundamental.

<sup>9</sup> Artículo 5o. de la Constitución colombiana.

<sup>10</sup> Artículo 94 de la Constitución colombiana.

<sup>11</sup> Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>12</sup> En el mismo sentido en la sentencia T-419 de mismo año se sostiene: “Los derechos fundamentales son los que corresponden al ser humano en cuanto tal, es decir, como poseedor de una identidad inimitable caracterizada por su racionalidad que le permite ejercer sus deseos y apetencias libremente. De ahí que se le reconozca una dignidad —la dignidad humana— que lo colocan en situación de superior en el universo social en que se desenvuelve, y por ello, es acreedor de derechos que le permiten desarrollar su personalidad humana y sin los cuales ésta se vería discriminada, enervada y aún suprimida”.



O la sentencia T-615 del mismo año, que sintetiza la postura comentada:

La Constitución Nacional, en su artículo 86, que consagra la acción de tutela, dispone que los derechos sobre los cuales recae esta protección son los constitucionales fundamentales. Como lo ha sostenido la Corte Constitucional en varias oportunidades, el carácter fundamental de un derecho no está supeditado a la ubicación del artículo que lo consagra dentro del texto de la carta, pues el criterio predominante para determinar dicha calidad debe ser el que obedezca a una concepción material que parta de su inherencia a la dignidad de la persona (artículos 1o., 5o. y 94 de la Constitución).

Dentro de esas amplias —e imprecisas— definiciones tienen cabida derechos de la más diversa naturaleza, no extraña por lo tanto que se afirme inicialmente el carácter de fundamental y fueran protegidos mediante la acción de tutela derechos de índole tan variada como la educación,<sup>13</sup> la propiedad privada,<sup>14</sup> el derecho al ambiente sano<sup>15</sup> o el derecho a la seguridad social,<sup>16</sup> algunos de los cuales perderían tal carácter en la jurisprudencia posterior.

No obstante, en medio de la diversidad de posturas propia de esta primera época —y apenas natural debido al proceso de consolidación institucional— es posible identificar algunas constantes que se mantendrán a lo largo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por ejemplo, el recelo a declarar el carácter fundamental autónomo de los derechos económicos, sociales y culturales —lo que no necesariamente se traduce en la negativa a su protección mediante la acción de tutela— o la idea que el carácter de fundamental de un derecho depende de las características del caso concreto.

En efecto, a pesar que en algunas decisiones aisladas se sostiene que algunos derechos sociales tiene rango fundamental,<sup>17</sup> en la gran mayoría se deniega tal naturaleza,<sup>18</sup> mientras que en otras se supedita su protección mediante la acción de tutela a la vulneración simultánea de otros derechos que sí son considerados *per se* fundamentales,<sup>19</sup> como el derecho a la vida o

13 Sentencia T-002 de 1992.

14 Entre otras la T-537 de 1992.

15 Sentencia T-536 de 1992.

16 Sentencia T-471 de 1992.

17 Por ejemplo la ya citada sentencia T-471 de 1992.

18 Claro ejemplo la sentencia T-422 de 1992, en la cual se afirma que el derecho a la vivienda digna es un derecho “asistencial” que por lo tanto no tiene un carácter fundamental.

19 Sentencia T-571 de 1992.

a la integridad personal, comienza así a estructurarse el concepto de conexidad sobre el cual se volverá más adelante.

Igualmente es esbozada con bastante frecuencia la idea que la fundamentalidad de un derecho depende de las circunstancias que rodean el caso concreto, es decir, que más allá del *nomen* específico del derecho que se debate son los hechos específicos que rodean su presunta vulneración o amenaza los determinantes para asignarle el carácter fundamental.<sup>20</sup> Argumentación algo equívoca —pues realmente las circunstancias fácticas son relevantes para determinar la procedencia de la tutela como mecanismo urgente de protección, pero no para establecer la naturaleza del derecho en juego— pero que sería retomada posteriormente y permitirá construir la idea de la especificidad de los derechos de los sujetos de especial protección, tesis a la cual se hará referencia posteriormente.

Ahora bien, dentro de la confusión inicial merecen destacarse algunas decisiones que pretenden fijar patrones de mayor rigor analítico para la definición e identificación de los derechos fundamentales. Entre ellas sin duda la más elaborada es la sentencia T-406 de 1992,<sup>21</sup> que propone un método *estándar* para la definición e identificación de los derechos fundamentales. En este pronunciamiento se afirma que para que pueda detentar tal naturaleza un derecho debe reunir tres requisitos esenciales: a) conexidad directa con los principios fundamentales definidos en la Constitución,<sup>22</sup> b) eficacia directa, y c) contenido esencial. En la misma decisión se proponen diversos criterios identificadores de los derechos fundamentales, algunos de carácter formal, como la consagración expresa —según el cual serían fundamentales los derechos enunciados en el capítulo II del título I de la Constitución, o en el artículo 44 constitucional cuando menciona los derechos fundamentales de los niños— o la remisión expresa por el texto constitucional —por ejemplo el artículo 214 cuando prohíbe la suspensión de ciertos derechos bajo los estados de excepción—; pero también se sugieren otros de carácter material, *v. gr.* el concepto de derechos inherentes a la persona humana.

<sup>20</sup> Véase las sentencias T-491 y T-532 de 1992.

<sup>21</sup> Descripción del los hechos.

<sup>22</sup> En esa misma decisión se mencionan entre otros los siguientes: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general, la soberanía popular y la supremacía de la Constitución.

Si bien la anterior propuesta definitoria de los derechos fundamentales no tuvo gran acogida<sup>23</sup> —tal vez por su rigor excesivo—, es de anotar que puso de manifiesto en dos de los requisitos exigidos —la eficacia directa y el contenido esencial, al menos como son entendidos en esa decisión— un problema al que hasta entonces la jurisprudencia sólo había hecho alusión de manera tangencial: el relacionado con la *estructura* de un derecho fundamental, o mejor, la idea que para que un derecho pueda ser considerado fundamental debe ser susceptible de formularse como un derecho subjetivo.<sup>24</sup>

En efecto, en algunas decisiones anteriores se había puesto de manifiesto las dificultades que entrañaban ciertos derechos contenidos en el catálogo constitucional —y estrictamente fundamentales desde la perspectiva formal— como el derecho al trabajo —artículo 25, CP— y el derecho a la paz —artículo 26, CP— para ser protegidos mediante la acción de tutela precisamente debido a su indeterminación estructural que dificultaba establecer quién era el sujeto obligado, quién el titular y cuál era el contenido prestacional constitucionalmente determinado,<sup>25</sup> pero tales reflexiones habían tenido lugar dentro del contexto de la insuficiencia de los criterios formales para determinar el carácter fundamental de los derechos. De ahí la novedad de la idea apenas esbozada en la sentencia T-406 de 1992, pero que sería retomada por la jurisprudencia posterior.

Pasa entonces a exigirse por el juez constitucional que el derecho reclamado en sede de tutela tenga la configuración de un derecho subjetivo. Prueba de ello lo constituye la sentencia T-028 de 1994,<sup>26</sup> en la cual se diferencia los derechos sociales y colectivos, los cuales no serían por su estruc-

<sup>23</sup> Sólo es seguida por algunas sentencias aisladas, por ejemplo la T-473 del mismo año.

<sup>24</sup> Como es sabido el concepto de derecho subjetivo es introducido en el campo del derecho público en el siglo XIX por Jellinek, quien combina la dos principales teorías existentes en el derecho privado hasta la fecha —la teoría de la voluntad y la teoría objetiva— para crear la figura de los derechos públicos subjetivos, figura que ha sufrido diversas vicisitudes, pero que sigue estando en el sustrato de la idea de los derechos fundamentales. Al respecto puede consultarse Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 48 y ss.

<sup>25</sup> Al respecto es muy reveladora la sentencia T-008 de 1992.

<sup>26</sup> Se trataba de una acción interpuesta por una persona contra una empresa vecina que generaba excesivo ruido, los jueces de instancia sostienen que la acción de tutela es improcedente porque se pretendía la protección del derecho a la paz, supuesto derecho colectivo, mientras que la Corte Constitucional revoca el fallo de instancia y concede el amparo solicitado por considerar que se vulneraba el derecho a la tranquilidad, derivado del derecho a la vida digna, el cual es un derecho subjetivo.

tura susceptibles de protección por medio de la acción de tutela, de los derechos subjetivos, cuya protección sí sería posible por esta vía judicial. La misma argumentación se sigue en otras decisiones, como la sentencia T-207 de 1995, respecto de los derechos prestacionales en general, de los cuales se afirma que por su carácter programático no serían exigibles por medio de la tutela, salvo que hayan “transmutado” en un derecho subjetivo, es decir, que el alcance de las prestaciones exigibles haya sido determinado por el legislador o por la administración, y en esa medida “el ordenamiento jurídico le ha adscrito a alguna persona, pública o privada, la obligación correlativa”.<sup>27</sup>

Esta línea argumentativa, en definitiva, guarda estrecha relación con los prejuicios jurisprudenciales acerca de la jusfundamentalidad de los derechos sociales, los cuales reviven ahora de una manera más elaborada: se afirma que estos derechos no son fundamentales debido a problemas relacionados con su indeterminación estructural, los cuales impiden su *aplicación inmediata* por los jueces constitucionales. Un claro ejemplo es la sentencia SU-111 de 1997, en la cual se distingue entre derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos sociales, económicos y culturales, tanto en razón de su estructura y naturaleza, como en relación con su posibilidad de ser protegidos mediante la acción de tutela.<sup>28</sup>

La anterior doctrina encuentra su expresión más acabada en la sentencia SU-225 de 1998, decisión que si bien reconoce la existencia de derechos fundamentales prestacionales, solamente lo hace de manera excepcional, pues por regla general considera que los derechos fundamentales son derechos de libertad, debido a que los derechos de esta naturaleza supuestamente no requieren configuración legal y reglamentaria. Se afirma que

<sup>27</sup> En el mismo sentido la sentencia T-348 de 1997.

<sup>28</sup> En la mencionada decisión se establece: “El derecho a la salud y el derecho a la seguridad social remiten a un contenido prestacional que no es ajeno a la conservación de la vida orgánica. No obstante, los mencionados derechos sociales, por esta razón, no se convierten en derechos fundamentales de aplicación inmediata... Los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación con la dignidad humana, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal. Los derechos individuales de prestación, que surgen de la ejecución legal del mandato de procura existencial que se deriva del Estado social, se concretan y estructuran en los términos de la ley. Le corresponde a ella igualmente definir los procedimientos que deben surtir para su adscripción y, de otro lado, establecer los esquemas correlativos de protección judicial”.

Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran reconocidos —directa o indirectamente— en el texto constitucional *como derechos subjetivos de aplicación inmediata*. En otras palabras, se trata de derechos de tal magnitud para el orden constitucional, que su vigencia no puede depender de decisiones políticas de los representantes de las mayorías. *Usualmente, los derechos fundamentales son derechos de libertad*. No obstante, en algunos casos, existen derechos prestacionales fundamentales, como el derecho a la defensa técnica, a la educación básica primaria o al mínimo vital [cursivas agregadas].

No obstante, en ambas sentencias se reconoce un contenido de los derechos sociales, cuya exigibilidad no estaría sujeta a la configuración legal y reglamentaria y tendría un carácter fundamental, el cual estaría determinado por el concepto de mínimo vital.<sup>29</sup> Al lado de los derechos fundamentales prestacionales habría entonces un contenido fundamental de los derechos sociales, susceptible de protección mediante la acción de tutela. Este contenido mínimo podría estar sujeto a determinación judicial cuando el legislador haya sido negligente en su configuración, de acuerdo con las circunstancias fácticas del caso concreto y sobre todo según las características del demandante.

En resumidas cuentas, la postura de la Corte Constitucional hasta ese entonces podría formularse así: *prima facie* los derechos de libertad son derechos fundamentales y en la misma medida los derechos económicos sociales y culturales no lo son, pues mientras los primeros son derechos subjetivos de aplicación inmediata, los segundos son derechos esencialmente

<sup>29</sup> El concepto de mínimo vital desempeña diversos roles en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, concebido inicialmente como un derecho fundamental de creación judicial (sentencia T-426 de 1992), también ha sido entendido como el contenido directamente exigible de ciertos derechos prestacionales, o como una condición para la procedencia de la acción de tutela para la protección de derechos sociales. La segunda acepción es la recogida en las sentencias SU-111 de 1997 y SU-225 de 1998, en la primera de las cuales se afirma: “La Corte, con arreglo a la Constitución, ha restringido el alcance procesal de la acción de tutela a la protección de los derechos fundamentales. Excepcionalmente ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales, tienen conexidad con pretensiones amparables a través de la acción de tutela. Ello se presenta cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales”.

prestacionales que requieren un diseño legal y reglamentario previo a su exigibilidad judicial. La argumentación de la Corte Constitucional a este respecto se revela entonces extremadamente conservadora y acoge las posturas doctrinales tradicionales en torno a la supuesta distinción entre los derechos de libertad y los derechos sociales en cuanto a su naturaleza y exigibilidad.<sup>30</sup>

Sin embargo, curiosamente el anterior discurso no condujo en la práctica a la improcedencia de la acción de tutela para la protección de los derechos sociales, por el contrario, debido al creciente número de casos relacionados con la deficiente prestación de los servicios públicos y a la crisis económica que atravesó Colombia a finales de los años noventa, estos derechos —principalmente el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social— fueron objeto de creciente protección por medio de esta garantía constitucional. Entonces, de manera paradójica, mientras la Corte Constitucional rechaza la jusfundamentalidad de los derechos sociales, éstos se tornan de manera paulatina en el principal objeto protegido de la acción de tutela, clara inconsistencia entre la argumentación y la práctica que se salva recurriendo cada vez con mayor frecuencia al criterio de conexidad, el cual se flexibiliza en extremo, como se verá más adelante, pues la tesis de la jusfundamentalidad del contenido mínimo de los derechos sociales, directamente exigible en sede de tutela aun cuando carezcan de configuración legal y reglamentaria, sólo es empleada raras veces por la Corte Constitucional.

Ahora bien, en años recientes es posible percibir en la jurisprudencia constitucional un replanteamiento de las cuestiones relacionadas con el concepto de derechos fundamentales. Un hito importante lo señala la sentencia T-227 de 2003, en la cual se intenta nuevamente formular una definición estándar e inclusiva de estos derechos, recogiendo los diversos criterios materiales, formales y estructurales planteados a lo largo de la evolución jurisprudencial. Se asevera entonces que los derechos fundamentales son *derechos constitucionales dirigidos funcionalmente a lograr la dignidad humana y traducibles en un derecho subjetivo*.

Se pretende así, sintetizar tanto las reflexiones previas en torno al carácter material de los derechos fundamentales —mediante la introducción del concepto de dignidad humana— como las ideas vertidas respecto de la estructura de estos derechos. No obstante tal definición, como todas aquellas

<sup>30</sup> Al respecto puede consultarse Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 19 y ss.

omnicomprensivas intentadas hasta la fecha por la Corte Constitucional, presenta claras deficiencias en cuanto a su precisión. En primer lugar porque se traslada el eje de la discusión al concepto de dignidad humana, él es propuesto con tal amplitud en la propia sentencia —libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella— que cualquier pretensión podría ser planteada como una cuestión relacionada con la dignidad humana. Adicionalmente en la misma sentencia se sostiene que el carácter fundamental de un derecho depende de ser necesario para la realización de la dignidad humana,

necesidad que no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica).

Entonces, además de la amplitud de la definición del concepto de *dignidad humana* están las dificultades relacionadas con la determinación del carácter *necesario* de un derecho para la realización de la misma; doble imprecisión que mina la utilidad misma de la definición propuesta. En efecto, no hay muchas diferencias entre la idea de dignidad humana y los conceptos de inherencia, esencialidad e inalienabilidad de los derechos propuestas por la primera jurisprudencia constitucional para definir su carácter fundamental, por una parte, adicionalmente acudir a las circunstancias del caso para definir la naturaleza de un derecho, es decir: establecer si funcionalmente es necesario con el fin de realizar la dignidad humana, tampoco representa un gran avance respecto de la jurisprudencia anterior.

Ahora bien, el anterior esfuerzo conceptual no es del todo desdeñable, pues por una parte supone la superación de la dicotomía derechos de libertad-derechos sociales en la cual se había empantanado la jurisprudencia anterior, y adicionalmente al introducir el elemento del consenso hace referencia al carácter evolutivo de los derechos fundamentales, el cual hasta entonces no había sido considerado por la jurisprudencia constitucional.

Ese mismo año se producen dos decisiones que tendrán importante repercusiones en cuanto a la definición del objeto protegido de la acción de tutela en materia del derecho a la salud y que posteriormente tendrían incidencia respecto de todos los derechos sociales. Se trata de las sentencias

T-859 y T-860, en las cuales se afirma que la salud tiene el carácter de *derecho fundamental autónomo* que lo torna directamente exigible respecto de prestaciones configuradas por vía legal y reglamentaria, o que deriven directamente de las obligaciones básicas definidas en la obligación general 14 del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Aparte de la interesante alusión al derecho internacional de los derechos humanos como herramienta para determinar el contenido exigible de los derechos fundamentales, esta decisión afirma sin ambages la jusfundamentalidad de un típico derecho social, aunque por supuesto la condiciona a su previa configuración.

En esa medida no se la puede tildar de revolucionaria, pues simplemente recoge algunas ideas previas propuestas por la jurisprudencia constitucional en torno a la supuesta transustanciación de los derechos sociales, una vez que su alcance ha sido definido por vía legal o reglamentaria. Pero como punto de partida es importante pues va más allá del la postura tradicional de la Corte Constitucional en la materia y serviría de base para los posteriores desarrollos jurisprudenciales.

En efecto, esta idea es retomada por la jurisprudencia reciente en la cual es posible apreciar la coexistencia de dos líneas jurisprudenciales en torno a los derechos fundamentales, aquella que sigue limitando el carácter fundamental exclusivamente a los derechos de libertad, mientras otra sostiene la multiplicidad de facetas presentes en todos los derechos constitucionales, sin rechazar *a priori* el carácter fundamental de ninguno de ellos.

Según esta segunda línea argumentativa, todos los derechos constitucionales —trátese de derechos de libertad, derechos sociales o derechos colectivos— tienen diversas facetas, algunas veces se manifiestan como derechos de defensa, que implicarán una abstención por parte del Estado o de terceros —es decir actuarían como libertades negativas— mientras otras veces significarían que su titular pueda reclamar una prestación —es decir serían derechos prestacionales—, en esa medida sólo algunas manifestaciones de los derechos serían susceptibles de protección en sede de tutela, aquellas que puedan ser configuradas como un derecho subjetivo bien sea por la índole de la discusión planteada, porque la prestación reclamada ha sido configurada legal o reglamentariamente, o porque resultan afectados sujetos de especial protección constitucional.<sup>31</sup>

<sup>31</sup> Una buena presentación de esta línea argumentativa la contiene la sentencia T-433 de 2007, en la cual se sostiene respecto del derecho a la salud: “Con todo, se ha explicado por



Esta nueva postura doctrinal tampoco es muy innovadora, pues como se ha visto la idea de la subjetividad de los derechos fundamentales ha sido recurrente en la jurisprudencia constitucional; sin embargo, supone una desideologización del problema, pues en primer lugar no tiene como punto de partida la negación del carácter fundamental de ciertos derechos, debido precisamente a la supuesta imposibilidad de formularlos como derechos subjetivos, y por otra parte no recurre a elementos materiales imprecisos para caracterizar la jusfundamentalidad de los derechos.<sup>32</sup>

parte de este Tribunal Constitucional que el mencionado derecho a la salud, no es un derecho cuya protección se pueda brindar *prima facie* por vía de tutela. La garantía de este derecho implica el reconocimiento de que su faceta prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos. Y esto dentro de un contexto de recursos escasos como el colombiano. Además, por consagrarse el derecho a la salud en normas constitucionales de la forma principios generales, tal como la mayoría de los derechos fundamentales, se hace necesario determinar su contenido mediante la configuración de las prestaciones que lo definen, es decir, se debe llenar de contenido. En este escenario, se debe por ello racionalizar igualmente su prestación satisfactoria a cargo de los recursos que conforman el sistema de salud en Colombia, sólo en casos en que su falta de reconocimiento se pregone de: i) prestaciones concretas incluidas en los planes obligatorios siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, ii) situaciones en las que su contenido no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios, porque se refiere a la incapacidad económica de asumir una prestación excluida de dichos planes junto con la necesidad de garantizarla en razón a, por un lado, que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o por otro, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implique un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a la idea de un Estado constitucional de derecho. Así, el derecho a la salud debe ser protegido por el juez de tutela cuando se verifiquen los anteriores criterios”.

<sup>32</sup> Un ejemplo de esta postura es la sentencia T-016 de 2007, en la cual se afirma:

“10. De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la sala en la presente sentencia, la fundamentalidad de los derechos no depende —ni puede depender— de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos *todos* son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios —económicos y educativos— indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de

Se supera entonces, la tradicional distinción entre derechos sociales y derechos de libertad, la cual iba aparejada al reconocimiento del carácter fundamental de los segundos en detrimento de los primeros, para partir de una argumentación que no niega *prima facie* el carácter fundamental de ninguna categoría de derechos, pero condiciona a su protección por medio de la acción de tutela a una serie de elementos que dependen de variadas circunstancias, algunas relacionadas con el caso concreto y otras con las características de los sujetos de los cuales se predica la supuesta vulneración.

La cuestión regresa entonces a un planteamiento teórico claro: todos los derechos constitucionales son fundamentales, pero su protección por medio de la acción de tutela no siempre es procedente. Ahora bien, esta superación de las restricciones impuestas inicialmente por la propia jurisprudencia constitucional no deja de presentar algunos inconvenientes; por una parte, desvaloriza el concepto mismo de derecho fundamental al asimilarlo a la categoría de derecho constitucional, lo que en definitiva supone un desconocimiento del texto constitucional, el cual en todo caso distingue entre las distintas categorías de derechos en cuanto a su naturaleza y régimen jurídico.

un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en un situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).

11. Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra —muy distinta— la aptitud de hacerse efectivos tales derechos en la práctica o los vías que se utilicen para ese fin. En un escenario como el colombiano caracterizado por la escasez de recursos, en virtud de la aplicación de los principios de equidad, de solidaridad, de subsidiariedad y de eficiencia, le corresponde al Estado y a los particulares que obran en su nombre, diseñar estrategias con el propósito de conferirle primacía a la garantía de efectividad de los derechos de las personas más necesitadas por cuanto ellas y ellos carecen, por lo general, de los medios indispensables para hacer viable la realización de sus propios proyectos de vida en condiciones de dignidad.

En el caso del derecho fundamental a la salud, por ejemplo, la Corte Constitucional ha subrayado en múltiples ocasiones que éste no es un derecho cuya protección pueda solicitarse *prima facie* por vía de tutela. Su connotación prestacional obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que su garantía tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la garantía de otros derechos dentro de un contexto de recursos escasos. Que ello sea así, no despoja al derecho a la salud de su carácter fundamental, de modo que insistimos: resulta equivocado hacer depender la fundamentalidad de un derecho de si su contenido es o no prestacional y, en tal sentido, condicionar su protección por medio de la acción de tutela a demostrar la relación inescindible entre el derecho a la salud —supuestamente no fundamental— con el derecho a la vida u otro derecho fundamental —supuestamente no prestacional—” (cursivas dentro del texto).

Igualmente de llevarse a sus últimas consecuencias, implicaría que el régimen constitucional de los derechos fundamentales sería aplicable a todos los derechos consagrados en la carta con las dificultades que esto acarrearía, por ejemplo la reserva de ley estatutaria se predicaría de todos los derechos constitucionales, ninguno de los cuales además podría ser limitado bajo los estados de excepción. En esa medida, es necesario introducir nuevamente precisiones que permitan identificar los derechos fundamentales como una categoría constitucional específica.

Para este último propósito tal vez sea más idóneo recurrir a los criterios empleados por la jurisprudencia constitucional para identificar cuáles son los derechos fundamentales, lo cual implica la renuncia a una pretensión definitoria de carácter general y supone optar por la técnica más modesta, pero sin duda más útil de intentar establecer una serie de herramientas conceptuales que ayuden a precisar el catálogo de derechos.

#### IV. LOS CRITERIOS IDENTIFICADORES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Para identificar cuáles son los derechos fundamentales, la jurisprudencia constitucional ha utilizado de manera consistente diversos criterios, lo que ha dado lugar a la elaboración de construcciones doctrinales de alguna complejidad, que serán brevemente reseñadas a continuación.

En primer lugar el criterio formal, entendido como el argumento *a rubrica* o *sedes materiae*, sigue siendo relevante, pues a pesar de haberse rechazado que sea el único válido para definir el carácter fundamental de un derecho sólo excepcionalmente niega tal carácter a los derechos contenidos en el capítulo titulado “De los derechos fundamentales”,<sup>33</sup> y generalmente entiende que los derechos enunciados en el artículo 85 como de aplicación inmediata son derechos fundamentales.

Precisamente ante la insuficiencia de los criterios formales, la Corte defendió la utilización de *criterios materiales* para identificar los derechos fundamentales. Ahora bien, como antes se hizo referencia, para definir tales criterios se argumentó inicialmente en torno al carácter esencial, inalie-

<sup>33</sup> Se negaba tal carácter al derecho a la paz —artículo 22— pero la jurisprudencia reciente replantea la cuestión, así por ejemplo la sentencia C-370 de 2006 reconoce un derecho subjetivo a la paz que puede ser configurado como un derecho fundamental.

nable e inherente de ciertos derechos respecto de la persona humana, de manera tal que confluyen los elementos caracterizadores de la jusfundamentalidad con los elementos definitorios de la categoría normativa a los que previamente se hizo alusión.<sup>34</sup> En esa medida siempre se ha sostenido que ciertos derechos enunciados en otros apartes de la Constitución tenían el carácter de fundamentales por razones materiales, como el derecho de acceso a la administración de justicia (artículo 229, CP) o el derecho a la educación (artículo 67, CP).<sup>35</sup>

A partir de 1993,<sup>36</sup> la jurisprudencia constitucional explora otra vía para ampliar el objeto de protección de la acción de tutela. Es el criterio de conexidad que ha hecho notable carrera en nuestra práctica jurisprudencial, el cual puede ser examinado desde dos perspectivas, pues puede ser considerado como una visión reductora de los derechos fundamentales que excluye *prima facie* el carácter fundamental de los derechos colectivos o de los derechos económicos, sociales y culturales, o por el contrario puede ser visto como una ampliación por vía jurisprudencial del objeto protegido de la acción de tutela.

Pero al margen de estas consideraciones, la figura ha permitido la protección por medio de la garantía constitucional de numerosos derechos de carácter prestacional, sobre todo debido a su flexibilización progresiva en la jurisprudencia reciente, pues para la protección por medio de la acción de tutela de derechos sociales como el derecho a la salud, o el derecho a la seguridad social, exige simplemente su conexidad con el *derecho a la vida digna*, el cual a su vez al hacer regencia a un concepto indeterminado y abierto como el de dignidad humana, permite un amplio margen de configuración judicial de las pretensiones exigibles en sede judicial.<sup>37</sup>

Como antes se indicó, en la jurisprudencia más reciente la conexidad ha perdido su papel de argumento único para defender la naturaleza jusfundamental de los derechos económicos, sociales y culturales, con fundamento

<sup>34</sup> Esta argumentación se percibe claramente en la sentencia T-002 de 1992.

<sup>35</sup> *Idem*.

<sup>36</sup> Si bien el argumento de la conexidad aparece sugerido en algunas decisiones de 1992 (como la ya citada sentencia T-406), es la sentencia SU-067 de 1993 la que lo sistematiza.

<sup>37</sup> En efecto, bajo esta nueva concepción se tornan en fundamentales por conexidad numerosas prestaciones, sobre todo en materia de salud, que no son indispensables para la preservación de la existencia sino para llevar un proyecto de vida inclusivo en sociedad, como pañales para adultos (véase sentencia T-1219 de 2003), cirugías en principio estéticas (sentencia T-913 de 2005), entre otras.

en la idea que una vez configurado legal o administrativamente el alcance de las prestaciones y el órgano encargado de proveerlas, estos derechos adquieren el rango de derechos fundamentales autónomos exigibles por medio de la acción de tutela.

Por otra parte, cabe recordar que por voluntad del propio Constituyente algunos derechos económicos tienen el rango de derechos constitucionales cuando se trata de sujetos de especial protección, en efecto, de conformidad con el artículo 44 constitucional el derecho a la salud, a la seguridad social, a la alimentación sana y equilibrada y a la educación de los niños, entre otros, tienen el carácter de fundamentales. Por lo tanto, frente a estos titulares no cabe el clásico argumento que estos derechos requieren configuración legislativa o administrativa, que determine el alcance de las prestaciones y los sujetos obligados porque por voluntad del Constituyente tienen rango fundamental.

Lo anterior nos lleva al tema de los sujetos de especial protección como sujetos de derechos fundamentales particulares. Aquí la jurisprudencia colombiana ha seguido de cerca la doctrina contemporánea que defiende simultáneamente el carácter universal y la especificidad de los derechos.

La carta de 1991 hace mención de diversos sujetos de especial protección: los niños (artículo 44), la mujer embarazada y la mujer cabeza de familia (artículo 43), los adolescentes (artículo 45), las personas de la tercera edad, los discapacitados (artículo 46), entre otros. Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha reconocido este carácter a las comunidades étnicas —indígenas y afrocolombianos— a los internos en establecimientos carcelarios y a la población desplazada.

Los sujetos de especial protección son titulares de derechos fundamentales especiales; así, por ejemplo, la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada adquiere un carácter jusfundamental, al igual que el reclamo de ciertas prestaciones de carácter económico, como la licencia de maternidad, por estar en juego los intereses de sujetos de especial protección —la madre y el menor—. Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha defendido la existencia de derechos fundamentales colectivos en cabeza de las comunidades étnicas, como el derecho a la supervivencia, del cual se derivan por ejemplo el derecho a la propiedad colectiva de los resguardos, el derecho a la diversidad cultural y el derecho a la jurisdicción especial de las comunidades indígenas. También se ha sostenido el carácter jusfundamental de los derechos prestacionales de la población desplazada y de las

personas privadas de la libertad, estas últimas con fundamento en la relación de especial sujeción que tienen con el Estado colombiano.

Por otra parte, se ha reconocido en el artículo 94 de la Constitución<sup>38</sup> una cláusula que autoriza la creación judicial de derechos, cuando hace alusión a *los derechos inherentes a la persona humana* no contenidos en el catálogo constitucional. La Corte no ha sido pródiga en la utilización de este precepto, pues ha configurado sólo tres nuevos derechos: el derecho al mínimo vital,<sup>39</sup> el derecho a la dignidad humana<sup>40</sup> y el derecho a la seguridad personal.<sup>41</sup>

Sin duda, de estas creaciones jurisprudenciales el derecho al mínimo vital —concepto que por otra parte cumple un papel multifuncional en nuestra jurisprudencia— se ha convertido en un elemento clave en la fundamentalización de los derechos económicos y sociales, pues ha permitido la configuración judicial de los mínimos exigibles de derechos de esta naturaleza, y por esta razón se ha convertido en uno de los derechos más invocados en sede de tutela.

De este fugaz recorrido por la evolución de la dogmática constitucional de los derechos fundamentales restan dos temas esenciales: el papel del derecho internacional de los derechos humanos dentro del ordenamiento colombiano, y la elaboración de normas adscritas de derechos fundamentales —o reglas— por la jurisprudencia constitucional.

La jurisprudencia constitucional ha suavizado los exigentes requisitos de la primera aparte del artículo 93 constitucional<sup>42</sup> y ha reconocido en general que los tratados y convenios de derechos humanos aprobados por el Congreso de la República —incluso aquellos cuya limitación no está prohibida bajo los estados de excepción— son una fuente de derechos fundamentales. Si bien, debido al generoso catálogo de la carta de 1991, son

38 Este precepto señala textualmente: “Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

39 Sentencia T426 de 1992.

40 Sentencia T-881 de 2002.

41 Sentencia T-719 de 2003.

42 Esta disposición consigna: “Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

raras las oportunidades en los cuales se acude a estos instrumentos como fuente exclusiva de derechos; por regla general, son empleados para interpretar o delimitar el alcance de los derechos contenidos en la carta de 1991 y extraer reglas que resuelven casos concretos. Adicionalmente, por medio de la figura del bloque de constitucionalidad los instrumentos internacionales de derechos humanos se han convertido en un límite a la libertad de configuración del legislador en materia de libertades y garantías.

Por otra parte, respecto de los instrumentos internacionales de derechos humanos, es predicable algo similar a lo que se sostuvo de la Constitución, en el sentido que su contenido es precisado y enriquecido por la interpretación que de ellos hacen los órganos competentes. No es raro por lo tanto que la jurisprudencia constitucional acuda a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o a las observaciones generales del Comité PIDESC —por citar solamente a dos de tales organismos— para precisar el alcance o el contenido de ciertos derechos fundamentales en un caso concreto.

Finalmente, la introducción de la figura de los derechos fundamentales por la carta de 1991 también supuso la introducción en nuestra dogmática jurídica de novedosas figuras de la interpretación y la argumentación jurídicas. En efecto, la indeterminación estructural y normativa de las disposiciones de derechos fundamentales obliga a los operadores judiciales a concretizar sus mandatos para la elaboración de normas adscritas o reglas que resuelvan casos concretos. Empero, frente a enunciados normativos con estructura de principios, las tradicionales técnicas de interpretación judicial o de solución de antinomias normativas eran generalmente ineficaces, de ahí la necesidad de proponer nuevas fórmulas como el juicio integrado de igualdad, la ponderación o la razonabilidad, criterios con los cuales están cada vez más familiarizados nuestros operadores judiciales.

## V. CONCLUSIÓN

La introducción del concepto de derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional colombiano tuvo como efecto indirecto la renovación de la teoría del derecho y su apertura a las corrientes del pensamiento jurídico contemporáneo.

La definición de esta categoría conceptual ha dado lugar a una interesante evolución jurisprudencial aún inconclusa, la cual tuvo como punto de

partida la negativa de criterios formales para identificar esta categoría jurídica y se ha ido enriqueciendo con nuevos aportes en cuanto a la estructura de estos derechos y el problema de la jusfundamentalidad de los derechos sociales.

En la actualidad coexisten diversas líneas argumentativas en torno al concepto de los derechos fundamentales, las cuales son abiertamente contradictorias entre sí. Pues mientras en algunas decisiones se sigue reservando este carácter a los derechos de libertad, en otras se recurre al concepto de dignidad humana como clave para determinar la jusfundamentalidad de las pretensiones reclamadas, mientras que otras afirman la naturaleza fundamental de todos los derechos constitucionales.

Sin embargo, esta pluralidad de posturas coinciden en el resultado final: permitir la protección por medio de la acción de tutela de los derechos económicos sociales y culturales. Pues tanto el criterio de conexidad como la idea del contenido mínimo de los derechos sociales, al igual que la idea de la fundamentalidad de todos los derechos, permiten llegar al mecanismo constitucional como vía idónea de protección de estos derechos; lo que varía, de acuerdo con la argumentación empleada, es el grado de protección otorgable en sede judicial.

Además de intentar definir el concepto de derechos fundamentales, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado una serie de criterios identificadores de este tipo de derechos, los cuales han sido empleados de manera consistente a lo largo de su jurisprudencia. Estos criterios se revelan en cierta medida útiles que los esfuerzos definitorios, pues permiten identificar más fácilmente si en un caso concreto el juez enfrenta una discusión de carácter jusfundamental.

El panorama presentado en las páginas anteriores, demuestra que los derechos fundamentales se han convertido en uno de los ejes centrales del nuevo orden por la carta de 1991. En esta evolución ha jugado un papel central la jurisprudencia constitucional, que ha sabido evolucionar a la par de la sociedad colombiana y ha evitado que el catálogo de la carta de 1991 se petrifique. Por lo tanto y paradójicamente, a pesar de la paulatina degradación del conflicto armado, en los últimos años ha surgido una fuerte cultura de los derechos, cuyo origen es precisamente la categoría jurídica introducida por la Constitución de 1991.



