

**CRITERIOS UTILIZADOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA
ESTABLECER UN CATÁLOGO ABIERTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

DANIEL FABIÁN TORRES BAYONA

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
BUCARAMANGA
2008**

**CRITERIOS UTILIZADOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA
ESTABLECER UN CATÁLOGO ABIERTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

DANIEL FABIÁN TORRES BAYONA

**Proyecto de Grado
Requisito Parcial para optar el título de Abogado**

**Directora
OLGA CECILIA GONZÁLEZ NORIEGA
Especialista en Instituciones Jurídico Políticas y Derecho Público
Especialista en Docencia Universitaria**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
BUCARAMANGA
2008**

A mi madre, Aydeé Bayona Rincón, fuerza vital de mi existencia.

A la memoria de mi padre, Leopoldo Torres Sepúlveda.

A mis hermanos.

Daniel Fabián

RESUMEN

TÍTULO: CRITERIOS UTILIZADOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA ESTABLECER UN CATÁLOGO ABIERTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES*

AUTOR: DANIEL FABIÁN TORRES BAYONA **

Palabras Clave: acción de tutela, Constitución Política, Corte Constitucional, derechos fundamentales, precedente constitucional, criterios jurisprudenciales.

Para que un derecho sea considerado como fundamental, es decir que sea protegido a través de la acción de tutela, se requiere que sea de origen constitucional, lo que significa que debe estar consagrado en la Constitución o en el bloque de constitucionalidad; que el derecho sea fundamental, es decir que se enmarque dentro del Capítulo I del Título II de la Carta; que el derecho resulte vulnerado por la acción o la omisión de una autoridad pública o un particular que ejerza funciones públicas y que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Sin embargo, la jurisprudencia ha dejado en claro que la Constitución no definió de manera explícita y unívoca la lista taxativa de los derechos susceptibles de ser amparados mediante este mecanismo judicial, es decir no sólo son susceptibles de protegerse a través de tutela los derechos consagrados en Capítulo 1 del Título II de la Constitución y en su artículo 85 como en principio se creía y como lo ha expresado cierta parte de la doctrina, sino que de acuerdo al criterio jurisprudencial, la Constitución estableció un catálogo abierto de derechos fundamentales.

He aquí entonces las inquietudes que esta investigación pretende absolver: ¿cuáles son los derechos señalados expresamente como fundamentales por la Constitución? y ¿cuáles los derechos cuya naturaleza “permite su tutela para casos concretos”? Pues bien, Según la jurisprudencia constitucional, existen distintos criterios para definir si un derecho puede ser amparado a través de la acción de tutela. Estos criterios son los que se pretenden dilucidar en esta investigación, así como las razones que tuvo la Corte para establecer cada uno de ellos.

*Trabajo de grado.

**Derecho. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Facultad de Ciencias Humanas. Olga Cecilia González Noriega, Especialista en Instituciones Jurídico Políticas y Derecho Público. Especialista en Docencia Universitaria.

SUMMARY

TITLE: Standards used by the Constitutional Court in order to set an opened catalogue of fundamental rights

AUTHOR: DANIEL FABIÁN TORRES BAYONA **

KEY WORDS: legal guardianship (tutelage), political constitution, Constitutional Court, fundamental rights, case law (constitutional precedent), jurisprudential criterions.

In order to a right is being considered as fundamental, that is to say, being protected through the legal action of tutelage, it is necessary that it is being of constitutional origin, which means that it must be consecrated in the constitution or in the constitutionality bloc, that the right is fundamental, that is to say, that is framed within chapter I of the title II of the letter, that the right turns out violated by the action or the omission from a public authority or an individual that exerts public functions and that the affected one does not have another means of judicial defense, unless it is used like transitory mechanism to avoid an irremediable judgment.

However, jurisprudence has left in clear that the constitution did not define of explicit and univocal way the strict list of the rights susceptible to be protected by means of this judicial mechanism, that is to say, not only are susceptible to protect through tutelage the rights consecrated in Chapter I of Title II of the Constitution and in its article 85 as in principle it were believed and as it has expressed it certain part of the doctrine, but according to the jurisprudential criterion, the Constitution established an opened catalogue of fundamental rights.

Here is then, the restlessness that this investigation tries to acquit: which are the rights indicated specifically like fundamental by the constitution? And which the rights whose nature "allows its tutelage for particular cases"? Well then, there are different criterions to define if a right can be protected through the tutelage action. These criterions are those that are tried to explain in this investigation, as well as the reasons that the Court had to establish each one of them.

* Trabajo de grado.

** Derecho. Escuela de Derecho y Ciencia Política. Facultad de Ciencias Humanas. Olga Cecilia González Noriega, Especialista en Instituciones Jurídico Políticas y Derecho Público. Especialista en Docencia Universitaria.

GLOSARIO

ACCIÓN DE TUTELA: es un instrumento constitucional que facilita a la persona, para que en cualquier momento o lugar, pueda acudir ante los jueces o tribunales de la República, en búsqueda de la protección de un derecho constitucional fundamental, que se encuentre violado o amenazado por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de particulares, en éste último evento sólo en los caso que determine la ley. Está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991.

ACCIONES CONSTITUCIONALES: son aquellos instrumentos jurídicos que posee el ciudadano para demandar de los jueces de la República la protección de sus derechos, consagrados en la Constitución Política.

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD: son todas aquellas disposiciones normativas, tanto de carácter interno como internacional, con plena vigencia en el ordenamiento jurídico interno, que hacen parte del referente que tiene la Corte Constitucional para ejercer el control de constitucionalidad.

CORTE CONSTITUCIONAL: es el tribunal de justicia que tiene el encargo de la guarda y supremacía de la Constitución Política. Nace con la Carta de 1991 y sus funciones y composición están consagradas en los artículos 239 a 245 del Estatuto Superior.

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL: es la rama del derecho constitucional que estudia los aspectos de tipo procedimental para hacer efectivas las acciones contempladas en la Carta.

DERECHOS COLECTIVOS Y DEL AMBIENTE: son los derechos consagrados en el capítulo III del Título II de la Constitución Política, también denominados derechos de tercera generación o derechos grupales, los cuales pueden ser protegidos a través de las acciones populares y de grupo.

DERECHOS CONEXOS: son aquellos derechos que en principio no son fundamentales, pero su vulneración puede acarrear la conculcación de un verdadero derecho fundamental en un caso concreto, como por ejemplo la vulneración del derecho a la salud puede ocasionar la violación del derecho a la vida en condiciones dignas.

DERECHOS CONSTITUCIONALES: son todos aquellos derechos que poseen rango constitucional y a los cuales la Constitución les asigna mecanismos judiciales para su protección, así como también los consagrados en el bloque de constitucionalidad.

DERECHOS FUNDAMENTALES: son aquellos derechos subjetivos garantizados con rango constitucional que se consideran como esenciales en el sistema político que la Constitución funda y que están especialmente vinculados a la dignidad de la persona humana. Es decir, son aquellos derechos que son inherentes a la persona humana y sin los cuales no podría llevar una vida digna. Son anteriores a cualquier normatividad y lo que hace la constitución es positivizarlos.

DERECHOS HUMANOS: son el conjunto de características y atributos propios del ser humano derivado de su dignidad, por lo que no pueden ser afectados o vulnerados. Sin ellos las personas no pueden existir ni llevar una vida propiamente humana, por tanto, es imprescindible que los Estados y sus leyes los reconozcan, los difundan, protejan y garanticen. Se dividen en derechos civiles y políticos (de primera generación); derechos económicos, sociales y culturales (de segunda generación); o derechos de los pueblos o de solidaridad (de tercera generación). En otras palabras son derechos inalienables y pertenecientes a todos los seres humanos. Estos derechos son necesarios para asegurar la libertad y el mantenimiento de una calidad de vida digna, y están garantizados a todas las personas en todo momento y lugar.

DERECHOS INNOMINADOS: son aquellos derechos implícitos en el ámbito de protección de distintas disposiciones jurídicas constitucionales, pero que, sin embargo, no se encuentran textualmente enunciados en la Carta. La Constitución los consagra pero no los nomina. Clásico ejemplo de este tipo de derechos es el mínimo vital.

DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES: son aquellos derechos de tipo colectivo que hacen parte de los derechos humanos de segunda generación y que por criterio de conexidad pueden ser protegidos mediante la acción de tutela. También se les denomina los DESC.

ESTADO CONSTITUCIONAL: es el nuevo esquema de organización política que incluye las categorías social, democrática y de derecho, donde priman unas disposiciones de carácter supraleales sobre el resto del ordenamiento jurídico y donde tiene plena vigencia los derechos fundamentales, así como las garantías propias de la participación política.

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: es aquel conjunto de potestades o atribuciones encomendadas, por un lado a todos los jueces de la República cuando conocen de las acciones de tutela, y en segunda medida, a la Corte Constitucional como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: es el conjunto de los pronunciamientos de la Corte Constitucional con relación a sus fallos en materia de control de constitucionalidad y de revisión eventual de los fallos de tutela profesores por los

distintos jueces de la República y de los demás jueces del país, estos últimos sólo en los aspectos de tutela.

MECANISMO JUDICIAL: es un instrumento que posee el ciudadano para hacer valer sus derechos ante una autoridad jurisdiccional competente. Ejemplo de ello es la acción de tutela.

PRECEDENTE JUDICIAL: es el conjunto de decisiones reiteradas por el juzgador en un tema específico y que son de obligatoria aplicación para casos similares. Sin embargo, el juzgador se puede apartar de esas decisiones una vez fundamentadamente su nueva postura.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	12
1. ANTECEDENTES GENERALES SOBRE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y LA ACCIÓN DE TUTELA	15
1.1 REFLEXIONES PRELIMINARES	15
1.2 DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS EN GENERAL Y DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN PARTICULAR	16
1.2.1 Definición de los derechos en general	16
1.2.2 Los derechos constitucionales	17
1.2.2.1 Los derechos sociales, económicos y culturales (DESC)	17
1.2.2.2 Los derechos colectivos y del ambiente	18
1.2.2.3 Otros derechos constitucionales	19
1.3 DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	19
1.3.1 Listado preliminar de derechos fundamentales	20
1.3.2 Importancia y características de los derechos fundamentales	22
1.3.3 Función de los derechos fundamentales	23
1.4 ANTECEDENTES Y DERECHO COMPARADO DE LA ACCIÓN DE TUTELA	24
1.5 ALGUNOS ASPECTOS SOBRE LA ACCIÓN DE TUTELA	26
1.5.1 Generalidades	26
1.5.2 Definición	27
1.5.3 Características	28
1.5.3.1 Es de naturaleza constitucional	28
1.5.3.2 Es una acción estrictamente judicial	28
1.5.3.3 Es una acción que protege en exclusividad los derechos fundamentales	29
1.5.3.4 Es una acción que se dirige contra cualquier autoridad pública y contra los particulares que cumplan los requisitos establecidos en la Constitución	29
1.5.3.5 Procede cuando no existe otro recurso judicial o existiendo se utilice de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable	29
1.5.2.4 Naturaleza Jurídica	30
1.5.2.5 Requisitos de la Acción de Tutela	30
2. EL PAPEL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES	32
2.1 CONSIDERACIONES GENERALES	33
2.2 LA FUNCIÓN CREADORA DE LOS JUECES Y EL PRECEDENTE JUDICIAL	34

	Pág.	
2.2.1	El precedente judicial	34
2.2.2	La función creadora de los jueces	36
2.3	LA IMPORTANCIA DE LAS DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	38
2.3.1	Obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional	38
2.3.2	La ratio decidendi de las sentencias de la Corte Constitucional	44
3.	CRITERIOS JURISPRUDENCIALES PARA DETERMINAR LA FUNDAMENTABILIDAD DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES	47
3.1	GENERALIDADES	47
3.2	LA FUNDAMENTABILIDAD DE LOS DERECHOS	47
3.3	CRITERIOS PARA IDENTIFICAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	53
3.3.1	Los derechos de vigencia o de aplicación directa o inmediata	53
3.3.2	Los derechos que poseen “un plus para su modificación”	55
3.3.3	Los derechos por expreso mandato constitucional	60
3.3.3.1	Derechos fundamentales de los niños	60
3.3.3.2	Derecho a la tutela judicial efectiva	61
3.3.4	Los derechos que hacen parte del llamado “bloque de constitucionalidad”	64
3.3.5	Los Derechos Innominados	68
3.3.5.1	Derecho a la dignidad humana	68
3.3.5.2	Derecho al mínimo vital	71
3.3.5.3	Derecho a la seguridad personal	73
3.3.6	Los derechos conexos con los fundamentales o derechos fundamentales por conexidad	75
3.3.6.1	Derecho a la seguridad social en salud y el mínimo vital	79
3.3.6.2	Derecho a la seguridad social en pensiones y el mínimo vital	85
3.3.6.3	Derechos salariales: el derecho al pago oportuno del salario y el mínimo vital	86
3.3.6.4	Derecho a la educación	89
3.3.6.5	Derecho a un medio ambiente sano	92
4.	CONCLUSIONES	97
5.	RECOMENDACIONES	99
	BIBLIOGRAFÍA	100
	BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA	102

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es producto de una investigación de año y medio, que se realizó con el fin de obtener el título profesional de abogado. La importancia de este trabajo radica en que se logran establecer los criterios que ha esbozado la jurisprudencia constitucional para establecer un catálogo abierto de derechos fundamentales; es decir, se adentra en el estudio de las distintas categorías que ha utilizado la Corte Constitucional, para que se establezcan unos criterios más amplios de protección de derechos a través de la acción de tutela.

Si bien la Corte Constitucional ha ido estableciendo esos criterios desde el inicio de su funcionamiento, es muy poco lo que al respecto se encuentra en la doctrina nacional. Son muy pocos los autores que se han adentrado en el tema, aunque ya hay una corriente de constitucionalistas que analizan la jurisprudencia constitucional, en especial lo referente a la revisión de las sentencias de tutela, para precisar su contenido y alcance.

Es pues el gran objetivo de esta investigación, analizar los criterios mediante los cuales la Corte Constitucional ha establecido un catálogo abierto de derechos fundamentales con fines de protección a través de la tutela, con el objeto de precisar cuáles son esos criterios y cómo operan ellos.

Para lograr ese objetivo se pretenden explicar detalladamente cada uno de esos criterios establecidos por la Corte Constitucional para ampliar el ámbito de derechos que pueden ser protegidos mediante la tutela; además determinar el catálogo de derechos fundamentales realizado por ella; así como también destacar la importancia de realizar una extensión de derechos fundamentales vía jurisprudencial, con base en una interpretación amplia de la Constitución Política.

La metodología empleada para realizar este trabajo de grado, fue la consulta en la doctrina especializada en la materia sobre derechos fundamentales, en especial los autores nacionales, así como la consulta de fuente primaria, que en este caso es la jurisprudencia de la Corte Constitucional referente a la revisión de tutela en el período comprendido entre abril de 1992 (cuando se empezaron a proferir los primeros fallos de esta Corporación) hasta marzo de 2007 (fecha en que se terminó la redacción de la presente investigación), empleando, en parte, el análisis dinámico de jurisprudencia, que es explicado por el profesor Diego Eduardo López Medina en su libro el Derecho de los Jueces¹, aunque hay que dejar en claro, que no se ciñó estrictamente a ese análisis.

El significado que tiene este estudio en el avance del campo de los derechos fundamentales es de vital importancia, para que los profesionales del derecho y en especial los operadores jurídicos se acerquen a las criterios de la jurisprudencia constitucional para establecer una catálogo abierto y flexible de derechos fundamentales con base en una interpretación extensiva de la Constitución y sobre todo, para que tengan a su disposición los criterios objetivos que hasta el momento la Corte Constitucional ha elaborado con el fin de determinar cuándo se está frente a un derecho fundamental y por ende procede su protección vía tutela.

Como dice Mauricio Plazas Vega en su obra Del Realismo al Trialismo Jurídico:

Ni los jueces ni los agentes y operadores del derecho son simples instrumentos inanimados de los que se vale la ley para expresarse, como lo pretendiera MONTESQUIEU, ni la sentencia es el viejo silogismo de BECCARIA. Los juristas no solo interpretan las normas sino también los hechos y, aunque se pretenda lo contrario, no limitan su labor a correlacionar unas con otros, de manera mecánica, sino que crean derecho a medida que ejercen su labor².

¹LÓPEZ MEDINA, Diego. El Derecho de los Jueces. Segunda Edición. Bogotá: Universidad de los Andes – Legis, 2006.

²PLAZAS VEGA, Mauricio A. Del realismo al trialismo jurídico. Reflexiones sobre el contenido del derecho y la formación de los juristas. Bogotá: Temis, 1998.

Por ello es importante la labor de creativa que ha tenido la Corte Constitucional, en la interpretación y protección de los derechos constitucionales, pues con base en esa interpretación amplia, ella ha podido establecer un catálogo, también amplio, de derechos fundamentales, para que la vigencia del Estado Social de Derecho sea real y no formal.

Es necesario también resaltar que este trabajo de monografía no solo se realiza con fines pedagógicos o de enseñanza de los derechos fundamentales y la tutela como apéndice del derecho constitucional, y aunque la clasificación que aquí se establece es de gran orientación para el estudio de la materia, lo importante de ella es que les sirve a los distintos operadores jurídicos, para establecer si el derecho que pretenden o deben proteger a través de la acción de tutela, es efectivamente un derecho fundamental y por tanto, para ese caso específico procede su amparo.

También sirve para establecer si el derecho vulnerado, así no sea fundamental, para el caso concreto se necesita de su especial protección, pues puede que en dicha situación su vulneración acarree la vulneración de otro derecho, o que no posea otro mecanismo de defensa judicial para su protección, o que existiéndolo, no resulte eficaz para proteger los derechos vulnerados en la situación planteada.

1. ANTECEDENTES GENERALES SOBRE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y LA ACCIÓN DE TUTELA

1.1 REFLEXIONES PRELIMINARES

El presente trabajo pretende dilucidar los criterios que ha establecido la Corte Constitucional para determinar cuáles son los derechos fundamentales, y por tanto, para cuáles derechos constitucionales es procedente utilizar la acción de tutela como mecanismo de protección.

Por consiguiente, se hace necesario el estudio de esta figura del derecho constitucional, pues sin la existencia de la tutela sería nugatoria la efectividad de los derechos fundamentales, y si éstos no existieran, la acción de tutela carecería de sentido.

Entonces, antes de adentrarnos al estudio de los criterios que la Corte Constitucional ha elaborado para que, mediante vía de su jurisprudencia, se amplíen los derechos fundamentales, o más bien, los criterios que ha señalado la jurisprudencia constitucional para determinar cuáles son los derechos fundamentales desde un punto de vista extensivo y no restrictivo, es necesario realizar un brevísimo estudio de los derechos constitucionales, de los derechos económicos, sociales y culturales, de los derechos colectivos y del ambiente y de la acción de tutela, como mecanismo para proteger los derechos fundamentales.

Todo ello, porque debe tenerse en cuenta, que ha sido la revisión de los fallos de tutela, por parte de la Corte Constitucional, lo que ha permitido que ésta interprete y le dé alcance a los derechos fundamentales plasmados constitucionalmente.

1.2 DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS EN GENERAL Y DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN PARTICULAR

1.2.1 Definición de los derechos en general. La palabra derecho tiene dos sentidos jurídicos: derecho objetivo y derecho subjetivo. En sentido objetivo se entiende por derecho el conjunto de normas que rigen la vida de los ciudadanos en sociedad. En sentido subjetivo, los derechos son las facultades o poderes de que son titulares las personas y que sirven para satisfacer sus necesidades.

Los derechos pueden clasificarse de varias formas, siendo una de ellas, por su rango o lugar que ocupan jerárquicamente. Entonces encontramos derechos constitucionales, derechos legales, derechos reglamentarios y derechos contractuales o convencionales. Para efectos del presente trabajo sólo nos detendremos en los primeros.

1.2.2 Los derechos constitucionales. Los derechos constitucionales son todos aquellos derechos que están plasmados expresamente en la Constitución Política, más los que hacen parte del bloque de constitucionalidad. En la Constitución Política de 1991 se hizo una clasificación de los derechos, con el fin de establecer cuál es la acción pertinente para cada rango de ellos y así gozar de efectividad.

Los derechos constitucionales están consagrados en el Título II de la Constitución Política, que se denominada: De los derechos, las garantías y los deberes. En los capítulos I, II y III de dicho título se enuncian los distintos derechos así: en el capítulo I se habla de los derechos fundamentales (arts. 11 a 41), en el capítulo II se establecen los derechos sociales, económicos y culturales (arts. 42 a 77) y el capítulo III consagra los derechos colectivos y del ambiente (arts. 78 a 82).

Explicaremos primero los derechos consagrados en los títulos II y III de la Constitución y por último los derechos consagrados en el título I, es decir, los derechos fundamentales.

1.2.2.1 Los derechos sociales, económicos y culturales (DESC). Los derechos económicos, sociales y culturales, también denominados los DESC o derechos de segunda generación, por su aparición histórica en el constitucionalismo, son aquellos derechos que poseen los ciudadanos, de tipo colectivo que hacen parte de los derechos humanos de segunda generación.

En principio, estos derechos no pueden protegerse a través de un fallo de tutela, la acción de tutela, no es el instrumento eficaz para su amparo, por cuanto estos derechos, para que puedan aplicarse, necesitan de un desarrollo progresivo y programático por la acción conjunta del ejecutivo y del legislativo. Sin embargo, excepcionalmente, vía tutela, estos derechos pueden ser protegidos y amparados, utilizando, por ejemplo, el criterio de conexidad, como puede observarse en el capítulo 3 del presente trabajo.

Los derechos económicos, sociales y culturales son los siguientes:

- El derecho a la protección de la familia (art. 42).
- El derecho a la igualdad y protección de la mujer (art. 43).
- Los derechos de los niños (art. 44)
- El derecho a la protección y formación integral de los jóvenes (art. 45)
- Los derechos de las personas de la tercera edad (art. 46)
- El derecho a la protección a los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (art. 47)
- El derecho a la seguridad social (art. 48)
- El derecho al servicio de salud y saneamiento ambiental (art. 49)
- El derecho de los menores de un año a la atención en salud (art. 50)

- El derecho a la vivienda digna (art. 51)
- El derecho a la recreación, a la práctica del deporte y el aprovechamiento del tiempo libre (art. 52)
- El derecho a la capacitación laboral, a la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y el derecho de los minusválidos a un trabajo acorde con sus condiciones de salud (art. 54)
- El derecho de negociación colectiva (art. 55)
- El derecho de huelga (art. 56)
- El derecho de propiedad privada (arts. 58, 59 y 60)
- El derecho a la propiedad intelectual (art. 61)
- El derecho a la educación (arts. 67, 68 y 69)
- El derecho de acceso a la cultura (art. 70)
- Derecho a la libertad de conocimiento y de expresión artística (art. 71)
- Derecho a la protección, libertad e independencia profesional de la actividad periodística y derecho al secreto profesional (art. 73)
- El derecho a acceder a los documentos públicos (art. 74)

1.2.2.2 Los derechos colectivos y del ambiente. Estos derechos son aquellos derechos consagrados en la Constitución, también denominados de tercera generación, los cuales poseen un mecanismo de protección denominado acciones populares o de grupo. Los derechos colectivos y del ambiente son los siguientes:

- Derecho a gozar de un ambiente sano (art. 79)
- Derecho a la utilización racional de los recursos naturales (art. 80)
- Derecho al uso común del espacio público (art. 82)

Para estos derechos la Constitución en su artículo 88 consagró las acciones populares, así como también existen las acciones de grupo, creadas por la ley, en desarrollo del citado artículo 88, para su protección.

1.2.2.3 Otros derechos constitucionales. Además de los derechos contenidos en los capítulos I, II y III del Título II de la Constitución, existen otros derechos, que se encuentran dispersos en el texto constitucional, y que su ubicación obedece más a un accidente, que al real espíritu del constituyente del año 91.

Estos derechos hacen parte de las categorías de derechos ya referidas; es decir, unos son derechos económicos, sociales y culturales, otros son derechos colectivos y del ambiente y otros son derechos fundamentales. Sobre éstos Últimos ahondaremos más adelante en este capítulo y en el capítulo III.

Ejemplos de estas clases de derechos son, entre otros, el derecho a la libertad económica y a la libre competencia (art. 333), y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 229).

1.3 DEFINICIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales son aquellos derechos subjetivos garantizados con rango constitucional, que se consideran como esenciales en el sistema político que la Constitución funda y que están especialmente vinculados a la dignidad de la persona humana. Es decir, son aquellos derechos que son inherentes a la persona humana y sin los cuales no se podría llevar una vida digna. Son anteriores a cualquier normatividad y lo que hace la constitución es positivizarlos. Son los que se han denominado derechos de primera generación.

De la anterior definición es de donde se palpa la importancia de los derechos fundamentales, ya que se resalta que son aquellos sin los cuales las personas no podrían llevar una vida digna. Y la tutela sirve o se ha creado, para que efectivamente las personas puedan llevar una vida digna, cuando ella se encuentre vulnerada o amenazada por la conculcación de un derecho fundamental.

Los derechos fundamentales en Colombia han alcanzado un nuevo vigor gracias a la Constitución de 1991, porque ella ha creado un mecanismo expedito, ágil, que busca la pronta solución de la amenaza o vulneración de ellos. Ese mecanismo se llama la acción de tutela, y si bien es cierto que antes de la Constitución de 1991 ya se hablaba de derechos fundamentales (muy someramente), fue a partir de la expedición de este texto constitucional que su vigencia y protección han sido más efectivas por la consagración de dicho mecanismo.

1.3.1 Listado preliminar de derechos fundamentales. Los derechos fundamentales, en principio, son los siguientes:

- El derecho a la vida (art. 11)
- Derecho a la integridad personal (art. 12)
- El derecho a la igualdad (atr. 13)
- El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 14)
- El derecho a la intimidad (art. 15)
- El derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16)
- Derecho a la libertad (art. 17)
- El derecho a la libertad de conciencia (art. 18)
- El derecho a profesar libremente la religión y a difundirla (art. 19)
- El derecho a la libertad de expresión, opinión, prensa e información (art. 20)
- El derecho a la honra (art. 21)
- El derecho a la paz (art. 22)
- El derecho de petición (art. 23)
- El derecho de circulación, locomoción y domicilio (art. 24)
- El derecho al trabajo (art. 25)
- El derecho a la libertad de escoger profesión u oficio (art. 26)
- El derecho a las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra (art. 27).

- El derecho a la libertad de movimiento (art. 28)
- El derecho de defensa y al debido proceso (art. 29)
- El hábeas corpus (art. 30)
- El derecho a la doble instancia (art. 31)
- El derecho de no auto incriminación (art. 33)
- Prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación (art. 34)
- El derecho de asilo (art.36)
- El derecho de reunión (art. 37)
- El derecho de asociación (art. 38)
- El derecho de asociación sindical (art. 39)
- El derecho a la participación política (art. 40)

Sobre estos derechos no existe discusión en la doctrina, pues todos, aún los que sostienen las posiciones más conservadoras, consideran que estos son auténticos derechos fundamentales y que para ellos está diseñada la tutela en exclusividad. Sin embargo, no son los únicos derechos fundamentales, como lo dice la Corte, porque la posición que ocupan los derechos en la Carta no indica la fundamentabilidad de los mismos, esa posición, más bien es accidental.

La mayoría de estos derechos son los denominados derechos de vigencia inmediata, como lo expresa el artículo 85 de la Carta. Ello quiere decir, que no necesitan de desarrollo legislativo para poder aplicarse y que la tutela se constituye en mecanismo eficaz de protección de los mismos.

Dentro de los derechos fundamentales anteriormente enunciados, no son derechos de vigencia inmediata, o de protección inmediata como los llama a veces la Corte Constitucional, los siguientes: el derecho a la paz (art. 22), el derecho al trabajo (art. 25), el derecho de asilo (art. 36), el derecho de asociación (art. 37) y el derecho de asociación sindical (art. 39).

Por eso, estos últimos derechos, al no estar consagrados como de vigencia inmediata en el artículo 85 Constitucional, y siendo de todos modos fundamentales, no fueron, en un principio, protegidos por la acción de tutela.

1.3.2 Importancia y características de los derechos fundamentales³. La importancia de los derechos fundamentales radica en la posición jerárquica que ocupan en la pirámide de los derechos, ya que son los que se encuentran en la cúspide de la misma. Precisamente su preeminencia sobre los demás, radica en que su vigencia compromete la vigencia misma del Estado Social de Derecho, pues sin su existencia se haría nugatoria la de dicho paradigma constitucional.

Los derechos fundamentales se presentan en la normativa constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos, que sustentan y le dan sentido a la existencia de la configuración estatal, así como también son el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas o particulares que afectan a todos los miembros del conglomerado jurídico-político.

Los derechos fundamentales poseen unas características que a la vez los dota de garantías reforzadas y los distingue de los demás derechos. En primer lugar están protegidos por el mecanismo constitucional denominado acción de tutela (art. 85). Como segunda mediada, el trámite legislativo que deben seguir los derechos fundamentales es mucho más complejo y exigente que la expedición de una ley ordinaria, ya que se hace a través de ley estatutaria. De otra parte están protegidos del poder de reforma constitucional por parte del Congreso ya que es un referendo el llamado a hacer esos cambios (art. 377). Por último, durante los estados de excepción (arts. 212 a 215) los derechos fundamentales no pueden ser suspendidos y su vigencia y protección deben ser garantizados.

³CHINCHILLA HERRERA, Tulio Helí. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Bogotá: Temis, 1999.

1.3.3 Función de los derechos fundamentales⁴. Los derechos fundamentales tienen dos significaciones, una objetiva y otra subjetiva.

En su significación axiológica objetiva los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes, por cuanto ellos constituyen los presupuestos del consenso sobre los cuales de debe edificar toda sociedad democrática y el mismo Estado de Derecho.

En su significación subjetiva, los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí. Tales derechos tienden, por tanto, a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona no sólo frente al poder, sino también frente a los demás integrantes del conglomerado social.

Resumiendo, debemos entender los derechos fundamentales en el marco del constitucionalismo contemporáneo: desde un plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, agregando la preocupación actual por la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, y en un plano objetivo esos derechos han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados.

1.4 ANTECEDENTES Y DERECHO COMPARADO DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela nace en la época en que cobran importancia los derechos de los ciudadanos; creemos que con la Ilustración, en donde se piensa en la importancia de las libertades individuales, se puede establecer el inicio de un

⁴PÉREZ LUÑO, Antonio. Los derechos fundamentales. Madrid: Tecnos, 1998.

recurso de protección de derechos. No existió en épocas más antiguas un mecanismo de contenido similar, sino que es a partir del liberalismo y de las revoluciones norteamericana y francesa donde puede hallarse el inicio de esta acción.

Paralelamente a la Ilustración, y en nuestro territorio existió, en épocas de la Colonia bajo dominio español, en el llamado Derecho Indiano, una institución denominada amparo colonial que tenía por objeto

la protección de las personas en sus derechos, cuando éstos son alterados o violados por agraviantes, que realizan actos injustos de acuerdo con el orden jurídico existente y conforme al cual una autoridad protectora, el virrey, conociendo directamente o indirectamente como presidente de la Real Audiencia de México⁵, de la demanda del quejoso agraviado sabe de la responsabilidad del agraviante y los daños actuales y/o futuros que se sigan para el agraviado, y dicta el mandamiento de amparo para protegerlos frente a la violación de sus derechos, sin determinar en éste la titularidad de los derechos violados, y sólo con el fin de protegerlos en su violación⁶.

En épocas más recientes, se puede encontrar que en distintos países se ha establecido una acción similar para la protección de derechos, y que han servido de referencia para el constituyente de 1991. Por ejemplo, La Ley Fundamental de Alemania en su artículo 93 le encomienda la Tribunal Constitucional Federal, entre otras competencias, la decisión del recurso para la protección de los derechos fundamentales interpuesto por cualquier persona cuando considere que el poder público se los ha vulnerado.

También, en el derecho constitucional español, se ha establecido un mecanismo de protección de derechos fundamentales, denominado derecho de amparo, con

⁵Léase también Real Audiencia de la Nueva Granada.

⁶LIRA GONZÁLEZ, Andrés. El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano, México: Fondo de Cultura Económica, 1972. p. 35. Citado en PÉREZ RESTREPO, Bernardita. La Acción de Tutela. 2ª.ed. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2004. p. 21.

⁶PÉREZ RESTREPO, Op. cit., p. 28.

características similares al recurso que existe en el derecho alemán, como también en el derecho mejicano.

En Colombia, como ya se dijo, no se gozó de ninguna acción para proteger derechos fundamentales, es más, ni siquiera se hablaba de la existencia de ellos.

Evidentemente, durante toda la vigencia de la Constitución de 1886, la parte orgánica del texto normativo constitucional cuidó con celo que los derechos regulados en la parte dogmática no tuvieran efecto alguno, tornándose ésta en disposiciones de carácter puramente simbólico. Todas las garantías ciudadanas constitucionales y legales podrían ser suspendidas durante el estado de sitio y por virtud de su permanencia en el tiempo, los colombianos nos habíamos acostumbrado, de algún modo, a vivir sin estas garantías⁷.

Ya en la Asamblea Nacional Constituyente se tuvo en cuenta la importancia que poseía un mecanismo de protección de derechos, es más, para cada clasificación o grupo de derechos se pensó en una acción distinta, como por ejemplo la acción de grupo y las acciones populares. Inicialmente su tratamiento se llevó a cabo dentro del estudio de los mecanismos de participación democrática. Luego los constituyentes lo definieron como un mecanismo para la protección de los derechos constitucionales complementario y perfeccionador, de nuestro modelo de constitucionalidad.

Inicialmente la tutela estaba encaminada a proteger derechos individuales y colectivos, sin embargo, en la plenaria se suprimió para los derechos colectivos porque se pensó en una acción encaminada a su protección, cuales eran las acciones populares. Entonces, nace en Colombia una especie de amparo para la protección de los derechos inherentes a la persona humana, llamados por algunos de primera generación, por otros individuales, pero que generalmente se conocen como derechos fundamentales.

⁷PÉREZ RESTREPO, Op cit.

1.5 ALGUNOS ASPECTOS SOBRE LA ACCIÓN DE TUTELA⁸

1.5.1 Generalidades. Los derechos fundamentales se protegen a través de la acción de tutela, mecanismo judicial que también incursionó en nuestro contexto constitucional a partir de la Constitución de 1991, pues los derechos consagrados en las distintas constituciones que ha tenido nuestro país no habían gozado de un mecanismo de protección o de exigibilidad expreso.

Antes de adentrarnos al objeto de nuestro estudio, es preciso hacer un somero estudio de la acción de tutela⁹, toda vez que la vigencia de los derechos que acá estudiaremos, no sería posible si los ciudadanos carecieran de esa acción.

La acción de tutela es uno de las acciones constitucionales que consagró la Constitución Política de 1991. No olvidemos que también se estableció la acción de cumplimiento, las acciones populares y las acciones de grupo. *“Todas estas acciones consagradas en nuestra Constitución, a partir del artículo 86, tienen en común los siguientes aspectos: son de rango constitucional, son de defensa directa de la Constitución y tienen un procedimiento prevalente y rápido”.*¹⁰

Pero hay que diferenciar entre la acción de tutela y las otras acciones constitucionales, en cuanto que dichas acciones sirven ya sea para la aplicación efectiva de una ley o de un acto administrativo (acción de cumplimiento), o para la protección de los derechos colectivos (acciones populares) o para obtener la indemnización de perjuicios causados a un colectivo de personas (acción de grupo). La acción de tutela, por el contrario, se encamina a que se protejan los

⁸En sus rasgos esenciales este apartado del trabajo sigue la metodología esbozada por Juan Ángel Palacio Hincapié en su libro Derecho Procesal Administrativo y por Bernardita Pérez Restrepo en su obra La Acción de Tutela, preparada para el Consejo Superior de la Judicatura.

⁹No se pretende hacer aquí un exhaustivo análisis, toda vez que no pertenece al objeto central de esta investigación, ya que ello daría para realizar otra investigación jurídica.

¹⁰PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo. 5ª Edición. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R., 2005. p. 321.

derechos fundamentales de los ciudadanos, y el procedimiento que se sigue luego de instaurada la acción es mucho más ágil y expedito que en las otras acciones.

En últimas, *“la Acción de Tutela ...permite a toda persona reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales que se encuentran amenazados, siempre y cuando no disponga de otro medio de defensa judicial para protegerlos, o que teniéndolo, se ejerza con el fin de evitar un daño irremediable”*¹¹.

1.5.2 Definición¹². La acción de tutela tiene múltiples definiciones que los doctrinantes han elaborado¹³, podemos decir con PALACIO que es un: *“instrumento constitucional que faculta a la persona, para que en cualquier momento o lugar, pueda acudir ante los jueces o tribunales de la república, en búsqueda de la protección de un derecho constitucional fundamental, que se encuentre violado o amenazado por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de particulares en este último evento, sólo en los casos que determine la ley, de conformidad con el artículo 86 de la Carta Política y la reglamentación contenida en el Decreto 2591 de 1991”*¹⁴.

¹¹Ibíd., p. 321.

¹²El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela en estos términos: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

¹³Cabe recordar que en la Acción de Tutela consagrada en Colombia está inspirada en otras figuras que encontramos en el Derecho comparado, más específicamente en México y España, donde existe el Recurso de Amparo, denominación más propicia con la finalidad que persigue y por su naturaleza misma.

¹⁴PALACIO HINCAPIÉ, Op. cit., p. 322.

Pero además la acción de tutela debe entenderse en varios sentidos¹⁵: como un recurso a la constitucionalidad; como garantía de la supremacía constitucional; como justiciabilidad de la Constitución; como límite al poder legislativo y a los demás poderes constituidos; y como el contencioso constitucional por excelencia.

1.5.3 Características. La acción de tutela, no debe entenderse como una acción ordinaria, al igual que muchas otras que ya existen en el ordenamiento jurídico colombiano, es más, nos atrevemos a decir, que dentro de las acciones de tipo constitucional, la acción de tutela es la más importante o la que tiene mayor relevancia, debido a sus características, las cuales se enuncian seguidamente.

1.5.3.1 Es de naturaleza constitucional. Al decir que la tutela tiene naturaleza constitucional, significa que cuando se pretenden proteger derechos fundamentales, las regulaciones normativas que deben tenerse en cuenta son el artículo 86 constitucional y la ley de tutela (decreto 2591 de 1991)¹⁶. Es decir, que en su aplicación por parte del Juez, no debe remitirse a leyes ordinarias, ni a reglamentos, ni actos administrativos.

1.5.3.2 Es una acción estrictamente judicial. La acción de tutela es judicial, puesto que se encamina a la protección de derechos fundamentales y se dirige a la autoridad judicial, cualquiera que esta sea, según las competencias de que habla el Decreto 1382 de 2000, ya que es el juez, actuando como juez constitucional, el único encargado de proteger derechos, conforme a la Constitución Política.

1.5.3.3 Es una acción que protege en exclusividad los derechos fundamentales. La tutela protege única y exclusivamente los derechos

¹⁵PÉREZ RESPTREPO, Bernardita. La Acción de Tutela. 2ª.ed. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2004. p. 19 y ss.

¹⁶Aunque en principio esta clase de leyes deben ser estatutarias, está regida por un decreto que fue expedido por el presidente de la República con fundamento en un artículo transitorio de la Constitución que así lo ordenaba, ya que se pretendía regular rápidamente lo concerniente a la acción de tutela. Si se pretendiera reformar este decreto, sería a través de una Ley Estatutaria, con todos los requisitos para su formación, la que está llamada a hacerlo.

fundamentales de los ciudadanos. La tutela no puede utilizarse para proteger derechos regulados en leyes ordinarias o reglamentos (actos administrativos) o derechos de naturaleza contractual o convencional. La acción de tutela se encamina a la protección de los derechos que se han denominado fundamentales.

En torno a cuáles derechos son fundamentales existen grandes discusiones en la doctrina y es el objeto de esta investigación tratar de dilucidarlos. Más adelante se profundizará en el tema.

1.5.3.4 Es una acción que se dirige contra cualquier autoridad pública y contra los particulares que cumplan los requisitos establecidos en la Constitución. La tutela se puede accionar contra cualquier autoridad pública, sin distinguir entre ellas de ninguna forma, pero también, se puede dirigir contra particulares, siempre y cuando éstos particulares presten un servicio público, o su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o si el tutelante se encuentre en estado de subordinación o indefensión respecto del particular¹⁷.

1.5.3.5 Procede cuando no existe otro recurso judicial o existiendo se utilice de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable. El ordenamiento jurídico colombiano consagra o establece diversas acciones o recursos que podemos utilizar cuando vemos afectados nuestros derechos. Si no se encuentra una acción pertinente para proveer la vulneración o amenaza de un derecho fundamental se debe acudir entonces a la utilización de la acción de tutela. Pero si existe la acción correspondiente se puede acudir a la acción de tutela, siempre y cuando se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

1.5.4 Naturaleza Jurídica. Brevemente podemos enunciar algunos aspectos de la acción de tutela, que hacen parte de su naturaleza jurídica.

¹⁷Ver art. 86 de la Constitución Política.

Finalidad: la acción de tutela tiene como finalidad evitar la violación de los derechos constitucionales fundamentales de las personas cuando se encuentren amenazados o vulnerados en ciertas circunstancias.

Legitimación: es titular de la acción de tutela toda persona a la que se le esté vulnerando su derecho fundamental o se esté amenazando con su violación, siempre que no tenga otro mecanismo de defensa o que teniéndolo, lo ejerza transitoriamente para evitar un perjuicio irremediable¹⁸.

Subsidiariedad: la acción de tutela es un mecanismo subsidiario de protección de los derechos y no un instrumento adicional o alternativo de la víctima. Sólo se utiliza la tutela como se dijo antes, siempre que el ciudadano no tenga otro mecanismo de defensa o que teniéndolo, la ejerza transitoriamente para evitar un perjuicio irremediable.

1.5.5 Requisitos de la Acción de Tutela. Para que prospere la acción de tutela en sede judicial y el juez proceda a proteger los derechos fundamentales invocados, se deben satisfacer a cabalidad los siguientes requisitos o presupuestos procesales:

- a. Que se invoque la protección de un derecho constitucional fundamental¹⁹.
- b. Que el derecho se encuentre vulnerado o amenazado.
- c. Que la amenaza se produzca por acción u omisión.
- d. Que la acción u omisión le haya efectuado una autoridad pública o un particular en las condiciones consagradas constitucionalmente.
- e. Que no exista otro medio de defensa judicial, salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

¹⁸Ver arts. 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991 (Reglamentario de la Acción de Tutela).

¹⁹En el capítulo III se dirán cuáles son esos derechos, o mejor: se determinarán los criterios que ha tenido la Corte Constitucional para establecer si un derecho es o no fundamental.

f. Que la acción judicial ordinaria para la defensa del derecho no haya caducado o prescrito y que, en caso de que sea necesario agotar la vía gubernativa, se hayan formulado a tiempo los recursos procedentes y necesarios.

2. EL PAPEL DE LA CORTE EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES

2.1 CONSIDERACIONES GENERALES

Es pertinente entonces, adentrarnos en el análisis de las razones que han llevado a la Corte Constitucional a determinar unos criterios para identificar los derechos fundamentales en un sentido amplio, dejando de lado la concepción exegética, según la cual los derechos fundamentales son sólo aquellos que se enumeran en el artículo 85 de la Constitución Política.

Si bien es cierto que ése es uno de los criterios para ubicar un derecho fundamental, y por tanto, para que mediante la tutela se logre su protección, desde ya dejamos en claro que para la Corte, el juzgador, en sede de tutela, no puede ceñirse sólo a ése criterio, y debe tener por tanto, una actitud interpretativa más abierta y flexible, que le permita, en cada caso concreto y siguiendo unos parámetros o criterios claramente fijados por la jurisprudencia de tutela, amparar otros derechos constitucionales, que en principio no siendo fundamentales, pueden convertirse en tales, si se cumplen ciertos requisitos.

Como se desprende de la lectura de las constituciones nacionales e inclusive de las regionales que han existido en toda nuestra vida republicana, ninguna Constitución ni reforma constitucional que hubo en Colombia antes de 1991, clasificó los derechos que en ellas se consagraban, a la vez que no estableció mecanismo alguno de protección de los mismos.

Sin embargo, pese a que la Constitución de 1991 es clara en la positivización de derechos, existe en Colombia una discusión en cuanto a cuáles son realmente los derechos fundamentales que la Constitución establece como tal y los que

efectivamente se pueden proteger por la acción de tutela, ya que al ser este un mecanismo que le ordena al juez fallar de manera rápida y expedita (no mayor a 10 días desde la interposición de la acción) se cree que muchos usuarios del sistema judicial colombiano acuden a esta vía para que su problema sea solucionado rápidamente, alegando la vulneración de un derecho fundamental. Por eso es que hay un sector de la doctrina constitucional que dice, que los derechos fundamentales, son sólo aquellos que taxativamente están enumerados en el artículo 85 de la Constitución Política (criterio de aplicación inmediata).

Pero la Corte Constitucional ha establecido en su jurisprudencia una serie de criterios para determinar si, cuando el juez está frente a un derecho constitucional para su protección a través de la tutela, ese derecho es o no fundamental; es decir, la Corte ha establecido unos criterios para conocer la fundamentabilidad de un derecho constitucional y ha descartado que solamente el criterio de aplicación inmediata es el que consagró la Constitución Política de 1991. A este criterio le ha señalado un valor meramente indicativo.

En resumen, como para que la tutela proceda, el derecho que esté en peligro de vulneración debe cumplir, entre otros requisitos, el ser fundamental, la Corte ha dicho que para garantizar la vigencia del Estado Social de Derecho, no se pueden utilizar criterios restrictivos para interpretar un derecho como fundamental, sino que ha ampliado este criterio, o más bien, ha elaborado un catálogo abierto de derechos fundamentales, para que la tutela abarque la protección del mayor número de derechos posibles.

Esta labor la ha emprendido la Corte Constitucional, en su función de guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, como lo dice la misma Carta, y en desarrollo de su función de revisión de los fallos de tutela proferidos por los distintos jueces de la República, ya que esa función encomendada a ella,

precisamente busca la unificación de criterios en torno a la protección de los derechos fundamentales²⁰.

Pero esta elaboración de un catálogo abierto de derechos fundamentales no se dio de un solo golpe, sino que a través de toda su jurisprudencia de tutela, la Corte ha ido paulatinamente esbozando los criterios de interpretación para determinar si en determinadas circunstancias fácticas, el derecho es fundamental.

En este apartado del trabajo se pretende, por tanto, explicar la labor interpretativa de la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales, a fin de que en el próximo capítulo se individualice cada uno de los criterios utilizados para su determinación.

2.2 LA FUNCIÓN CREADORA DE LOS JUECES Y EL PRECEDENTE JUDICIAL

2.2.1 El precedente judicial. Para poder dimensionar la importancia que radica en los derechos fundamentales y su interpretación por parte de la Corte Constitucional, es necesario e indispensable que se tengan nociones claras acerca del precedente judicial y la función creadora de los jueces.

Ello con el fin de poder comprender que los criterios esgrimidos por la Corte para ampliar la categorización de derechos fundamentales son verdaderamente indispensables a la hora de definir si estamos o no frente a un derecho fundamental que puede ser protegido a través de la acción de tutela, en especial, cuando los jueces tienen frente a sí la responsabilidad de fallar en un proceso de tutela.

No es el objeto de la presente investigación discurrir profundamente sobre el precedente judicial, el sistema del *common law* o diversos temas relacionados con

²⁰Artículo 241 de la Constitución Política.

estos asuntos, pero sí se deben dejar en claro algunos aspectos, para que los argumentos que esgrimiremos más adelante tengan plena validez.

El precedente judicial nace en el sistema del *common law*, regido por la guía de las decisiones de los jueces, que se contraponen al sistema de derecho legislado en donde la interpretación fundamental está regida por el texto literal de la norma.

La Escuela del Realismo Norteamericano pregona que el derecho es aquello que los jueces han establecido como tal. Semejante afirmación (que se relaciona perfectamente con el *common law*) no había encontrado mucho eco en Colombia²¹, hasta que la Corte Constitucional, poco a poco, al darse cuenta de la trascendencia política y social de sus decisiones, ha empezado a incorporar este razonamiento en el diario transcurrir de sus pronunciamientos.

Al respecto podemos encontrar:

Se ha dicho que el realismo jurídico solo puede explicarse a la luz de un sistema de derecho judicial y no tiene cabida en un régimen de derecho legislado. Empero, tan simple afirmación no repara en que también en los sistemas de derecho judicial los jueces deben obrar según las reglas preexistentes, materializadas en los precedentes judiciales que tengan la condición de casos vinculantes o en las leyes que gobiernen determinados actos o instituciones. En la versión anglosajona del common law, con una organización jerárquica que aún en nuestros días gira alrededor de los precedentes judiciales, los jueces inferiores deben acatar y seguir los precedentes judiciales legados por sus superiores, e incluso los tribunales de la misma categoría están sujetos a los precedentes sentados por ellos mismos; y unos y otros, naturalmente, deben acatar las leyes escritas que rijan para el caso²².

Así, en primer lugar, podemos definir un precedente judicial, como una regla de derecho que ha establecido un juez y que se mantiene en el tiempo, siendo obligatorio para él mismo y para los jueces de inferior jerarquía.

²¹Excepción hecha de la Corte de Oro, nombre con el que se le conoce a la Corte Suprema de Justicia en los años 1936-1942, en la cual sus magistrados tuvieron conciencia de la importancia creadora del derecho e introdujeron en el país una conciencia jurídica de avanzada para su tiempo.

²²PLAZAS VEGA, Op. Cit. p. 107-108.

Al respecto se ha sostenido:

La Constitución de 1991 dio lugar a una profunda reflexión en torno a la interpretación del derecho, el alcance de las sentencias del juez y el contenido social que subyace tras el sistema de normas. La acción de tutela, la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, la sujeción de los jueces únicamente a la ley, la supremacía de la Constitución y la obligación política de obedecerla y el poder político del juez constitucional han sido, entre otros de sus preceptos, el origen de controversias y planteamientos de indudable interés, tanto en el seno de la Corte Constitucional como en la doctrina y en las cátedras universitarias²³.

2.2.2 La función creadora de los jueces. Es de advertir, que los jueces ya no son la “boca de la ley” como lo pregonara MONTESQUIEU, sino que desde hace ya muchos años han entendido su función creadora del derecho, y que a pesar de ser nuestro sistema legislado, ello ya no significa que solo la interpretación literal de la norma es la única válida, sino que existen muchas clases de interpretación y que en el actual sistema jurídico, no sólo interno sino en el ámbito internacional, toda interpretación jurídica debe ir en beneficio del hombre, del ser humano, del ciudadano.

Porque no es factible pretender que las normas lo regulan todo; porque en la expedición de los códigos no se agota la razón ordenadora de las relaciones humanas; porque la historia evoluciona sin interrupción como biografía inacabable del espíritu universal; porque el ordenamiento se afirma mediante su aplicación efectiva; porque los jueces y aplicadores del derecho no son seres inanimados por medio de los cuales transiten las normas y los hechos en su forma pura. Por esas, y muchas razones más, la exégesis no es admisible ni en la teoría ni en la práctica...Ni los jueces ni los agentes y operadores del derecho son simples instrumentos inanimados de los que se vale la ley para expresarse, como lo pretendiera Montesquieu, ni la sentencia es el viejo silogismo de BECCARIA. Los juristas no solo interpretan las normas sino también los hechos y, aunque se pretenda lo contrario, no limitan su labor a correlacionar unas con otros, de manera mecánica, sino que crean derecho a medida que ejercen su labor²⁴.

²³Ibid.

²⁴Ibid. p. XI, XII.

En ese orden de ideas, no es dable entonces pretender que los jueces interpreten de manera literal y menos aún, las normas constitucionales que protegen derechos fundamentales, ya que la Constitución de 1991 cambió no sólo el paradigma de la interpretación judicial, sino de la forma como los jueces se comprometen con la realización del Estado Social de Derecho.

Hay que tener claro entonces

que si bien la Carta Política de 1991 es demoliberal y conserva la tradicional estructura de separación del poder público en ramas que ostentan supremacía en lo que es de su competencia, su mayor y más reconocida preocupación radica en los derechos fundamentales y su efectiva protección a través de la acción de tutela y la prevalencia de la Constitución. Ante tan encomiable orientación, se anota con certeza, los jueces encargados de la custodia de la Carta deben superar el estrecho panorama de la interpretación literal para comprometerse con un profundo y objetivo análisis de la realidad que solo es posible en personas que, por su amplia formación humanística, están en condiciones de participar en ese proceso ininterrumpido de creación del derecho²⁵.

Resulta entonces de vital importancia tener presente, que los jueces crean derecho a medida que analizan los casos bajo su estudio. En materia de tutela, no es la excepción, pues al analizar las violaciones a los derechos fundamentales, van creando poco a poco criterios para establecer en casa caso concreto, si se está evidentemente ante la vulneración de un derecho fundamental y por ende, procede en ese caso específico la acción de tutela como amparo del mismo.

2.3 LA IMPORTANCIA DE LAS DESICIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.3.1 Obligatoriedad de la jurisprudencia constitucional. Es de advertir que la revisión de las tutelas por parte de la Corte Constitucional, reafirma su posición de máximo tribunal de la constitucionalidad y se fundamenta en la necesidad de una doctrina unificada sobre los derechos fundamentales para la garantía de la igualdad y la justiciabilidad de la Constitución. Hay que agregar que si bien la

²⁵Ibid. p. 168.

revisión es eventual, la doctrina sentada por la Corte Constitucional sí es obligatoria; por ello, es importante determinar cuál ha sido la jurisprudencia de dicho Tribunal en la determinación de los criterios para identificar los derechos fundamentales, toda vez que dichos criterios o lineamientos son de obligatorio cumplimiento para los demás jueces cuando conocen de la tutela, puesto que esa jurisprudencia es verdadero derecho.

Al respecto escribe PÉREZ:

La Constitución de 1991 diseñó un sistema pleno de fuentes de rango constitucional que constituye un giro conceptual esencial. El artículo 230 define que el juez está sujeto al imperio de la ley, entendiendo por ello que estamos en un modelo de derecho legislado, no de primacía de la legislación. No de otro modo podría concordarse esta norma con el artículo 4º, que establece la obligatoriedad para todos los operadores del derecho de aplicar la Constitución en forma prevalente.

Así, también, el artículo 230 establece que la doctrina y la jurisprudencia son criterios auxiliares de la actividad judicial, es decir, que siempre permea la interpretación del derecho que hace el juez. Alude la norma de modo expreso a criterios auxiliares y no a fuentes subsidiarias, como había sido la tradición normativa hasta entonces²⁶.

Como muy bien lo dice el ya citado autor PLAZAS: *“El imperio de la ley, como corresponde a un Estado de derecho, o si se quiera a un Estado constitucional, es indiscutible y sirve de eficaz apoyo a la seguridad jurídica. Pero la ley no lo dice todo y, por tal motivo, los jueces y aplicadores del derecho deben contar siempre con esos “criterios auxiliares” a que alude el artículo 230”²⁷.*

La Corte al respecto dijo en sus orígenes: *“El juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y normas- con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derechos”²⁸.*

²⁶PÉREZ RESTREPO, Op. Cit.

²⁷PLAZAS VEGA, Op. Cit. p. 146-147.

²⁸Corte Constitucional. Sentencia T-778 de junio 5 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

El mismo artículo 23 del Decreto Ley 2067 de septiembre 4 de 1991, establecía que la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia. Las modificaciones a la doctrina existente, deberán ser explicadas en la sentencia. El término obligatorio contenido en esta disposición fue declarado inexecutable mediante sentencia C-131 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la cual se sostuvo que el legislador no tiene competencia para definir las competencias, naturaleza, valor jurídico y efectos de las decisiones de la Corte Constitucional. Sólo el constituyente puede definirlo y, en el evento de su omisión, sólo la Corte Constitucional puede hacerlo, porque los órganos vigilados por este juez no pueden establecer en qué términos se efectúa este control. En últimas palabras, la Corte dijo que *“entre la Constitución y la Corte no se interpone ni una hoja de papel”*.²⁹

La Corte Constitucional en la sentencia T-123 de 1995, con ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz, enfatizó el valor de la doctrina de la Corte Constitucional, e indicó el sentido de su carácter vinculante. Entonces los jueces están sujetos a las directrices de la Corte, en materia de protección de los derechos fundamentales.

En la sentencia T-260 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, se sostuvo que cuando los jueces ignoran o contrarían la doctrina de la Corte Constitucional no se apartan simplemente de una jurisprudencia sino que violan la Constitución. Fue el inicio de una doctrina más dura que apareció con la Sentencia SU-640 de 1998. En ese sentido, si los jueces se separan de su doctrina sin argumentar las razones del desconocimiento, incurren en vía de hecho, obviamente, si se cumplen los demás requisitos de la tutela. Sin pretender ahondar en el tema, queda claro entonces, que la jurisprudencia de la Corte en materia de tutela es una directriz que los jueces de instancia deben acatar y que sólo se pueden separar de ella luego de motivar razonadamente sus decisiones.

²⁹Corte Constitucional. Sentencia C- 131 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Pues bien, como ya se ha dejado claro en qué consiste la doctrina del precedente, es indispensable conocer a qué están obligados los jueces en virtud del principio del precedente³⁰. En la sentencia T-123 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz explica:

La Corte Constitucional repetidamente ha señalado que se vulnera el principio de igualdad si se otorga un trato desigual a quienes se hallan en la misma situación, sin que medie una justificación objetiva y razonable. Se pregunta la Corte si este principio se viola por el juez que resuelve un caso sometido a su consideración de manera distinta a como él mismo lo decidió ante una situación sustancialmente semejante o si se aparta de la jurisprudencia vigente sentada por los órganos jurisdiccionales de superior rango (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura).

En materia judicial el principio de igualdad no puede entenderse de manera absoluta, lo que no quiere decir que pierda vigencia. La Constitución reconoce a los jueces un margen apreciable de autonomía funcional, siempre que se sujeten al imperio de la ley (CP arts. 230 y 228). De otra parte, la jurisprudencia tiene sólo el carácter de criterio auxiliar.

Es evidente que si el principio de independencia judicial se interpreta de manera absoluta, se termina por restar toda eficacia al principio de igualdad. En la aplicación de la ley, los jueces podrían a su amaño resolver las controversias que se debaten en los procesos. En esta hipótesis no se podría objetar el hecho de que simultáneamente el juez, enfrentado a dos situaciones sustancialmente idénticas, fallase de distinta manera.

Los principios y normas constitucionales se deben aplicar de manera coordinada y armónica. La interpretación más acorde con la Constitución es la que evita que la escogencia de un principio lleve al sacrificio absoluto de otro de la misma jerarquía. Si en el caso concreto, el juez está normativamente vinculado por los dos principios - igualdad e independencia judicial -, debe existir una forma de llevar los principios, aparentemente contrarios, hasta el punto en que ambos reciban un grado satisfactorio de aplicación y en el que sus exigencias sean mutuamente satisfechas.

La Corte considera que existe un medio para conciliar ambos principios. Si el juez, en su sentencia, justifica de manera suficiente y razonable el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial que su mismo despacho ha seguido en casos sustancialmente idénticos, quedan salvadas las exigencias de la igualdad y de la independencia judicial. No podrá reprocharse a la sentencia arbitrariedad ni inadvertencia y, por tanto, el juez no habrá efectuado entre los

³⁰LÓPEZ MEDINA, Op cit.

justiciables ningún género de discriminación. De otro lado, el juez continuará gozando de un amplio margen de libertad interpretativa y la jurisprudencia no quedará atada rígidamente al precedente.

Cuando el término de comparación no está dado por los propios precedentes del juez sino por el de otros despachos judiciales, el principio de independencia judicial no necesita ser contrastado con el de igualdad. El juez, vinculado tan sólo al imperio de la ley (CP art. 230), es enteramente libre e independiente de obrar de conformidad con su criterio. Sin embargo, un caso especial se presenta cuando el término de comparación está constituido por una sentencia judicial proferida por un órgano judicial colocado en el vértice de la administración de justicia cuya función sea unificar, en su campo, la jurisprudencia nacional. Si bien sólo la doctrina constitucional de la Corte Constitucional tiene el carácter de fuente obligatoria (Corte Constitucional, sentencia C-083 de 1995, MP Dr. Carlos Gaviria Díaz), es importante considerar que a través de la jurisprudencia - criterio auxiliar de la actividad judicial - de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad (CP art. 13). A través de los recursos que se contemplan en cada jurisdicción, normalmente puede ventilarse este evento de infracción a la Constitución³¹.

Siguiendo la misma línea encontramos la Sentencia C-037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, en la cual se realiza el control previo de constitucionalidad de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, la cual señala:

Por lo demás, cabe puntualizar que las sentencias judiciales a través de las cuales se deciden acciones de tutela, sólo tienen efectos en relación con las partes que intervienen en el proceso (Decreto 2591/91, art. 36). Sin embargo, la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución. El principio de independencia judicial, tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad. La jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por medio de la unificación doctrinal, persigue la realización del principio de igualdad. Por consiguiente, sin perjuicio de lo observado respecto de la doctrina constitucional, la exequibilidad del segundo

³¹Corte Constitucional. Sentencia T-123 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

numeral del artículo 48, materia de examen, se declarará bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad³².

En últimas,

... es importante reconocer la tarea creativa del juez en el proceso de aplicación del derecho, lo que debe llevar como corolario el desarrollo de una teoría de su responsabilidad política, de conformidad con parámetros normativos y deontológicos, de forma que sea posible controlar sus fallos. En ese sentido, lo sostenido en la sentencia respecto a la necesidad de que el juez justifique su decisión en principios éticos o políticos, con el propósito de que el fallo resulte siempre razonable y proporcionado, es una exigencia que no cabe predicar solo en el ámbito extrasistemático –cuando el juez haya agotado ya el arsenal de elementos del orden positivo- sino que rige igualmente en el pleno sistemático o intrapositivo³³.

Ahora, los juzgadores de instancia, en tratándose de estudio de acciones de tutela, no pueden negar la protección de un derecho constitucional, cuando la Corte haya establecido que bajo las mismas circunstancias se debe conceder la tutela. Todo ello en virtud del precedente establecido por la Corte y del principio de igualdad.

La anterior regla, entonces, también aplica para la misma Corte, que debe respetar sus propios precedentes en materia de derechos fundamentales, so pena de incurrir en violación al derecho a la igualdad, pudiendo cambiar o apartarse de su jurisprudencia siempre que exponga razonada y suficientemente los motivos que la llevaron a ello, lo mismo que los jueces de instancia que pueden apartarse del precedente de la Corte, siempre y cuando su decisión sea lo suficientemente razonada.

³²Sentencia C-037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

³³Sentencia C-083 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz. Salvamento de voto del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

La misma Corte en su interior, ha tenido fuertes debates internos sobre este particular, que refleja muy bien las tensiones que existen entre los juristas en Colombia. Al respecto, en la sentencia C-252 de 2001 M.P. Carlos Gaviria Díaz, se dijo en relación con el valor de la jurisprudencia constitucional, que se ha desarrollado un debate al interior de la Corte desde sus inicios, en el que se han enfrentado

dos posturas claras: la tradicional, sustentada en una visión formalista del derecho –tributaria, sin duda, de las fuentes romanistas de nuestro sistema legal- que ve en la ley la fuente jurídica principal y sólo le reconoce a la jurisprudencia un valor supletorio que se empleará para resolver los problemas hermenéuticos que presentan las leyes, bien porque (i) poseen un significado oscuro –problemas de interpretación-, porque (ii) contradicen otras disposiciones de igual jerarquía –problemas de coherencia-, o porque (iii) no indican una respuesta clara frente al caso que se estudia –problemas de plenitud del orden normativo-. Del otro lado, es posible identificar una corriente reformadora, que animada por la promulgación de la Constitución de 1991 –con la consagración de una carta detallada de derechos y, en general, más afín con una visión del derecho que alienta la labor judicial y propende a su fortalecimiento-, ve en la jurisprudencia una fuente principal del derecho y aboga por su aplicación obligatoria a través de la creación de líneas de precedentes.

De estas dos posturas, obviamente la segunda ha ganado, por ahora, ese debate, pues quienes la defienden han entendido que los jueces son, en gran medida, creadores de derecho, y que la jurisprudencia es fuente principal del derecho, a la cual debe atarse obligatoriamente todos los jueces de instancia, respetando las correspondientes líneas de precedentes en cada caso.

2.3.2 La ratio decidendi de las sentencias de la Corte Constitucional. La Corte, ha dejado claro también la importancia que tiene la parte motiva de sus sentencias, y hace ya una década, empezó a resaltar esa importancia:

La parte motiva de la sentencia constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas del derecho en general; solo tendrán fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente

*básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente sobre ella*³⁴.

Ahora, frente a la pregunta de qué elementos específicos de la parte motiva de las sentencias constitucionales resultan entonces vinculantes, y cuáles no, la providencia SU-047 de 1999 (M.M.P.P. Carlos Gaviria y Alejandro Martínez Caballero) adelantó un análisis de los conceptos *decisum*, *ratio decidendi* y *obiter dicta*, como elementos constitutivos de tales providencias, fijando para cada uno de ellos diferentes alcances y aclarando inquietudes sobre el tema.

Frente al *decisum*, explicó la sentencia en comentario, que debía reconocerse como tal, la resolución concreta del caso, es decir aquel apartado tradicional de la parte final de toda sentencia que comienza con el título *RESUELVE*.

Por *ratio decidendi*, precisó que ella debía considerarse como “*la formulación general... del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica... si se quiere, el fundamento normativo directo de la parte resolutive*”, es decir, como su mismo nombre lo indica, las razones de la decisión, los argumentos que llevaron a la Corte a darle tal o cual resolución al caso planteado. En palabras de Diego López: “*Siguiendo la doctrina anglosajona más clásica en la materia, la Corte define ratio decidendi de la siguiente manera: Es la formulación más general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica*”³⁵.

Finalmente, por el *obiter dictum* o *dicta*, “*toda aquella reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, pero que no es necesaria a la decisión; opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario*”, es decir, todos aquellas

³⁴Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

³⁵LÓPEZ MEDINA, Op Cit. P. 217 y 218.

consideraciones que hace la Corte sobre el caso bajo examen, pero que son dichos de paso, para explicar, reforzar o ilustrar más su argumentación.

En materia de la obligatoriedad, dijo la sentencia que el *decisum*, no obliga sino generalmente a las partes en el litigio³⁶, con fuerza de cosa juzgada, salvo en el caso de los procesos de control constitucional, en los que las sentencias tienen de por sí efectos *erga omnes* en nuestro ordenamiento, como ya se dijo. La *ratio decidendi*, por el contrario, al ser “*base necesaria de la decisión*”, resulta ser de obligatoria aplicación por los jueces, en otras situaciones similares. El *obiter dicta*, finalmente acorde con esta providencia, tiene un carácter no vinculante y sí eminentemente persuasivo.

En resumen, esos conceptos de la parte motiva que tienen estrecha relación la con la parte resolutive es la llamada *ratio decidendi*. Por el contrario, *los obiter dictum*, como su mismo nombre lo indica, son los dichos de paso, aquello que la respectiva sentencia consigna para explicar, ejemplificar o ambientar el contenido trascendental de la misma sentencia, pero que no tiene relevancia para la resolución del asunto bajo estudio.

Es toda esa visión del derecho, en especial del derecho constitucional, lo que ha llevado a la Corte Constitucional a establecer una interpretación amplia de los derechos fundamentales, entendiendo por ellos no sólo aquellos que están en el capítulo bajo su nombre, sino todos aquellos que según las realidades propias de cada caso, pueden convertirse en tales y requieren su protección vía tutela.

Hasta aquí ya se ha resaltado de manera suficiente la importancia que la Corte Constitucional le ha dado a su valioso papel de revisión de las sentencias de tutela

³⁶PLAZAS VEGA, Op. Cit. p 1-2.

por parte de los falladores de instancia, de la función creadora del juez, del precedente jurisprudencial, y de la ratio decidendi³⁷.

Faltaría, por último, establecer los criterios amplios de interpretación de los derechos constitucionales señalados por dicha Corte para identificar un derecho fundamental, aspecto que se ventilará en el capítulo siguiente.

³⁷Para un estudio más detallado de estos temas ver Sentencia T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

3. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES PARA DETERMINAR LA FUNDAMENTABILIDAD DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

3.1 GENERALIDADES

Una vez comprendido la teoría del precedente y la importancia de la función creadora de derecho por parte de los jueces puede adentrarse al estudio de los criterios jurisprudenciales para determinar los derechos fundamentales, toda vez que esos criterios obedecen a líneas jurisprudenciales creadas por la Corte Constitucional y que constituyen un verdadero precedente judicial en la materia.

Para determinar si un derecho es o no fundamental, y por tanto procede su protección a través de la acción de tutela, es necesario analizar cada caso, para extraer de allí sus particularidades concretas. Eso es lo que ha hecho la Corte Constitucional, y como se dijo anteriormente, pese a que ella no ha sido unívoca en la determinación de dichos criterios, se han podido establecer por lo menos seis de ellos, que se extraen de las diferentes sentencias de tutela.

Estos criterios se han tratado de establecer desde los mismos orígenes de la Corte Constitucional. Como prueba de ello dice SANDRA MORELLI RICO:

...una de las varias sentencias de la Corte Constitucional, donde se fijaron los criterios para establecer si un derecho constitucional era fundamental, y por tanto podía ser invocado para su protección mediante la acción de tutela. Así en la sentencia T-008 del 18 de mayo de 1992 se sentó: 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...Así 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 Política³⁸.

³⁸MORELLI RICO, Sandra. La Corte Constitucional: ¿un legislador complementario? Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, 1997. p. 21 y 22.

Algunos autores³⁹, por ejemplo, como NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO, profesor de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, consideran que hay criterios principales y auxiliares para identificar los derechos fundamentales. Entre los criterios principales enuncia este profesor los siguientes tres: que el derecho sea esencial para la persona, que el derecho se encuentre en conexidad con un derecho fundamental y que el derecho tenga reconocimiento expreso como fundamental por parte del constituyente. Ahora, según CORREA, los criterios auxiliares son cuatro: que se trate de un derecho de aplicación inmediata, que se trate de un derecho consagrado por un pacto internacional aprobado por Colombia (art. 93 CN), que se trate de un derecho ubicado en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución o que se trate de uno de los derechos que tienen un plus para su modificación.

Aunque el doctor CORREA para establecer estos criterios se basa en la Sentencia T-02 de 1992, no se puede estar de acuerdo con él por las siguientes razones: en primer lugar la jurisprudencia ha perfeccionado estos criterios y existen sentencias más recientes que son un mejor referente de los mismos; en segundo lugar, considero que no es viable hacer una distinción entre criterios principales y auxiliares, pues cualquiera puede ser estudiado de igual forma por un juez a la hora de proteger un derecho fundamental; y en tercer lugar, el criterio que enuncia que para que un derecho sea fundamental debe ser esencial para la persona, no existe en realidad, a mi modo de ver, porque la esencialidad es un elemento que define la fundamentabilidad de un derecho y que está implícito en todos los criterios.

En este apartado se explicarán los distintos criterios de fundamentabilidad utilizados por la Corte Constitucional en sus fallos de tutela, que actualmente se encuentran vigentes y que es producto del razonamiento que ha hecho la Corte

³⁹También puede consultarse, entre los pocos que han estudiado este tema, a CHINCHILLA, Tulio Helí. Op cit. y OCUNA PATIÑO, Néstor Iván. Tutela y amparo: derechos protegidos. Estudio comparativo Colombia-España. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

frente a los derechos fundamentales, como se pudo observar en el capítulo II del presente estudio.

Para cada rango de derechos se explican las diferentes razones que ha tenido la Corte para incluirlos, si así puede decirse, en ese Catálogo de Derechos Fundamentales. Allí también se establecen las condiciones que se exigen para que esos derechos sean considerados fundamentales.

3.2 LA FUNDAMENTABILIDAD DE LOS DERECHOS⁴⁰

El primer requisito para que un derecho sea considerado fundamental, y por ende proceda la tutela, es que sea constitucional, es decir, que esté consagrado en la Constitución Política; donde resulta que si un derecho está consagrado en una ley, un acto administrativo o un contrato, no se puede concluir que sea un derecho fundamental⁴¹.

Al decir del Consejero de Estado PALACIO:

Sin embargo, puede ocurrir que un derecho de naturaleza legal o contractual esté vinculado a un derecho fundamental, de modo tal que al vulnerarse aquél, de contera éste sea estropeado, como ocurre cuando se desconoce el pago de los salarios pactados a un trabajador, evento en el cual se admite la procedencia de la tutela, aunque el actor tendría otro mecanismo para hacer valer su derecho y aunque no se trate de un derecho fundamental, por considerar que se le afecta el mínimo vital, es decir, aquellos ingresos mínimos que debe recibir una persona para subsistir, pues al no recibir la remuneración está poniendo en peligro su salud y con ésta su vida que sí es un derecho fundamental⁴².

En este caso, por ejemplo, estaríamos frente los criterios denominados de los derechos innominados y de los derechos conexos con los fundamentales.

⁴⁰CORREA HENAO, Néstor Raúl. La acción de tutela en Colombia. Ponencia del Seminario "La acción de tutela y el derecho de amparo". Organizado por el Centro Cultural en Bogotá de la Universidad de Salamanca.

⁴¹PALACIO HINCAPIÉ, Op.cit., p. 323-325.

⁴²Ibid.

La Corte Constitucional, debe reconocerse, no ha tenido una jurisprudencia unívoca al respecto, y en ocasiones intenta nuevas clasificaciones de criterios para determinar cuándo un derecho es fundamental, como por ejemplo cuando habla de derechos fundamentales por aplicación directa y derechos fundamentales por aplicación inmediata⁴³. Sin embargo se puede colegir de la lectura de la jurisprudencia por lo menos 6 criterios⁴⁴ que existen para determinar si un derecho es o no fundamental.

De todos modos, la Corte, de forma uniforme, ha renunciado a establecer un sistema de *numerus clausus* como criterio para determinar el objeto protegido por la tutela: los derechos fundamentales, y por eso podemos decir que ha establecido un sistema de *numerus apertus*, o como se ha denominado aquí, un *Catálogo Abierto*.

En efecto, desde sus inicios, como puede apreciarse en la sentencia T-02 de 1992, la Corte Constitucional señala que la ubicación de un artículo en el capítulo 1 de I Título II de la Constitución es un criterio insuficiente para determinar la fundamentabilidad de un derecho, ya que esa posición es accidental y no fue propiamente una decisión del constituyente conforme con el reglamento de éste.

Según el Doctor Néstor Iván Osuna Patiño, Director del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia,

Desde sus fallos iniciales, el alto Tribunal ha combinado criterios materiales y formales, con primacía de los primeros, para la determinación del carácter “constitucional fundamental” de un derecho y su consiguiente inclusión en el ámbito protegido por la tutela... la Corte ha mantenido al respecto un criterio flexible y abierto (aunque no exento de titubeos), lo que ha potenciado la virtualidad protectora de la tutela... la jurisprudencia constitucional, más que proporcionar elementos dirigidos a cerrar el objeto de la acción, ha establecido canales de interpretación que mantiene su apertura⁴⁵.

⁴³Por ejemplo la sentencia T-506 de 1992.

⁴⁴Criterios que se enunciarán y explicarán en el capítulo siguiente.

⁴⁵OSUNA PATIÑO, Op Cit 1998, p. 188.

Primero es menester recordar que la Constitución reconoce varios derechos fundamentales. Para su consagración emplea, pedagógicamente, la metodología de la ONU, es decir, identificándolos por generaciones, así: de primera generación, son los que miran a la persona como individuo, es decir los llamados derechos individuales o fundamentales; de segunda generación, son los que miran a la persona como miembro de la sociedad y son los DESC (derechos económicos, sociales y culturales); y de tercera generación son los que corresponden a los derechos colectivos.

Como vemos pues, en nuestra Constitución se establecieron diferentes categorías de derechos y como ya se dijo antes, para cada grupo de derechos el Constituyente otorgó su propio mecanismo de protección, con el fin de darle eficacia real a cada uno de ellos.

Además, la diferencia entre cada categoría de derechos radica, en que los primeros son inherentes a la persona como ser humano y siempre están presentes en el individuo; los de segunda y tercera generación, para su eficaz cumplimiento, deben ser desarrollados programáticamente por el Estado, es decir, tienen un contenido prestacional que se desarrolla paulatinamente a través de leyes, decretos y demás formas normativas.

Ahora, respecto de los derechos fundamentales, en un principio se dijo que eran aquellos que se derivaban directamente de la Constitución y que no requerían de reglamentación, pues eran de aplicación inmediata (artículo 85), concepto que dejaba por fuera algunos derechos fundamentales, como el trabajo (en su concepción negativa, como veremos más adelante). Otros, con un criterio aún más formalista, decían que los derechos fundamentales eran los del Capítulo 1 del Título II, que es donde se habla de éstos⁴⁶.

⁴⁶PALACIO HINCAPIÉ, Op. cit., p. 323 y 324.

Por eso, no obstante que en la Constitución se habla de categorías de derechos, la Corte Constitucional ha manifestado que, no sólo son derechos fundamentales los que están consagrados en el capítulo que se denomina así en la Carta, sino que existen distintos criterios para poder determinar cuando un derecho constitucional es fundamental, dependiendo de las circunstancias fácticas y de los criterios trazados jurisprudencialmente.

Por eso, desde la expedición del Decreto 2591 de 1991 (reglamentario de la tutela)⁴⁷, se consagró una norma especial de revisión que ordena a la Corte Constitucional que cuando una decisión de tutela se refiere a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental le dará prelación en la revisión de la misma. Este es un precedente valiosísimo, toda vez que le permite a la Corte examinar en cada caso si se encuentra frente a la violación o no de un derecho fundamental, independientemente de la clasificación que se haga, porque lo que deben tenerse en cuenta son las circunstancias fácticas y los criterios señalados por ella misma en sus fallos de revisión de tutela.

Por su parte, el artículo 94 de la Constitución determina que *“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 figuran expresamente en ellos”*.

Es por ello, que la Corte Constitucional ha adelantado una labor de orientación, advirtiendo que la consagración de los derechos fundamentales en la Constitución, es apenas uno de los varios criterios, por lo cual en cada caso deberá hacerse su

⁴⁷El artículo 2 del Decreto 2591 de 1991 (reglamentario de la acción de tutela) establece que: *“La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una decisión de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión”*.

examen particular para determinar si la violación de un derecho, recae sobre un derecho que afecte a la persona misma, a su desarrollo y a su convivencia⁴⁸.

Es claro entonces, que la norma le señala a la Corte Constitucional, que es su deber revisar las tutelas que llegan a su conocimiento, con preferencia de aquellas que aunque no se refiera a un derecho señalado expresamente como fundamental, puede que se permita su tutela para algún caso concreto. Estamos hablando entonces, que a la Corte le compete, ni más ni menos, la interpretación integral de los derechos fundamentales, y es su deber velar porque se unifiquen los criterios en torno a ellos.

3.3 CRITERIOS PARA IDENTIFICAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES⁴⁹

3.3.1 Los derechos de vigencia o de aplicación directa o inmediata. El artículo 86 de la Constitución Política, que consagra la acción de tutela indica, que los derechos fundamentales son aquellos cuya protección inmediata puede ser solicitada al juez. En este orden de ideas, no cabe duda alguna que los derechos que por expreso mandato constitucional son de aplicación inmediata constituyen derechos fundamentales.

También son llamados derechos fundamentales de aplicación directa y son aquellos que enuncia el artículo 85 de la Constitución Política, los cuales son: el derecho a la vida; a la integridad personal; a la igualdad; a la personalidad jurídica; a la intimidad y al habeas data; al libre desarrollo de la personalidad; a la libertad personal en todas sus formas; a la libertad de conciencia, de cultos, de expresión y de información; a la honra y al buen nombre; a los derechos de petición; de libre circulación; a la libertad de escoger profesión y oficio y de enseñanza, aprendizaje investigación y cátedra; al habeas corpus; al debido proceso; a no ser sometido a

⁴⁸PALACIO HINCAPIÉ, Op. cit., p. 324.

⁴⁹Ibid

las sanciones de destierro, prisión perpetua o confiscación; a las libertades de reunión y manifestación; y a los derechos políticos o de participación democrática.

Estos derechos se denominan de aplicación inmediata, porque no necesitan de desarrollo legislativo para ser protegidos cabalmente, por eso es entendible que la tutela proceda para esos derechos directamente. Frente a esta clase de derechos fundamentales siempre ha habido unidad de criterios al señalarlos como tales. Es más, la línea doctrinal más conservadora considera que son los únicos derechos realmente fundamentales; por tanto, serían los únicos que se podrían proteger a través de la tutela.

Estos derechos son protegidos a través de la acción de tutela de manera directa, no necesitan de mayor fundamentación para que ésta proceda, solamente con la indicación expresa y clara de cuál es el derecho o los derechos vulnerados en el caso específico y que cumpla con las demás condiciones que exige la Constitución para que la tutela sea procedente.

Sobre estos derechos dijo la Corte, desde un principio, jurisprudencia que ha sido reiterada un sinnúmero de veces:

Este artículo -el 85- enumera los derechos que no requieren de previo desarrollo legislativo o de algún tipo de reglamentación legal o administrativa para su eficacia directa y que no contemplan condiciones para su ejercicio en el tiempo, de modo que son exigibles en forma directa e inmediata. En realidad la especificidad de estos derechos es un fenómeno de tiempo: el hombre llega a ellos de manera directa, sin necesidad de la mediación de un desarrollo legislativo. Es pues, un criterio residual para los efectos que nos ocupan.

Para que el artículo 85 de la Constitución no sea inocuo debe leerse como una norma que no condiciona a la mediatización de una ley, la aplicación de los derechos allí enumerados⁵⁰.

En últimas, sobre estos derechos no existe ninguna discusión, y son aceptados por todas las corrientes jurídicas como verdaderos derechos fundamentales con

⁵⁰Sentencia T-002 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

procedencia de la acción de tutela para su protección, por eso no se ahondará más en este criterio.

3.3.2 Los derechos que poseen “un plus para su modificación”. Los derechos consagrados en la Constitución Política que según la Corte poseen “un plus para su modificación”, son aquellos derechos que el artículo 377 de la Constitución dice que, para poder reformarse, se debe hacer a través de referendo y son los contenidos en el capítulo 1 del Título II de la Constitución, excepto los derechos que no confieren derechos subjetivos susceptibles de ser protegidos cabalmente mediante una orden judicial, como el derecho a la paz, el cual queda entonces excluido del catálogo de derechos fundamentales.

La Corte ha reconocido que los derechos que por expreso mandato constitucional poseen “un plus para su modificación” son derechos fundamentales, siempre y cuando tengan un contenido deóntico que admita su protección mediante una orden judicial. A este respecto, la Corte ha reconocido que el artículo 377 de la Constitución es una guía para el juez de tutela, pues en él se establece que ciertos derechos constitucionales poseen “más fuerza” que otros, al señalar que *“Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran éstas a los derechos reconocidos en el Capítulo 1 del Título II y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso), si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo un cinco por ciento de los ciudadanos que integran el censo electoral”*⁵¹.

El criterio que acaba de ser enunciado, sirve para añadir a la lista de derechos fundamentales contenida en el artículo 85 de la Carta, los derechos al trabajo - al menos en una dimensión negativa-, de asociación, y de sindicalización, en los términos definidos por la ley, ya que estos derechos, como se dijo en otra parte, si

⁵¹Artículo 377 Constitucional.

bien están consagrados en el Capítulo denominado “De los derechos Fundamentales” no eran considerados tales porque no estaban enunciados en la lista taxativa del artículo 85 constitucional, pero con la interpretación sistemática del artículo 377 de la Carta, queda claro que dichos derechos sí son fundamentales.

Como se observa, con estos dos criterios (los derechos de aplicación inmediata y los derechos que poseen un plus para su modificación), quedan todos los derechos contenidos el Capítulo I del Título II de la Constitución, ahora sí, con la categoría de fundamentales, excepto el derecho a la paz y el derecho de asilo, que, aun cuando son fundamentales, no puede protegerse cabalmente mediante un fallo de tutela.

Dijo la Corte, sobre estos derechos, en primerísima jurisprudencia

El artículo 377 de la Constitución es una guía para el Juez de Tutela; en él se establece que unos derechos poseen más fuerza que otros, otorgándoles un plus, cuando dice: "Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran éstas a los derechos reconocidos en el Capítulo 1, Título II y sus garantías..., si así lo solicitan dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo un cinco por ciento de los ciudadanos que integran el censo electoral...".

Este capítulo de derechos tiene una "supergarantía" que le permite condicionar eventualmente su reforma, lo que hace pensar en la naturaleza especial de tales derechos, siguiendo en esto la orientación de la Constitución Española de 1978 en su artículo 168 (a su vez inspirado en el artículo 79-3 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949)⁵².

Sobre el derecho al trabajo, ha expresado la Corte⁵³

En efecto, el trabajo es un valor fundante del estado social de derecho, y un derecho fundamental, que “goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado” (artículos 1 y 25 de la Constitución Política). El derecho fundamental al trabajo no solo se refiere a las relaciones laborales dependientes y subordinadas, sino también al trabajo no subordinado e independiente: “La

⁵²Sentencia T-002 de 1992 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

⁵³Sentencia T-677 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Constitución más que al trabajo como actividad abstracta protege al trabajador y su dignidad. De ahí el reconocimiento a toda persona del derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, así como la manifestación de la especial protección del Estado "en todas sus modalidades" (Sentencia T-475/92, Eduardo Cifuentes Muñoz).

*Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas (artículo 25 C.P.). Ningún proyecto de desarrollo económico ni esquema de organización social empresarial pueden operar lícitamente si olvidan "al hombre como medida y destino final de su establecimiento", en consecuencia toda medida, bien sea la adopción de una política pública, la regulación de las relaciones en las empresas del Estado o las decisiones de los empresarios privados, que afecte las condiciones de trabajo, debe ajustarse al artículo 25 de la Constitución que garantiza unas condiciones **dignas y justas** por fuera de las cuales nadie está obligado a trabajar (SU-519/97).*

La Corte Constitucional consideró que efectivamente el derecho de asociación es fundamental, desde sus primeros años de funcionamiento. En sentencia que ahora resulta de gran claridad dijo:⁵⁵

La Constitución dedica a esta libertad el artículo 38, cuyo contenido es:

"Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad."

Ahora bien, para la Sala, sin duda, éste es un derecho constitucional fundamental.

A esta conclusión se puede llegar por la sola ubicación de la disposición dentro del articulado de la Carta. En efecto, el artículo está localizado en el Título II, Capítulo I, "De los derechos fundamentales". Proceder de esta forma, además de respetar la letra de la Constitución, satisface lo prescrito por el artículo segundo (2o.) del decreto 2591 de 1991, que parte de la base de que la fundamentalidad de un derecho constitucional proviene, primordialmente, mas no de manera exclusiva, de la propia calificación que la Constitución haga del mismo. La disposición dice:

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

⁵⁴Sentencia T-003 de 1994 M.P. Jorge Arango Mejía

En síntesis, se aplican aquí los principios de la calificación legal (razonamiento a rúbrica) y de la localización de la norma (razonamiento sede materiae).

Como consecuencia de su naturaleza de derecho constitucional fundamental, la Sala estima que tanto las amenazas como las violaciones a la libertad de asociación, son dignas de la protección que brinda la acción de tutela.

También en Sentencia T-781 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, estudiando un caso de violación del derecho de asociación dijo la Corte

De manera pues, ha dicho la Corte Constitucional, y se reitera en esta oportunidad, lo siguiente: “En efecto, el derecho de asociación, entendido como el ejercicio libre y voluntario de los ciudadanos encaminado a fundar o integrar formalmente agrupaciones permanentes con propósitos concretos, incluye también un aspecto negativo: que nadie pueda ser obligado directa o indirectamente a formar parte de una asociación determinada. Si no fuere así, no podría hablarse del derecho de asociación en un sentido constitucional, pues es claro que se trata de un derecho de libertad, cuya garantía se funda en la condición de voluntariedad” (Sent. C-606 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón).

Igualmente, expresó esta Corporación “La afiliación tanto como la pertenencia a una asociación son actos voluntarios y libres y dependen exclusivamente y por siempre de la decisión de la persona” (Sent. T-454 de 1992. M.P. Jaime Sanin Greiffenstein).

La Corte Constitucional ha señalado, sobre el derecho fundamental de asociación (art. 38 C.P.), que él tiene dos dimensiones⁵⁶:

...una positiva que consiste en la facultad que tienen todas las personas para fundar o integrar libremente, en forma voluntaria, organizaciones reconocidas por el Estado y capacitadas para operar en el tráfico jurídico, comprometidas en la realización de diversos proyectos, ya sea de carácter social, cultural, económico, etc.; y, una dimensión o faceta de carácter negativo derivada en forma directa del derecho de libertad y, se expresa en la facultad que tiene toda persona para negarse o abstenerse de formar parte de determinada asociación y su derecho correlativo a no ser obligado ni directa ni indirectamente a ello...

Específicamente sobre el derecho de asociación sindical o de sindicalización ha dicho la Corte:⁵⁷

⁵⁶Sentencia T--336 de 2000, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra. Reiterada, entre otras, en la sentencia T-1080 de 2004 M.P. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

⁵⁷Sentencia T-161 de 1993 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

*El derecho a la **asociación sindical**, es una especie del derecho de asociación, que tienen las personas de reunirse o unirse, con el fin de tutelar los intereses económicos y profesionales comunes a través del desarrollo colectivo de diferentes acciones.*

Este derecho aparece incorporado dentro del Capítulo I del Título II de la Carta Política, esto es, se encuentra consagrado como un derecho fundamental, y ha sido reconocido en igual sentido por esta Corporación, en las sentencias: ST-441 de julio 3 de 1992 y ST-443 de de julio 6 de 1992.

(...)

*Los trabajadores tienen derecho a constituir libremente sindicatos y asociaciones, en forma autónoma e independientemente, es decir, sin que medie siquiera la intervención el Estado, ni la de los empleadores; sin embargo, la estructura, y el funcionamiento de los sindicatos y organizaciones gremiales de trabajadores se sujetan al ordenamiento legal y a los principios democráticos. Conforme a lo anterior, cualquier intromisión de los patronos en la creación, funcionamiento o actividad de esta clase de agrupaciones, constituye una violación del derecho de **asociación sindical**.*

Más recientemente, analizando el mismo derecho, la Corte ha reiterado su línea jurisprudencial de protección al derecho de asociación sindical, en los siguientes términos:

En diferentes oportunidades esta corporación ha señalado que la vulneración del derecho a la libre asociación sindical contemplada en la Carta Política, merece un trato especial, que conlleva que la acción de tutela sí proceda como medio eficaz para su protección. Las actuaciones que desarrollen los empleadores, no pueden interferir con la libre voluntad de sus trabajadores para constituir agremiaciones sindicales o afiliarse y permanecer en ellas⁵⁸.

3.3.3 Los derechos por expreso mandato constitucional⁵⁹. Los derechos fundamentales por expreso mandato constitucional son aquellos, que pese a no encontrarse en el Capítulo 1 del Título II de la Carta, ni estar enumerados en el listado cerrado del artículo 85 de la Constitución, tienen, por expreso mandato de la misma, el carácter de fundamentales. Este criterio hace referencia a unos casos en que el constituyente en forma expresa, calificó de fundamentales unos derechos.

⁵⁸Sentencia T-020 de 2007 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁵⁹AUTORES VARIOS. Aspectos Procesales de la Acción de Tutela. Curso – concurso de formación de jueces. Módulo de Autoformación Judicial. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004.

Según este criterio, serían derechos fundamentales el derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 29 y 229) y los derechos de los niños (art. 44). El derecho a la tutela judicial efectiva se dividiría a su vez en dos: el debido proceso y el acceso a la administración de justicia.

3.3.3.1 Derechos fundamentales de los niños. Respecto a los derechos de los niños, consagrados en el artículo 44 de la Constitución, la Corte ha indicado que los derechos prestacionales en él contenidos -como el derecho a la salud- son fundamentales y, en consecuencia, pueden ser protegidos mediante una orden de tutela, en los términos en que tal derecho ha sido desarrollado por la ley.

No obstante, a falta de disposición legal que desarrolle los mencionados derechos, la prestación correspondiente será susceptible de ser defendida mediante una orden judicial, siempre y cuando la parte del derecho que se protege, resulte indispensable para satisfacer necesidades básicas insatisfechas de los niños y siempre que la misma resulte jurídica y fácticamente viable.

También ha dicho la Corte, producto del artículo 44 Superior, que todos derechos de los niños (y entiéndase por tal las personas menores de 18 años) son fundamentales y por tanto procede su protección vía tutela de manera inmediata.

Recordemos que dicho artículo 44 comienza enunciando: “*son derechos fundamentales de los niños...*”⁶⁰, razón por la cual, pese a encontrarse en el Capítulo II del Título II denominado *De los derechos, sociales, económicos y culturales*, la Constitución expresamente los catalogó como fundamentales y su ubicación en ese capítulo, como ya se ha dicho, es más producto del accidente que de la filosofía del Constituyente de 1991.

⁶⁰Ver artículo 44 de la Constitución Política.

Con respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, contenida en los artículos 29 y 229 del Texto Constitucional, se puede decir, básicamente, que se divide en dos derechos a su vez, el derecho al debido proceso, que es un derecho fundamental de vigencia inmediata y sobre el cual no hay discusión, y el derecho para acceder a la administración de justicia.

3.3.3.2 Derecho a la tutela judicial efectiva. El derecho para acceder a la administración de justicia está contenido en el artículo 229 que se encuentra ubicado en el Título dedicado a la Rama Judicial, ubicación que también podemos considerar como accidental, pues de su lectura se desprende que el derecho en él contenido es esencialmente fundamental y está en estrecha relación con el artículo 29 que consagra el debido proceso. En especial sobre el derecho e acceso a la administración de justicia, que sería el derecho que se incorpora como fundamental podemos encontrar en la jurisprudencia de la Corte Constitucional lo siguiente⁶¹

El Constituyente de 1991 elevó a derecho constitucional el acceso de todas las personas a la administración de justicia (CP. art. 229), garantía que permite a los individuos contar con un instrumento esencial de convivencia armónica, en tanto otorga la oportunidad de resolver las controversias y conflictos mediante la intermediación de un juez que actuando de manera independiente resolverá la controversia de que se trate en una decisión motivada, proferida con sujeción al procedimiento y a las garantías previstas en la Constitución y en la ley. Ello supone el cumplimiento del debido proceso, según el cual nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa y con observancia plena de las formas de cada juicio (CP. art. 29).

Los fines del Estado de asegurar a sus integrantes una convivencia pacífica, el trabajo, la justicia, la igualdad, se logran en gran medida garantizando real y efectivamente el acceso a la administración de justicia, entendido este derecho no sólo como la posibilidad de poner en funcionamiento el aparato judicial mediante el ejercicio del ius postulandi, sino que ello implica la garantía de la igualdad procesal de las partes, la resolución de las peticiones y el examen razonado de los argumentos expuestos por quienes intervienen en el litigio, el análisis objetivo de las pruebas que obren en el proceso, bien sean las allegadas por las partes, ya las que el juez o magistrado en ejercicio de sus facultades legales decreta por considerarlas útiles para la verificación de los hechos que se controvierten, en aras de garantizar el interés público del proceso, así como la

⁶¹Sentencia T-1224 de 2004 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

búsqueda de la verdad real, de suerte que pueda proclamarse la vigencia y realización de los derechos vulnerados.

Más recientemente, se reiteró la fundamentabilidad del derecho de acceso a la justicia al señalar que

La Corte Constitucional en desarrollo de la función de guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política (Art. 241 C.P.), ha reiterado el deber que tienen todos los operadores jurídicos de interpretar la Constitución como una norma dotada de unidad de sentido, esto es, que en la aplicación de las normas fundamentales del Estado debe optarse por una interpretación sistemática cuyos efectos irradian al resto del ordenamiento jurídico.⁶²

Es precisamente a partir de ese principio de hermenéutica constitucional en que ha de comprenderse el alcance de los derechos constitucionales fundamentales al acceso a la administración de justicia y a un debido proceso sin dilaciones injustificadas.

En efecto, desde el Preámbulo de la Carta Política, el Constituyente fijó uno de los marcos dentro de los cuales las autoridades Estatales deben orientar sus actuaciones para lograr la observancia de uno de los valores constitucionales, cual es, la justicia que debe ser asegurada a la comunidad colombiana. Dicho marco es el jurídico y de allí la fundamental tarea que tienen a su cargo las entidades y personas que en Colombia administran justicia (Art. 116 C.P.) para garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales (Art. 2).

Es claro, entonces, que no de cualquier manera el Estado debe asegurar a los integrantes de la sociedad colombiana la justicia, puesto que como queda visto debe hacerlo dentro de un marco jurídico, esto es, con observancia de las disposiciones constitucionales y legales vigentes.

Desde la perspectiva constitucional la adopción por parte del Constituyente del modelo del Estado social de derecho implica que el acceso a la administración de justicia así como los demás derechos reconocidos en la Constitución deben ser garantizados de forma efectiva dado que su simple protección formal, como por ejemplo su mera enunciación en una Carta de derechos sería incongruente con el mandato de respeto de la dignidad humana, de allí entonces que el artículo 5º Superior haya reconocido, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de las personas dentro de los cuales se encuentra el derecho de acceso a la administración de justicia, que conforme a las disposiciones citadas, ha de ser garantizado de forma material y efectiva.

(...)

⁶²Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, C-649 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C-064 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentería, entre otras.

Conforme lo ha precisado esta Corporación "el acceso a la administración de justicia implica, entonces, la posibilidad de que cualquier persona solicite a los jueces competentes la protección o el restablecimiento de los derechos que consagran la Constitución y la ley. Sin embargo, la función en comento no se entiende concluida con la simple solicitud o el planteamiento de las pretensiones procesales ante las respectivas instancias judiciales; por el contrario, el acceso a la administración de justicia debe ser efectivo, lo cual se logra cuando, dentro de determinadas circunstancias y con arreglo a la ley, el juez garantiza una igualdad a las partes, analiza las pruebas, llega a un libre convencimiento, aplica la Constitución y la ley y, si es el caso, proclama la vigencia y la realización de los derechos amenazados o vulnerados⁶³. Es dentro de este marco que la Corte Constitucional no ha vacilado en calificar al derecho a que hace alusión la norma que se revisa -que está contenido en los artículos 29 y 229 de la Carta Política- como uno de los derechos fundamentales⁶⁴, susceptible de protección jurídica inmediata a través de mecanismos como la acción de tutela prevista en el artículo 86 superior."⁶⁵

Queda pues claro, que el derecho de acceder a la administración de justicia (art. 229) es fundamental y tiene una estrecha e íntima relación con el derecho al debido proceso (art. 29). Estos dos derechos por estar tan ligados, la Corte los ha recogido con el nombre de tutela judicial efectiva.

3.3.4 Los derechos que hacen parte del llamado “bloque de constitucionalidad”⁶⁶. La Corte ha señalado que los derechos recogidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia que no pueden ser suspendidos en Estados de Excepción, hacen parte del llamado “bloque de constitucionalidad” e integran el catálogo de derechos fundamentales, es decir, de aquellos derechos susceptibles de ser protegidos mediante la acción de tutela.

⁶³ Cfr. Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 5. Sentencia No. T-173 del 4 de mayo de 1993. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

⁶⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias Nos. T-006/92, T-597/92, T-348/93, T-236/93, T-275/93 y T-004/95, entre otras.

⁶⁵ Corte Constitucional. C-037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁶⁶ Para un estudio más de fondo sobre el bloque de constitucionalidad ver UPRIMNY YEPES, Rodrigo. El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal.

En principio, puede decirse que el Bloque de Constitucionalidad son todas aquellas disposiciones normativas, tanto de carácter interno como internacional, con plena vigencia en el ordenamiento jurídico interno, que hacen parte del referente que tiene la Corte Constitucional para ejercer el control de constitucionalidad.

El término “Bloque de Constitucionalidad”, es una noción relativamente novedosa en el argot jurídico colombiano; no constituye, en esencia, una definición propiamente legal, toda vez que si bien, su génesis puede encontrarse en textos legales y más propiamente de rango constitucional, su depuración es producto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, instancia que lo ha retomado, como uno de los elementos para cotejar normas jurídicas de rango inferior, a la hora de decidir sobre juicio de constitucionalidad de las mismas.⁶⁷

La Corte Constitucional lo ha definido así:

El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional...el único sentido razonable que se puede conferir la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley⁶⁸.

Según lo expresa VERGARA, analizando la anterior definición dada por la propia Corte:

Por Bloque de Constitucionalidad ha de entenderse, aquel conjunto de normas contentivas de valores y principios supremos definidos por el constituyente como guía o esencia de nuestro modelo de Estado Constitucional de Derecho, los cuales bien pueden aparecer planteados genéricamente en la constitución y ser desarrollados en otras leyes que por ende, tendrán una jerarquía igual a la de las normas constitucionales⁶⁹.

⁶⁷VERGARA CORTÉS, Rodrigo. El bloque de constitucionalidad. Revista Estudios de Derecho Volumen LIX, No. 133-134. Diciembre de 2000. Medellín: Universidad de Antioquia. p. 15-16.

⁶⁸Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, la cual consagró el concepto de “bloque de constitucionalidad”.

⁶⁹VERGARA CORTÉS, Op. Cit. p. 17.

Hacen parte del bloque de constitucionalidad el preámbulo, el articulado constitucional, los tratados de límites ratificados por Colombia, los tratados de derechos humanos y derecho internacional humanitario, los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales, todo ello en sentido estricto; en sentido lato, también hacen parte del bloque de constitucionalidad, las leyes estatutarias y las leyes orgánicas, en lo pertinente.

Estas disposiciones prevalecen en el orden interno, pues la Corte Constitucional han reconocido su enorme valor normativo superior, y lo jueces de la República (el de tutela no es la excepción) deben aplicarlo en los casos de que conozcan, de acuerdo con el asunto que se ventilen en los distintos procesos bajo su responsabilidad.

En este punto es necesario dejar en claro que, cuando hablamos de que hacen parte del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales debidamente ratificados por Colombia, hacemos referencia a dos posibilidades, en primer término que dentro de esos tratados existan derechos que no están consagrados en la propia Constitución, entonces ese derecho nuevo sería tutelable en el orden interno, y en segundo término, que si en un tratado internacional ratificado por Colombia, aparece un derecho que también existe en nuestra Carta, pero que si se interpreta a la luz del tratado, resulta más claro o más favorable a un ciudadano, sería entonces propicio proceder a su interpretación según lo dispuesto en el respectivo tratado. Además, los derechos laborales que obren en convenios internacionales del trabajo, también hacen parte del bloque de constitucionalidad, según el artículo 53 de la Carta⁷⁰.

En cuanto a la fuerza jurídica de las recomendaciones internacionales en el régimen interno, la Corte ha diferenciado entre tratados internacionales y

⁷⁰Corte Constitucional, sentencia T-568 de 1999, entre otras.

recomendaciones de organismos internacionales, determinando que los primeros son obligatorios y se ratifican legislativamente. Por el contrario las recomendaciones no se ratifican legislativamente, aunque también son obligatorias cuando estén en relación conexas e inescindibles con los convenios, en razón a que la fuerza vinculante del tratado internacional está sujeta en tal evento a la correcta aplicación de la respectiva recomendación⁷¹.

Así, la Corte ha considerado dos casos específicos en los cuales las recomendaciones son de estricto cumplimiento por parte del Estado colombiano. De un lado, las recomendaciones formuladas a Colombia por el Consejo de Administración de la OIT⁷² y, del otro, las recomendaciones a Colombia por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁷³. En cuanto a éstas últimas, la Corte acogió lo dicho por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el carácter vinculante de las recomendaciones internacionales emitidas por ese organismo⁷⁴.

Pues bien, sin entrar en más detalles sobre el bloque de constitucionalidad, y partiendo de la premisa de su obligatoriedad en el régimen interno, al cual aún unos cuantos se resisten a aceptar, es posible presentar una acción de tutela por la violación de un derecho fundamental que si bien no está en la Constitución colombiana, sí se encuentra consagrado en un pacto o convención internacional sobre derechos humanos aprobado por Colombia. En este caso el aporte internacional es para crear un derecho.

⁷¹Esta distinción ha sido señalada por la Corte en las sentencias C-049 de 1994 y C-280 de 1997. Mediante la sentencia C-468 de 1997 se estudió la constitucionalidad de la ley 347 de 1997 en la que el Congreso aprobó algunas recomendaciones de la OIT siguiendo el procedimiento de ley aprobatoria de tratado. La Corte declaró inconstitucional la ley por habersele dado un trámite de tratado a unas recomendaciones internacionales.

⁷²Se trata de la sentencia T-568 de 1999, en donde se decide sobre una acción de tutela interpuesta por el sindicato de trabajadores de Empresas Varias Municipales de Medellín. El sindicato alegaba que la decisión que había decidido la legalidad del despido de 209 trabajadores quienes se habían declarado en asamblea permanente e el trámite de la negociación de una convención colectiva, vulneraba sus derechos sindicales. La Corte Constitucional falló a favor de los tutelantes reconociendo las recomendaciones que había formulado el Comité de Libertad Sindical de la OIT respeto del caso.

⁷³Ver Sentencia T-568 de 1999.

⁷⁴El papel de la Corte Constitucional y la Tutela en la realización del Estado Social de Derecho, Op. Cit., p. 10.

También es posible presentar una acción de tutela por violación de un derecho fundamental que si bien está en la Constitución colombiana, su interpretación es más clara a la luz de un instrumento internacional. En este caso la aportación internacional es para interpretar un derecho.

3.3.5 Los Derechos Innominados⁷⁵. En la Constitución existen algunos derechos que se encuentran implícitos en el ámbito de protección de distintas disposiciones jurídicas fundamentales, pero que, sin embargo, no se encuentran textualmente enunciados en ellas. En este criterio, por ejemplo, se ha incluido el denominado mínimo vital, que aunque no aparece tipificado o nominado, según la Corte, es un derecho fundamental.

El artículo 94 de la Constitución establece que *“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”*. En consecuencia, parece corresponder a la Corte Constitucional la definición de tales derechos, sus alcances y sus limitaciones, en ejercicio de su función como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución (art. 241).

La Corte Constitucional ha identificado tres derechos fundamentales innominados: la dignidad humana, el mínimo vital y la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios. Para la Corte se trata de derechos que también gozan de protección a nivel del derecho internacional de los derechos humanos. Son pues, derechos básicos e interdependientes, necesarios para garantizar las mínimas condiciones de respeto del derecho a la vida y como tales “inherentes a la persona humana” en el sentido del artículo 94 de la Constitución. Veamos brevemente el alcance de la protección de cada uno de estos derechos.

⁷⁵Ibíd.

3.3.5.1 Derecho a la dignidad humana. Recientemente la Corte Constitucional recogió la jurisprudencia que hasta ahora había elaborado sobre el derecho a la dignidad humana y luego de realizar una lectura comprensiva de la misma y una interpretación sistemática de la Carta Política, concluyó que se trata de un derecho fundamental autónomo, cuyos titulares son las personas naturales. Según la Corte el derecho a la dignidad tiene un triple objeto de protección:

- la autonomía individual,
- las condiciones materiales para el logro de una vida digna y
- la integridad física y moral que resulte necesaria para lograr la inclusión social de una persona excluida o marginada.

Finalmente, la Corte indicó que el mecanismo de protección de este derecho es la acción de tutela.

De acuerdo con la Corte, en la mayoría de los casos, la dignidad se protege mediante la tutela de manera paralela y simultánea con otros derechos fundamentales con los cuales guarda una estrecha relación, como la igualdad, el trabajo, el libre desarrollo de la personalidad, la vida, la salud, el mínimo vital, la identidad personal y la propia imagen, entre otros. En sentencia T-317 de 2006 la Corte Constitucional se pronunció sobre la dignidad humana en estos términos:

El artículo 1 de la Constitución Política dispone:

ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, **fundada en el respeto de la dignidad humana**, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Negrillas fuera del texto).

La dignidad humana, como principio fundante del Estado, es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución. Tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado bajo ninguna circunstancia, lo que sí ocurre con derechos que necesariamente deben coexistir con otros y admiten variadas restricciones.

El respeto a la dignidad humana no sólo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades. Su acato debe inspirar a todas las actuaciones del Estado. Por lo tanto, "La dignidad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal".⁷⁶ Sobre el tema, ha dicho esta Corte lo siguiente:

*"El hombre es un fin en si mismo. Su dignidad depende de la posibilidad de autodeterminarse (CP art. 16). Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como "vida plena". La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una **vida íntegra** y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social. Una administración burocratizada, insensible a las necesidades de los ciudadanos, o de sus mismos empleados, no se compadece con los fines esenciales del Estado, sino que al contrario, **cosifica al individuo** y traiciona los valores fundantes del Estado Social de Derecho (CP art. 1º)"⁷⁷.*

Bajo este derrotero, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano. En este sentido, esta Corporación en Sentencia T-702 de 2001⁷⁸, ha considerado lo siguiente:

"El derecho a la dignidad no es una facultad de la persona para adquirir su dignidad, ni para que el Estado se la otorgue o conceda, porque la dignidad es un atributo esencial de la persona humana; el derecho fundamental es a que se le dé un trato que respete plenamente la dignidad del ser humano. Es un derecho que implica tanto obligaciones de no hacer como obligaciones de hacer por parte del Estado."

Así pues, es un deber que comporta por parte del Estado y de sus autoridades, la adopción de medidas y políticas que se encaminen a garantizar un trato acorde a la condición de seres humanos, a todos y cada uno de los miembros de la sociedad.

Ahora bien, dada la amplitud de este concepto, la Corte ha sido particularmente exigente a la hora de demostrar o exigir la demostración de la existencia de una

⁷⁶Sentencias T-401 de 1992. Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷⁷Sentencia T-499 de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷⁸Cfr, Sentencia T-702 de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

amenaza o vulneración de la dignidad humana. En este sentido, es fundamental tener en cuenta los criterios enunciados.

3.3.5.2 Derecho al mínimo vital. La Corte Constitucional, retomando importante jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, ha encontrado que la Constitución protege el derecho fundamental al “mínimo vital”. Este derecho se funda en el principio de solidaridad social y hace alusión a la obligación - del Estado o de un determinado particular - de satisfacer las mínimas condiciones de vida de una persona.

La Corte se ha referido al mínimo vital de diversas maneras: (1) como derecho fundamental innominado que asegura los elementos materiales mínimos para garantizar al ser humano una subsistencia digna; y (2) como el núcleo esencial de los derechos sociales – como el derecho a la pensión o al salario - cuya garantía resulta necesaria para la satisfacción de los derechos fundamentales. En este último caso, la Corte sostiene que un derecho social puede adquirir el rango de fundamental por conexidad cuando se vulnera el mínimo vital.

En cualquier caso, para la Corte, el mínimo vital es un derecho a la subsistencia que aun cuando no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, puede deducirse de los derechos a la salud, al trabajo, y a la asistencia o a la seguridad social.

Este derecho incluye, el núcleo esencial de derechos sociales prestacionales y tiene como función lograr una igualdad material, *“cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población, y siempre que 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.”*

La Corte Constitucional ha definido el contenido del mínimo vital

*como aquella parte del ingreso del trabajador destinado a solventar sus necesidades básicas y del núcleo familiar dependiente, tales como alimentación, vivienda, salud, educación, recreación, servicios públicos domiciliarios, entre otras prerrogativas que se encuentran previstas expresamente en la Constitución Nacional y que además, posibilitan el mantenimiento de la dignidad del individuo como principio fundante del ordenamiento jurídico constitucional*⁷⁹.

Es decir, el mínimo vital son los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponde a las necesidades más elementales del ser humano. Cabe aclarar que, para la Corte, el mínimo vital no se equipara ni es sinónimo del salario mínimo, pues son dos conceptos totalmente distintos.

Con fundamento en lo anterior, la Corte ha reconocido el derecho al mínimo vital de los pensionados, los trabajadores, las mujeres embarazadas y las personas en situación de debilidad manifiesta, frente a las siguientes situaciones:

- Mora en el reconocimiento y pago oportuno de pensiones de vejez, jubilación o invalidez o de la sustitución pensional;
- Mora en el pago de salarios;
- Omisión de prestar atención necesaria de seguridad social en salud;
- Omisión de pagar la licencia de maternidad y el despido injustificado de la mujer embarazada; y,
- Desprotección absoluta de personas en situación de debilidad manifiesta.

Al respecto ha dicho la Corte

*La acción de tutela, en principio no resulta procedente como mecanismo judicial para hacer efectivo el pago de acreencias laborales por existir para ello otros medios de defensa judicial.*⁸⁰ No obstante, *procede la acción de tutela como*

⁷⁹Sentencia T-944 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis

⁸⁰Cfr. sentencias T-437 de 1996, T-529 y T-576 de 1997, SU-667 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

mecanismo idóneo de protección de los derechos fundamentales, cuando no se cancelan de manera oportuna y completa los salarios, y se atenta contra el mínimo vital del trabajador y su familia.⁸¹ Además, tal como lo ha dispuesto la jurisprudencia, la suspensión prolongada en el pago de los salarios a que tienen derecho los trabajadores de una entidad pública o privada, hace presumir la afectación del mínimo vital,⁸² lo cual atenta de manera directa contra sus condiciones elementales de vida.

Ahora bien, es necesario indicar que en los casos expuestos, la Corte ha protegido los derechos antes mencionados -el derecho a la pensión, a la asignación mensual, al reintegro de la mujer embarazada, etc.- sólo cuando se ha demostrado que la afectación de tales derechos compromete las condiciones mínimas de vida de la persona afectada. En este sentido, como se vio al estudiar el tema de la conexidad, la Corte ha elaborado una serie de criterios para que, en casos como estos, pueda entenderse que la violación de un derecho social afecta, por conexidad, el derecho fundamental al mínimo vital.

3.3.5.3 Derecho a la seguridad personal. El derecho a la seguridad personal sólo es reconocido como derecho fundamental autónomo en la jurisprudencia más reciente de la Corte Constitucional. Anteriormente la Corte, para proteger el derecho a la seguridad, argumentaba la protección del derecho a la vida y a la integridad de las personas o grupos amenazados – como los defensores de derechos humanos, miembros de partidos políticos, docentes y funcionarios públicos - por grupos armados ilegales.

No obstante, mediante la sentencia T-719 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte precisó el contenido y el alcance del derecho fundamental a la seguridad personal, como derecho consagrado expresamente en tratados internacionales ratificados por Colombia, derivado de disposiciones de la

⁸¹Cfr. sentencia T-075 de 1998, SU-995 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-129, T-146, T-231 y T-246 de 2000 entre otras.

⁸²Cfr. sentencias T-259 y T-606 de 1999, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

Constitución y reconocido por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo y constitucional.

En síntesis, considera la Corte que se trata de un derecho cuyo contenido es variable y su alcance – a la hora de identificar la obligación correlativa - debe ser determinado en función del contexto socio-político y jurídico en el cual se encuentra la persona amenazada. En este sentido, señala que si bien es un derecho de toda persona, debe ser particularmente garantizado – por ejemplo, mediante la acción de tutela - a sujetos de especial protección por sus condiciones personales.

En la sentencia mencionada, la Corte parte de una escala de riesgos que sirve como criterio fundamental para definir cuando se debe proteger en sí mismo y a través de la tutela el derecho a la seguridad personal, como manifestación del principio de igualdad frente a las cargas públicas. Según tal escala, existen cinco niveles de riesgo, caracterizados como sigue:

- nivel mínimo, por enfermedad y muerte natural,
- nivel ordinario, soportado por la convivencia social,
- nivel extraordinario y que las personas no están obligadas a soportar,
- nivel extremo que amenaza la vida y la integridad, que da lugar a la protección directa e inmediata de estos derechos y,
- riesgo consumado, solo susceptible de reparación posterior.

Sobre el derecho a la seguridad personal la Corte ha manifestado que

Para la Sala resulta claro que la seguridad personal, en el contexto colombiano, es un derecho fundamental de los individuos. Con base en él, pueden exigir, en determinadas condiciones, medidas específicas de protección de parte de las autoridades, con el objetivo de prevenir la materialización de cierto tipo de riesgos extraordinarios contra su vida o integridad personal, que no tienen el deber jurídico de soportar, y que las autoridades pueden conjurar o mitigar⁸³

⁸³Sentencia T-719 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

De acuerdo con la Corte, la tutela sirve para proteger el derecho a la seguridad personal de toda persona en situación de riesgo extraordinario – aquel que los individuos no tienen el deber de soportar -, y siempre que el riesgo cumpla varias de las siguientes características: que sea específico, individualizado, concreto, presente, importante, serio, claro, discernible, excepcional y desproporcionado. En este caso, la acción procederá cuando tal riesgo ha dejado de ser evaluado y/o protegido por las autoridades competentes.

3.3.6 Los derechos conexos con los fundamentales o derechos fundamentales por conexidad⁸⁴. Aquellos derechos que si bien no ostentan en sí mismos la categoría de derechos fundamentales, pueden ser objeto de protección a través de la acción de tutela, siempre que su vulneración, en el caso concreto, apareje una violación o amenaza de un auténtico derecho fundamental. Es el llamado Criterio de Conexidad, el cual ha fundamentado la tutela de ciertos derechos, como el derecho a la seguridad social en salud y pensiones, o el derecho al medio ambiente, entre otros, cuando su amenaza o vulneración comprometa la vigencia de un derecho fundamental, como por ejemplo, la vida.

Los derechos económicos, sociales y culturales, no pueden ser concretados ni protegidos, en principio, mediante la acción de tutela. En efecto, en virtud de su fuerte contenido prestacional, tales derechos deben ser desarrollados de manera progresiva por el legislador y para su protección y garantía deben existir acciones y recursos especiales que el Estado va desarrollando progresivamente.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha entendido que en algunos casos excepcionales resulta procedente la protección, por vía de tutela, de los derechos económicos y sociales, cuando su amenaza o vulneración implica la amenaza o vulneración de un derecho fundamental, debido a la estrecha y directa relación

⁸⁴AUTORES VARIOS, Aspectos Procesales de la Acción de Tutela, Op. cit.

que existe entre ellos. En estos casos se entiende que el derecho prestacional protegido es un derecho fundamental por conexidad.

Algo similar ha ocurrido con la protección constitucional de los derechos colectivos. En efecto, en principio, tales derechos encuentran protección constitucional en las acciones populares. No obstante, la Corte Constitucional ha admitido la protección excepcional de estos derechos a través de la acción de tutela, siempre que se demuestre que su violación constituye una amenaza o vulneración de derechos fundamentales.

Ahora bien, como lo ha indicado la Corte, la procedencia de la tutela por conexidad, no puede ser definida en abstracto. Por el contrario, esta doctrina exige al juez constitucional que, en el caso en el cual una persona alegue la violación de un derecho fundamental por vía de la violación de derechos constitucionales de otra naturaleza, se acerque a la realidad social y realice un análisis suficiente del marco fáctico en el cual se desarrollan los hechos y del acervo probatorio, de forma tal que pueda determinar si, efectivamente, los hechos del caso permiten pensar que la vulneración o amenaza de derechos sociales o colectivos, da lugar a la violación o amenaza de los derechos fundamentales de la persona afectada. Esto significa que la conexidad debe ser verificada y demostrada en cada caso, para que sea procedente conceder la acción de tutela.

Mediante la utilización de la conexidad, la Corte Constitucional ha ejercido su función de garantizar la supremacía constitucional (art. 4) y la efectividad de los derechos fundamentales (art. 2). En efecto, a través de esta doctrina, la Corte ha protegido especialmente el contenido básico de algunos derechos sociales, como medio para lograr la igualdad sustancial o “real y efectiva” en términos del texto constitucional (art. 13) y para asegurar la efectividad de otros derechos fundamentales como las libertades civiles y políticas.

Es importante resaltar la aplicación de la tesis de conexidad cuando se encuentra en juego el derecho al mínimo vital. Gracias a este concepto es posible proteger la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales cuando quiera que la violación de estos dé lugar a una vulneración de la vida digna o la integridad de las personas, conceptos contenidos en la formulación jurisprudencial del derecho al mínimo vital.

Los beneficiarios directos de la teoría de la conexidad, en particular cuando se trata de proteger el mínimo vital, han sido los sujetos de especial protección constitucional, esto es, personas o grupos sociales que se encuentran en situación de vulnerabilidad e indefensión por sus condiciones personales o como resultado de la discriminación y marginación social.

Por disposición del constituyente son considerados sujetos de especial protección constitucional la mujer embarazada y la mujer cabeza de familia (art. 43), los adolescentes (art. 45), las personas de la tercera edad (art. 46), las personas con discapacidad (art. 46) y los trabajadores y los sindicatos (arts 53, 54, 55 y 56). La jurisprudencia constitucional también ha atribuido este carácter a los grupos étnicos, las personas privadas de la libertad, las personas en situación de desplazamiento forzado, las personas en situación de indigencia y las personas con diversa orientación sexual.

Sobre el derecho a la seguridad social en general ha dicho la Corte

La jurisprudencia de la Corte en torno a este tema ha señalado que el derecho constitucional proclamado en el artículo 48 superior no es, en principio, fundamental, pues hace parte de aquellas garantías denominadas sociales, económicas y culturales enunciadas a lo largo del capítulo 2 del Título II de la Carta, dado su contenido prestacional y su eminente sentido programático, es decir, que su cumplimiento o eficacia depende de factores políticos y económicos, los primeros que implican la decisión o voluntad de implementar

la forma de proporcionar a las personas servicios asistenciales y los segundos que suponen la posibilidad de asumir su costo⁸⁵.

También esta Corporación ha comprendido que en ciertas ocasiones el derecho constitucional a la seguridad social debe ser tratado como fundamental, no obstante carecer de esta calidad en principio y, en tales circunstancias, debe ser protegido a través de la acción de tutela, cuando su vulneración o amenaza significa, a su vez, violación o amenaza de un derecho de carácter fundamental⁸⁶, caso en el cual se lo ha considerado como un derecho fundamental por conexidad⁸⁷.

Sin embargo, este derecho constitucional, ha dicho la Corte, es fundamental cuando se predica de los niños, según el expreso mandato contenido en el artículo 44 superior⁸⁸, y cuando sus titulares son personas de la tercera edad, en vista de que, en este último caso, “se hace efectivo a través del pago de las correspondientes mesadas pensionales y la prestación de los servicios médico-asistenciales”⁸⁹, y “el mínimo vital de los ancianos, quienes se encuentran excluidos del mercado laboral o hallan serias dificultades para acceder a un empleo, depende por entero de los recursos que perciben por concepto de las pensiones”⁹⁰.

Vale la pena señalar que, en general, la Corte ha podido constatar que, en la mayoría de los casos, los medios ordinarios de defensa judicial son inexistentes o ineficaces para amparar los derechos de los sujetos de especial protección, especialmente si se tiene en cuenta que en la mayoría de los casos queda demostrada la necesidad de protección inmediata debido a las graves condiciones de vulnerabilidad e indefensión en que tales sujetos se encuentran.

Para dar aplicación al criterio de conexidad, la Corte Constitucional ha elaborado unas subreglas jurisprudenciales, con el objeto de que proceda la acción de tutela como mecanismo para proteger algunos de estos derechos, como el derecho a la

⁸⁵Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia SU-043 de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz, reiterada en la Sentencia SU-111 de 1997, Sala Plena, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸⁶Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸⁷Sobre los criterios para determinar la fundamentalidad de un derecho constitucional, puede consultarse Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

⁸⁸Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Sentencia T-236 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁸⁹Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencias T-323 de 1996 y T-299 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹⁰Ibid.

salud, a la educación o al pago de salarios y pensiones. Se trata en este aparte, de ilustrar la aplicación de la conexidad como requisito de procedibilidad de la acción de tutela.

3.3.6.1 Derecho a la seguridad social en salud y el mínimo vital. La seguridad social y la salud tienen, de acuerdo con el orden constitucional, un doble carácter: por un lado son servicios públicos a cargo del Estado, sujetos a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y, de otro lado, son derechos irrenunciables de los habitantes en el territorio nacional (arts. 48 y 49). Por disposición del constituyente los derechos a la salud y a la seguridad social son derechos fundamentales de los niños (art. 44), como se dijo al estudiar los derechos por expreso mandato constitucional, pero respecto de los restantes sujetos, son derechos constitucionales no fundamentales que el legislador debe desarrollar progresivamente.

Sin embargo, en algunos casos, la jurisprudencia constitucional ha entendido que se trata de derechos fundamentales por conexidad. En efecto, a juicio de la Corte los derechos a la salud y a la seguridad social pueden ser garantizados a través de la acción de tutela, cuando quiera que su vulneración suponga una violación o amenaza de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal, al mínimo vital y/o a la dignidad humana de la persona afectada.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha considerado como derecho fundamental autónomo el derecho a la salud de las personas de la tercera edad y de las personas en situación de discapacidad, dada su condición de sujetos de especial protección constitucional.

El mayor volumen de tutelas por violación del derecho a la salud se presenta por problemas relacionados con la atención prestada a los afiliados al sistema general de seguridad social. Por consiguiente, a continuación se exponen sumariamente

las subreglas establecidas por la Corte Constitucional como criterio para definir la procedibilidad de la acción de tutela en estos casos.

Es importante reiterar que la Corte ha entendido que la acción de tutela procede como mecanismo para proteger el derecho a la salud cuando, se demuestre que, por conexidad, existe una afectación inminente del derecho a la vida del actor, o de sus derechos a la integridad personal y a la dignidad humana. En este sentido, por ejemplo, la Corte ha establecido que la tutela procede cuando a la persona se le niega un tratamiento necesario para calmar dolores insoportables o un implemento indispensable para superar una incapacidad grave.

El derecho a la salud en conexidad con la vida, tal vez sea el mejor ejemplo para explicar el criterio de conexidad, por la abundante jurisprudencia que existe al respecto. La Corte Constitucional ha elaborado un concepto amplio del derecho a la vida, al considerar que no se debe entender como la mera subsistencia biológica, sino como un derecho cualificado que implica el reconocimiento y búsqueda de una existencia digna. Al respecto, ha dicho la Corte recientemente⁹¹

Se ha reiterado en esta corporación que el derecho a la vida en sí mismo considerado, no es un concepto restrictivo limitado a la idea reducida de peligro de muerte, sino que “se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna”.⁹²

Ese derecho fundamental a la vida, garantizado en la Constitución desde el preámbulo y en los artículos 1º, 2º y 11, entre otros, no se reduce a la mera existencia material, sino que además expresa una relación necesaria con la posibilidad que les asiste a todas las personas de desarrollar dignamente las facultades inherentes al ser humano.

⁹¹Sentencia T-038 de 2007 M.P. Nilson Pinilla Pinilla

⁹²Sentencias T-076 de 1999 (15 de febrero), M. P. Alejandro Martínez Caballero y T-956 de 2005 (15 de septiembre), M. P. Alfredo Beltrán Sierra, entre muchas otras.

Esta Corte ha expuesto lo siguiente, entre otras múltiples reiteraciones:

... si bien el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental, si puede llegar a ser efectivamente protegido, cuando la inescindibilidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida hagan necesario garantizar éste último, a través de la recuperación del primero, a fin de asegurar el amparo de las personas y de su dignidad.⁹³ De ahí que el derecho a la salud sea un derecho protegido constitucionalmente⁹⁴, en los eventos en que por conexidad, su perturbación pone en peligro o acarrea la vulneración de la vida u otros derechos fundamentales de las personas⁹⁵. Por consiguiente, la atención idónea y oportuna, los tratamientos médicos, las cirugías, la entrega de medicamentos, etc., pueden ser objeto de protección por vía de tutela, en situaciones en que la salud adquiere por conexidad con el derecho a la vida, el carácter de derecho fundamental.”⁹⁶

Ante una situación mayor que la ahora estudiada, en el cual la accionante solicitaba implante de prótesis mamarias, ya que ambos senos le habían sido afectados por una intervención quirúrgica para extirpar tumores malignos, conllevándole ya no el padecimiento de dolores físicos, sino afectaciones psicológicas y estados depresivos, la corporación sustentó, con el mayor cubrimiento que exigía aquel caso:

Bajo los anteriores supuestos, la Sala estima que además del tratamiento quirúrgico consistente en la implantación de las prótesis mamarias que requiere la actora, se deberá ordenar el tratamiento psicológico que le garantice una reafirmación de su autoestima y carácter femenino, los cuales han resultado bastante afectados con la mutilación de la que ha sido objeto, tal como han recomendado los médicos legistas del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, conforme a las pruebas recaudadas dentro del expediente....⁹⁷

En Sentencia T-307 de 2006 (abril 19), M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, se estudió el caso de un menor que por un defecto en sus orejas requería “otoplastia bilateral”, pronunciándose al respecto:

⁹³T-395 de 1998 (3 de agosto), M. P. Alejandro Martínez Caballero y T-867 de 2006 (19 de octubre), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹⁴Sentencias SU-039 de 1998 (19 de febrero), M. P. Hernando Herrera Vergara; T-489 de 1998 (11 de septiembre), M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-744 de 2006 (31 de agosto), M. P. Nilson Pinilla Pinilla; T-867 de 2006 (19 de octubre), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹⁵Sentencias T-271 de 1995 (23 de junio), M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-794 de 2005 (1° de agosto), M. P. Rodrigo Escobar Gil y T-867 de 2006 (19 de octubre), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹⁶Sentencias T-630 de 2004 (1° de julio), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-887 de 2006 (31 de octubre), M. P. Jaime Araújo Rentería.

⁹⁷Ver sentencia T-572 de 1999 (11 de agosto), M. P. Fabio Morón Díaz.

La salud no equivale únicamente a un estado de bienestar físico o funcional. Incluye también el bienestar psíquico, emocional y social de las personas⁹⁸. Todos estos aspectos contribuyen a configurar una vida de calidad e inciden fuertemente en el desarrollo integral del ser humano. El derecho a la salud se verá vulnerado no solo cuando se adopta una decisión que afecta el aspecto físico o funcional de una persona. Se desconocerá igualmente cuando la decisión adoptada se proyecta de manera negativa sobre los aspectos psíquicos, emocionales y sociales del derecho fundamental a la salud.

La garantía del derecho a la salud incluye varias facetas: una faceta preventiva dirigida evitar que se produzca la enfermedad, una faceta reparadora, que tiene efectos curativos de la enfermedad y una faceta mitigadora orientada a amortiguar los efectos negativos de la enfermedad. En este último caso, ya no se busca una recuperación pues esta no se puede lograr. Se trata, más bien, de atenuar, en lo posible, las dolencias físicas que ella produce y de contribuir, también en la medida de lo factible, al bienestar psíquico, emocional y social del afectado con la enfermedad.”

En muchas oportunidades, esta corporación ha resaltado que la reglamentación o aplicación del Plan Obligatorio de Salud no puede desconocer los derechos constitucionales fundamentales, lo cual ocurre cuando una EPS interpreta de manera restrictiva la reglamentación y omite la práctica de procedimientos e intervenciones quirúrgicas directamente relacionados con la dignidad o la vida de los pacientes, con el argumento equivocado de que se encuentran excluidos del POS.

De tal manera es válido deducir, que cuando una persona acude a la acción de tutela con el propósito de lograr la recuperación de su equilibrio emocional, psicológico o mental, que ha resultado alterado como consecuencia del padecimiento de una afección física, lo hace con el fin de obtener protección de sus derechos a la integridad personal y a una vida digna.

⁹⁸Sentencia T-659 de 2003 (agosto 6), M. P. Alfredo Beltrán Sierra: “Para la Sala en casos como el presente, la omisión de la E.P.S. accionada en autorizar la realización de la cirugía del menor (...) constituye vulneración a su derecho a la salud en conexidad con la vida en condiciones dignas de las cuales forma parte el derecho del niño y los adolescentes al desarrollo integral y armónico y a la protección oportuna, (artículos 44 y 45 de la C.P.) lo que de suyo implica la plena atención médica para que su crecimiento físico y su equilibrio psíquico sean los que normalmente correspondan a su edad y al sexo a que pertenece. No se puede alegar la no inclusión en el P.O.S. de determinado tratamiento estético cuando se evidencia que la carencia del mismo afecta la vida en condiciones dignas del menor y si bien la cirugía que requiere no compromete aspectos funcionales, si puede afectar la salud integral incluyendo la faceta psicológica del menor.”

Sin embargo, en ningún caso la acción de tutela puede proceder como mecanismo para la defensa de otros intereses o derechos no fundamentales. Así por ejemplo, la Corte ha reiterado que la tutela no puede proceder para ordenar un tratamiento meramente estético así la persona interesada alegue que de este depende algún interés legítimo como su autoestima o su estabilidad familiar.

En general, la Corte ha considerado que en aquellos casos en los cuales se niega a una persona un determinado tratamiento o implemento médico, o un medicamento específico por no encontrarse incluido en el POS, la acción de tutela sólo podrá proceder si, adicionalmente, se reúnen las siguientes condiciones:

- Que la falta del medicamento, implemento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos fundamentales a la vida, a la integridad o a la dignidad del interesado.
- Que no exista un medicamento o tratamiento sustituto o que, existiendo este, no obtenga el mismo nivel de efectividad para proteger los derechos fundamentales comprometidos.
- Que el paciente se encuentre en incapacidad real de sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido.
- Que el paciente se encuentre imposibilitado para acceder al tratamiento, implemento o medicamento a través de cualquier otro sistema o plan de salud.
- Que el medicamento o tratamiento hubiere sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud (EPS) a la cual se halle afiliado el demandante.

Es importante recordar que la Corte ha tutelado el derecho al diagnóstico, como medio necesario para identificar la enfermedad del paciente y prescribir el tratamiento adecuado, cuando las EPS se niegan a practicar el examen correspondiente por encontrarse excluido del POS, a pesar de reunirse las

condiciones antes señaladas. En estos casos la tutela ha resultado concedida por conexidad, por violación de los derechos a la vida, a la dignidad y a la salud.

En consecuencia, la Corte Constitucional ha precisado que las Entidades Promotoras de Salud (EPS) sólo pueden negarse a practicar el diagnóstico solicitado por el paciente o a suministrar un medicamento, tratamiento o implemento médico si, además de constatar la exclusión del plan de salud, presenta alguna de las siguientes razones:

- Si demuestra que el diagnóstico, medicamento o tratamiento solicitado no es necesario, con base en pruebas médicas que refuten el concepto del médico tratante;
- Si demuestra que dicho tratamiento no fue ordenado por un médico adscrito a la EPS, o
- Si demuestra que la persona está en capacidad – directa o indirectamente - de asumir el costo del medicamento o tratamiento solicitado y excluido del POS.

La Corte ha entendido que las EPS no pueden negarse a prestar el servicio de salud bajo el argumento de que el paciente no cumple el periodo mínimo de cotización exigido legalmente, por mora del patrono en el pago de los aportes de seguridad social, o por ser la enfermedad preexistente a la afiliación.

Por último, es importante recordar que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el juez de tutela debe utilizar su facultad de decretar pruebas para establecer si, en el caso concreto, se reúnen todos los requisitos que hacen procedente la protección del derecho mediante la acción de tutela. En consecuencia, como fue mencionado, el juez debe hacer cuanto esté a su alcance para entender demostrado que existe una afectación o amenaza de un derecho fundamental a causa de la falta de atención médica y que el paciente no tiene otros medios para garantizar la atención requerida, entre otros.

3.3.6.2 Derecho a la seguridad social en pensiones y el mínimo vital. En relación con el derecho a la seguridad social en materia pensional la Corte admite la procedencia excepcional de la tutela en dos situaciones:

- Cuando existe mora en el reconocimiento de la pensión, por demoras injustificadas en el trámite administrativo y se demuestra la afectación del derecho al mínimo vital y
- Cuando existe mora en el pago oportuno de las mesadas pensionales, y se comprueba la inexistencia de otros recursos para la subsistencia del actor y en algunos casos de su familia.

Se presume la afectación del derecho al mínimo vital cuando se trata de una persona de la tercera edad, o frente a la cesación prolongada e indefinida de pagos de las mesadas pensionales.

La mora en el pago de las pensiones constituye una omisión de pagar una prestación reconocida legalmente y en este caso la función del juez constitucional es ordenar que se cumpla lo jurídicamente debido, cuando se pone en riesgo la supervivencia misma de la persona.

Específicamente sobre el derecho a la seguridad social en pensiones, siguiendo la línea trazada anteriormente sobre el derecho a la seguridad social en general, la Corte, en Sentencia T-693 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, ha establecido que

en principio la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para obtener el reconocimiento de pensiones, o para lograr que se liquiden ellas o que se reanude su pago interrumpido, toda vez que para ello existen otros medios de defensa judicial, en atención a que dicha acción no tiene como finalidad el reconocimiento de derechos litigiosos o prestacionales. Sin embargo, la jurisprudencia ha admitido su procedencia cuando se trate de casos en los cuales el solicitante se ha visto sometido a una larga espera para el reconocimiento de su pensión, en atención a la no expedición del bono pensional⁹⁹.

⁹⁹Sentencia T-424 del 29 de mayo de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis

Por tanto, se considera, en esas situaciones específicas, que el derecho a la seguridad social en pensiones es fundamental siempre y cuando exista conexidad con el derecho a la vida, a la dignidad humana o al mínimo vital.

3.3.6.3 Derechos salariales: el derecho al pago oportuno del salario y el mínimo vital. La Corte admite la procedencia excepcional de la tutela cuando se presenta mora en el pago del salario adeudado al trabajador y se vulnera su mínimo vital y el de su familia, por carecer de otros medios de subsistencia. La afectación se presume cuando la mora se prolonga en el tiempo.

Al igual que en el caso de las pensiones, el pago oportuno del salario constituye una prestación jurídicamente debida, ya sea por parte del Estado o de los particulares, y es deber del juez constitucional garantizar el cumplimiento efectivo en aquellos casos en que se amenaza la subsistencia de las personas.

Al respecto dijo la Corporación en sentencia de unificación:

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho de todos los trabajadores al pago oportuno de su remuneración salarial, es una garantía que no se agota en la simple enunciación de un deber surgido de la relación laboral, sino que se trata de un verdadero derecho fundamental. La cumplida cancelación del salario está íntimamente ligada a la protección de valores y principios básicos del ordenamiento jurídico, que velan por la igualdad de los ciudadanos, el ideal de un orden justo, el reconocimiento de la dignidad humana, el mínimo material sobre el cual puede concretarse el libre desarrollo de la personalidad, y se realiza el amparo de la familia como institución básica de la sociedad.

(...)

No puede olvidarse que la figura de la retribución salarial está directamente relacionada con la satisfacción del derecho fundamental de las personas a la subsistencia, reconocido por la Corte Constitucional como emanación de las garantías a la vida (Art. 11 C.P.), a la salud (Art. 49 C.P.), al trabajo (Art. 25 C.P.), y a la seguridad social (Art. 48 C.P.).

(...)

Además, no puede perderse de vista que, como la mayoría de garantías laborales, el pago oportuno de los salarios es un derecho que no se agota en la satisfacción de las necesidades de mera subsistencia biológica del individuo, pues debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individuales ya comentados, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador. Alrededor del trabajo se desarrolla una compleja dinámica social que está ligada

a la realización de proyectos de vida digna y desarrollo, tanto individuales como colectivos que, por estar garantizados por la Carta Política como fundamento del orden justo, deben ponderarse al momento de estudiar cada caso particular¹⁰⁰.

La Corte ha reiterado que la acción de tutela no procede como mecanismo para solicitar el aumento o ajuste salarial, pues no se trataría en este caso de asegurar el mínimo vital. En el mismo sentido, la regla general es la improcedencia de la tutela para obtener el pago de vacaciones, primas y cesantías parciales o, en general, para agilizar u obtener el pago de otras prestaciones sociales, así como para reclamar el pago de acreencias de tipo laboral. Sin embargo, sobre este último aspecto la Corte se ha pronunciado de la siguiente manera¹⁰¹

Ahora bien, la Corte Constitucional ha sostenido que, por regla general, no es procedente la acción de tutela para obtener el pago de acreencias laborales. Sin embargo, ha precisado que de manera excepcional puede acudir a ella para obtener la cancelación de salarios, siempre que éstos constituyan la única fuente de recursos económicos que le permitan al trabajador asegurar una vida digna y cuando su no percepción afecte su mínimo vital y el de su familia¹⁰².

En efecto, si se encuentra afectado el mínimo vital del peticionario es procedente la acción de tutela para obtener el pago de las sumas adeudadas por concepto de salario¹⁰³. El mínimo vital -ha entendido la Corte- se refiere a aquella parte del ingreso del trabajador que se destina a solventar sus necesidades básicas y las de su familia. Sobre el tema ha sostenido:

"El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad.

Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital - derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario-, es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución. Este derecho constituye el fundamento

¹⁰⁰Sentencia SU-995 del 9 de diciembre de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁰¹Sentencia T-1078 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁰²Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-1087 del 4 de diciembre de 2002.

¹⁰³Se puede consultar la Sentencia T-468 del 2 de mayo de 2000 M.P. Álvaro Tafur Galvis

constitucional del futuro desarrollo legislativo del llamado "subsidio de desempleo", en favor de aquellas personas en capacidad de trabajar pero que por la estrechez del aparato económico del país se ven excluidos de los beneficios de una vinculación laboral que les garantice un mínimo de condiciones materiales para una existencia digna.

(...)

El derecho al mínimo vital no sólo incluye la facultad de neutralizar las situaciones violatorias de la dignidad humana, o la de exigir asistencia y protección por parte de personas o grupos discriminados, marginados o en circunstancias de debilidad manifiesta (CP art. 13), sino que, sobre todo, busca garantizar la igualdad de oportunidades y la nivelación social en una sociedad históricamente injusta y desigual, con factores culturales y económicos de grave incidencia en el "déficit social".¹⁰⁴

...para la Corte el mínimo vital garantizado como derecho inalienable de todo trabajador, está constituido por los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano¹⁰⁵.

Por tanto, corresponde al juez de tutela verificar si en el caso puesto bajo su conocimiento existe o no vulneración del mínimo vital y por procedería la tutela para este tipo de situaciones.

3.3.6.4 Derecho a la educación. La educación es, en principio, un derecho constitucional (art. 67) que sólo puede ser protegido mediante la acción de tutela en dos circunstancias: (1) cuando se trata de proteger el derecho de los niños, por expresa disposición constitucional (art. 44) y (2) cuando, por conexidad, al ser vulnerado, se viola un derecho fundamental, como la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad o el debido proceso. Pero la educación no sólo es un derecho, adicionalmente es un servicio público que tiene una función social (art. 67).

El núcleo esencial del derecho a la educación cubre cuatro aspectos generales que se encuentran en estrecha relación y conexión: la disponibilidad, el acceso, la permanencia y la calidad. Si bien existen diversas subreglas jurisprudenciales

¹⁰⁴Sentencia T-426 del 24 de junio de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰⁵Sentencia T-011 del 29 de enero de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

sobre cada uno de estos cuatro aspectos, en este aparte, para efectos de ilustrar uno de los ámbitos de procedencia de la acción de tutela, sólo se resalta la regla básica y general que se refiere a la garantía de acceder al sistema educativo. En efecto, según la Constitución, toda persona menor de 18 años tiene derecho a acceder, en igualdad de oportunidades, al ciclo de educación básica primaria, en una institución del Estado. Dicho ciclo debe comprender, como mínimo, un año de educación preescolar y nueve años de educación básica.

Recientemente, en sentencia T-1227 de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería, la Corte ha expresado que

En el ámbito constitucional, el artículo 67 de la Constitución Política define los parámetros mínimos del servicio de educación, establece la responsabilidad del Estado, la sociedad y la familia en materia de cumplimiento del derecho a la educación, e igualmente, establece que el acceso y la permanencia en el sistema educativo son dos componentes esenciales del servicio de educación. Por su parte, el artículo 366 de la Constitución prevé que es un objetivo fundamental del Estado la solución de las necesidades insatisfechas en materia de educación.

En virtud de la importancia del derecho a la educación, aun cuando en principio este derecho no fue consagrado de manera expresa como derecho fundamental, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a partir de una interpretación integral de la Constitución, ha reconocido el carácter fundamental de este derecho en situaciones particulares, dentro de las cuales pueden ser mencionadas las siguientes:

a) Cuando se trate de garantizar el derecho a la educación de la niñez, toda vez que de conformidad con el artículo 44 de la Constitución los derechos de los niños son fundamentales¹⁰⁶.

b) Cuando la amenaza o vulneración del derecho a la educación, amenaza o vulnera otro derecho de carácter fundamental, como la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, el debido proceso, etc¹⁰⁷.

De otra parte, el carácter fundamental reconocido al derecho a la educación no deriva solamente del desarrollo jurisprudencial sino que hace parte, entre otros, de los compromisos internacionales que ha adquirido Colombia a través

¹⁰⁶Sobre fundamentalidad del derecho a la educación de la niñez pueden consultarse las sentencias T-353 de 2001, T-1017 de 2000, T-202 de 2000 y T-050 de 1999.

¹⁰⁷La conexidad entre el derecho a la educación y el derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra analizada en la sentencia T- 780 de 1999.

del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰⁸, la Convención sobre Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, entre otros.

(...)

Adicionalmente, la doctrina internacional definió algunos atributos de este derecho, específicamente la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad, los cuales son comunes a todos los niveles y formas en los que sea prestado el servicio de educación¹⁰⁹. Con el fin de garantizar la vigencia del derecho a la educación en todos sus ámbitos “cualquier intento de restringir alguno de los criterios que involucre las características del derecho a la educación sin obedecer a una justa causa, debidamente expuesta y probada, deriva en arbitrario y, por ende, procede en su contra la acción de tutela y los demás instrumentos jurídicos y administrativos procedentes para exigir al Estado o al particular respectivo el cese inmediato de la vulneración”¹¹⁰.

De otra parte, el derecho a la educación permite el desarrollo armónico del individuo con su entorno, pues a partir de la realización de este derecho la persona adquiere una mayor capacidad de decidir con fundamento en sus convicciones íntimas y podrá tomar las determinaciones que mas le interesen, siempre dentro del límite que le impide afectar los derechos de terceros.

Considerando la relación entre el derecho a la educación y la capacidad de autodeterminación de las personas, ha sido reconocido que este derecho se encuentra íntimamente ligado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad establecido en el artículo 16 de la Constitución Política¹¹¹ y el derecho a escoger profesión u oficio consagrado en el artículo 26.

Es por eso que, la Corte Constitucional reconoció en la sentencia T-780 de 1999 lo siguiente:

“En efecto, el derecho a la libertad de escoger profesión u oficio (C.P., art. 26), como lo ha manifestado esta Corporación, “consiste en esencia en la posibilidad de optar sin coacciones ni presiones por la actividad lícita, profesional o no, a la que habrá de dedicarse la persona teniendo en cuenta su vocación, capacidades, tendencias y perspectivas”. El mismo presenta una naturaleza subjetiva y no tiene un carácter absoluto, ya que puede estar sujeto a ciertos requisitos legales acerca de “la obligación de competencia o habilitación requeridas de acuerdo con cada actividad”.

¹⁰⁸Artículos 13 y 14 del Pacto.

¹⁰⁹Cfr. Observación General No. 13 de 1999 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

¹¹⁰Consultar sentencia T-989 A de 2005.

¹¹¹El texto del artículo 16 señala: “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

“Su ejercicio guarda estrecha relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (C.P., art. 16), el cual comprende “la autonomía de cada uno para realizarse según sus particulares valores, aspiraciones, aptitudes, expectativas, tendencias, gustos, ideas y criterios, trazando a su propia existencia en los variados aspectos de la misma las directrices que mejor le convengan y agraden en cuanto no choquen con los derechos de los demás ni perjudiquen el bienestar colectivo, ni se opongan al orden jurídico”.

Así las cosas, cualquier restricción injustificada que impida el acceso a la educación podrían limitar la autonomía para decidir y proyectarse como persona en la sociedad y por tanto, atentaría contra los preceptos constitucionales que protegen dichas libertades. Es por todas esas razones que el derecho a la educación, para casos específicos, puede considerarse como fundamental.

3.3.6.5 Derecho a un medio ambiente sano¹¹². El derecho al medio ambiente sano es un derecho colectivo que, en principio, debe ser garantizado a través de las acciones populares. No obstante, en algunos casos excepcionales, la Corte ha considerado que se trata de un derecho fundamental por conexidad, siempre que su afectación vulnere o amenace el derecho a la vida y la integridad personal del actor. En general, la tutela ha procedido como remedio urgente frente a graves situaciones de contaminación producidas especialmente por deficiencias en el servicio de alcantarillado o aseo.

Sin embargo, en algunos casos la Corte ha concedido la protección del derecho a la intimidad y a la tranquilidad por contaminación auditiva, cuando se ha demostrado niveles insoportables de ruido, acompañados de una inacción evidente de las autoridades administrativas responsables de proteger los derechos ciudadanos. Al respecto ha dicho la Corte¹¹³

Como puede advertirse, al menos en principio, no se está ante la vulneración de un derecho fundamental de una persona individualmente considerada sino ante la afección de un derecho colectivo y del ambiente. El derecho a un

¹¹²Por conexidad, se considera el derecho a un ambiente sano como fundamental: sentencias T-411 de 1992, T-415 de 1992 y T-536 de 1994.

¹¹³Sentencia T-771 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño

medio ambiente sano es un derecho colectivo consagrado en el artículo 79 del Texto Fundamental pero es también un servicio público cuya prestación constituye un objetivo prioritario de la actividad estatal pues así lo ordena el artículo 366 de la Carta.

Si ello es así, podría afirmarse que lo debido era que los actores acudieran a las acciones populares previstas en el artículo 88 Superior con miras a la protección de su derecho a un medio ambiente sano pues ese es el mecanismo que el constituyente ha configurado para la protección de derechos e intereses colectivos como aquél y como el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicas, la moral administrativa y la libre competencia económica, entre otros¹¹⁴...

No obstante, una postura como esa desconoce el hecho cierto de que la vulneración del derecho a un medio ambiente sano no siempre circunscribe su órbita de interferencia a ese interés colectivo. Por el contrario, pueden presentarse situaciones en las que la afección de ese u otros derechos colectivos produzca efectos sobre derechos fundamentales. En esos supuestos, las acciones populares previstas por el constituyente resultan sustancialmente insuficientes con miras a la protección de los derechos afectados y ante esa situación es claro que el Estado constitucional debe responder facilitándole al ciudadano instrumentos normativos que le permitan obtener la protección de tales derechos.

El constituyente estableció diversos mecanismos de protección de los derechos: La acción de tutela para los derechos fundamentales, la acción de cumplimiento para la observancia de normas aplicables con fuerza material de ley y actos administrativos y las acciones populares y de grupo para los derechos colectivos y del ambiente. Esos diversos mecanismos de protección de los derechos habilitan al ciudadano para exigir que los atributos que le reconoce el Texto Fundamental vinculen a los poderes públicos y los oriente a su realización efectiva. Cada uno de esos institutos puede operar de manera autónoma, ateniéndose al ámbito de que le ha diseñado el constituyente y que ha desarrollado el legislador.

Ahora, es posible que el incumplimiento de una norma aplicable con fuerza material de ley o de un acto administrativo o la vulneración de un derecho

¹¹⁴En varios pronunciamientos esta Corporación ha precisado la naturaleza jurídica de las acciones populares. Así, en la Sentencia T-405-93 se dijo: “Es claro, que las acciones populares aunque se dirijan a la protección y amparo judicial de los concretos intereses y derechos colectivos, no pueden establecerse ni ejercerse para perseguir la reparación subjetiva o plural de los eventuales daños que pueda causar la acción o la omisión de la autoridad pública o del particular sobre ellos; para estos últimos fines, el constituyente ideó las acciones de grupo o clase y conservó las acciones ordinarias o especializadas y la acción de tutela. Característica fundamental de las acciones populares previstas en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Nacional es la de que permite su ejercicio pleno con carácter preventivo, pues, los fines públicos y colectivos que las inspiran no dejan duda al respecto. En consecuencia, no es, ni puede ser requisito para su ejercicio el que exista un daño o perjuicio sobre los derechos que se pueden amparar a través de ellas. Desde sus orígenes, estas acciones fueron creadas para prevenir o precaver la lesión de bienes y derechos que comprometen altos intereses cuya protección no siempre supone un daño. Además, su propia condición permite que puedan ser ejercidas contra las autoridades públicas por sus acciones u omisiones y, por las mismas causas, contra los particulares; su tramitación es judicial y la ley debe proveer sobre ellas atendiendo a sus fines públicos y concretos, no subjetivos ni individuales”.

colectivo o del ambiente conlleve la afcción de derechos fundamentales. En estos supuestos, ni la acción de cumplimiento ni las acciones populares pueden revestirse de una naturaleza que les permita extender su protección también a ellos. Por el contrario, en esos eventos es la acción de tutela el mecanismo que debe ejercerse con miras a la protección de esos derechos fundamentales pues ante la realidad de su vulneración efectiva o de su potencial puesta en peligro es ella la que está habilitada para propiciar una protección que escapa a la órbita de acción de esos otros mecanismos¹¹⁵.

Ahora bien. La Corte debe precisar una vez más que del solo hecho de que una pluralidad de personas sea afectada por una acción u omisión de una autoridad pública o de un particular susceptibles de vulnerar derechos fundamentales, no se sigue, en manera alguna, que el mecanismo de protección que se ha de ejercer sean las acciones populares. Por el contrario, la vulneración de un derecho de esa naturaleza en contra de varias personas no se opone a que todas ellas ejerzan conjuntamente la acción de tutela con miras a obtener la protección del juez constitucional. Esto es, la naturaleza de las acciones populares, si se pretende oponerlas a la índole de la acción de tutela, no está determinada por el número de sujetos pasivos de la acción u omisión conculcadora de derechos fundamentales. En estos casos, esto es, de concurrir un interés colectivo pero, al tiempo, una vulneración de derechos fundamentales, se impone su consideración por el juez constitucional a través de la acción de tutela¹¹⁶.

¹¹⁵La viabilidad de la acción de tutela para proteger derechos colectivos por su conexidad con derechos fundamentales ha sido una clara línea jurisprudencial de la Corte. En ese sentido, en la Sentencia T-067-93, se expuso: "Fundamental advertencia sobre este punto es aquella que señala de modo indubitable que este derecho constitucional colectivo (gozar de un ambiente sano) puede vincularse con la violación de otro derecho fundamental como la salud, la vida o la integridad física entre otros, para obtener, por vía de la tutela que establece el artículo 86 de la Constitución Nacional, el amparo de uno y otros derechos de origen constitucional, pues en estos casos prevalece la protección del derecho constitucional fundamental y es deber del juez remover todos los obstáculos, ofensas y amenazas que atenten contra éste. En estos casos, como se ha dicho, el Juez al analizar la situación concreta que adquiera las señaladas características de violación de un derecho constitucional fundamental deberá ordenar la tutela efectiva que se reclama". En particular, en relación con la protección por el juez de tutela del derecho a un medio ambiente sano, la Corte, en Sentencia T-284-95 manifestó: "El derecho al ambiente sano no tiene el carácter de fundamental, es un derecho colectivo susceptible de ser protegido a través de las acciones populares. Sin embargo, cuando en razón de la acción o la omisión de las autoridades públicas o de un particular se amenacen o vulneren derechos fundamentales (vida, integridad física, salud u otros), e igualmente se afecte el derecho que tienen las personas de gozar de un ambiente sano, es posible accionar en tutela, tanto para la defensa directa de aquéllos como de éste".

¹¹⁶En ese sentido, han sido reiterados los pronunciamientos de la Corte. Por ejemplo, en la Sentencia T-140-94 se indicó: "La protección de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, a través del mecanismo de la acción de tutela, abarca aquellas situaciones en que un determinado hecho o una determinada acción u omisión por parte de la autoridad pública, así como de un particular, afecte a un individuo determinado o a un número plural de personas, siempre y cuando todas ellas sean identificadas o identificables. En este último evento, no es posible predicar en todos los casos la existencia de una situación de "interés colectivo", que amerite la protección jurídica mediante la figura de las acciones populares de que trata el artículo 88 superior, sino que se trata de una circunstancia que puede protegerse o remediarse mediante instrumentos especiales como lo son las acciones consagradas en la legislación colombiana, o la acción de tutela en los términos definidos por el artículo 86 de la Carta Política... En consecuencia, cuando se presentan los supuestos descritos, es posible tutelar los derechos fundamentales de las personas, toda vez que se trata realmente de un acumulación de acciones encaminadas a proteger a unos individuos determinados, las cuales se intentan en virtud del principio de la economía procesal. Tal podría ser el caso, por ejemplo, de la contaminación de la comida en una escuela, o de la deficiente prestación del servicio público de acueducto en un conjunto residencial. En estas situaciones, si bien una pluralidad de personas se encuentran afectadas, todas ellas son, se repite, identificables e individualizables y, por ende, cada una puede reclamar ante los jueces el amparo de sus derechos, amenazados o vulnerados".

Entonces, el derecho a un medio ambiente sano puede asumir el carácter de derecho fundamental por conexidad cuando entra en contacto directo con otros como la vida o la salud de tal manera que la vulneración de aquél conlleva la violación de éstos¹¹⁷. En estos supuestos, la idoneidad del mecanismo de protección debe establecerse no a partir del derecho o interés colectivo primigeniamente desconocido, sino teniendo en cuenta aquellos derechos fundamentales que fueron vulnerados en razón de ese inicial desconocimiento. En estas condiciones, es comprensible que la acción de tutela sea el mecanismo por excelencia idóneo para proteger al ciudadano de la vulneración de sus derechos fundamentales con ocasión del desconocimiento del derecho a un medio ambiente sano.

De acuerdo con esas previsiones constitucionales y con los desarrollos legislativos que se han hecho de ellas, la Corte Constitucional ha trazado una línea jurisprudencial según la cual la regla general es que la protección de los derechos colectivos y del ambiente debe promoverse a través de las acciones populares. Sólo de manera excepcional puede ejercerse la acción de tutela para proteger derechos colectivos y del ambiente en aquellas situaciones en que la vulneración de ellos viole o ponga en peligro derechos humanos fundamentales como la vida o la salud. En ese marco, en cada caso concreto debe demostrarse si se está ante una vulneración de un derecho colectivo y si de ella surge la violación o puesta en peligro de un derecho fundamental. Si ello es así, el juez constitucional debe suministrar el amparo pues la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales desplaza a las demás instrumentos normativos de protección por no estar concebidos para la protección de aquellos¹¹⁸.

(...)

En pasadas pronunciamientos, la Corte ha tutelado el derecho fundamental a la salud por la presencia cercana a las residencias de los actores de basureros públicos a cielo abierto considerando que tales basureros constituyen una fuente de contaminación y diseminación de gérmenes de enfermedades y por tanto originan una situación de amenaza potencial a ese derecho.

¹¹⁷La doble naturaleza del derecho a la salud como derecho fundamental y como derecho prestacional ha sido suficientemente abordada por esta Corporación. Sobre ese punto, en la Sentencia T-484 de 1992 se indicó: "El derecho a la salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. Por estos aspectos, el derecho a la salud resulta un derecho fundamental. El segundo bloque de elementos, sitúa el derecho a la salud con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado Social de Derecho, en razón de que su reconocimiento impone acciones concretas. La frontera entre el derecho a la salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso, pero en principio, puede afirmarse que el derecho a la salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida. Los derechos fundamentales, solo conservan esta naturaleza, en su manifestación primaria, y pueden ser objeto allí del control de tutela".

¹¹⁸Esta ha sido un claro desarrollo jurisprudencial de la Corte como puede advertírselo, entre otras, en la Sentencia T-067 de 1993 y en la Sentencia T-244-98. En esta última se expuso: "La salvaguardia y protección de los derechos colectivos a los que se refiere el artículo 88 de la C.P. y de los demás que como tales defina el legislador, será viable a través del ejercicio de las acciones populares y de las acciones de clase o grupo". Sin embargo, "En aquellos eventos en los cuales la vulneración o alteración del derecho colectivo a gozar de un ambiente sano, origine la violación de uno o varios derechos constitucionales fundamentales, es procedente recurrir a la acción de tutela para solicitar la protección inmediata de los mismos".

En general, para que proceda la acción de tutela como mecanismo de protección de un derecho colectivo es necesario que se reúnan, cuando menos, los siguientes requisitos:

- Existencia de conexidad entre la vulneración del derecho colectivo y la amenaza o vulneración de un derecho fundamental.
- El actor debe ser la persona directamente afectada en su derecho fundamental.
- La vulneración del derecho fundamental no debe ser hipotética sino que debe encontrarse expresamente probada en el expediente
- La orden judicial debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado y no del derecho colectivo, aunque por efecto de la decisión este último resulte protegido.
- A partir de la expedición de la ley que regula las acciones populares, debe demostrarse en el expediente que dicho mecanismo no es idóneo en el caso concreto para la protección efectiva del derecho fundamental vulnerado.

4. CONCLUSIONES

- Los jueces tiene un importante papel en la función creadora del derecho. La Corte Constitucional no es ajena a ello y sus fallos en relación con los derechos fundamentales y la tutela es una clara muestra de creación jurisprudencial de los derechos.
- El precedente judicial, sirve como guía y faro para entender que la Corte ha ido creando toda una línea en la protección de los derechos constitucionales y ha sido respetuosa del precedente creado por ella, para darle vigor a los derechos fundamentales y sobre todo, para respetar el principio de igualdad
- La Corte Constitucional tiene un importante y vital papel en la interpretación y determinación de los derechos fundamentales. Sus alcances y perspectivas, dependen, en gran medida, del sentido que la Corte le de a su jurisprudencia en materia de revisión de los fallos de tutela.
- Los derechos fundamentales en Colombia han sufrido una evolución significativa desde la Constitución de 1991, gracias a la visión jurídica y política que ha tenido la Corte Constitucional, al establecer unos criterios amplios de interpretación de dichos derechos, y no un criterio restringido, como muchos sectores de la doctrina especializada en materia constitucional y otros sectores de la sociedad creen que es conveniente.
- La Corte ha entendido la importancia de los derechos fundamentales en el nuevo marco constitucional y les ha dado un alcance mucho más amplio y trascendente, para que proceda su protección a través del valioso mecanismo de la acción de tutela.

- También es importante concluir que, pese a que se ha tratado de agrupar y clasificar distintos criterios para determinar los derechos fundamentales, es necesario advertir que pueden existir más criterios que los señalados en este trabajo, así como su nomenclatura puede corresponder en la doctrina a otros nombres u otras clasificaciones.
- La posición que ocupan los distintos derechos en el texto constitucional, no obedece necesariamente a su categoría, esa posición es más bien accidental y no fue una decisión del constituyente de 1991. Ejemplo de ello es que el artículo 44 que consagra los derechos fundamentales de los niños, se encuentra ubicado en el Capítulo II del Título II de la Carta, en la cual se habla de los derechos económicos, sociales y culturales.
- Los derechos fundamentales no son únicamente los que la Carta denomina así en el Capítulo I del Título II y en el artículo 85, que establece los derechos de aplicación inmediata. Existen otros derechos fundamentales no traídos por la Constitución, reconocidos en convenios internacionales, por ser inherentes a la persona humana, según el artículo 94 de la Carta.
- Existe una clara interconexión entre los derechos innominados y los derechos fundamentales por conexidad, con los derechos de los sujetos de especial protección constitucional. En efecto, son ellos quienes, por el contexto social de desigualdad, vulnerabilidad y marginación en el que se encuentran, generalmente están en situación de plena indefensión y necesitan, por ello, la sensibilidad del juez constitucional así como su efectiva intervención para lograr el amparo de sus derechos fundamentales.

5. RECOMENDACIONES

Las recomendaciones que se pueden hacer, con la realización de este trabajo van dirigidas, en especial, a los falladores de instancia, es decir, a los jueces municipales y de circuito, magistrados de tribunales superiores, de tribunales administrativos y de consejos seccionales de la judicatura, para que cuando se hallen frente a un caso por presunta violación a los derechos fundamentales dentro de una acción de tutela, tengan presente que la Corte Constitucional, quien es la guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, además de su intérprete autorizado, ha establecido varios criterios para determinar, en cada caso concreto, si se está efectivamente frente a un derecho fundamental, susceptible de ser protegido mediante esa acción.

También va dirigida a los estudiantes de los consultorios jurídicos y los abogados que ejercen en el área del derecho constitucional, para que tengan presente que en su fundamentaciones en tratándose de las acciones de tutela, pueden referir la jurisprudencia constitucional que indica los criterios para la determinación de los derechos fundamentales.

Por último, se sugiere a los docentes del área del derecho constitucional que adopten una actitud abierta y flexible frente a la enseñanza de los derechos fundamentales, con la certeza que genera saber que esta es una materia en constante evolución en nuestro derecho, que dimana de la Constitución Política, y que está en estrecha relación con el diario vivir de los ciudadanos, en un Estado donde es común que él mismo violente los derechos de aquéllos.

BIBLIOGRAFÍA

BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

CHINCHILLA HERRERA, Tulio Helí. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Temis. Bogotá: 1999.

ESCOBAR FORNOS, Iván. El amparo. Bogotá: Temis.

LIRA GONZÁLEZ, Andrés. El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano, México: Fondo de Cultura Económica, 1972. p. 35

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Segunda edición. Bogotá: Legis- Universidad de los Andes, 2006.

_____. Interpretación Constitucional. Bogotá: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2002.

MORELLI RICO, Sandra. La Corte Constitucional: ¿un legislador complementario? Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Universidad Externado de Colombia, 1997.

PÉREZ RESTREPO, Bernardita. La acción de tutela. Segunda Edición. Bogotá: Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2004.

OSUNA PATIÑO, Néstor Iván. Tutela y amparo: derechos protegidos. Estudio comparativo Colombia-España. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo. 5º Edición. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio. Los derechos fundamentales. Tecnos. Madrid: 1998.

PLAZAS VEGA, Mauricio A. Del Realismo al Trialismo Jurídico. Reflexiones sobre el contenido del derecho y la formación de los juristas. Bogotá: Temis, 1998.

VARIOS AUTORES. Aspectos Procesales de la Acción de Tutela. Curso – concurso de formación de jueces. Módulo de Autoformación Judicial. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004.

VERGARA CORTÉS, Rodrigo. El bloque de constitucionalidad. Revista Estudios de Derecho Volumen LIX, No. 133-134. Diciembre de 2000. Medellín: Universidad de Antioquia.

FUENTES PRIMARIAS

1. NORMATIVIDAD

Constitución Política de Colombia.

Decreto Ley 2991 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

Decreto 306 de 1992, por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991.

Decreto 1382 de 200, por el cual se establecen reglas para el reparto de la acción de tutela.

2. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia T-002 de 1992 M.P. Alejandro Martínez Caballero

Sentencia T-008 de 1992 M.P. Fabio Morón Díaz

Sentencia T-506 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón

Sentencia T-569 de 1992 M.P. Jaime Sanín Greiffenstein

Sentencia T-778 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón

Sentencia C-131 de 1993 M.P. Alejandro Martínez Caballero

Sentencia T-161 de 1993 M.P. Antonio Barrera Carbonell

Sentencia T-003 de 1994 M.P. Jorge Arango Mejía

Sentencia C-049 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell

Sentencia C-083 de 1995 M.P. Carlos Gaviria Díaz

Sentencia T-123 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia C-225 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero

Sentencia T-260 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

Sentencia C-037 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

Sentencia T-323 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia C-468 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero

Sentencia T-327 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz

Sentencia T-544 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

Sentencia SU-640 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Sentencia T-781 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

Sentencia SU-047 de 1999 M.M.P.P. Carlos Gaviria D y Alejandro Martínez C

Sentencia T-568 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz

Sentencia SU-995 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz

Sentencia T-336 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

Sentencia T-473 de 2000 M.P. Alvaro Tafur Galvis
Sentencia C-252 de 2001 M.P. Carlos Gaviria Díaz
Sentencia T-677 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra
Sentencia T-771 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño
Sentencia T-719 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa
Sentencia T-944 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis
Sentencia T-1080 de 2004 M.P. Jaime Araújo Rentarías
Sentencia T-1224 de 2004 M.P. Alfredo Beltrán Sierra
Sentencia T-693 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño
Sentencia T-1078 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño
Sentencia T-1227 de 2005 M.P. Jaime Araújo Rentería
Sentencia T-292 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa
Sentencia T-020 de 2007 M.P. Nilson Pinilla Pinilla
Sentencia T-038 de 2007 M.P. Nilson Pinilla Pinilla

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

ALEXY, Robert. Teoría del discurso y derechos humanos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 1, 1995

ARENAS SALAZAR, Jorge. La Tutela, una acción humanitaria. 2ª Edición. Bogotá: Doctrina y Ley, 1993.

BARRETO RODRÍGUEZ, José Vicente. Acción de Tutela, Teoría y Práctica. Tercera Edición. Bogotá: Legis, 2001.

BERNAL CUÉLLAR, Jaime (coordinador). Estado actual de la justicia en Colombia: diagnóstico y soluciones. I foro. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

CAMARGO, Pedro Pablo. Manual de la acción de tutela. 2ª Edición. Bogotá: Leyer, 1996.

CAMARGO, Pedro Pablo. Acciones Constitucionales y contencioso administrativas. 2ª Edición. Bogotá: Leyer, 2002.

CEPEDA ESPINOSA, José Manuel. Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991. 2ª Edición. Bogotá: Temis, 1997.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo et al. Nuevas Corrientes del Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá: 1994.

FIORVANTI, Mauricio. Los derechos fundamentales. Apunte de Historia de las Constituciones. 3ª Edición. Madrid: Trotta, 2000.

GÓMEZ SERRANO, Laureano. El Control Constitucional en Colombia. Evolución Histórica. Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2001.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio, traducción de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1995.

GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. La defensa del usuario y del administrado. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké – Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. Práctica contencioso y administrativa. 2ª edición. Bogotá: Doctrina y Ley, 1999.

OLANO CORREA, Hernán Alejandro y Hernán Alejandro Olano García. La Acción de Tutela. 3ª Edición. Bogotá: Doctrina y Ley, 1995.

PARRA GUTIÉRREZ, William René. Manual de Procedimiento Contencioso. 3ª Edición. Bogotá: Doctrina y Ley, 1999.

PARRA GUZMÁN, Mario Fernando y Eduardo Andrés Velandia Canosa. Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales. Bogotá: Doctrina y Ley, 2000.

PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. 5ª Edición. Bogotá: Temis, 1997.

PÉREZ VILLA, Jorge. Los Derechos en Colombia. Bogotá: Leyer, 1996.

_____. Derecho Constitucional General y Colombiano. Bogotá: Leyer, 1995.

_____. Compendio de Derecho Constitucional. Tomo II Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá: Leyer, 1999.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia. Bogotá, 2001.

URIBE VARGAS, Diego. La Constitución de 1991 y el Ideario Liberal. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1992.

VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. Estructura y Redacción de la Sentencia Judicial. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004.

VARIOS AUTORES. Compilación de jurisprudencia nacional e internacional. Volumen I. Bogotá: Oficina del Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2003.

VARIOS AUTORES. Conmemoración y evaluación de los diez años de vigencia de la Constitución Política de Colombia. Investigaciones Primera Parte. Bogotá: República de Colombia – Ministerio del Interior. Dirección General de Asuntos Políticos y Electorales, 2002.

VARIOS AUTORES. Derecho constitucional y administrativo en la Constitución Política de Colombia. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké – Ediciones Rosaristas, 1997.

VARIOS AUTORES. Grandes Temas del Derecho Constitucional Colombiano. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 1994.