

# La falta de unidad significativa de los derechos fundamentales como posible causa de su desprotección

Lack of significant unity of fundamental rights  
as possible cause of failure to protect

Leonardo Huerta Gutiérrez\*\*

Cómo citar este artículo: Huerta Gutiérrez, L. (2018). La falta de unidad significativa de los Derechos Fundamentales como posible causa de su desprotección. *Revista Verba Iuris*, 14 (41). pp. 65-76

*“Era como si Dios hubiera resuelto poner a prueba toda capacidad de asombro, y mantuviera a los habitantes de Macondo en un permanente vaivén entre el alborozo y el desencanto, la duda y la revelación, hasta el extremo de que nadie podía saber a ciencia cierta donde estaban los límites de la realidad”*

(Gabriel García Márquez, Cien Años de Soledad)

## Resumen

La protección de los Derechos Fundamentales constituye la base estructurante de la forma de organización política “Estado Social de Derecho”, no obstante, en la actualidad, este tipo de derechos resulta desprotegido, a pesar de los diferentes mecanismos existentes para su guarda.

Las causas de dicha desprotección en Colombia resultan ser múltiples, entre ellas hemos identificado la falta de unidad significativa en el concepto “Derechos Fundamentales”, estableciendo la génesis de dicho problema en la Constitución misma, donde encontramos al menos 14 formas de nominar este tipo de derechos, problema que se expande a las sentencias de la Corte Constitucional

---

Fecha de Recepción: 8 de julio de 2018 • Fecha de Aprobación: 27 de octubre de 2018

\* El trabajo es producto del proyecto de investigación “La desprotección de los Derechos Fundamentales, en especial a los de la salud y a la vida en Colombia, en el marco del Estado Social de Derecho”. Dicho proyecto de investigación es gestionado en el programa del Doctorado de la Universidad Santo Tomas (Sede Bogotá – Colombia)

\*\* Abogado, Licenciado en Filosofía, Especialista en Derecho Probatorio, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Magister en Derecho Administrativo; Docente en Pregrado y Postgrado de las Universidades Libre, Santo Tomás, Simón Bolívar, Gran Colombia. Correo electrónico: huerticaleo@yahoo.com

Reception Date: July 8, 2018 • Approval Date: October 27, 2018

\* The work is the product of the research project “The lack of protection of Fundamental Rights, especially those of health and life in Colombia, within the framework of the Social State of Law”. This research project is managed in the program of the Doctorate of Universidad Santo Tomas (Bogotá – Colombia).

\*\* Lawyer, Bachelor of Philosophy, Specialist in Probatory Law, Administrative Law, Constitutional Law, Human Rights and International Humanitarian Law, Master in Administrative Law; Professor in Undergraduate and Postgraduate of Universidad Libre, Universidad Santo Tomás, Universidad Simón Bolívar, Universidad Gran Colombia. Electronic mail: huerticaleo@yahoo.com

donde se amparan derechos que podrían no ajustarse a lo que debería entenderse por “Derechos Fundamentales”; agravándose el conflicto lingüístico planteado con las Leyes sobre la materia, y más aun con la Doctrina de los estudiosos del tema. Generándose una especie de torre de Babel, que conduce a una deficiente protección de los Derechos Fundamentales por parte de las autoridades a las que se confía su protección.

**Palabras clave:** Derecho, Derechos Fundamentales, protección, polisemia.

*“It was as if God had resolved to test every capacity for amazement, and keep the inhabitants of Macondo in a permanent swing between the joy and disenchantment, doubt and revelation, to the extent that nobody could know for sure where were the limits of reality “*  
(Gabriel Garcia Márquez, *One Hundred Years of Solitude*)

## Abstract

The protection of Fundamental Rights constitutes the structuring base of the form of political organization “Social State of Law”, however, at present, this type of rights is unprotected, in spite of the different existing mechanisms for its guardianship.

The causes of this lack of protection in Colombia turn out to be multiple, among them we have identified the lack of significant unity in the concept of “Fundamental Rights”, establishing the genesis of this problem in the Constitution itself, where we find at least 14 ways to nominate this type of rights, a problem that expands to the jurisprudence of the Constitutional Court where rights are protected that might not conform to what should be understood by “Fundamental Rights”; aggravating the linguistic conflict raised with the Laws on the matter, and even more with the Doctrine of the scholars of the subject. Generating a kind of tower of Babel, which leads to a poor protection of Fundamental Rights by the authorities who are entrusted with their protection.

**Keywords:** Law, Fundamental Rights, Constitutional Rights, Polysemy.

## Introducción

El presente trabajo contiene parte de las averiguaciones iniciales de la investigación que viene desarrollando el autor, bajo la tutoría del doctor Edwin de Jesús Horta Vásquez, en desarrollo de la tesis doctoral que se adelanta en el programa de doctorado de la Universidad Santo Tomás de Aquino, seccional Bogotá, entorno al fenómeno de la desprotección de los Derechos Fundamentales, en especial a los de la salud y a la vida en Colombia, en el marco del Estado Social de Derecho.

Presentamos datos que evidencian la ausencia de unidad significativa acerca de lo que ha de entenderse como derecho fundamental.

El propósito del presente escrito es exponer brevemente la posible relación causal existente entre la multiplicidad conceptual descrita y su posible relación con el fenómeno de desprotección a estos derechos.

## Metodología

Se trata de una investigación básica, en procura de conocimiento para aportar soluciones a un problema de carácter científico (Cerda, 2011, p. 105) como es la desprotección de los Derechos Fundamentales. La investigación se adelantará desde un enfoque cualitativo, en la que se acopian y analizan datos sin que se

desarrolle con ellos proceso de cuantificación, registrando a partir de narrativas el fenómeno de la desprotección de los Derechos Fundamentales en nuestro Estado Social de Derecho y relacionando dicha desprotección con la falta de unidad significativa y conceptual sobre lo que se entiende en Colombia por Derechos Fundamentales. (Daza, 2013)

Además de utilizar datos cuantificables que servirán de base para plantear y describir el fenómeno de la desprotección, se utilizarán algunas mediciones cuantitativas obtenidas del número de tutela presentadas; porcentajes de derechos que se ordena proteger, así como tutelas que niegan el amparo y los desacatos a ordenes de los jueces de tutela

El análisis cómo método consistente en la operación del pensamiento conceptual que descompone un todo en las partes que lo integran, tal como lo hace Aristóteles en sus segundos Analíticos para resolver la demostración de sus silogismos elementales, los silogismos de sus figuras y las figuras de sus proposiciones. (Sánchez D., 2012, p. 22)

## Los Derechos Fundamentales y su protección en el Estado Social de Derecho

La garantía y protección del derecho como elemento necesario para la existencia del Estado Social de Derecho, conlleva la necesaria claridad sobre lo que debe entenderse como derecho, pues en la medida que exista confusión o desconocimiento acerca de este concepto, será más difícil garantizar su protección. (Llano, 2013)

El derecho es la forma como se nombra una realidad universal, la identificación del derecho se logra al identificar *“qué realidad es la que merece el nombre de derecho en sentido propio y estricto y, una vez identificada, conocerla en su más íntima esencia y en sus últimas*

*causas”* (Hervada, 2008, p. 165). Sin perder la condición de universal que le corresponde al derecho, darle un nombre permite llegar a una defunción nominal, lo cual resulta, no solo útil, sino, además necesario a la hora de brindar una protección adecuada a los derechos. (Saidiza & Carvajal, 2016)

Sin pretender un fraccionamiento del derecho, y, por el contrario, a fin de lograr la identificación de aquello a lo que podemos llamar derecho, la Constitución de Colombia, destacada por su énfasis en la protección y garantía del derecho de las personas, es el punto de partida más adecuado para conseguir la claridad requerida sobre aquello cuya protección sirve de fundamento al Estado Social de Derecho. (Huertas, Leyva, Lugo, Perdomo & Silvero, 2016)

Al respecto, sobre el Estado Social de Derecho, debe enfatizarse que, dicho modelo de organización política tiene como característica específica la protección y garantía del derecho de las personas, bien sea cuando el título del derecho es la misma condición de persona humana (Chinchilla, 2009), o bien cuando éste deriva de una disposición normativa<sup>1</sup>. (Mass Rocha, 2015)

Adicionalmente, la Corte Constitucional desde sus primeras sentencias señaló como el Estado Social de Derecho es un estado teleológico, de fines y además ha precisado acerca de esos fines, entre otras así:

*“El Estado se califica y define en función a su capacidad para proteger la libertad y promover la igualdad, la efectiva realización y el ejercicio de los derechos por parte de todos los miembros de la sociedad. El Estado Social de Derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del*

<sup>1</sup> Teniendo en cuenta que en el Estado Social de Derecho no otorga los Derechos Fundamentales, sino que los garantiza y protege.

*país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance”.*  
(Sentencia No. T-571/92)

Esta característica, que hace énfasis en el derecho de las personas, es de una radicalidad tal, que si se prescindiese del derecho o si su protección fuera frágil no se alcanzaría a consolidar la forma política de convivencia denominada *Estado Social de Derecho*. (Humbarita, 2015)

Así entonces, la protección al derecho, cualquiera sea su título, constituye factor *sine qua non*,<sup>2</sup> tanto para la existencia del Estado Social de Derecho, como, también, para su garantía de sostenibilidad y la consolidación de relaciones saludables entre los ciudadanos y entre éstos con el Estado, como un todo político y social armónico. (Vargas & Bracchi, 2016)

Por esta razón es que *“Los derechos a protección son derechos constitucionales que ostenta su titular contra el Estado, es decir a que éste le proteja de la interferencia de terceros. Los derechos de protección pueden tener una variedad de objetivos.”* (Alexys, 2010, p. 52). La garantía y protección del derecho constituye, por tanto, fundamento del Estado Social de Derecho y por ello, su protección es uno de sus fines<sup>3</sup> esenciales, es así como lo establece la Constitución Política de Colombia en su artículo 2, cuando señala:

<sup>2</sup> Expresión en latín que en español significa *“sin la cual no”*. Es una expresión que hace referencia a la condición o acción que es indispensable, imprescindible o esencial para que suceda algo. (citar)

<sup>3</sup> Al respecto (Sáchica, 1992, p. 97) señala, al referirse al Estado como organización política de la sociedad: *“(…) La Constitución es la estructura de esa organización, su ordenamiento jurídico-político-unitario. (...) lo primero es advertir su carácter instrumental, de medio. La Constitución no es un fin en sí, no se justifica por se. El complejo normativo en que se expresa el orden constitucional no vive por sí y para sí. El derecho –y la constitución como base del orden jurídico- es un dispositivo para garantizar ciertos valores y realizar las condiciones de vida deseables para determinada comunidad.*

*“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; (...) asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, (...)”* (negritas fuera del texto)

Así, entonces, podríamos decir que un Estado social que se llame a sí mismo como de derecho y que a la vez no ofrezca garantías efectivas para la protección del derecho, sería un Estado fallido, precisamente, por carencia o imposibilidad de alcanzar su fin<sup>4</sup>. (González, 2014)

Colombia, como Estado Social de Derecho impone a todas sus autoridades la protección y garantía de los derechos a las personas bajo su jurisdicción, en especial los Derechos Fundamentales, que son protegidos de manera directa (Artículo 85 de la Constitución Política de Colombia) y sin requisito adicionales a la condición antropológica de su titular. No obstante, este mandato constitucional, en la actualidad se evidencia como la protección de los Derechos Fundamentales es más escasa, al punto que ni si quiera una orden emitida por un juez constitucional, en el trámite de una acción de tutela, resulta acatada por la autoridad o particular, generándose un incremento

<sup>4</sup> Aristóteles en La República (Metafísica · libro quinto · Δ· 1013b-1025a, II) al referirse a las cuatro causas a saber: La causa material o aquello de lo que esta hecho algo; la causa formal o aquello que un objeto es; la causa eficiente o aquello que ha producido ese algo; y la causa final o aquello para lo que existe ese algo, a lo cual tiende o puede llegar a ser. Sobre ésta última escribió: *“La causa es también el fin, y entiendo por esto aquello en vista de lo que se hace una cosa. La salud es causa del paseo. ¿Por qué se pasea? Para mantenerse uno sano, respondemos nosotros; y al hablar de esta manera, creemos haber dicho la causa.”*

en el número de incidentes de desacato y en los daños consumados en casos ya fallados por el juez de tutela. (Quiroz, 2014)

Son múltiples las causas generadoras de esta desprotección, una de ellas fue identificada en desarrollo de la investigación doctoral en la Universidad Santo Tomás de Aquino seccional Bogotá, a partir del marco teórico basado en el realismo jurídico, consistente en la falta de unidad acerca de lo que entienden como Derechos Fundamentales los funcionarios investidos de autoridad para protegerlos. (Rodríguez, 2016)

Esta falta de precisión significativa desvía la protección debida y reduce la intensidad de protección hacia los Derechos Fundamentales, lo cual constituye la validez práctica del planteamiento esbozado.

**La falta de unidad significativa acerca de lo que ha de entenderse por Derechos Fundamentales puede generar altos niveles de desprotección de estos derechos**

Revisando el texto constitucional nos encontramos un listado que consagra por lo menos 10 expresiones terminológicas para referirse al derecho para el cual se establecieron mecanismos de tutela efectiva<sup>5</sup>, ante los jueces e incluso ante organismos internacionales, a lo largo de la Constitución nos encontramos con expresiones tales como:

*Derechos Inalienables (Art. 5);*

*Derechos Fundamentales (Título II, Capítulo 1);*

*Derechos Sociales, Económicos y Culturales (Título II, Capítulo 2);*

*Derechos Colectivos y del ambiente (Título II, Capítulo 3);*

*Derechos de aplicación inmediata (Art. 85);*

*Derechos Constitucionales Fundamentales (Art. 86);*

*Derechos Humanos (Art. 93);*

*Derechos Inherentes a la persona humana (Art. 94);*

*Derechos y Libertades reconocidos en esta Constitución (Art. 95);*

*Derechos Civiles (Art. 100);*

*Derechos y Deberes Fundamentales de las personas (Art. 152);*

*Derechos de los niños como prevalentes (Art. 44);*

*Derechos Adquiridos con arreglo a la Ley (Art. 58);*

*Derechos Especiales de grupos étnicos (Art. 72),*

*Derechos e Intereses Colectivos (Art. 88).*

A primera vista, podría parecer insignificante, el hecho que dentro del texto constitucional se señalen de diversas maneras a los Derechos Fundamentales.

No obstante, encontrar semejante pluralidad nominativa, no es solo una discusión bizantina o de filosofía analítica o del lenguaje ni siquiera se limita a un aspecto gramatical o filológico, en la medida que es la propia Constitución la que establece la obligación de protección de estos derechos y señala mecanismos excepcionales y preferentes que garantizan de manera reforzada la protección de los Derechos Fundamentales.

Esta situación, genera una primera dificultad a la hora de garantizar y proteger efectivamente los Derechos Fundamentales, lo cual deja sin el fundamento al modelo de Estado como social de derecho. Ya que, adicionalmente, el artículo 2 de la Constitución Política, señala como fines

<sup>5</sup> Como la Protección Judicial Efectiva del Art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José o la Acción de Tutela del Art. 86 de la Constitución Política de Colombia; además de restantes mecanismos constitucionales de protección excepcional, como las acciones: de cumplimiento (Art. 87 C.N. y Ley 393), populares y de grupo (Art. 88 de la C.N. y Ley 472), y otros que la Ley señale como mecanismos constitucionales de protección (Art. 89 C.N, tal es el ejemplo de la acción de habeas data o el mecanismo de búsqueda urgente de personas desaparecidas).

esenciales del Estado promover la prosperidad general y **garantizar la efectividad de los principios, derechos** y deberes consagrados en la Constitución.

Además, advierte cómo las autoridades de la República están instituidas para garantizar la vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades de las personas residentes en el territorio, fines cuya consecución se resulta entorpecida por la falta de certeza sobre lo que constituye y debe entenderse como derecho de las personas, ya que, sin claridad sobre la meta, el camino trazado puede resultar inapropiado.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha reconocido diversos Derechos Fundamentales, cuyo título requiere condiciones adicionales al de ser una persona, al respecto, solo tomando las sentencias de la Corte Constitucional, del último año, encontramos algunas que amparan derechos como:

- Estabilidad laboral reforzada de persona portadora de VIH / SIDA en contrato de prestación de servicios (**Sentencia:** T-392/17);
- Política migratoria del Estado colombiano y derecho a la visa de trabajo para familia venezolana (**Sentencia:** T-250/17);
- Derecho a la rectificación equitativa y sin revictimización en redes sociales (**Sentencia:** T-145/16);
- Derecho a no prescripción de la pensión de sobrevivientes de hijo fallecido por imposibilidad de reclamar a su estado de asilado en Venezuela (**Sentencia:** T-340/17);
- Derecho a la sustitución pensional a hermana en situación de discapacidad (**Sentencia:** T-370/17);
- Derecho a la protección reforzada a los servidores públicos próximos a pensionarse (**Sentencia:** T-685/16);
- Interrupción voluntaria del embarazo. caso de menor de edad víctima de violencia sexual (**Sentencia:** T-697/16),

Dentro de los cuales encontramos derechos cuya fuente se constituye a partir de situaciones específicas o concretas, de leyes o normas jurídicas y no en la mera condición humana de su titular, lo que genera una protección especial y subsidiaria a casos que no cumplen los elementos para poderlos definir como violaciones a Derechos Fundamentales.

Como si las anteriores situaciones fueran pocas, encontramos en la literatura jurídica, diversas definiciones y conceptos relacionados con los Derechos Fundamentales como “Las Generaciones de los Derechos Humanos” Ernesto Rey Cantor, Robert Alexy, Carlos Bernal Pulido, Rodolfo Arango, Marco Gerardo Monroy Cabra, Miguel Carbonell, Carlos Eduardo Maldonado, Carlos Santiago Nino, Tulio Chichilla, Juan José Bonilla entre muchos otros han escrito acerca de que debe entenderse por Derechos Fundamentales. A lo que debemos sumar múltiples trabajos de investigación, tesis de grado, publicaciones y escritos que pretenden dar claridad teórica acerca de lo que es el derecho y lo que son los Derechos Fundamentales en general, así como sobre lo que debe entenderse por ciertos Derechos Fundamentales como la salud, la vida, los derechos de las minorías raciales, sexuales, entre otros.

Sumado a lo anterior, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, genera otros conceptos y acepciones de los Derechos Fundamentales, lo que aumenta aun más la multiplicidad significativa de lo que debe entenderse por “Derechos Fundamentales”.

Desde la misma Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, la Carta de San Francisco, la Carta de la OEA, la Convención Americana de Derechos Humanos; sumado a las sentencias de la Corte Constitucional, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las opiniones consultivas de ésta Corte y las recomendaciones de la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos, así, como las decisiones del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, amplían aun más el universo de escritos y estudios sobre la materia.

Como se evidencia existe una completa pluralidad de formas para expresar el concepto Derechos Fundamentales, lo que dificulta la actividad de protección de esos derechos en particular (González, 2016). ahora bien, en este trabajo no presentamos conclusiones ni aportes definitivos, pues éstos surgirán del desarrollo de la tesis doctoral, en curso, no obstante, la pregunta que surge del análisis precedente es, si una vez evidenciada esta falta de unidad en el concepto de Derecho Fundamental y en los términos que lo integran, le es posible a las autoridades de la República, a la luz del art 2 de la Constitución Política, garantizar una protección efectiva a eso de lo que no tienen certeza. Acaso, ordenar una protección de algo sobre lo que el mismo Estado no ofrece convicción, y por el contrario ha generado una confusión tal, inspiradora de un fallo de *habeas corpus* a favor de un Oso y de la presentación de una acción de tutela a favor de un perro callejero, podría constituir una obligación imposible sobre la autoridad encargada de dicha protección, al no tener una precisión conceptual y jurídica acerca de dicho concepto. (Forero, 2014)

A modo de conclusión: Las consecuencias de la falta de unidad significativa en el concepto de Derechos Fundamentales

La descrita falta de unidad en lo que ha de entenderse como Derecho Fundamental, en especial por las autoridades responsables de su protección, es causante de la desprotección que en la actualidad se evidencia, a partir los informes del Ministerio Público, la cantidad de acciones de tutela e incidentes de desacato e incluso el aumento en las medidas cautelares solicitadas por colombianos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la medida que:

(i) por un lado, genera confusión entre quienes tienen a su cargo la garantía de los derechos y

(ii) debido a que, si entendemos que todos los derechos son fundamentales e igualamos a dicha categoría cualquier derecho e incluso los deseos de quienes reclaman protección, los fundamentales resultan incluidos en el mar de derechos, que les hace perder su condición de especial protección.

Como Derechos Fundamentales debe entenderse todo derecho cuyo título único, para legitimar a quien reclame su protección sea la condición de persona del titular, como los derechos a la vida, la salud, la dignidad, el reconocimiento de la personalidad jurídica, entre muchos otros atributos de cualquier persona; mientras que los derechos para cuya titularidad se requiera de algún título adicional al de persona, esto es de una norma que lo conceda o de otro título cualquiera como un contrato o un acto de poder que lo genere, como es el caso de los derechos laborales, para cuya exigencia se requiere de una norma que los reconozca (como la prima de servicio para empleadas domésticas, que rige desde el año 2017) o como el derecho de propiedad que surge de un acto entre vivos o por causa de muerte.

A través de la historia, en Colombia, se han establecido diversas nociones de Derechos Fundamentales, partiendo de entender que como tales debía entenderse únicamente los establecidos en el Artículo 85 superior como “derechos de aplicación inmediata”, esto es, aquellos derechos que no requieren, para su plena satisfacción de una norma legal o reglamentaria que establezca la forma para su protección; luego entendiendo que como fundamentales deben entenderse únicamente los derechos establecidos en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución, esto es, los denominados como tales en el texto constitucional.

Posteriormente se estableció que un derecho puede llegar a ser fundamental, por conexidad

con uno de los descritos en los artículos 11 a 41 del texto constitucional, al respecto la Corte Constitucional señaló en sus primeras sentencias, denominadas fundadoras cómo

*“Los Derechos Fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros Derechos Fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos.”* (Sentencia No. T-491/92)

Los ejemplos más destacados que encontramos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se relacionan con el derecho a la salud y a la seguridad social, protegidos en algunas sentencias, no por su carácter de fundamentales en sí (sic), sino por conexidad con el derecho a la vida, visión poco precisa, si partimos de la noción de Derechos Fundamentales como aquellos inherentes a la persona, a continuación un ejemplo de cómo la misma Corte Constitucional protegió el derecho a la salud, únicamente por su conexidad con el derecho a la vida y no por considerarlo fundamental

*“Por su naturaleza, los derechos a la seguridad social y a la salud, son prestacionales y por ello, en un primer momento, no presentan un rango fundamental, sino que llegan a participar de tal categoría por conexidad cuando con su desconocimiento resultan amenazados o vulnerados derechos que si lo son, como los derechos a la vida, la dignidad humana, la integridad personal, entre otros, en razón a la relación inescindible que en determinadas circunstancias puedan presentar con éstos, haciendo así posible la real protección de los Derechos Fundamentales, que la Corte ha sostenido de manera consistente, debe prodigarse en un Estado Social de Derecho.”* (Sentencia T-062/06)

Una mirada un poco más amplia, pero aun insuficiente, la encontramos en el reconocimiento como Derechos Fundamentales constitucionales de aquellos incluidos en tratados internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por nuestro Colombia<sup>6</sup>, que hacen parte del denominado bloque de constitucionalidad tal como lo señala la Corte Constitucional

*“Del análisis de esta norma [el artículo 93 de la Constitución] se infiere que los convenios internacionales sobre derechos humanos han alcanzado la categoría de derecho consuetudinario internacional, debiéndose adoptar en Colombia automáticamente dichas normas, proclamando además la superioridad del Derecho Internacional General sobre el derecho interno, siempre y cuando se trate de tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconozcan derechos humanos y que prohíban su limitación los estados de excepción. En tales casos deben prevalecer en el orden interno. Lo que significa que este queda subordinado al primero; y lo que es más importante desde el punto de vista práctico: la norma internacional no necesitaría de ninguna especie de acto de recepción para se aplicada en el ordenamiento interno colombiano y prevalecería sobre éste en caso de conflicto.”* (Sentencia C-401/05)

El Artículo 94 de la Constitución colombiana, señala 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,*

<sup>6</sup> Al respecto, el llamado Bloque de constitucionalidad tiene un asidero normativo en la Constitución Política en el “Art. 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. (...)”



*siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”*

Ratificando que la fuente de los Derechos Fundamentales no es una norma constitucional o un tratado internacional sobre Derechos Humanos, sino la condición humana, la inherencia de este tipo de derechos, evidencia lo que hemos venido afirmando, los Derechos Fundamentales son aquellos de los que cualquier persona es titular, con lo que se estructuran como una noción antropológica, relacionada con la condición de la persona de ser en sí misma, de decir por sí misma, de tener fines, un ser inmanente y por lo tanto con dignidad.

El concepto amplio de Derechos Fundamentales, no puede confundirse ni servir de argumento para quienes entienden cualquier derecho como tal, hoy incluso algunos confunden el deseo (lo que se desea) con el derecho (del que se es titular), no es raro encontrarse con acciones de tutela de quienes desean graduarse la universidad sin cursar unos meses de segunda lengua, o estudiantes de derecho que tutelan en procura de garantizar su “derecho” (deseo) de graduarse sin presentar preparatorios o sin elaborar una tesis de grado.

Una gran dificultad a la hora de proteger los Derechos Fundamentales, cuando a todos los derechos, e incluso a los deseos se les inviste de dicha categoría, la encontramos en que la protección excepcional, subsidiaria y reforzada creada para derechos de especial protección, termina sirviendo a todos los derechos y convirtiéndose en mecanismo ordinario y común. (Patarroyo & Benavides, 2014)

No solo si se degradan los Derechos Fundamentales a la condición de derechos legales o contractuales cuando los “bajamos de categoría”, sino además cuando “subimos de categoría” a los demás derechos, pues en ambos casos se genera una igualdad que desfigura el modelo de protección diferenciado creado para una más amplia garantía de aquellos que

reafirman la condición humana de su titular, al ser inherentes al ente antropológico.

En la actualidad las autoridades, y entre ellas la Corte Constitucional en sus sentencias de revisión de tutelas, han reconocido que los Derechos Fundamentales no son una lista o catálogo que se agote con el texto constitucional, sumado a los tratados internacionales, el amplio concepto de Derechos Fundamentales, no debe seguir siendo elemento que legitime la actual confusión en materia de lo que debe entenderse por Derechos Fundamentales, máxime en un Estado social de derecho que ha establecido como su fin esencial la garantía y protección de todos los derechos, pero en especial los fundamentales, poniendo a las autoridades la misión de proteger los derechos y de procurar su efectividad.

Charles Lutwidge Dodgson, en su fantástica novela de las Aventuras de Alicia *en el País de las Maravillas*, nos hace reflexionar acerca de la necesidad de tener claridad en el principio que buscamos como fin para alcanzar, cuando Alicia tímidamente le dice al Gato:

*“Minino de Cheshire, ¿podrías decirme, por favor, ¿qué camino debo seguir para salir de aquí? -Esto depende en gran parte del sitio al que quieras llegar –dijo el Gato.*

*–No me importa mucho el sitio... –dijo Alicia.*

*–Entonces tampoco importa mucho el camino que tomes – dijo el Gato. –... siempre que llegue a alguna parte – añadió Alicia como explicación.*

*–¡Oh, siempre llegarás a alguna parte – aseguró el Gato-, si caminas lo suficiente!”.*

Cuando no se tiene claridad acerca de lo que debe entenderse por un Derecho Fundamental, en especial cuando las autoridades responsables de la protección de este tipo de derechos no tienen unidad conceptual sobre lo que ha de entenderse por Derechos Fundamentales, (Cortes, 2013), la protección de cualquier

derecho y la desprotección de cualquier derecho puede resultar como punto de llegada, lo cual genera altos niveles de desprotección. (Pardo, 2014)

Si la meta de un Estado Social de Derecho es la protección de los derechos, en especial los fundamentales, pero no sabemos con certeza qué es un derecho fundamental y cuáles son los Derechos Fundamentales, cualquier camino puede resultar útil y a cualquier lugar podríamos llegar. (Rodríguez, 2014)

Hablar un solo lenguaje y tener claridad y certidumbre para comunicarnos nos permite lograr cualquier obra que nos propongamos, incluso en el libro del Génesis (11) el mismísimo Dios, preocupado por ver como las personas cuando manejamos unidad significativa y cuando nos comunicamos con certeza y precisión logramos materializar cualquier empresa, bajó en medio de la construcción de la torre de Babel para dispersarlos en lenguaje y en espacio:

<sup>5</sup> *Pero el SEÑOR bajó para observar la ciudad y la torre que los hombres estaban construyendo,*

<sup>6</sup> *y se dijo: «Todos forman un solo pueblo y hablan un solo idioma; esto es solo el comienzo de sus obras, y todo lo que se propongan lo podrán lograr.*

<sup>7</sup> *será mejor que bajemos a confundir su idioma, para que ya no se entiendan entre ellos mismos»”.*

Ninguna empresa ni la protección efectiva de los Derechos Fundamentales se queda corta cuando encontramos certidumbre y claridad significativa en lo que ha de entenderse por tales.

La multiplicidad en lo que ha de entenderse por un derecho fundamental, en especial, la pluralidad del concepto en las autoridades que deben protegerlos, resultan el primer obstáculo a la hora de consolidar el modelo político de organización definido como Estado

social de derecho, por lo cual se hace necesario generar una mayor cultura de los derechos cuya existencia se legitima exclusivamente en la condición de persona de su titular, sin que sea necesario título legal o condición adicional para su protección excepción, preferente y subsidiaria. (Barragán, 2016)

Adicionalmente, si entendemos que cualquier derecho, incluso, en algunos casos, los deseos, tienen categoría de Derechos Fundamentales, la protección reforzada, más intensa, preferente, subsidiaria, de los Derechos Fundamentales, se dispersa en el mar de derechos, restándole niveles de protección y garantía a los Derechos Fundamentales, en tanto entender que todos los derechos son entendidos como fundamentales, sería tanto como asegurar que ninguno lo es, en la medida que los niveles de garantía y protección serían similares para todos los derechos.

## Referencias bibliográficas

Barragán D (2016) La construcción de la mentalidad democrática como necesidad en el posconflicto en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 11, N.º 1 / enero-junio 2016. pp. 37-57. Documento extraído el 4 de enero de 2018 de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2929/2801>

Cortes, S. (2013). La globalización económica y los derechos humanos, en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, VOL. 8, No. 2. Documento extraído el 3 de febrero de 2018 de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/1163/1396>

Daza, A. (2013). Legalidad y prescripción frente a la investigación de crímenes de lesa humanidad en Colombia en *Revista IUSTA*, N.º 38, enero-junio de 2013, pp. 205-223. Documento extraído el 4 de abril de 2018 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/1095/1330>

Forero, J. (2014). El valor superior de la Justicia en la Unión Europea. Especial referencia al Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho Español en *Revista Verba Iuris*, Edición No. 31, Documento extraído el 5 de junio de 2018 de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/59/53>

Hervada, J. 2008. *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Navarra. EUNSA.

Huertas, O., Leyva, M., Lugo, L., Perdomo, W., Silvero, A. (2016). Entre la minimización y la expansión del Derecho Penal: la presencia de Beccaria en el debate contemporáneo en *Revista IUSTA*, N.º 44, enero-junio de 2016. Documento extraído el 3 de marzo de 2018 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/3075/2941>

Humbarita, J. (2015). Derecho Constitucional Hispanoamericano frente a la realidad institucional, manifiesta divergencia en *Revista IUSTA*, N.º 43, julio-diciembre de 2015. Documento extraído el 3 de junio de 2018 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/2537/2469>

Chinchilla, T. (2009). *¿Qué son y cuáles con los Derechos Humanos?* Bogotá Temis.

Alexy, R. (2010). *Derechos sociales y ponderación*. México. Fontamara y Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

González, O. (2014). La Corte Constitucional como agente del campo jurídico colombiano: la omisión legislativa de principios constitucionales en *Revista IUSTA*, N.º 41, julio-diciembre de 2014, pp. 123-137. Documento extraído el 17 de marzo de 2018 de [evistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/2468/2405](http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/2468/2405)

González, O. (2016). La omisión legislativa como hecho Generador de la responsabilidad Patrimonial del Estado, en *Revista Verba Iuris*, Edición No. 35, Documento extraído el 8 de marzo de 2018 de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/5/2>

Cerda, H. (2012). *Como elaborar Proyectos*. Bogotá. Cooperativa Editorial Magisterio

Cantor, R. (2008). *Las generaciones de los Derechos Humanos*. Bogotá. Universidad Libre.

Llano, J. (2013). Prácticas jurídicas locales desde los actores del conflicto armado en Colombia en *Revista IUSTA*, N.º 39, julio-diciembre de 2013, pp. 257-287. Documento extraído el 5 de marzo de 2018 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/2528/2460>

Mass Rocha, F (2015). Reflexiones acerca de la efectividad de la ley de tortura en Brasil: la importancia de la fase pre procesal en *Revista IUSTA*, N.º 42, enero-junio de 2015, pp. 117-128. Documento extraído el 7 de febrero de 2018 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/2478/2414>

Patarroyo, S. & Benavides, P. (2014). Rupturas Asignificantes: Revisiones críticas en torno al derecho, en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 9, No.1, pp. 7 – 31. Documento extraído el 6 de junio de 2018 de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/1337/1539>

Pardo, N. (2014). Un recorrido por los derechos colectivos en la jurisprudencia Argentina, en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 9, No. 1, pp. 32 – 49. Documento extraído el 2 de enero de 2018 de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/1338/1540>

Quiroz, M. (2014). Acercamiento a las “oposiciones paradigmáticas” entre neoconstitucionalismo y positivismo jurídico en *Revista IUSTA*, 1 N.º 41, julio-diciembre de 2014, pp. 77-97. Documento extraído el 5 de junio de 2018 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/2470/2407>

Rodríguez, A. (2014). Indicadores de constitucionalidad de las políticas públicas: enfoque de gestión de derechos, en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 9, N.º 2 / julio-diciembre

2014, pp. 135-175. Documento extraído el 6 de marzo de 2018 de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2438/2379>

Rodríguez, E. (2016). El pasaje del Estado y el derecho a la postmodernidad en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 11, N.º 2 / julio-diciembre 2016 / pp. 11-37. Documento extraído el 6 de julio de 2018 de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/3274/3086>

Sánchez, D. (2012). *Diccionario esencial de filosofía*. Dykinson

Sáchica, L. C. (1992). *Nuevo constitucionalismo colombiano*. Bogotá. Temis.

Saidiza, H. & Carvajal, J. (2016). Crisis del Estado de derecho en Colombia: un análisis desde la perspectiva de la legislación penal en *Revista IUSTA*, N.º 44, enero-junio de 2016, pp. 17-39. Documento extraído el 3 de febrero de 2018 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/3074/2940>

Aristóteles. *La República* (Metafísica· libro quinto · Δ · 1013b-1025a, II)

Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32) San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Corte Constitucional. Colombia: Sentencia C-284/15, Sentencia T-576 de 2008, Sentencia T-030/15, Sentencia No. C-134/94, Sentencia T-177/11, Sentencia T-980/03, Sentencia T-406/92, Sentencia C-566/95, Sentencia SU-747/98, Sentencia T-392/17, Sentencia T-250/17, Sentencia T-145/16, Sentencia T-340/17, Sentencia T-370/17, Sentencia: T-685/16, Sentencia T-697/16

Vargas, Y., Bracchi, C. (2016). La mujer latinoamericana dentro del contexto de los Derechos Humanos: énfasis desde la perspectiva del derecho al trabajo en *Revista IUSTA*, N.º 44, enero-junio de 2016. Documento extraído el 3 de junio de 2018 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/3077/2943>