

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INNOMINADOS.

Presentado por

ANDRÉS FELIPE MONTES VÁSQUEZ

MONOGRAFIA COMPILATORIA.

Presentada como requisito para optar el título de abogado.

Dirigida por:

MARIA MANUELA MONTOYA MUÑETONES

Asesora de monografía

UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA - UNAULA

FACULTAD DE DERECHO

Medellín

2018.

TABLA DE CONTENIDO.

INTRODUCCIÓN	4
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	5
OBJETIVOS	8
METODOLOGIA	9
CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INNOMINADOS.....	10
1.1 El ius Naturalismo.....	10
1.2 Creacion de Catalogos de Derechos Fundamentales.....	12
1.3 Juicio de Nuremberg: dicotomía entre ius naturalistas y los defensores del ius positivismo.....	17
1.4 Régimen nazi: un antecedente que no puede repetirse impulsó la Declaración Universal de los Derechos Humanos.	19
1.5 Derechos Fundamentales en Colombia.....	21
CAPÍTULO 2. RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INNOMINADOS EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA	26
2.1 Minimo Vital.	26
2.2 Derecho al Olvido	29
2.3 Estabilidad Laboral Reforzada	31
2.4 Derecho al Retorno	36
2.5 Derecho a la Subsistencia	38
2.6 Derecho a ser intentado	39
CAPITULO 3. FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHO INNOMINADOS	44
1. Concepto de Dignidad Humana.....	47

2.	Mecanismos Constitucionales.....	52
2.1	Accion de Tutela	52
3.	Requisitos Esenciales de los Derechos Fundamentales Innominados	53
4.	Criterios de Distinción	55
4.1	Criterio Físico.....	56
4.2	Criterio Analítico.....	57
4.2.1	Por Consagración expresa en la Constitución	57
4.2.2	Por Remisión expresa de la misma	58
4.2.3	Por Conexión Directa con los Derechos Fundamentales Expresamente Estalecidos	58
4.2.4	Por Su Carácter de Derecho Inherente a la Persona.....	59
	CONCLUSION	65
	BIBLIOGRAFÍA.....	68

INTRODUCCIÓN.

La Constituyente de 1991 permitió la creación de la teoría de los Derechos Fundamentales Innominados, entendidos como aquellos derechos que, sin estar enunciados en el Texto Constitucional, tienen carácter de fundamentales al ser inherentes e inalienables a la persona. Es así como la Carta Magna consagró la primacía del principio de Dignidad Humana e incorporó en el artículo 94 constitucional dicha ideología natural de los derechos fundamentales. Precisamente, en ejercicio de las funciones que le fueron atribuidas por mandato Constitucional ha sido la Corte Constitucional, quien ha creado vía jurisprudencial la conceptualización y alcance de los llamados Derechos Innominados.

Por lo anterior, el presente trabajo pretende desarrollar el tema de los Derechos Innominados con un enfoque particular: el desarrollo jurisprudencial y las bases teóricas sobre las cuales el Alto Tribunal ha reconocido la procedencia y la constitucionalización de dichos derechos. Es nuestro propósito señalar y dar a conocer a los lectores las condiciones que deben concurrir para predicarse el reconocimiento de los mismos y, por tanto, se pueda acceder a su protección vía Acción de Tutela al igual que los derechos fundamentales positivizados en la Constitución Política de 1991.

Para dar cumplimiento al propósito planteado, la presente monografía de compilación, elabora un aspecto histórico para preceder un contexto que permita una comprensión sobre la evolución de los derechos fundamentales, además del desarrollo conceptual; seguidamente se hará referencia a algunos derechos fundamentales innominados y su desarrollo jurisprudencial en el reconocimiento y amparo de éstos; como tercer componente, se pondrá de presente las bases teóricas sobre las cuales la Corte Constitucional ha

desarrollado todo el recorrido conceptual para el reconocimiento de los derechos innominados

Con fundamento en lo anterior, el presente trabajo compilatorio tiene por finalidad resolver el siguiente planteamiento:

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La constitucionalización de los derechos fundamentales en los Estados Modernos plantea una serie de nuevos paradigmas, entre ellos precisamente, el reconocimiento de las garantías constitucionales de la ciudadanía en la Carta Magna. Desde dicha óptica, pareciera que los derechos que le asisten a todo ser humano se limitan a las expresiones del poder político consensuado en la Carta Política, es decir, que aparentemente existe una restricción a las personas que pretendan el amparo constitucional de un derecho fundamental, toda vez que sólo pueden predicarse como fundamental todo aquel que se encuentre dentro del marco de catálogos de derechos positivados en la Constitución política.

Empero a lo anterior, se debe recordar que la concepción moderna del concepto de Estado Social de Derecho, se fundamenta sobre tres pilares básicos a saber; i) la consagración constitucional de los derechos, sobre todo aquellos de corte social, ii) segundo la consagración de una democracia de participación, refiriéndonos a los llamados derechos de corte liberal iii) lugar la intervención estatal en la actividad económica.

En consecuencia, es posible definir el Estado Social de Derecho como aquel sistema jurídico político compuesto por normas e instituciones que sin abandonar los elementos propios del Estado de Derecho, hace énfasis en las

garantías constitucionales, dentro de un ámbito democrático, teniendo como eje la dignidad humana, garantizando un mínimo existencial y la garantía de justicia material y no meramente formal, para lo cual se crean unos mecanismos constitucionales –acción de tutela- que aseguren la eficacia de los derechos tanto de libertad como de igualdad.

Con relación al tema propuesto, es claro que los derechos innominados desde la óptica de la positivización de los derechos en el Estado Moderno, no se ajustan a dichos parámetros, en tanto, los mismos no se encuentran totalmente expresados y enunciados en nuestra Constitución. Sin embargo, debe considerarse que al tener como base teórico-conceptual la dignidad del ser humano como se expresó anteriormente, dicho elemento comprende o cristaliza la base de toda estructura moderna del Derecho y del Estado.

Por su parte, el Derecho se ha caracterizado por ser dúctil, y precisamente su esencia maleable ha permitido grandes avances a lo largo del tiempo en lo que refiere al reconocimiento de derechos, es por ello, la importancia de hacer un examen concienzudo y analítico sobre la concepción, finalidad y aplicación de los Derechos Fundamentales Innominados, donde al analizar el espíritu y alcance de los mismos, se devela la necesidad de que el juez constitucional conceda amparos no solo basado en los derechos concedidos por la Carta Política, sino que debe ir más allá al encontrar una conexidad con otros derechos que son inherentes a la Dignidad Humana, pero que no necesariamente están dentro del catálogo plasmado en la norma de normas, pero que al momento de hacer un razonamiento, puede encontrar con base en el respeto por la Dignidad Humana el fundamento para fallar a favor de quien solicita el amparo.

En este sentido, si se entiende la Dignidad Humana como pilar de principios fundamentales, y la inspiración de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991,

sobre ello, la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto al afirmar que; *“La dignidad de la persona se funda en el hecho incontrovertible de que el ser humano es, en cuanto tal, único en relación con los otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas, pues, como lo ha repetido la jurisprudencia, la persona es 'un fin en sí misma'. Pero, además, tal concepto, acogido por la Constitución, descarta toda actitud despectiva frente a sus necesidades corporales y espirituales, todas las cuales merecen atención en el Estado Social de Derecho, que reconoce en el ser humano la razón de su existencia y la base y justificación del sistema jurídico”*¹.

Precisamente, la Carta Política de 1991, en su artículo 94 constitucional, expresa sobre dicho tópico; *“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”*² (subrayado fuera de texto).

Es decir, reconoce aquellos derechos que, sin estar expresamente consagrados en la Constitución, por hallar una relación directa con la Dignidad del Ser Humano adquieren rango constitucional. Dicha concepción, da lugar a una consideración de mayor trascendencia y es; el cambio de paradigma en la creación positiva de los derechos por su reconocimiento.

Anudando a lo anteriormente expuesto, se pretende dilucidar la necesidad de aplicación teleológica de los Derechos Fundamentales, que no son otra cosa que aquellos derechos inalienables de toda persona, pero que no deben estar limitados a un examen exegético de derechos enunciados en la Constitución

¹CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Cuarta. Sentencia T-926 de 1999. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Expediente T- 237022

²CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Artículo 94.
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> consultado.

Política por parte de los jueces a quienes se acude para materializar su amparo cuando estos se ven vulnerados, es por ello la viabilidad del reconocimiento de Derechos Fundamentales innominados, aplicando criterios teóricos de la Alta Corte que serán objeto de análisis posteriormente.

OBJETIVOS

GENERAL.

- Analizar a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional el desarrollo de los llamados derechos innominados.

ESPECÍFICOS

- Conocer las bases históricas y teóricas de los derechos innominados.
- Identificar qué derechos innominados ha reconocido la Corte Constitucional vía jurisprudencial.
- Evidenciar los aspectos teóricos y conceptuales que la Corte Constitucional ha desarrollado en aras del reconocimiento de los llamados derechos innominados.

METODOLOGIA.

Este Trabajo de monografía compilatoria se despliega bajo una investigación cualitativa a través del análisis jurídico y revisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por cuanto y en tanto los derechos fundamentales innominados han sido reconocidos vía jurisprudencial en Colombia.

Así mismo, se realizará un recorrido histórico, con la finalidad de comprender la evolución de los Derechos Fundamentales, lo que ha permitido un progreso en el inventario y categorización de los mismos. En este sentido, será menester hacer una recopilación de los derechos innominados hasta ahora reconocidos donde se plasma en cada una de las sentencias de amparo y, se da primacía al respeto por la Dignidad Humana, justificado en un análisis de los componentes teóricos que la Corte Constitucional ha tomado como base para el reconocimiento de los mismos; dando pie a la observancia del desarrollo de la teoría constitucional de los Derechos Innominados en Colombia.

CAPÍTULO I.

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INNOMINADOS.

Los antecedentes históricos de los derechos fundamentales innominados se remontan a la concepción del *iusnaturalismo*³, entendido como un derecho innato del ser humano estudiado por diversos filósofos y tratadistas a lo largo de la historia como una ley universal e inmutable. Sin embargo, son múltiples los momentos históricos relevantes que durante la existencia de la humanidad han enriquecido la concepción de los derechos fundamentales por ello, citaremos algunos que nos permitirán observar con mayor claridad las bases político-conceptuales de los derechos fundamentales innominados.

1.1 El ius naturalismo

El punto de partida de la construcción de los derechos inalienables, comienza, como ya se dijo, desde el ius naturalismo y el cristianismo, donde a partir de un discurso teológico, tal y como la afirma Michael Villey; “(...) *los derechos humanos tienen por primera fuente una teología cristiana*”⁴, se concebía al hombre *ad imaginem et similitudinem Dei*, y al tenerse tal concepción, y por ser hijos de Dios se nacía con unos derechos inherentes, inalienables y universales, por ende, unos derechos propios del hombre.

Más adelante, en la época del protestantismo, trató de reformarse dicha concepción para centrarse en el hombre, donde se le apostó al individuo en el campo de la acción, de su entorno, teniendo como base al hombre de cara a su Ser Supremo, su Creador, donde los conceptos fundamentales de la moral deben ser incondicionales al momento de actuar, pero teniendo en cuenta la

³FILOSOFÍA DEL DERECHO. *Iusnaturalismo*, <http://filosofiaderechosaia.blogspot.com.co/p/iusnaturalismo.html> consultado.

⁴MICHAEL VILLEY, *Le Droit et les droits de l'homme*. París, Presses. Universidad de Francia. 1983.

importancia de la secularización de las instituciones que deben regirse con normas propias.

En este orden de ideas, para poder limitar la intervención en esferas propias del individuo, ya que lo que pretendía el protestantismo o los reformadores era la idea de soberanía del individuo, se develó la imperiosa necesidad de garantizar al individuo libertades mínimas, donde el Estado no podría entrometerse. Sin embargo, tal idea iba en contravía de la unidad religiosa, ya que la imposición de cultos no permitía cuestionamiento alguno, acarreando, por ejemplo, consecuencias nefastas, tal y como la matanza de San Bartolomé en 1572⁵.

Ante la penuria y tras fatídicos resultados del conflicto entre los católicos que pretendían proteger la unión religiosa, y los protestantes que reclamaban un estado secular, donde se separara la religión y la política, surgió el 13 de abril de 1598 *el Edicto de Nantes*⁶, que es un punto de referencia a la libertad de culto, traducido éste en libertades negativas: una obligación de no hacer, es decir, el deber del Estado de respetar y tolerar los cultos y creencias religiosas de sus ciudadanos.

Históricamente es un punto de referencia el Edicto de Nantes, toda vez que se crea una norma donde se prohíbe al Estado su injerencia en la conciencia y el culto de sus gobernados, y donde se afirma y se materializa la idea de concebir al individuo como soberano.

Continuando con el derecho natural, Grocio lo definió como: *“el derecho de la recta razón, que indica que alguna acción, por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional, tiene fealdad o necesidad moral y, por consiguiente, está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza”*⁷. Es

⁵HISTORY. Matanza De La Noche De San Bartolomé. <https://mx.tuhistory.com/hoy-en-la-historia/ocurrio-matanza-de-la-noche-de-san-bartolome>. Consultado.

⁶EL EDICTO DE NANTES. <https://www.laguia2000.com/francia/el-edicto-de-nantes> Consultado.

⁷GROCIO, H. Del derecho de la Guerra y de la Paz, 1925, Madrid, Editorial Reus. Pag. 52.

decir, son aquellas normas que no requieren de una consagración legal para ser aplicados y respetados por el ser humano, toda vez que, son innatos al ser, al encontrarse íntimamente ligado a su Dignidad Humana.

En este sentido, la doctrina del iusnaturalismo se caracteriza por el dualismo fundamental entre el derecho positivo y el derecho natural, siendo una de sus funciones esenciales justificar el establecimiento del derecho positivo o la existencia de un Estado competente que lo determine; siendo el derecho positivo válido únicamente en la medida en que se adecúa al derecho natural. En este mismo sentido, Pufendorf expuso que las leyes positivas se deben ajustar inicialmente a la ley natural, indicando que: *“Es cierto que todas las leyes civiles presuponen o, cuando menos, incorporan los principios del derecho natural, que mantienen la seguridad de la raza humana; y estos últimos no desaparecen con las primeras, que se les añaden tal como lo han exigido cada uno de los estados”*⁸.

1.2 Creación de Catálogos de Derechos Fundamentales.

Otro momento histórico, fue aquel en el cual bajo el concepto de la supremacía del hombre, y a sabiendas de que se estaba en el auge y desarrollo de la secularización, nos referimos puntualmente a los siglos XVII y XVIII en los cuales se comenzó una producción de catálogos pensados en aquellos derechos propios del hombre, y que plasmaban libertades negativas con la finalidad de que las personas pudiesen desarrollarse libres, limitando al Estado en esferas que coartaran esa libertad pretendida, por consiguiente, es necesario destacar los siguientes:

El 12 de junio de 1776, los representantes del pueblo de Virginia de los Estados Unidos de América, suscribieron una declaración de derechos, en la que se

⁸Citado por Kelsen, H. (1992), Que es Justicia, Barcelona, editorial Ariel S.A.

adoptó la teoría de los derechos naturales como innatos del hombre, dicha declaración indica que; *“Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber, el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad”*⁹.

Las directrices de tolerancia emanadas de la declaración al establecer la libertad, la igualdad y la independencia, son derechos concedidos al pueblo de Virginia, y éstos a su vez, como un deber de respeto frente al otro, al estar obligado a respetar creencias religiosas de acuerdo al dictamen de la conciencia, y tratar a los demás de manera igual.

La Convención Constitucional de Filadelfia, Pensilvania en Estados Unidos, pese a tener por objetivo discutir las reformas a los artículos de la Confederación y la Unión Perpetua que mejorarían el comercio, mediante deliberaciones secretas decidió redactar y adoptar una nueva Constitución. La cual, se encuentra vigente actualmente y ha sido sometida a diversas enmiendas, entre las que se encuentra la número IX, propuesta el 25 de septiembre de 1789 y promulgada el 15 de diciembre de 1791. Textualmente reza:

*“La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no ha de interpretarse como que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo”*¹⁰.

Dicho enunciado, reclama una interpretación basada en la importancia de todos y cada uno de los Derechos contenidos en la Constitución, donde el simple hecho de que se enumeren no quiere, bajo ninguna circunstancia darle mayor o

⁹DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DE VIRGINIA, 1776, art. 1. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/21.pdf> consultado.

¹⁰CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS, enmienda IX, 1791. <http://biblioteca.libertyfund.org/bibliotecadelalibertad/la-declaracion-de-independencia/enmiendas-la-constitucion-de-los-estados-unidos-de-america>. Consultado.

menor valor a uno u otro, ya que éstos les pertenece a los hombres que habitan la nación, son propios de cada uno, y mal haría si se pretende desdeñar aquello que es inalienable, inherente, irreductible.

En la Declaración de Independencia Norteamericana, que fue aprobada el 4 de julio de 1776, aparte de ser el documento constitutivo de un nuevo país, al darse la desvinculación de Inglaterra como soberano, Tomás Jefferson redactó dicha declaración bajo una ideología liberal, aunque se aísla un poco del concepto de la propiedad privada para darle mayor valor a la búsqueda de la felicidad de todos los ciudadanos.

Tal Declaración, se escribió conforme a la ley natural, tal y como se expresa en el preámbulo: *“Sostenemos como evidentes por sí mismas dichas verdades: que todos los hombres son **creados** iguales, que son dotados por su **creador** de ciertos derechos inalienables; que entre ellos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. (...)*”¹¹. (Negrita fuera de texto original).

En la misma perspectiva, en Francia, el tema de la secularización que tuvo lugar en los conflictos con la corona y el clérigo, donde se desconocían las libertades del individuo, al encontrarse con un régimen para, por y de Dios, provocó que libres pensadores iniciaran una revolución buscando liberarse de la opresión del Estado-Iglesia, haciendo un llamado a; “ahorcar al último rey con las tripas del última cura”. El esfuerzo colectivo de los ciudadanos que lucharon con la firme convicción de la búsqueda de la libertad dio sus frutos.

Es así, que se logró el 26 de agosto de 1789 la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*¹², siendo promulgada por patente real el 3 de

¹¹DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DE VIRGINIA, 1776, PREAMBULO. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/21.pdf> consultado.

¹²DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO. <https://democraciaparticipativa.net/documentos-data-a-referenda/documentos-en-espanol/documentos-sobre-derechos-humanos/10371-declaracion-de-los-derechos-del-hombre->

noviembre de la misma anualidad. Dicho documento, fue influenciado por la doctrina del iusnaturalismo, hecho que se evidencia en el preámbulo de la misma al consagrar que dicha declaración pretende exponer los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre al declarar; “(...) *el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y deberes; a fin de que los actos del poder legislativo y el poder ejecutivo, al poder cotejarse a cada instante con la finalidad de toda institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, en adelante fundadas en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos*”¹³. Es importante resaltar algunos aspectos: primero, se evidencia que el preámbulo de la declaración está totalmente separada de la concepción del *Imago Dei*¹⁴, es decir, que no encuentra el fundamento para concederle derechos al hombre a partir de dotes dados por el creador; segundo, se visualiza una semejanza con la Declaración de Independencia de Norteamérica donde el fin es la felicidad de los ciudadanos, tercero, proclama un imperativo de separación de poderes.

En los artículos que la componen, como el artículo primero, que reza: “los hombres nacen libres e iguales en derechos” se declara una igualdad absoluta para todos los hombres, cabe anotar que para ese entonces debían excluirse a los esclavos, las mujeres y quienes no poseen propiedad, además de una libertad inherente e imprescriptible que debía garantizarse. De la misma

y-del-ciudadano-1789.html. Consultado.

¹³DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO. <https://democraciaparticipativa.net/documentos-data-a-referenda/documentos-en-espanol/documentos-sobre-derechos-humanos/10371-declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-1789.html>. Consultado

¹⁴Imago Dei. <http://www.lupaprotestante.com/blog/la-imago-dei-como-don-y-tarea/>. Consultado.

manera, al estipular la conservación de los derechos naturales de la persona humana; como los que serán citados a continuación.

“La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. Así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites solo pueden ser determinados por la ley”¹⁵.

Esta libertad proclamada tiene una connotación de facultad-deber, traducida en que el actuar del hombre debe estar limitado a no hacer mal al otro, y de ver a los demás como sus pares. Ahora bien, en un segundo momento, en 1793, los burgueses concedieron la propiedad privada como derecho natural, de ahí, que en razón de ella, pudiesen hacer las autoridades distinciones, siempre y cuando *“la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una previa indemnización”¹⁶.*

De allí, surge la tendencia historicista de los derechos, donde se enmarca una alternativa frente al ius naturalismo racionalista, es por ello, que se propone que los derechos no son propiamente parte de una naturaleza que deba ser declarada, sino que es una construcción cultural que se hace supremamente necesaria para la edificación de las libertades negativas que limitan el poder estatal.

¹⁵DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO, 1789, Artículo II y IV. <https://democraciaparticipativa.net/documentos-data-a-referenda/documentos-en-espanol/documentos-sobre-derechos-humanos/10371-declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-1789.html>. Consultado.

¹⁶DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO. <https://democraciaparticipativa.net/documentos-data-a-referenda/documentos-en-espanol/documentos-sobre-derechos-humanos/10371-declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-1789.html>. Consultado

1.3 Juicio de Nuremberg: dicotomía entre ius naturalistas y los defensores del ius positivismo.

Así también, como hito en la historia de la humanidad, podemos citar aquel episodio vergonzoso auspiciado por el antisemitismo que propició la segunda guerra mundial. Los vejámenes ejecutados por los nazis en contra del pueblo judío que pretendía exterminar mediante prácticas que minimizaban en su máxima expresión la libertad y la dignidad humana al someter en campos de concentración en razón de la fulminación judía, dieron pie a una discusión filosófica-jurídica entre el ius positivismo y el ius naturalismo.

Tal discusión se presentó en los juicios de Nuremberg, entre noviembre de 1945 y 1 de octubre de 1946, donde las naciones que salieron vencedoras en la Segunda Guerra Mundial iniciaron procesos judiciales mediante la creación del Tribunal Militar Internacional (TMI), Tribunal con facultades jurisdiccionales otorgadas por La Carta de Londres firmada en 1945 en Francia, para ir en contra de veinticuatro líderes antisemitas, quienes fueron partícipes como dirigentes, funcionarios y colaboradores del régimen nazi, con el fin de imponerles un castigo por la barbarie cometida en los campos de concentración, especialmente en el *holocausto de Auschwitz*¹⁷, donde acaeció el principal campo de exterminio. Cabe resaltar, que también se juzgaron más personas, entre otros, los juicios más destacados fueron: *el juicio de los doctores y el juicio de los jueces*¹⁸.

Evidentemente el mundo se encontraba indignado por los actos atroces que tuvo que padecer el pueblo judío en el holocausto nazi, sin embargo, la defensa de quienes estaban siendo juzgados era que obedecían órdenes legítimas del Führer, refiriéndose a Adolfo Hitler como su líder y canciller imperial, y que en

¹⁷AUSCHWITZ. <https://www.ushmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10007021>. Consultado.

¹⁸HISTORIA VIRTUAL DEL HOLOCAUSTO. El genocidio nazi cometido contra la población judía europea entre 1933 y 1945. <http://www.elholocausto.net/parte04/0406.htm> consultado.

consecuencia, actuaban bajo un mandato legal, y es que fue precisamente la creación de un ordenamiento jurídico nacionalista que mediante leyes y decretos de higiene racial y contra de la población judía lo que “legitimaba” el actuar de los líderes nazis, y que, en caso tal de omitir cumplirlas serían fusilados sin consideración alguna por parte de los fieles al régimen de Hitler.

Para la escuela positivista, la creación de dicho Tribunal, la tipificación de delitos, donde argumentan que fue posterior al momento de ejecutar los actos fue todo un fraude jurídico y procesal, en palabras de Quincy Wright; “(...)¿Cómo pueden los principios enunciados por el Tribunal de Núremberg, por tomarlos de ejemplo, tener valor legal sin que hasta entonces la mayoría de los Estados haya estado de acuerdo en admitir a un tribunal con jurisdicción [internacional y mundial] para hacer cumplir estos principios? ¿Cómo pudo el Tribunal de Núremberg obtener jurisdicción para encontrar a Alemania culpable de agresión, cuando Alemania no había prestado su consentimiento a que existiese tal Tribunal? ¿Cómo puede la ley, por primera vez promulgada explícitamente en la Carta de Núremberg de 1945, haber sometido a los imputados en el juicio cuando años antes [de que existiera esa ley] cometieron los actos por los que fueron acusados?”¹⁹

Dicho razonamiento es absolutamente válido, si se tiene en cuenta que como principio general del Derecho: *Nulla poena sine lege*, y bajo esta directriz, no hubiese sido posible el juzgamiento de los líderes nazis, tampoco la creación de Tribunal Militar, y mucho menos acusar de delitos tipificados con posterioridad a los actos cometidos en el holocausto nazi.

Es importante entonces, hacer mención que dentro del marco del debate jurídico, en el juicio de los jueces, por ejemplo, fueron declarados culpables los

¹⁹WRIGHT Quincy. 1948. <http://posgradofilosofiadelderecho.blogspot.com.co/2015/09/los-juicios-de-nuremberg.html> consultado.

abogados y jueces que crearon tal ordenamiento jurídico, por los delitos de conspiración criminal, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

El debate de todas formas fue dirimido por el Tribunal Militar Internacional, donde a pesar de que los acusados basaban su defensa en un derecho de corte positivista, el TMI decidió condenarlos por los crímenes cometidos, no podían permitir la sensación de impunidad y ese sinsabor a la humanidad de saber que semejantes aberraciones nunca fueron castigadas.

1.4 Régimen nazi: un antecedente que no puede repetirse impulsó la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Con fundamento en el contexto, las naciones estaban convocadas para que crímenes de tal magnitud no se repitieran, y mucho menos permitir que un Estado pudiese legitimar bajo la premisa de que es autónomo de crear sus propias leyes, normas que favorecieran tales actos. De allí nace el discurso universal de los derechos humanos, donde el 1948 se proclama en París *mediante resolución 217 A (III)*²⁰ por la Asamblea General de Naciones Unidas la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Su preámbulo, es un evidente reproche a actos que menosprecian los derechos humanos inherentes al hombre, y con mayor razón, si se tiene en cuenta el antecedente de la Segunda Guerra Mundial. A la declaración la precede el preámbulo, donde se analizaran brevemente algunos apartes:

“Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humano han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberadores

²⁰NACIONES UNIDAS. La declaración Universal de los Derechos Humanos. <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> consultado.

*del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias; (...)*²¹. Dicha consideración se supeditó al aprendizaje encaminado a la voluntad de evitar actos que constituyen barbarie por parte de un Estado, teniendo en cuenta como pilar fundamental la supremacía del hombre, que debe desarrollarse en un entorno libre.

*“Considerando esencial que los derechos humanos, sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión (...)*²². Que la teleología de los derechos y de un sistema jurídico siempre vaya dirigido a garantizar los derechos de las personas, y no que estén en contraposición a éstos, como lo ocurrido en Alemania con el régimen nazi.

*“Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en esta Carta su fe en los Derechos Fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad (...)*²³. Los derechos fundamentales que cada Estado desarrolle en su Constitución política tendrán entonces como base la dignidad humana y el valor de la persona humana, obsérvese también que lo hace bajo un lenguaje incluyente al decir hombres y mujeres. Pero además de garantizarlos, deberá hacerlo dentro de un marco de progreso, porque se entiende que sin calidad de vida la persona no podrá desarrollarse a plenitud ni ejercer sus derechos de manera íntegra.

²¹NACIONES UNIDAS. La declaración Universal de los Derechos Humanos. <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> consultado

²²NACIONES UNIDAS. La declaración Universal de los Derechos Humanos. <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> consultado

²³NACIONES UNIDAS. La declaración Universal de los Derechos Humanos. <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> consultado

*“Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre (...)”*²⁴. El compromiso de cada uno de los Estados Miembros no solo se trata de expresar mediante un consenso político los derechos fundamentales, éstos deben tener mecanismos para su efectiva protección, no que se vea como una mera formalidad, y que puedan materializarse.

1.5 Derechos Fundamentales en Colombia.

Por otra parte y refiriéndonos al caso colombiano, desde la ya extinta Constitución de 1886, se planteó el abordaje de los llamados derechos civiles y garantías sociales, ello, claro está desde una óptica centralista representada en cabeza del presidente, ministros y jefes de departamentos administrativos, el ciudadano no era entonces el centro del andamiaje político y constitucional colombiano, ello en sí, conllevaba una serie de restricciones a los derechos individuales como; la elección popular, la libertad de conciencia y de orientación sexual, al igual que la fe no era de libre elección.

Por su parte, la Constitución Política de 1991, opto por admitir un catálogo abierto de derechos fundamentales teniendo como centro al ser humano. Para hablar de ello, es necesario exponer lo discutido por la Asamblea Nacional Constituyente frente a los derechos fundamentales y la aplicación inmediata de los mismos.

Al respecto, el concepto de derechos fundamentales se debatió bajo la rúbrica de los derechos humanos, acontecimiento que se evidencia en la ponencia de la Subcomisión Segunda de la Comisión Primera, cuando afirmó: *“para*

²⁴NACIONES UNIDAS. La declaración Universal de los Derechos Humanos. <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> consultado

determinar los derechos que deben figurar en nuestra carta constitucional, se tuvo en cuenta la evolución del concepto de derechos fundamentales propiciada por las circunstancias históricas y políticas y por el desarrollo de los principios humanitarios”²⁵.

De igual forma, el carácter de fundamental de los derechos fue debatido también bajo la tesis de la aplicación inmediata de los derechos. Esta a su vez, fue defendida en la intervención realizada por el Ministro de Gobierno Humberto de la Calle Lombana, quien, en sesión del 6 de marzo de 1991, ante la Comisión Primera, expuso:

“En nuestra opinión no se trata de establecer una escala de valores que discrimine unos derechos frente a otros... lo que el gobierno quiere señalar es que hay unos derechos que son de aplicación inmediata, que no requiere la intermediación de la norma legal para que ellos tengan vigencia y por tanto permiten la utilización inmediata de los elementos de protección de los derechos”²⁶.

No obstante, fue en las sesiones de plenarias donde se manifestó que la aplicación inmediata no agotaba la lista de los derechos fundamentales. Para esclarecer este punto, es necesario conocer las interpretaciones en contra del artículo 85 superior de algunos constituyentes en el debate en plenaria el 29 de junio, en la que la Comisión Codificadora sometió a discusión un texto que hacía referencia a la acción de tutela. Al respecto, uno de los doctores que expresó su inconformidad fue Juan Carlos Esguerra, quien argumentó:

²⁵HISTORIA PARA LA CONSTITUCION DE 1991.
<http://www.constitucioncolombia.com/historia.php> consultado.

²⁶CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Primera. Sentencia T-406 de 1992, M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón. Expediente T-778.

“En el artículo de tutela que viene a continuación se estableció que a través de ese mecanismo se protegerían los derechos fundamentales, entonces, deliberadamente no incluimos allí una relación de los derechos fundamentales, porque la verdad es que quizá lo conveniente es dejarle esa labor al legislador más bien que al constituyente, hoy se reputan fundamentales algunos derechos que quizá mañana no lo sean, como mañana puede llegar a tener ese carácter algunos que hoy no hemos imaginado, entonces yo sería partidario y así se lo ruego al doctor Pérez Rubio, de que en esta norma corremos el riesgo de equivocarnos como ocurre con toda enumeración taxativa a nivel constitucional, se dejara que lo haga la ley (...) de manera (...) que la reglamentación debería comenzar por la determinación de cuáles son los derechos que van a ampararse a través de este mecanismo y, no correr el riesgo de petrificar una serie de derechos, cerrando la posibilidad de que el día de mañana aparezcan otros; donde la ley podría determinar cuales tiene el carácter de fundamentales para efectos de la tutela (...) La calificación de los derechos debe ser una prerrogativa del juez y no de la Constitución Nacional”²⁷. Posición que, fue respaldada por el constituyente Fernando Carrillo, quien en la misma sesión indicó que alentaba la posición del Doctor Esguerra, ya que este artículo debía caracterizarse precisamente por su flexibilidad.

Con base en lo expuesto, la Honorable Corte Constitucional consideró que para que un derecho tenga la calidad de fundamental sin que este expresamente consagrado en este documento, *deben reunir unos requisitos esenciales* ²⁸ y, que según su naturaleza, se enmarque en alguno de los criterios determinados por la Alta Corporación, ya sea el criterio físico, caracterizado por ser netamente inductivo, al resultar del análisis de la realidad o de los procesos históricos de

²⁷GACETA CONSTITUCIONAL No. 24, 1991, p. 7, véase la Sentencia T-406 de 1992, M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón. Expediente T-778.

²⁸CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Primera. Sentencia T-406 de 1992, M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón. Expediente T-778.

reconocimiento de ciertos derechos como fundamentales; o el criterio analítico, entendido como aquel que por la naturaleza racional del derecho, permite deducir su fundamentalidad. Este último criterio se divide en cuatro clases a saber:

1. Por consagración expresa en la Constitución.
2. Por remisión expresa de la misma.
3. Por conexión directa con los derechos fundamentales expresamente establecidos.
4. Por su carácter de derecho inherente a la persona.

Los últimos dos requisitos son el núcleo esencial del presente trabajo, toda vez que, son estos derechos los consagrados en el artículo 94 constitucional bajo el cual, se entendió introducido el catálogo abierto de derechos en nuestra Carta Magna y, por tanto, de los derechos fundamentales innominados. A lo cual, debemos sumar aquellos reconocidos en el llamado Bloque de Constitucionalidad, pues con base en el artículo 4 superior, los Tratados Internacionales acogidos por Colombia son de raíz constitucional. En tal sentido podría afirmarse que de dichos textos se podrían derivar el reconocimiento de algunos derechos innominados, en tanto, corresponde al juez de tutela realizar el llamado control de convencionalidad y en dicho sentido hacer las interpretaciones y reconocimientos constitucionales de cada caso en concreto.

Al respecto, dicha normativa expresa: *“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”*²⁹. Y fue debido a lo

²⁹CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Artículo 94.

expuesto, que el Decreto 2591 de 1991, mediante el cual, se reglamentó la acción de tutela consagrada en el artículo 86 superior, introdujo en su artículo 2° la protección de estos derechos a través de tal mecanismo constitucional.

Ahora bien, teniendo claro el andamiaje histórico de los derechos fundamentales, es menester dilucidar un concepto de derechos fundamentales innominados, es por ello, que en el presente trabajo estos derechos serán entendidos como aquellos derechos que sin estar expresamente enunciados en la Constitución, tienen carácter de fundamentales al ser inherentes e inalienables a la persona humana en general y, a su dignidad humana en particular, siendo reconocidos jurisprudencialmente y protegidos vía acción de tutela.

CAPITULO 2.

RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INNOMINADOS EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

En este capítulo se citarán algunas de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional referentes a la creación vía jurisprudencial de los derechos innominados. Si bien, es importante manifestar que son diversos los pronunciamientos hechos por el Alto Tribunal referente al tema propuesto, nos limitaremos a citar algunas sentencias que abordan algunos de los derechos creados y que han dejado un precedente jurisprudencial, a saber;

2.1 Mínimo Vital.

Para la Corte Constitucional el Mínimo Vital como derecho fundamental innominado tiene una estrecha relación con derechos fundamentales como; la seguridad social, la vida, la salud y en especial con la Dignidad Humana. Lo anterior, debido a que el mínimo vital se entiende como todo ingreso que percibe una persona, sea trabajador o pensionado, que le permite solventar sus necesidades básicas y las de su familia: la alimentación, la vivienda, el vestido, la salud y en general toda prerrogativa indispensable para que posea una vida digna, conforme a cada caso en particular. Al respecto, se procederá a citar dos sentencias que reconocieron este derecho como fundamental;

En la *sentencia SU 111 de 1997*³⁰ la Corte estudió la acción de tutela instaurada por la señora Celmira Waldo de Valoyes de 64 años de edad contra la Caja Nacional de Previsión Social Seccional Chocó, por haberle suspendido por medio de un acto administrativo los servicios médicos asistenciales que se

³⁰CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia SU-111 de 1997, M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente T-107601.

le venían prestando, pese a la existencia de una providencia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, en la cual, se ordenó a la Caja el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas y asistenciales de la actora.

Si bien, en la presente sentencia la Corte Constitucional no se tutelaron los derechos invocados, ya que la acción de tutela no cumplía con el requisito de subsidiariedad, entendido este como; *“requisito de procedibilidad de la acción de tutela, por cuanto a este medio de protección se puede acudir frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, pero siempre que no exista otro medio de defensa que sea idóneo, o cuando existiéndolo no sea expedito u oportuno o sea necesario el amparo para evitar un perjuicio irremediable”*³¹ ya que la señora había dejado pasar dos años desde la expedición del acto administrativo y la interposición de este mecanismo constitucional. Al respecto adujo el Alto Tribunal:

“Excepcionalmente se ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales, tienen conexidad con pretensiones amparables a través de la acción de tutela. Ello se presenta cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población [como era el caso bajo estudio al ser la accionante una mujer de 64 años de edad, diagnosticada con artritis reumatoidea], y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto del mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales.

³¹CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Primera Sentencia T- 571 de 2015. Expediente T-4952361. Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa.

Por fuera del principio a la dignidad humana que origina pretensiones subjetivas a un mínimo vital la acción de tutela, en el marco de los servicios y prestaciones a cargo del Estado, puede correctamente enderezarse a exigir el cumplimiento del derecho... En estos eventos, se comprende, la violación del derecho fundamental es autónoma con relación a las exigencias legales que regulan el servicio público”³².

En este asunto, la Sala de Revisión aceptó que; en primer lugar, el hecho de que un derecho este en el capítulo de derechos económicos, sociales y culturales, no implica que no tenga carácter de derecho fundamental o relación con un derecho de esta clase, y en consecuencia, pueda ser protegido por medio de la acción de tutela; en segundo lugar, se indicó que toda persona que pretenda dar cumplimiento a su proyecto de vida, requiere para ello de un mínimo vital que le permita desarrollarse como persona en condiciones dignas y sin el cual, se verían vulnerados otros derechos fundamentales, como la vida, dignidad humana, salud, educación e incluso la vivienda.

En igual sentido, la Corte Constitucional en *sentencia T-012 de 2009*³³ resolvió la acción de tutela impetrada por Jaime Cañón Díaz contra la Secretaría de Educación de Bogotá pretendiendo el amparo a su derecho fundamental al mínimo vital, debido a que fue retirado de la planta de personal de la institución, mediante la Resolución Número 10899 de 2007, por haber alcanzado la edad de retiro forzoso de 65 años prevista en los artículos 31 y 68 del Decreto 2267 de 1979, sin que se le hubiere reconocido la correspondiente pensión de jubilación, generando que no tuviera ninguna fuente de ingresos económicos para satisfacer sus necesidades y las de su núcleo familiar. Para la Corte, en el caso puntual logro determinar esa íntima relación del mínimo vital con la

³²CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia SU-111 de 1997, M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente T-107601.

³³CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Cuarta. Sentencia T-012 de 2009, M.P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Expediente T-1978037.

Dignidad humana y la conexidad con otros derechos fundamentales La Corte expuso lo siguiente:

“En palabras de esta Corporación el derecho fundamental al mínimo vital “constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional”³⁴.

Agrega además el Alto Tribunal: *“Con fundamento en lo relatado y en el hecho de que el actor había sido desvinculado laboralmente, sin que le hubiera sido reconocida la pensión de vejez, dejándolo a él y su familia sin ningún ingreso económico que permitiera su subsistencia, esa Corporación decidió: Revocar las sentencias de primera y segunda instancia, que habían negado las pretensiones, y en su lugar tuteló “el derecho fundamental al mínimo vital del señor Jaime Cañón Díaz”³⁵.*

En conclusión, se logra dilucidar la intención de la Corte Constitucional de reconocer y amparar derechos fundamentales que no están taxativos en la Carta Política, pero que guardan una estrecha conexidad con la dignidad humana como cimiento fundamental de la Constitución.

2.2 Derecho al Olvido.

El derecho al olvido predicable principalmente de actividades crediticias y financieras, es concebido por la Corte Constitucional como aquel derecho que

³⁴CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Cuarta. Sentencia T-012 de 2009, M.P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Expediente T-1978037.

³⁵CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Cuarta. Sentencia T-012 de 2009, M.P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Expediente T-1978037.

tiene el titular de la información a que se eliminen los datos negativos que en su contra reposan en una central de riesgo, debido a que con el pasar del tiempo se cumplió con la finalidad del reporte; este hecho también se fundamenta en la imposibilidad de que informaciones negativas acerca de un sujeto tengan vocación de perennidad, toda vez que afectaría negativamente otros aspectos de su vida hasta que el dato sea eliminado, como lo es; el acceder a créditos bancarios.

En la *sentencia T-414 de 1992*,³⁶ la Corte estudió la petición del señor Francisco Gabriel Argüelles Norambuena que solicitó ser retirado de la lista de deudores morosos del Banco de Bogotá, en la Central de Información de la Asociación Bancaria de Colombia, toda vez que a la fecha de interposición de la acción de tutela, se encontraba como deudor moroso en dicha base de datos, pese a que hace cuatro años, el Juzgado Décimo Sexto Civil del Circuito de Bogotá declaró prescrita la obligación que el accionante había adquirido con la citada entidad bancaria.

Es así, como la Corte Constitucional expuso que, debido a la naturaleza de los datos, estos no tienen una vigencia ilimitada en el tiempo, por lo que los administradores de las bases de datos, tiene la obligación ineludible de actualizar la información existente en el sistema, con el objeto de evitar la circulación de un reporte negativo de una persona, cuando este ha cumplido con su término de vigencia.

Textualmente la sentencia expresa: *“De otra parte, es bien sabido que las sanciones o informaciones negativas acerca de una persona no tienen vocación*

³⁶CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Primera. Sentencia T-414 de 1992, M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón. Expediente T-534.

*de perennidad y, en consecuencia, después de algún tiempo tales personas son titulares de un verdadero derecho al olvido*³⁷.

Con fundamento en lo citado, la Corte decidió revocar la providencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá el día 4 de febrero de 1992, mediante la cual, se confirmó la sentencia del a quo, que negó el amparo solicitado, ya que el Juez de tutela consideró que el actor poseía otro mecanismo de defensa ante la Superintendencia Bancaria, es decir, que no podía ampararse el derecho invocado mediante esta acción constitucional por no encontrarse como mecanismo subsidiario, sin embargo, no fue óbice para que la Corte Constitucional concediera el amparo pretendido, ordenando la inmediata cancelación del nombre del peticionario de la lista de deudores morosos de la Central de Información, organizada y administrada bajo la responsabilidad de la Asociación Bancaria de Colombia, debido a que al momento de resolver la acción de tutela los jueces de instancia ignoraron el hecho de que existía una sentencia judicial que declaraba prescrita la obligación adquirida por el actor.

2.3 Estabilidad Laboral Reforzada.

Este derecho fundamental innominado ha sido reconocido por la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones como aquel derecho que poseen ciertos sujetos que por su condición especial no puede ser desvinculados laboralmente sin la autorización del inspector de trabajo o mediante sentencia judicial. Son titulares de esta prerrogativa las mujeres en estado de embarazo, los trabajadores aforados y las personas en estado de debilidad manifiesta.

³⁷CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Primera. Sentencia T-414 de 1992, M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón. Expediente T-534.

Entre otras sentencias, se encuentra la *T-373 de 1998*³⁸ producto de la acción de tutela interpuesta por la señora Vivian María Campo Hernández, contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), quien solicitó su reintegro laboral, en razón de que fue desvinculada con ocasión a su estado de embarazo, la Corte Constitucional consideró que la mujer embarazada tiene derecho a una estabilidad laboral reforzada, como consecuencia a la discriminación de la cual puede ser objeto debido a su estado de gestación, razón por la que el Estado debe adoptar las medidas pertinentes para garantizar la vida digna de la madre y el hijo que está por nacer, incluyendo el derecho al trabajo, en caso de que se encontrara laborando al momento de quedar en embarazo, toda vez que esta sería la fuente de ingresos que utilizaría para solventar los gastos que genera su embarazo y a futuro el menor.

En este orden de ideas, la Alta Corporación consideró que la terminación del vínculo laboral de una mujer en estado de embarazo en razón a su gravidez no tiene efectos jurídicos. Es decir, es ineficaz, razón por la cual, debe procederse a su reintegro en el cargo que desempeñaba y al pago de los emolumentos dejados de percibir desde su despido hasta el correspondiente reintegro, junto con el pago de la indemnización a que haya lugar. Fue con fundamento en lo reseñado, que la Sala de Revisión que dictó la citada providencia, confirmó la decisión proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, Sala Segunda, mediante la cual, le fue concedido el amparo solicitado.

Lo anterior, como lo expuso esta Corporación, con la finalidad de que tanto la madre como el naciente tengan una fuente de ingresos estable, que le permita solventar sus necesidades congruas y, no quede en un estado de indefensión, generado por la terminación de su vínculo laboral, con ocasión a su estado de gravidez. En este mismo orden de ideas; *“esta Corporación hizo extensivo dicho*

³⁸CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Tercera. Sentencia T-373 de 1998. M.P; Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente T-161529.

*amparo constitucional a las mujeres que laboran en el sector público*³⁹, ya sean en carrera o de libre nombramiento y remoción.

Así también, la Corte en la *sentencia T-285 de 2006*⁴⁰, examina la acción de tutela interpuesta por el señor Luis Fernando Valencia Taborda contra el Banco Cafetero BANCAFE S.A. en Liquidación, GRANBANCO S.A., la Presidencia de la República y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, aduciendo que existía una vulneración a sus derechos a la asociación sindical, a la negociación colectiva, a la igualdad, al trabajo en condiciones dignas y justas y a la vivienda, debido a que la entidad bancaria BANCAFE S.A., Dio por terminado su contrato de trabajo sin justa causa ignorando su calidad de sindicalista.

De igual forma, argumentaba ser titular de estabilidad laboral, debido a su asistencia al Congreso y al cursillo sindical, adelantados en marzo y mayo de 2005, de conformidad con la Convención Colectiva de Trabajo suscrita en el año de 1978. En este caso, la Corte Constitucional expuso que, con fundamento en el artículo 39 superior del Código Sustantivo del Trabajo y la Recomendación No. 143 de la OIT, indicando que los representantes sindicales, miembros adherentes, de la junta directiva y los fundadores de los mismos, no pueden ser despedidos ni desmejorados en sus condiciones laborales sin justa causa, debidamente calificada por un Juez o el Inspector del trabajo.

Hecho por el que, la Sala de Revisión consideró que: *“desmejorar a un trabajador aforado o despedirlo sin justa causa comprobada por el juez del trabajo, en periodos de estabilidad reforzada previamente convenida (como sucedió en el caso en estudio), constituyen conductas de discriminación*

³⁹CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Primera. Sentencia T-098 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería. Expediente T-970700

⁴⁰CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Octava. Sentencia T-285 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Expediente T-1246422.

*antisindical y dan derecho al reintegro*⁴¹. Circunstancia que motivó que en el numeral segundo de la sentencia decidiera revocar las decisiones adoptadas por los jueces de tutela que no accedieron a las pretensiones y por el contrario, concediera la protección pretendida.

En consecuencia, se ordenó al Gerente Liquidador del Banco Cafetero BANCAFE S.A., reintegrar al accionante al cargo que ocupaba o a uno de igual o de superior categoría, sin disolución de continuidad en el contrato de trabajo para efectos del pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde la desvinculación laboral.

Frente a este amparo constitucional, es necesario recordar que el mismo tiene lugar, no solo por los argumentos ya expuestos, sino también para equilibrar las relaciones empleador – trabajador existentes, las cuales, en principio están desequilibradas en razón al estado de poder que tiene el empleador ante su empleado. Hecho que en últimas se amparó argumentando el derecho fundamental a la igualdad, se debe adoptar medidas o acciones positivas que protejan los derechos de los trabajadores, para que puedan desempeñar su labor en condiciones dignas.

Una de dichas medidas, es el derecho a asociarse y fundar sindicatos que tiene los trabajadores, los cuales, entre otras tienen por finalidad velar por el cumplimiento de las normas laborales y derechos de los trabajadores, circunstancia por la que el empleador no puede desvincular a sus empleados sin una justa causa aceptada por el inspector de policía o el Juez Laboral. Toda vez que, ellos están haciendo uso de sus derechos constitucionales para exigir y hacer cumplir unas condiciones mínimas y dignas de trabajo.

⁴¹CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Octava. Sentencia T-285 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Expediente T-1246422.

Por último, frente a este derecho fundamental innominado, se encuentra la estabilidad laboral reforzada de la que son titulares las personas en estado de debilidad manifiesta. La cual, fue estudiada en la acción de tutela instaurada por el señor XX, quien la interpuso por intermedio de apoderado judicial, principalmente contra la Corporación Gun Club, debido a que fue desvinculado laboralmente, en razón de que fue diagnosticado con VIH SIDA y, en consecuencia, el empleador dejó de pagar los aportes a la Seguridad Social Integral.

Fue así, como la Corte Constitucional estimó que, si bien el empleador no está en la obligación de mantener indefinidamente en el tiempo a un trabajador, no puede desvincularlo en razón a su estado de salud. Toda vez que, se configuraría en un actuar discriminatorio; textualmente señaló: *“Si bien el trabajador inmerso en esta situación puede ser desvinculado de su empleo y no existe para el empleador una "obligación de preservarle a perpetuidad en su cargo", no puede ser despedido precisamente por su condición de infectado del virus, pues esta motivación implica una grave segregación social, una especie de apartheid médico y un desconocimiento de la igualdad ciudadana y del derecho a la no discriminación (Art. 13 C.P.). Con ello obviamente se vulneran estos derechos fundamentales, así como también el derecho a la dignidad (...).*

*(...) Así las cosas, el hecho de que el trabajador sea portador sano del virus, no da derecho al [empleador] para terminar unilateralmente el contrato aduciendo una justa causa (...)*⁴².

Si bien, en la citada jurisprudencia no se ordenó a la entidad accionada reintegrar al accionante al cargo que ostentaba, debido al acoso laboral del cual, podría haber sido objeto, con ocasión a la enfermedad que padecía, es necesario que dicha jurisprudencia sea citada, toda vez que en ella se expuso

⁴²CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia SU-256 de 1996. M.P; Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente T-83734.

la existencia de un derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada que tienen las personas en un estado de debilidad manifiesta (como era el caso del actor), pues dichas personas, no pueden ser desvinculadas de la entidad en la que laboraran con fundamento en la patología que presentan y menos aún sin haber obtenido permiso del inspector del trabajo o del Juez laboral competente.

Lo anterior, se debe a que en este caso y en el de las mujeres embarazadas, la protección constitucional tiene un trasfondo mayor, porque el hecho de que la persona sea desvinculada laboralmente sin justa causa, lo ubica en un estado de indefensión, ya que consecuentemente el despido genera que no pueda seguir cotizando al Sistema General de Seguridad Social y por tanto, no pueda continuar con el tratamiento o controles y/o valoraciones médicos que requiera el accionante, ocasionando así una afectación inminente a su derecho a la salud, a la vida y a la seguridad social.

2.4 Derecho al Retorno.

Las personas víctimas del desplazamiento forzado han sido consideradas como sujetos de especial protección debido a su estado de vulnerabilidad. Ya que, en su mayoría son mujeres en estado de embarazo, niños, adultos mayores o padre o madre cabeza de familia. Razón por la cual, requieren de una protección particular e inmediata del Estado, quien deberá acoger las medidas necesaria para mitigar el estado de indefensión en el que se encuentran y mejorar su estilo de vida que se vio perjudicado con los actos de violencia que los obligaron a salir de sus hogares.

Producto de lo anterior, la Corte Constitucional ha reconoció entre otros derechos, la existencia del derecho al retorno de la población desplazada, el cual deberá ser garantizado por el Estado Colombiano, conforme a la *sentencia*

T- 025 de 2004⁴³, siendo esta la primera jurisprudencia que declaró la existencia de cosas inconstitucionales respecto a los derechos de esta parte de la población, víctima del desplazamiento forzado.

En dicha sentencia, se estudió el caso de 1150 familias víctimas del desplazamiento forzado, constituidas en su mayoría por menores de edad, adultos mayores, mujeres en estado de embarazo y madres o padres cabeza de familia, que alegaban la vulneración de sus derechos como sujetos de especial protección por parte de las entidades; Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Protección Social, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el INURBE, el INCORA, el SENA, entre otros, debido a que no les estaban suministrando los beneficios que por ley les correspondían y no cumplían con su misión de protección a la población desplazada.

En este asunto, la Corte Constitucional consideró que: *“las personas desplazadas por la violencia se encuentran en un estado de debilidad que los hace merecedores de un tratamiento especial por parte del Estado”*⁴⁴. Quienes, con fundamento en la Constitución y los principios rectores de desplazamiento forzado son titulares de diversos derechos fundamentales; *“entre los que se encuentra el derecho al retorno y al restablecimiento, el cual, obliga a las autoridades a (i) no coaccionar a las víctimas a volver a su lugar de origen o a restablecerse en otro sitio, (ii) no impedir que las personas se restablezcan nuevamente en su lugar de residencia o en otros punto del territorio nacional, pese a que las autoridades públicas le haya informado el riesgo previsible al que se someten, (iii) informar y garantizar condiciones de seguridad a las*

⁴³CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Tercera. Sentencia T-025 de 2004. M.P, Dr. Manuel José Cepeda Espinoza. Expedientes T-653010 y acumulados.

⁴⁴CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Tercera. Sentencia T-025 de 2004. M.P, Dr. Manuel José Cepeda Espinoza. Expedientes T-653010 y acumulados.

víctima del desplazamiento forzado, al momento del retorno y, (iv) abstenerse de promover el retorno o restablecimiento del sujeto, cuando exista un riesgo para su vida o integridad personal”⁴⁵.

Lo anterior, se sustenta en el hecho de que el Estado no puede permitir que las víctimas del desplazamiento continúen muriendo o viviendo en condiciones lesivas de su dignidad humana, al punto de no poder gozar de sus derechos fundamentales, reiniciar sus vidas y ser revictimizadas debido a su condición. Con fundamento en lo reseñado, esa Corporación decidió tutelar los derechos invocados por los accionantes, ordenando a las entidades demandadas suministrarles las ayudas humanitarias e información acerca de los programas educativos, de vivienda y de progreso pretendidos en la acción de tutela

2.5 Derecho a la Subsistencia.

La Corte Constitucional ha señalado el derecho a la subsistencia como aquel que se relaciona principalmente con la supervivencia física de una persona y de su familia, así como de las comunidades y sus integrantes, frente a situaciones que puedan afectar el desarrollo de sus vidas dignas; adquiriendo de esta manera el carácter de fundamental por conexidad. En razón de que, todo ser humano requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir y desarrollar su proyecto de vida en sociedad, en la *sentencia T-124 de 1993*⁴⁶ la señora Olga Stella Escobar Araque interpuso acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales, debido a que dicha entidad no le había reconocido la pensión de invalidez a que tenía derecho, con ocasión al 60% de pérdida de capacidad laboral que le había sido dictaminada por el médico laboral del

⁴⁵CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Tercera. Sentencia T-025 de 2004. M.P, Dr. Manuel José Cepeda Espinoza. Expedientes T-653010 y acumulados.

⁴⁶CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Novena. Sentencia T-124 de 1993. M.P; Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente T-6757.

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, pese a que la accionante había iniciado el trámite de la misma.

Para la Corte no solamente existió una vulneración del derecho a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas, sino también una lesión al derecho a la subsistencia, entendiendo por este las posibilidades que tiene cada individuo de conformar un medio adecuado para el desarrollo de sus potencias vital de su personalidad. Es decir, las condiciones de igualdad la cual debe ser garantizada por el estado cuando el individuo no es capaz de acceder a condiciones mínimas de existencia digna

Por ello, la Corte Constitucional determinó que la protección de la seguridad social, era necesaria en el presente asunto, ya que si no se presenta, otros derechos de carácter esencial como la vida, la igualdad, la subsistencia y la dignidad humana, no tendrían un eficaz campo de aplicación; hecho que motivó a la Sala de Revisión a conceder el amparo solicitado por la actora y, ordenar a la entidad accionada dar respuesta a la petición referente a la pensión de invalidez que había elevado.

2.6 Derecho a ser intentado.

Este derecho fundamental innominado se reconoce en la sentencia T-057 de 2015, con ponencia de la magistrada Doctora Martha Victoria Sáchica Méndez, en dicha sentencia la Sala Octava de Revisión, analiza el caso de la joven Mairoby Rivera Taborda, quien se encontraba en estado vegetativo como consecuencia de un accidente de tránsito, con un diagnóstico de; “*estado vegetativo persistente (vigil)*”, su médico tratante el Doctor Maximiliano Páez Novoa, luego de haberle practicado varias pruebas médicas recomendó el tratamiento “*estimulación espinal epidural cervical*”, como única alternativa para mejorar la calidad de vida de Mairoby. Sin embargo, la EPS se negó a realizar

el mencionado tratamiento argumentado que: dicho tratamiento no funciona; y que el tiempo para realizarlo “ya pasó”.

Ante dicha respuesta, el señor Mario de Jesús Rivera Vélez padre de la joven, actuando como agente oficioso, interpuso incidente de desacato contra la EPS por negar o retardar la prestación del servicio de salud a la joven. Sin embargo, la EPS en respuesta argumento que por tratarse de un tratamiento experimental que no se encontraba avalado por el INVIMA ni se conocían resultados positivos reconocidos científicamente no se podía proceder a lo solicitado, el juzgado que conoció del incidente mediante auto se abstuvo de iniciar el trámite del desacato, en esencia, por tratarse de un procedimiento experimental y con base en los conceptos médicos aportados por la EPS. Frente a la decisión se interpuso recurso de reposición, el cual no fue concedido.

Ante la situación, el padre de la joven elevó el amparo constitucional de la acción de tutela indicando que; *“Solicito al juez de tutela que ordene a la Organización Sanitas Internacional y a sus entidades integrantes, EPS Sanitas y Colsanitas Medicina Prepagada, que en el término de 5 días hábiles aprueben para mi hija Mairoby Rivera Taborda el suministro del servicio médico estimulación espinal epidural cervical, ordenado por el médico especialista en neurocirugía Maximiliano Páez Novoa, el 12 de agosto de 2013”*⁴⁷.

Dicha solicitud en primera instancia fue negada, impugnado el fallo, El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 25 de junio de 2014, decidió confirmar el fallo de primera instancia.

En sala de revisión, la Corte plasma las razones o fundamentos de las partes de la siguiente manera;

⁴⁷CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Octava. Sentencia T-057 de 2015. M.P.: Dr. Martha Victoria SÁCHICA Méndez. Expediente T- 4620577

Por parte de la entidad accionada;

- *“Se trata de una paciente “sin posibilidades de recuperación”.*
- *La orden médica fue emitida por un galeno que no se encuentra inscrito en COLSANITAS.*
- *El procedimiento prescrito no es pertinente.*
- *La Junta Médica que evaluó a la paciente el 13 de septiembre de 2013, decidió no recomendar “este tipo de tratamiento experimental para la paciente, considerando además que esta cirugía presenta unos riesgos predecibles, podemos afirmar que los riesgos superan en gran medida los posibles beneficios que hasta el momento no se han demostrado”.*
- *Se trata de un procedimiento que se encuentra por fuera del POS.*
- *El padre de la joven no acepta la irreversible condición clínica de su hija, por lo que “continúa siendo evidente la necesidad de elaborar adecuadamente la etapa del duelo, como acertadamente lo señaló en su momento el staff médico de CORBIC al recomendar la terapia psiquiátrica que el usuario rechazó”⁴⁸.*

Por parte del accionante se argumenta;

- *” Actualmente, la estimulación del neuroeje (cerebro o médula espinal), “han demostrado ciertos avances y resultados animadores en esta búsqueda de solución a esta patología”.*
- *Según las investigaciones adelantadas por el Dr. Tatsuo Kano, los pacientes a quienes se les ha implantado un estimulador “mejoran su contacto con el medio y su capacidad de expresar algunas necesidades”.*

⁴⁸CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Octava. Sentencia T-057 de 2015. M.P.: Dr. Martha Victoria SÁCHICA Méndez. Expediente T- 4620577

- *Las eventuales complicaciones del tratamiento han sido explicadas y aceptadas por el padre de la joven.*
- *El procedimiento propuesto ofrece una “oportunidad” a la paciente, aunque “en medicina no hay resultados asegurados”.*
- *La estimulación espinal epidural cervical como técnica quirúrgica no está en investigación, pues “se une en dolor refractario al tratamiento médico”.*

La anterior opinión médica es avalada, a su vez, por otros dos galenos: Luis Alfredo Villa y Carlos Zapater (Presidente de la Sociedad Peruana de Neurocirugía Funcional y Esterotaxia), profesionales de la salud que tampoco pertenecen a la red de Sanitas.

Aunado a lo anterior, el accionante planteó los siguientes argumentos:

- *El Dr. Maximiliano Páez es un neurocirujano funcional que desde hace tres años viene atendiendo a su hija, conoce muy bien el estado de salud de la paciente y “es el único que ha ofrecido una posibilidad de recuperación en un alto porcentaje”.*
- *El mencionado doctor le expuso el caso a sus profesores en Tokyo, “los cuales le dieron muy buenas recomendaciones para poner en práctica en el caso de la Srta. Mairoby”.*
- *La EPS no le ha brindado ninguna otra opción de recuperación a la paciente”⁴⁹.*

Frente a lo argumentado por las partes, y para el caso en concreto expresa la Alta Corporación; “No obstante lo anterior, la Sala se pregunta qué sucede en

⁴⁹CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Octava. Sentencia T-057 de 2015. M.P.: Dr. Martha Victoria SÁCHICA Méndez. Expediente T- 4620577

aquellas patologías en las cuales no existe esa premura por actuar o incluso ese elevado riesgo para la salud del paciente, dada la extrema afectación que aquélla padece. De igual manera, el grado de eficacia o eficiencia de la realización del tratamiento puede ser cuestionable o incluso incierta. De hecho, tampoco se cuenta con el consentimiento informado del paciente, por cuanto éste no puede expresarlo. En otras palabras, la construcción jurisprudencial que hasta el momento ha realizado la Corte en materia de tratamientos experimentales, soportada en la protección del derecho a la salud, queda desbordada por las características que ofrecen los casos de los pacientes que se encuentran en un estado vegetativo persistente (persistent vegetative state PVS) o de conciencia mínimo (minimally conscious state, MCS).

Así las cosas, la Sala estima que, con base en el artículo 94 Superior, existe un derecho fundamental innominado “a que sea intentado” o “right to try”, para los casos de los pacientes que se hallan en un estado vegetativo persistente (persistent vegetative state PVS) o de conciencia mínimo (minimally conscious state, MCS), cuyos titulares son el paciente y sus familiares”⁵⁰.

De esta manera, la Corte reconoce el derecho a ser intentado, amparando para el caso puntual la procedibilidad del tratamiento experimental solicitado por el agente oficioso, indica la Sala que: “(i) se está ante la única y quizá última opción para una paciente, dado que, salvo el Dr. Páez Novoa, ningún médico ha propuesto o planteado alternativa alguna de recuperación para la joven Mairoby; (ii) se cuenta con ciertos fundamentos científicos para afirmar que no se está ante un tratamiento completamente desconocido o novedoso, así las autoridades correspondientes, nacionales o extranjeras, todavía no lo hayan aprobado; (iii) los riesgos del tratamiento han sido explicados a los familiares, los cuales los han asumido; y (iv) el médico que le ha venido haciendo un

⁵⁰CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Octava. Sentencia T-057 de 2015. M.P.: Dr. Martha Victoria Sáchica Méndez. Expediente T- 4620577

seguimiento permanente a la evolución de la paciente, tiene la firme convicción de que el tratamiento propuesto brinda una “luz de esperanza” en la materia”⁵¹.

CAPITULO 3.

FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INNOMINADOS.

En páginas anteriores, ya se ha expresado que el desarrollo de los derechos innominados en Colombia se ha otorgado vía jurisprudencial, precisamente por ser la Corte Constitucional la intérprete directa de la Carta Política además de quien guarda y materializa la supremacía del Texto Constitucional. Por ello, en aras de dilucidar el tema tratado, el punto de partida serán las generalidades y luego las especificidades de derechos fundamentales innominados.

Es decir, en este capítulo se hará un análisis general sobre los derechos fundamentales, y trataremos el mecanismo constitucional que tienen las personas para salvaguardarlos, refiriéndonos entonces a la acción de tutela, poniendo también de presente las características de dicha acción, para posteriormente estudiar los elementos que el Alto Tribunal tiene en consideración al momento de crear un nuevo derecho constitucional innominado.

Por último, y como elemento complementario, es importante dirimir la inquietud consistente en la eventual hiperinflación de derechos fundamentales, a partir de las bases históricas, dogmáticas y de los elementos a tener en consideración

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Octava. Sentencia T-057 de 2015. M.P.: Dr. Martha Victoria SÁCHICA Méndez. Expediente T- 4620577

para la creación y procedencia del amparo de un derecho fundamental innominado.

Antes de ahondar en los fundamentos de la Corte Constitucional, es imperativo hablar de los derechos fundamentales desde una óptica general para trascender a lo particular del caso que nos ocupa, que son los derechos innominados.

Dentro del marco del concepto de derechos fundamentales, existe una relación intrínseca con los derechos subjetivos, ya que para la Honorable Corte Constitucional, para que sea exigible un derecho fundamental debe ser o estar contenido en un derecho subjetivo.

Para tener mayor claridad sobre qué es un derecho subjetivo, es imprescindible citar a Ferrajoli, que frente a ello expresó: *"Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de estas"*⁵²

En otras palabras, todas las personas al estar protegidas bajo los derechos fundamentales tienen una expectativa de que estos sean amparados. Si en algún momento siente que están siendo vulnerados, tales derechos se encuentran plasmados en la Constitución Política, y al verse inmerso en tal situación pueden reclamar una prestación o evitar el padecimiento de alguna vulneración.

⁵²FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Madrid. 2005.

Robert Alexy, al hablar de derechos subjetivos, hace distinción entre principios y reglas: *“los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que puedan ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no solo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, esencialmente por los principios opuestos. Esto implica que los principios son susceptibles de ponderación y, además la necesitan. La ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza los principios. En cambio, las reglas son normas que siempre o bien son satisfechas o no lo son. Sin una regla vale y es aplicable, entonces está ordenado hacer exactamente lo que ella exige”*.⁵³

Bajo estos lineamientos, una norma es un enunciado, donde en aquel puede conferir derechos u obligaciones, en este orden de ideas, si una persona encuentra que es titular de los enunciados normativos de los derechos fundamentales (que son principios y no reglas), podrá entonces a otro reclamar una prestación para la satisfacción plena de su derecho para que éste no siga siendo o no sea inminentemente vulnerado.

Atendiendo a estas definiciones en torno a los derechos subjetivos, debe entenderse entonces, que en relación a la dignidad humana como derecho subjetivo, lo caracteriza su amplio margen de aplicación, que no está ligado a situaciones taxativas, sino que existe un universo de condiciones en las que puede verse inmersa una persona para solicitar que en conexidad con su dignidad le sean amparados otros derechos no enunciados en la Carta Política, es por ello, que con el objeto de ahondar sobre el concepto de dignidad humana, la doctrina y la Corte Constitucional se han pronunciado al respecto en

⁵³AGUDELO RAMÍREZ, Martín. El problema de la fundamentación filosófica de los Derechos Humanos. Bases Ontológicas. Bogotá. Editorial Temis. P 192.

reiteradas ocasiones, y ha desarrollado conceptos claros sobre dignidad humana.

1. Concepto de Dignidad Humana.

La Dignidad Humana como eje central de todo el maderamen normativo y constitucional, tiene en sí misma una serie de elementos que permiten precisamente entender y concebir al ser humano como un fin en sí mismo y no como un simple medio, o cuanto más un objeto. Sin embargo, es claro que dicho concepto por ser polisémico, comprende múltiples significados para su interpretación y hace difícil una definición universal y única. Por ello, se limitará a expresar algunas definiciones que de forma sucinta brinden claridad sobre qué debe entenderse por dignidad humana desde una óptica constitucional aplicada al reconocimiento de derechos fundamentales (derechos innominados), por tanto, se enunciará algunos pronunciamientos de la Alta Corporación y Doctrinantes a saber;

Doctrinantes como KANT, desde su imperativo categórico es posible dar una definición de la Dignidad Humana en las siguientes palabras: *“En toda la creación, cuanto se quiera sobre lo cual se tenga poder, puede emplearse también como mero medio; solamente el hombre, y con él toda criatura racional, es fin en sí mismo. En efecto, es el sujeto de la ley moral, que es sagrada, en virtud de la autonomía de su voluntad”*⁵⁴. (Subrayado fuera de texto original).

El hombre como fin en sí mismo, es una consideración que a lo largo del desarrollo jurisprudencial del concepto de Dignidad Humana en la Alta Corte Constitucional ha marcado la pauta y las bases sobre las cuales se ha desarrollado dicho concepto, precisamente sobre el mismo la Corte en sentencia T-881 de 2002, ha diferenciado tres lineamiento claros, a saber; *“la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos*

⁵⁴KANT IMMANUEL. Crítica de la Razón Práctica. Buenos Aires. Editorial La Página S.A.

claros y diferenciables: “(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo”⁵⁵.

En dicha sentencia, son evidentes tres lineamientos claros y diferenciados sobre el concepto de Dignidad Humana; el primero de ellos, entendiéndola como el ejercicio de la autonomía, sobre el mismo la Corte en Sentencia C-221 de 1994 expresa; *“Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia. Si la persona resuelve, por ejemplo, dedicar su vida a la gratificación hedonista, no injerir en esa decisión mientras esa forma de vida, en concreto, no en abstracto, no se traduzca en daño para otro. Podemos no compartir ese ideal de vida, puede no compartirlo el gobernante, pero eso no lo hace ilegítimo. Son las consecuencias que se siguen de asumir la libertad como principio rector dentro de una sociedad que, por ese camino, se propone alcanzar la justicia. Reconocer y garantizar el libre desarrollo de la personalidad, pero fijándole como límites el capricho del legislador, es un truco ilusorio para negar lo que se*

⁵⁵CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Séptima. Sentencia T-881 de 2002. M.P.: Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Expedientes T-542060 y T-602073.

afirma. Equivale a esto: "Usted es libre para elegir, pero sólo para elegir lo bueno y qué es lo bueno, se lo dice el Estado"⁵⁶.

Es decir, se entiende el concepto de Dignidad Humana como el ejercicio de la autonomía de la voluntad personal, su actuar puede estar determinado por convicciones morales propias, por la cosmovisión que tenga del mundo o por creencias religiosas mediante las cuales desarrolla su proyecto de vida como le parezca, sin necesidad de que sea coaccionado por entidades o personas externas que puedan coartar su actuar. El Estado debe garantizar mínimos de libertad, que permita al sujeto desenvolverse en sociedad a plenitud.

La libertad y la secularización han tenido un alto costo por quienes lucharon por la evolución de este derecho, por comprender al hombre como soberano y que es libre desde que nace, pero también en ese andamiaje compendió que no puede ser un derecho irreductible y absoluto, debe existir un límite a la libertad y es consistente en que "no se traduzca en daño para otro". Obviamente se deben tener en cuenta los criterios de ponderación, en virtud de que la libertad es un principio.

El segundo lineamiento, la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia, ha expresado la Corte sobre el mismo; *“que la vida humana, en los términos de la garantía constitucional de su preservación, no consiste solamente en la supervivencia biológica sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad. Y, como la persona conforma un todo integral y completo, que incorpora tanto los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y síquico, para que su vida corresponda verdaderamente a la dignidad humana, deben confluir todos esos factores como esenciales en cuanto*

⁵⁶CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C-221 de 1994. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Expediente D-429.

*contribuyen a configurar el conjunto del individuo*⁵⁷. (Subrayado y negrita fuera de texto original).

En observancia, en estas consideraciones que para la Corte la dignidad humana desde dicho lineamiento comprende todos aquellos elementos tangibles e intangibles necesarios para que el ser humano viva bien, dignamente. Cabe resaltar aquellas referidas a un aspecto material, que son aquellas cosas imprescindibles para que el ser humano se desarrolle en sociedad, y que a falta de éstas, representaría un detrimento en sus actividades y proyecto de vida, piénsese por ejemplo en el mínimo vital: es necesario para poder comprar productos y servicios mínimos para subsistir, por otra parte, puede hacerse referencia a las condiciones físicas, económicas, sociales y culturales que repercuten directamente sobre la vida del ser humano.

Y como tercer lineamiento; la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). Sobre el mismo la sentencia anterior, hace claridad en el sentido de que son aquellos componentes intangibles, espirituales necesarios para el desarrollo personal y en sociedad del ser humano. Puede pensarse que tendría sentido encontrar puntos en común con los antecedentes históricos a los que con anterioridad se hicieron mención en torno a la búsqueda de la felicidad como fin de todas las personas.

Los derechos fundamentales fueron divididos en 1979 por Karel Vasak⁵⁸, quien fue director de la División de Derechos Humanos, donde la idea de recoger la extensa lista de derechos en cuestión y clasificarlos por grupos generacionales,

⁵⁷CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C-355 de 2006. M.P.: Dr. Jaime Araújo Rentería, dra. Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D- 6122, 6123 y 6124 Demandas de inconstitucionalidad contra los Arts. 122, 123 (parcial), 124, modificados por el Art. 14 de la Ley 890 de 2004, y 32, numeral 7, de la ley 599 de 2000 Código Penal.

⁵⁸LAS TRES GENERACIONES DE DERECHOS HUMANOS. https://www.tendencias21.net/derecho/Las-3-Generaciones-de-los-Derechos-Humanos_a76.html consultado.

donde se tiene como rasgo primordial no ir en contravía del postulado de la Supremacía del hombre, como eje primordial de la revolución francesa y por ende, se da prelación a las directrices de libertad, igualdad y fraternidad.

Se tendrá entonces que los derechos de primera generación buscan la imposición de libertades negativas con la finalidad de salvaguardar derechos como la vida, la libertad desde varios ámbitos: libertad de culto, de expresión, de conciencia, al libre desarrollo de la personalidad; la integridad personal, a no ser sometido a tratos crueles y a ser esclavizado, entre otros, que en el caso colombiano se ven reflejados desde el artículo 11 hasta el 40 de la Constitución Política, donde se encuentran agrupados en el primer capítulo todos los derechos fundamentales de primera generación, derechos que según el artículo 85 de la Carta Política son de aplicación inmediata, a excepción de los artículos 25, 32, 35 y 36.

A partir del Capítulo II artículo 42 de la Constitución, están los derechos de segunda generación, denominados Derechos Sociales, Económicos y Culturales (DESC), derechos que atienden a la garantía del principio de igualdad de las personas, tales como derecho a la protección integral de la familia, protección social especial a las personas que por condiciones psíquicas, físicas o sociales lo requieran, entre otros.

Por último, están los derechos de tercera generación, denominados Derechos Colectivos y del Medio Ambiente, con la finalidad de proteger derechos de las minorías, derecho a vivir en un ambiente sano, entre otros.

Vale la pena resaltar que, está entrando en auge el concepto de derechos de cuarta generación, en atención al desarrollo tecnológico, y a los avances de la ciencia en lo que refiere al cuerpo y genética, sin embargo, no sería pertinente ahondar en éstos últimos, ya que es un concepto relativamente nuevo, se está

apenas desarrollando y por último, la Constitución de 1991 no los contempla en sí misma.

2. Mecanismos Constitucionales.

2.1 Acción de Tutela: Principal mecanismo de protección de derechos fundamentales que se emplea por excelencia como procedimiento preferente y sumario, tal acción está contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991.

La acción de tutela, como ya se dijo, es un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales de las personas, aunque es importante aclarar dos aspectos: el primero es que las personas jurídicas también pueden solicitar amparo a ciertas garantías fundamentales mediante este mecanismo, y segundo, también es procedente la acción de tutela para salvaguardar derechos fundamentales de una comunidad, tales derechos son de naturaleza colectiva. Frente a este último tema, se tiene como referencia la Sentencia SU -039 de 1997 donde la Corte Constitucional reconoce derechos fundamentales a una comunidad como titular de los derechos que reclama: *“La Corte había considerado que la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que éstos no sólo se predicen de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace “a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”⁵⁹.*

Es preciso decir que la acción tutela, de acuerdo al artículo 86 y el decreto 2591 de 1991 tiene unas características específicas para que sea procedente

⁵⁹CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. SU-039 de 1997, M.P Antonio Barrera Carbonell.

incoarla ante un juez constitucional, entre ellas, se encuentran principalmente las siguientes:

- **Procedencia:** Procede cuando existe una vulneración de los derechos fundamentales.
- **Es un mecanismo subsidiario:** Procede cuando no existe para el accionante otro medio de protección de sus derechos, o de haberlo, este por cuestiones de formalidades y procedimiento no evitaría un perjuicio inminente e irremediable.
- **Es preferente:** Los jueces constitucionales deberán tener como prioridad las acciones de tutela que lleguen a su despacho, y deberá resolverse en un término máximo de diez días.
- **Es informal:** La acción de tutela no requiere tecnicismos jurídicos en sí misma para que el juez la pueda admitir, basta con que sea clara en su contenido, mencionando los derechos fundamentales que cree están siendo vulnerados, por parte de quién, dirección de notificación. Debido a su carácter informal, no se requiere actuar mediante apoderado judicial.
- **Solicitud de medidas preventivas:** El accionante puede solicitar la suspensión de un acto en concreto con la finalidad de evitar un perjuicio irremediable o si tal vez al ejecutarse determinado acto tenga como consecuencia la vulneración de un derecho fundamental.

3. Requisitos esenciales de los derechos fundamentales innominados.

- **Conexión directa con los principios.**

Sobre este requisito esencial, debe precisarse que al ser los principios la base axiológica jurídica de todo el andamiaje normativo y constitucional es menester que toda garantía reconocida se encuentra en total y armonía con los principios que fundan el sistema político-jurídico. Precisamente, la dignidad se eleva como estandarte de la principalística que fundamenta el Estado Social de Derecho;

“la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo”⁶⁰.

Se ha dicho entonces, en líneas anteriores, que la Dignidad Humana como principio fundante de la Constitución Política es la directriz mediante la cual ha de examinarse los estándares que vaya en conexidad con ésta, para que pueda considerarse como derecho fundamental innominado.

- Eficacia directa.

El reconocimiento y amparo de un derecho fundamental no debe estar condicionado por el llamamiento de una norma que no sea otra que de orden constitucional. En párrafos anteriores, dentro de las características de la acción de tutela, se encuentra que por tratarse de derechos fundamentales estos deben ser analizados y en caso tal amparados dentro de un término no mayor a diez días, con el fin de garantizar la materialización inmediata de protección. Lo mismo ocurre con los derechos fundamentales innominados, el hecho de que no se encuentren taxativos en la Carta Política, no es impedimento para que no gocen de un tiempo perentorio por parte del juez constitucional para resolver la causa petendi, así mismo, en caso de solicitarse una medida provisional, esta también deberá ser resuelta de manera oportuna.

⁶⁰CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Séptima. Sentencia T-881 de 2002. M.P.: Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Expedientes T-542060 y T-602073.

- **El contenido esencial.**

Sobre este requisito, expresa la Corte; *“Existe un ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en las que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas. El concepto de "contenido esencial" es una manifestación del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, según el cual, existe un catálogo de derechos anteriores al derecho positivo, que puede ser establecido racionalmente y sobre el cual existe claridad en cuanto a su delimitación conceptual, su titularidad y el tipo de deberes y obligaciones que de él se derivan”*⁶¹.

Teniendo claro entonces la definición de un derecho subjetivo, a quién le corresponde en cada caso concreto la titularidad del derecho (o prestación) a reclamar, y a quién ha de reclamarla, se delimitan los factores conceptuales a tener en cuenta a la hora de referirnos a un derecho fundamental. El contenido esencial no hace referencia a que éste vaya ligado necesariamente a la positivización de un derecho en la Constitución Política, sino que, debe ir ligado a las directrices y principios que de ella se deriven.

4. Criterios de distinción.

Sobre los mismos, la Corte constitucional ha diferenciado claramente dos criterios sobre los cuales es posible realizar un análisis de la constitucionalidad de un derecho o el ráigame constitucional del mismo, nos referiremos someramente a dichos criterios de distinción y trataremos de profundizar sobre

⁶¹CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Séptima. Sentencia T-881 de 2002. M.P.: Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Expedientes T-542060 y T-602073.

el criterio analítico, principalmente en lo referente a la constitucionalidad de los derechos innominados.

4.1 Criterio físico.

Este criterio, a su vez se encuentra compuesto por dos subcriterios desarrollados teóricamente por la Corte Constitucional. Indica el Alto Tribunal, que la importancia del hecho como subcriterio, se expresa precisamente, en la relación existente entre las normas y los hechos, el juez constitucional deberá ir construyendo una interpretación razonable de la carta de derechos, teniendo en consideración las dificultades estructurales del andamiaje constitucional y las realidades fácticas del caso en concreto.

En palabras del alto tribunal; *“en aquellas situaciones en las cuales la norma constitucional se encuentra en franca contradicción con hechos generalizados e irremediables en un futuro próximo [...], sin desconocer los mandatos constitucionales debe apreciar los límites impuestos por las posibilidades económicas, de tal manera que su decisión no se convierta en un bendición al "statu quo", pero tampoco en una orden que imponga un cambio imposible de llevar a la práctica sin cambiar las reglas estructurales [...]. En este punto adquiere especial significación todos los desarrollos contemporáneos alrededor de la idea del juez como instrumento de paz social y como pieza central de un orden democrático basado en el consenso”*⁶².

En segundo lugar, la Corte desarrolla el carácter histórico del derecho como subcriterio para reconocer su carácter de fundamental. Sobre dicho tópico, expresa el alto tribunal; *“la categoría de derecho fundamental posee también un carácter histórico. Dos implicaciones se derivan de este postulado: a). No todos los derechos fundamentales lo han sido en todos los tiempos y algunos de ellos*

⁶²CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Primera. Sentencia T-406 de 1992, M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón. Expediente T-778.

bien han podido tener este carácter en forma transitoria y luego perderla, todo ello de acuerdo con la evolución de la sociedad civil, y b). La entidad de fundamental de un derecho se encuentra ligada al estado de la representación colectiva sobre el tema. Vale decir, la visión que la sociedad tiene de dichos derechos”⁶³

Es innegable entonces que el historicismo ha jugado un papel importante en el desarrollo de los derechos fundamentales, articulado a ello, la ductilidad del Derecho permite que a medida que vaya avanzando la sociedad se empiecen a reconocer algunos derechos que en un pasado no era ni siquiera objeto de análisis. De allí entonces, que se deje de lado en este ámbito la exégesis para darle pasó a los derechos fundamentales innominados.

4.2 Criterio Analítico.

Sobre este criterio, la Corte ha desarrollado cuatro subcriterios sobre los cuales es posible realizar el análisis del reconocimiento de ráiganme constitucional de un derecho. Sin embargo, por referirnos en el presente trabajo a los Derechos Innominados, trataremos de forma somera los dos primeros referidos; a la consagración expresa en la Constitución, y la remisión expresa de la misma. Y profundizaremos, en los dos últimos referidos a la conexión directa con los derechos expresamente establecidos y por su carácter de ser un derecho inherente a la persona.

4.2.1 Por Consagración Expresa en la Constitución.

Es claro, que ha sido la voluntad del constituyente de 1991 reconocer y plasmar algunos derechos en la Carta Política, en tal sentido, este subcriterio se basa

⁶³CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Primera. Sentencia T-406 de 1992, M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón. Expediente T-778

precisamente en el reconocimiento expreso que la Carta Política hace de algunas garantías fundamentales.

4.2.2 Por Remisión Expresa de la Misma.

Precisamente en la Constitución Política de 1991, el artículo 93 hace una remisión clara a los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por el Congreso de la República, para que los mismos sean reconocidos en el ordenamiento interno a la par de la Constitución, sobre el mismo expresa dicho artículo;

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”⁶⁴.

4.2.3 Por Conexión Directa con los Derechos Fundamentales Expresamente Establecidos.

“Algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección. En ocasiones se requiere de una interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos sociales o culturales para poder apoyar razonablemente una decisión judicial. Un derecho

⁶⁴CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Artículo 93.
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> consultado.

fundamental de aplicación inmediata que aparece como insuficiente para respaldar una decisión puede llegar a ser suficiente si se combina con un principio o con un derecho de tipo social o cultural y viceversa. Esto se debe a que la eficacia de las normas constitucionales no está claramente definida cuando se analiza a priori, en abstracto, antes de entrar en relación con los hechos”⁶⁵.

Sobre lo anterior, podemos precisar que nos referimos a los llamados derechos por conexidad, estos son aquellos que, sin encontrarse expresamente en la Carta Política, encuentran una protección constitucional por esa íntima o inescindible relación que tienen con aquellos plasmados en la Carta Magna. Precisamente, cuando el juez de tutela no protege los llamados derechos por conexidad pone en riesgo o vulnera un derecho fundamental; como ejemplo podríamos referirnos a la salud, si bien, que, si bien en principio no constituye un derecho fundamental por esa relación íntima con el derecho a la vida, puede tutelarse en el caso de los enfermos cuando dicha garantía fundamental se ve en riesgo por la desatención en el servicio médico.

También, podemos referirnos a los llamados derechos económicos, sociales y culturales previstos en la Carta, los cuales pueden ser objeto de tutela constitucional, siempre y cuando se demuestre que su vulneración se encuentra en estrecha relación con la de un derecho fundamental, por ejemplo: la seguridad social y la remuneración mínima, vital, el derecho a la vida y al trabajo en condiciones dignas.

4.2.4 Por su Carácter de Derecho Inherente a la Persona.

El ser humano, como ser social no es para el derecho exclusivamente el titular de garantías y obligaciones de carácter jurídico es también un fin en sí mismo

⁶⁵CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Primera. Sentencia T-406 de 1992, M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón. Expediente T-778.

debiendo ocuparse, el andamiaje normativo y constitucional de sus atributos físicos y morales, de su libre desarrollo. Nos referimos precisamente, a la máxima del concepto de Dignidad Humana como estandarte y base conceptual sobre el cual se desarrolla las funciones del Estado con relación al individuo.

Los derechos inherentes a la persona o derechos de la personalidad como los llama Ferrara son precisamente aquellos que le son tan propios al individuo que se pueden llegar a confundir con él. En palabras del autor; *“Los derechos de la personalidad son los derechos supremos del hombre, aquellos que le garantizan el goce de sus bienes personales. Frente a los derechos de los bienes externos, los derechos de la personalidad nos garantizan el goce de nosotros mismos, asegurando en particular el señorío de su persona, la actuación de su propias fuerzas físicas y espirituales”*⁶⁶.

Dichos derechos, constituyen las manifestaciones de la personalidad e individualidad de cada sujeto en sociedad. Son precisamente, aquellas garantías mínimas que permiten la protección de su dignidad como ser humano, sobre dichos derechos inherentes a la persona, Alvares Tabio indica que deben descansar sobre los siguientes pilares;

- *“Se oponen frente a todos de forma absoluta, haciendo nacer correlativamente el deber general de respeto y abstención. Es decir, otorga a su titular un ámbito de poder que con carácter general debe ser respetado por lo demás y reconocido por el resto de los miembros de la colectividad.*
- *Carecen de contenido de disposición; sólo son viables las intromisiones y perturbaciones expresamente autorizadas por el interesado que eliminan la antijuricidad de la conducta.*

⁶⁶LETE DEL RÍO, José Manuel, Derecho de la personalidad, Ed. Tecnos, Madrid, 1986. Cfr además, serrano ruiz, Yaima Anays, Los derechos inherentes a la personalidad en la esfera moral. Ponencia III Encuentro Internacional Justicia y Derecho, 2006.

- *Creciente fenómeno de patrimonialización de estos derechos*⁶⁷.

Desde lo anterior podría decirse, que son aquellos poderes o facultades que la norma otorga a la persona solo por ser tal y sobre bienes relacionados con su propia naturaleza y que le son intrínsecos, como la vida, el honor, la propia imagen, el nombre⁶⁸.

Para Castán Tobeñas, dichos derechos; “son derechos originarios o innatos, que se adquieren simplemente por el nacimiento, sin necesidad de la concurrencia de ciertas circunstancias de hecho (o de mecanismos especiales que determinen la conexión de la titularidad, por cuanto nacen y se extinguen con la persona), *como el derecho moral de autor*⁶⁹. (Subrayado fuera de texto). Desde dicha óptica, es claro que los derechos o garantías inherentes a la persona tienen unas características particulares, a saber;

- Inherencia: Son derechos inherentes a la persona, son personales en el más estricto sentido del término. De esta característica se derivan tres notas importantes:
- Son derechos individuales, pues pertenecen a cada persona de manera individualizada y tratan de asegurar ciertos bienes personales e individuales distintos de una persona a otra.
- Son derechos privados, entendido esto en un doble sentido. En primer lugar, porque protegen al individuo “hacia adentro”, no en su actuación

⁶⁷ALVAREZ TABIO, ANA MARÍA, “Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen como límites a las libertades de información y de expresión”, Tesis Doctoral.

⁶⁸DERECHO CIVIL PARTE GENERAL, Colectivo de Autores, La Habana, Cuba, diciembre del 2000. Citado por; Celia Ynchausti Pérez, en el texto; los derechos inherentes a la personalidad. el derecho a la identidad personal. http://www.eumed.net/rev/cccss/19/ypgm.html#_ftn9 consultado.

⁶⁹CASTÁN TOBEÑAS, José. Los derechos de la personalidad. Publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia y editado en un folleto por la Editorial Reus, S.A. Madrid. España. 1952. p. 22. Lo destacado entre paréntesis es nuestro, añadido para que se entienda exactamente a qué se refiere el ilustre jurista español, quien además incluye el derecho de autor dentro de los derechos de la personalidad, con lo cual discrepamos.

externa o pública. En segundo lugar, porque a efectos de su protección son derechos privados, no públicos; buscan sancionar o impedir las intromisiones de los particulares en bienes estrictamente privados o particulares.

- Son derechos absolutos. Pueden ejercitarse contra todos, “*erga omnes*”
- Extra-patrimonialidad. Esta característica parte del hecho de que estos derechos se encuentran fuera del patrimonio de su titular y no son evaluables en dinero. Sin embargo, esto no obsta para que algunos de ellos tengan un substrato pecuniario, ni para que, en caso de violación, la reparación alcance a una indemnización pecuniaria, consistente en una compensación. Esta característica trae aparejados requisitos, establecidos en orden negativo; ellos son:
 - Son indisponibles: El titular carece de disposición sobre esos derechos, aceptar la posibilidad de que disponga de ellos, supondría, de hecho, que se permite hacer dejación de la personalidad. Al ser indisponibles son además intransmisibles. Pero en este caso es necesario matizar, pues en la vida práctica se encuentran casos de disposición, como ocurre en los trasplantes de órganos.
 - Son irrenunciables: Esto se relaciona también con la indisponibilidad, pues admitir la renuncia abdicativa del titular equivaldría a consentir la automutilación o el propio deshonor.
 - Son inexpropiables e inembargables: Lo primero porque le es ajena la institución de la expropiación forzosa. Lo segundo por la falta de patrimonialidad y también por la imposibilidad de disponer de ellos o de transmitirlos.
 - Son imprescriptibles, pues dada su inherencia a la propia persona no se aplica a ellos la prescripción extintiva⁷⁰.

⁷⁰REINERIO RODRÍGUEZ CORRÍA, Tesis Doctoral, El daño moral. Concepto y resarcimiento.

Frente a lo anterior, la Corte Constitucional indica; *“en ocasiones, la existencia de un derecho fundamental no depende tanto de un reconocimiento expreso por parte de los creadores de la norma constitucional, como de una interpretación sistemática y teleológica a partir de las cuales se mire el ordenamiento en su conjunto, o la norma de acuerdo con su consagración implícita*

De aquí la importancia del artículo 94 de la Constitución según el cual, la enumeración de la carta de derechos no debe entenderse como la negación de otros que, siendo inherentes al hombre no figuren expresamente en la Constitución o en los convenios internacionales vigentes. Esta disposición concuerda con el sentido amplio y dinámico que debe tener el concepto de derecho fundamental en el Estado social. En otros términos: los criterios que determinan el carácter de fundamental de un derecho, sobrepasan la consagración expresa y dependen de la existencia de un consenso, histórico y de una voluntad colectiva en torno a la naturaleza específica de un derecho, con todas sus implicaciones relativas al contenido esencial, a la conexión con los principios y a la eficacia directa. Por eso el criterio de la consagración expresa es insuficiente”⁷¹.

Desde dicha óptica, es claro que los Derechos Innominados encuentran su base conceptual en la Dignidad Humana, tanto como principio y fin que la Carta Política buscar materializar por medio de las garantías constitucionales. Precisamente por ello, que el Alto Tribunal exprese lo anterior en relación con que el contenido textual de la Constitución, pues no es límite al reconocimiento de derechos de Corte Constitucional, por el contrario, afirma y pone de manifiesto que el ser humano como fin en sí mismo es también el límite para el reconocimiento de los derechos constitucionales. Sin embargo, debemos hacer énfasis que para la Corte el reconocimiento vía jurisprudencial de los derechos

<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/14705/11860> consultado.

⁷¹CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Primera. Sentencia T-406 de 1992, M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón. Expediente T-778.

innominados encuentra claramente su base en los últimos dos criterios propuestos, es decir;

- Por Conexión Directa con los Derechos Fundamentales Expresamente Establecidos.

- Por su Carácter de Derecho Inherente a la Persona (dignidad humana).

CONCLUSION.

Es claro, como se vio en el desarrollo de la presente monografía compilatoria que los Derechos Innominados, no son una creación innovadora de la Carta Política de 1991, pues sus antecedentes se remontan a la concepción del iusnaturalismo. La ley natural, como fuente del derecho, plantean una base político – conceptual de suma importancia ya que es de entender que el derecho no es solamente aquella norma positiva en el andamiaje normativo. Desde dicha óptica, los derechos innominados encuentran un fundamento claro como lo es, que son garantías pertenecientes a la condición humana y la función de la norma, así como la Constitución no será otra distinta a reconocerlos mas no crearlos pues los mismos existen por existir el hombre. Por ello, la posibilidad de afirmar que es la dignidad humana la fuente principal de los derechos innominados, y su reconocimiento obedecerá a un formalismo de carácter jurídico y constitucional.

Desde un punto de vista histórico, debemos precisar que fueron las luchas por la protección del hombre ante los vejámenes y abusos del Estado las que permitieron generar unas bases conceptuales que marcaron la historia de la humanidad, y conllevaron a la creación de los catálogos de derechos inherentes a la persona. Para ilustrar lo anterior, podemos reiterar aquel vergonzoso episodio como lo fue el holocausto en la segunda guerra mundial, el cual, propicio la Declaración Universal de los Derechos Humanos con el fin de que no se repitiesen tales hechos atroces que si bien se fundamentaban en actos legalizados soslayaban el principio de Dignidad Humana.

Desde un punto de vista legal, podemos concluir que, si bien los derechos fundamentales innominados no se encuentran positivados en la Constitución Política, le ha correspondido a la Corte Constitucional como guardiana e intérprete de esta, el reconocimiento de dichas garantías constitucionales por medio del desarrollo jurisprudencial. Sin embargo, a modo de crítica se

evidencia, un claro problema en los Estados Modernos, nos referimos; al desbordamiento del andamiaje constitucional y la multiplicidad de nuevos derechos reconocidos por su íntima relación con la dignidad del ser humano, o por la conexidad con aquellos ya reconocidos y expresamente consagrados. Si bien, no es del conocimiento del presente escrito el análisis de la problemática planteada, que sea su mención una inquietud a nuevos y mejores trabajos que de forma más sucinta aborden el tema del reconocimiento de derechos y la consecuencias de las Cartas Políticas abiertas.

Por otra parte, se quiere reiterar la importancia de las características de los derechos innominados, se pueden considerar las siguientes;

Inherencia: estos derechos existen por existir la persona y se reconocen por el hecho de ser humano, desde ahí que se puedan expresar tres momentos.

Individualidad: son aquellos derechos particulares he inherentes a cada sujeto, distintos a los derechos de los demás y que forman la esfera de la dignidad de la persona.

Son derechos con un efecto “erga omnes”, en tanto su reconocimiento y protección se ejerce en contra todo y todos.

Sobre los mismos, también es posible referirnos a su extrapatrimonialidad pues si bien hacen parte de los derechos de la persona, no por ello pueden verse disminuidos o menos cavados por acciones legales. Es decir, son derechos inembargables, inexpropiables, no evaluables en dinero, por su inherencia a la persona no son prescribibles, e indisponibles pues su titular carece de disposición sobre ellos, precisamente porque de permitirse dicha disponibilidad afectaría la dignidad del sujeto. Sin embargo, esto no obsta para que algunos de ellos tengan un substrato pecuniario, ni para que, en caso de violación, la

reparación alcance a una indemnización pecuniaria, consistente en una compensación.

Así mismo, debemos precisar que, el reconocimiento de los derechos no expresados en el texto constitucional también sea desarrollado con base en la teoría de la conexidad. En tal sentido, es posible afirmar la existencia de dos bases conceptuales mediante las cuales ha sido posible el reconocimiento de dichos derechos, nos referimos entonces a la dignidad humana y a la conexidad existente con los derechos plasmados en la Carta Política

Para finalizar, debe indicarse que la amplitud del concepto de dignidad como fuente de los derechos innominados permitirá el reconocimiento de nuevas garantías constitucionales tendientes a la protección del ser humano en sociedad, y como se expresó anteriormente, dicha situación se puede tornar problemática, en tanto, de lugar a un desbordamiento de las garantías del ser humano. Situación que se eleva como la crisis de los estados modernos desde un aspecto constitucional.

BIBLIOGRAFIA.

- MICHAEL VILLEY, Le Droit et les droits de l'homme. París, Presses. Universidad de Francia. 1983.
- GROCIO, H. Del derecho de la Guerra y de la Paz, 1925, Madrid, Editorial Reus. Pag. 52.
- Citado por Kelsen, H. (1992), Que es Justicia, Barcelona, editorial Ariel S.A.
- FERRAJOLI, Luigi. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Madrid. 2005.
- AGUDELO RAMÍREZ, Martín. El problema de la fundamentación filosófica de los Derechos Humanos. Bases Ontológicas. Bogotá. Editorial Temis. P 192.
- KANT IMMANUEL. Crítica de la Razón Práctica. Buenos Aires. Editorial La Página S.A.
- LETE DEL RÍO, José Manuel, Derecho de la personalidad, Ed. Tecnos, Madrid, 1986. *Cfr* además, serrano ruiz, Yaima Anays, Los derechos inherentes a la personalidad en la esfera moral. Ponencia III Encuentro Internacional Justicia y Derecho, 2006.
- ALVAREZ TABIO, ANA MARÍA, “Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen como límites a las libertades de información y de expresión”, Tesis Doctoral.
- DERECHO CIVIL PARTE GENERAL, Colectivo de Autores, La Habana, Cuba, diciembre del 2000. Citado por; Celia Ynchausti Pérez, en el texto; los derechos inherentes a la personalidad. el derecho a la identidad

personal. http://www.eumed.net/rev/cccss/19/ypgm.html#_ftn9
consultado.

- CASTÁN TOBEÑAS, José. Los derechos de la personalidad. Publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia y editado en un folleto por la Editorial Reus, S.A. Madrid. España. 1952. p. 22. Lo destacado entre paréntesis es nuestro, añadido para que se entienda exactamente a qué se refiere el ilustre jurista español, quien además incluye el derecho de autor dentro de los derechos de la personalidad, con lo cual discrepamos.

JURISPRUDENCIA.

- CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Cuarta. Sentencia T-926 de 1999. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Expediente T- 237022.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Primera. Sentencia T-406 de 1992, M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón. Expediente T-778.
- GACETA CONSTITUCIONAL No. 24, 1991, p. 7, véase la Sentencia T-406 de 1992, M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón. Expediente T-778.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia SU-111 de 1997, M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente T-107601.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Primera Sentencia T- 571 de 2015. Expediente T-4952361. Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Cuarta. Sentencia T-012 de 2009, M.P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil. Expediente T-1978037.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Primera. Sentencia T-414 de 1992, M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón. Expediente T-534.

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Tercera. Sentencia T-373 de 1998. M.P; Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente T-161529.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Primera. Sentencia T-098 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería. Expediente T-970700.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Octava. Sentencia T-285 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Expediente T-1246422.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia SU-256 de 1996. M.P; Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente T-83734.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Tercera. Sentencia T-025 de 2004. M.P, Dr. Manuel José Cepeda Espinoza. Expedientes T-653010 y acumulados.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Novena. Sentencia T-124 de 1993. M.P; Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente T-6757.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Octava. Sentencia T-057 de 2015. M.P.: Dr. Martha Victoria Sáchica Méndez. Expediente T- 4620577.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Séptima. Sentencia T-881 de 2002. M.P.: Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Expedientes T-542060 y T-602073.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C-221 de 1994. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Expediente D-429.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C-355 de 2006. M.P.: Dr. Jaime Araújo Rentería, dra. Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D- 6122, 6123 y 6124 Demandas de inconstitucionalidad contra los Arts. 122, 123 (parcial), 124, modificados por el Art. 14 de la Ley 890 de 2004, y 32, numeral 7, de la ley 599 de 2000 Código Penal.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. SU-039 de 1997, M.P Antonio Barrera Carbonell.

CIBERGRAFIA.

- CONSTITUCION POLITICA DE 1991. Artículo 94.
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
consultado.
- FILOSOFÍA DEL DERECHO. Iusnaturalismo,
<http://filosofiaderechosaia.blogspot.com.co/p/iusnaturalismo.html>
consultado.
- HISTORY. Matanza De La Noche De San Bartolomé.
<https://mx.tuhistory.com/hoy-en-la-historia/ocurrio-matanza-de-la-noche-de-san-bartolome>. Consultado.
- EL EDICTO DE NANTES. <https://www.laguia2000.com/francia/el-edicto-de-nantes> Consultado.
- DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DE VIRGINIA, 1776, art. 1.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/21.pdf>
consultado.
- CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS, enmienda IX, 1791.
<http://biblioteca.libertyfund.org/bibliotecadelalibertad/la-declaracion-de-independencia/enmiendas-la-constitucion-de-los-estados-unidos-de-america>. Consultado.
- DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO. <https://democraciaparticipativa.net/documentos-data-a-referenda/documentos-en-espanol/documentos-sobre-derechos-humanos/10371-declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-1789.html>. Consultado.
- AUSCHWITZ.
<https://www.ushmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10007021>. Consultado.
- HISTORIA VIRTUAL DEL HOLOCAUSTO. El genocidio nazi cometido contra la población judía europea entre 1933 y 1945.
<http://www.elholocausto.net/parte04/0406.htm> consultado.

- WRIGHT Quincy. 1948.
<http://posgradofilosofiadelderecho.blogspot.com.co/2015/09/los-juicios-de-nuremberg.html> consultado.
- NACIONES UNIDAS. La declaración Universal de los Derechos Humanos. <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> consultado.
- HISTORIA PARA LA CONSTITUCION DE 1991.
<http://www.constitucioncolombia.com/historia.php> consultado.
- LAS TRES GENERACIONES DE DERECHOS HUMANOS.
https://www.tendencias21.net/derecho/Las-3-Generaciones-de-los-Derechos-Humanos_a76.html consultado.
- REINERIO RODRÍGUEZ CORRÍA, Tesis Doctoral, El daño moral. Concepto y resarcimiento.
<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/14705/11860> consultado.