

**ALCANCE DEL DERECHO DE PROPIEDAD COMO  
DERECHO FUNDAMENTAL EN EL ORDENAMIENTO  
JURÍDICO COLOMBIANO**

**Efraín Hinestroza Martínez**

**Trabajo de grado para optar al título de Abogado**



Universidad Autónoma Latinoamericana – UNAULA-  
Facultad de Derecho

2014

*Con toda gratitud y aprecio a mi Familia  
por su incondicional apoyo,  
fueron el soporte para la obtención  
de este pequeño pero muy significativo logro.*

## **Resumen**

La intención del presente trabajo de grado es la de dar cuenta de los alcances del derecho de propiedad, al pensarse como un derecho fundamental, es así, como se entiende desde el rigor jurisprudencial, al momento en que se encuentre en conexidad con un derecho fundamental. Sin olvidar, que el derecho de propiedad, no siendo fundamental, puede llegar a revestirse de fundamentalidad cuando su vulneración mancille la dignidad humana.

## **Palabras Claves**

Derecho de propiedad, derechos fundamentales, derechos Subjetivos, Corte Constitucional.

## Contenido

	Pág.
Introducción	
<b>I.</b> Dignidad, derechos fundamentales y derechos subjetivos: breve esbozo .....	7
<b>II.</b> Apreciaciones preliminares sobre los derechos fundamentales...	18
A. Derechos Naturales.....	18
B. Derechos Humanos.....	20
C. Derechos Subjetivos.....	24
D. Derechos Fundamentales.....	26
<b>III.</b> Criterios de fundamentalidad en los derechos.....	32
<b>IV.</b> El derecho de propiedad privada.....	39
Conclusiones.....	46
Referencia Bibliográfica.....	49

## INTRODUCCIÓN

La elaboración conceptual de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico colombiano, es fruto de todo un proceso. Inicia cuando el constituyente de la carta de 1991, aunque precisó y definió con claridad el alcance de lo que en nuestro Estado Social de Derecho debe entenderse por derechos fundamentales, hay en el ambiente académico cierta incertidumbre, la cual se origina precisamente en el hecho de que nuestro texto constitucional, en materia de derechos fundamentales, tiene una textura abierta que no nos permite identificar en qué momento estamos ante un derecho fundamental o ante un mero derecho subjetivo de arraigo constitucional.

Lo anterior conduce, en muchos casos, a que los operadores judiciales nieguen, por desconocimiento, el amparo o protección de ciertos derechos a los ciudadanos cuando éstos acuden a ellos en el ejercicio de los mecanismos de garantías que la misma Constitución dispuso para la defensa de los mismos, teniendo que recurrir en muchos casos ante la misma Corte, para que sea ella en calidad de máximo juez constitucional quien decida si ese derecho invocado tiene tal estatus o no.

Ha sido en el ejercicio de esa labor que nuestro máximo tribunal en lo constitucional, ha tenido que trasegar un arduo camino para establecer una jurisprudencia que nos indique con claridad, cuándo estamos o no frente a un derecho que no siendo fundamental en principio, por su conexidad o relación con otro derecho fundamental deba ser merecedor de los mecanismos de protección que la Carta fundamental prevé para ello.

Es por ello que se dispondrá la intención de dilucidar en qué momentos y bajo qué preceptos, derechos que no siendo fundamentales por naturaleza, como el derecho

de propiedad, puedan llegar a revestirse de fundamental. En consecuencia se tratará de analizar si el derecho a la propiedad puede ser fundamental o no.

Para elaborar la indagación que se propone, como pregunta reguladora del presente trabajo ¿puede considerarse el derecho de propiedad un derecho fundamental? Para ello se intenta demostrar la posible fundamentalidad del derecho de propiedad a través del criterio de conexidad conforme lo estima la Corte, es más, que permita su protección con garantías propias de los derechos fundamentales.

## I. DIGNIDAD, DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS SUBJETIVOS: BREVE ESBOZO

Los derechos fundamentales constituyen lo que teóricos de la talla de Rodolfo Arango Rivadeneira, justifica como una noción jurídica propia de la teoría del Derecho. Noción ésta que atiende a una configuración normativa dispuesta a atender una serie de derechos civiles, políticos, económicos y culturales encargados de salvaguardar la dignidad humana.

Es imposible dejar de recordar que la esencia de la dignidad humana se deriva del reconocimiento antropológico de la naturaleza humana, entendiendo con ello, que le son inherentes a libertad, autonomía y como máximo atributo la dignidad. Esta idea de dignidad humana considera la posibilidad de que el hombre no sea instrumentalizado, subyugado o violentado (Castro y Carvajal, 2009). Apelando no a sentimientos egoístas sino a principios morales.

Lo anterior lo explica Kant en su monumental obra *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, al afirmar como una de la sus máximas “*Obra como si la máxima de tu acción debiera tomarse por tu voluntad, ley universal de la naturaleza*” (p. 73). En otras palabras, lo que Kant quiere dar a entender circunscribe la importancia de obrar de tal manera que todo acto se convierta en un acto universalizable. Aquí la humanidad se convierte en un fin en sí mismo.

Ahora bien, “si nos preguntamos por el fundamento moral de respeto por la humanidad, podríamos decir de la mano de Kant que éste tiene su fundamento en la autonomía moral como fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional. En este sentido, la fuente de la dignidad reside en que el hombre por ser racional sólo obedece a aquella ley que él mismo se ha dado”. (Castro y Carvajal, 2009, p. 113)

Retomando, la idea de dignidad, si se piensa desde las nociones básicas de la teoría del derecho, ésta justifica los pilares éticos, políticos y jurídicos de los derechos fundamentales. La idea que se quiere dar a entender es que dentro de la estructura constitutiva de todo derecho fundamental se le otorga vital importancia al sujeto (de derecho) y con derechos, individuales como la vida, la libertad, la igualdad e incluso la propiedad.

Es importante entender, en tal sentido a qué se hace referencia cuando se habla de derechos fundamentales. Ya es conocido por todos que los mismos se encuentran consagrados en el capítulo I del título II de la Carta Política, también que se encuentran proporcionalmente relacionados con términos como inherentes a la persona humana, inalienables, e intransmisibles entre otros.

Sin embargo dicha noción no es suficiente. Conforme a los artículos 93<sup>1</sup> y 94<sup>2</sup> de la Carta Política, se entiende que los derechos enunciados como fundamentales en la misma, no deben entenderse como los únicos o como la negación de otros que siendo inherentes a la dignidad humana, no estén expresamente enunciados en el texto constitucional. Se entiende que gracias a las normas supraconstitucionales (art. 93), se pueden introducir lo que en el lenguaje jurídico se conoce como derechos innominados (art. 94).

---

<sup>1</sup> 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. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

<sup>2</sup> 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.



Bajo este orden de ideas, para que un determinado derecho pueda ser considerado como fundamental debe, conforme lo expone el profesor Chinchilla (2009), ser un derecho de fuente o rango constitucional, ser un derecho que sirva como instrumento y cumpla la función de acercarnos al ideal ético de la dignidad humana o ayudar a su realización práctica y, finalmente, ser un derecho que se concrete en un derecho subjetivo.

Es de anotar como el derecho subjetivo (*right*) se contrapone al derecho objetivo (*law*), entendiendo este último como el conjunto de normas que regulan la conducta humana desde el punto de vista jurídico (Monroy, 2006, p. 302). Así pues el derecho subjetivo desde la práctica jurídica reconstruye racionalmente las características del poder legal que acompaña al sujeto de derecho desde una norma jurídica, una obligación jurídica y una posición jurídica. Es decir, Arando Rivadeneira (2005) sostiene, citando a Maurer, que “el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo”, (p. 8), se encuentra directamente relacionado con la noción fundante de derecho subjetivo. Para él según esta definición, es posible distinguir tres características del derecho subjetivo: (i) una **norma jurídica**, (ii) una **obligación jurídica** de otro derivada de esta norma, y (iii) un **poder jurídico** para la consecución de **intereses** propios reconocidos al sujeto (es decir, una **posición jurídica**). (p. 9)

### **Los derechos fundamentales desde la mirada de la Corte Constitucional**

La Corte considera (Sentencia SU-225 de 1998, MP., Eduardo Cifuentes Muñoz), que los derechos fundamentales “son aquellos derechos que se encuentran reconocidos, directa o indirectamente, en el texto constitucional como derechos subjetivos de aplicación inmediata”. Aún más, precisa (Sentencia T-227 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett) que son fundamentales: (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo.

Vistas así las cosas, no es suficiente que los derechos fundamentales se traduzcan en derechos subjetivos consagrados en el texto constitucional, sino que además, requieren estar dirigidos a lograr el ideal ético de dignidad humana.

Así dispuesto los derechos fundamentales, consagrados como derechos de alto reconocimiento dentro del campo normativo de todo ordenamiento jurídico, dejan de hacer distinciones de raza, condición, sexo o religión. Aún más, se constituyen como derechos inherentes e inalienables a la persona humana. Comprendiendo por inherentes aquellos derechos preexistentes al Estado, norma e incluso al mismo individuo, es decir, que sin ellos su existencia no sería posible y por consiguiente su carácter de inalienabilidad al no poder disponer de ellos, son personalísimos e intransmisibles por ser parte de su propia existencia.

Es de suma importancia entender que los derechos fundamentales se inscriben a la idea de dignidad humana entendida ésta como el derecho que tiene todo ser humano de ser valorado, respetado y tratado como ser individual y social, por tanto, recibir un trato digno a su condición humana. En este sentido, la Corte Constitucional (T-881-02 M.P. Eduardo Montealegre Lynett) plantea que ésta entidad normativa –Dignidad Humana- se puede abordar desde el objeto concreto de protección y desde su funcionalidad normativa, así:

Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos 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.

Pero, ¿Qué relación tiene la dignidad humana con los derechos fundamentales?

La dignidad humana debe entenderse como una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable y calificadora de todo ser humano. Es el rasgo distintivo de los individuos de la especie humana respecto a los de otras especies, constituye a la persona como un fin en sí mismo y no como medio para lograr otro fin, permite la autodeterminación consciente y libre de la persona a actuar acorde al mundo que le rodea. En consecuencia, la dignidad de la persona humana se erige como valor y principio que se constituye en fundamento del ordenamiento jurídico y en fuente de los derechos fundamentales. Lo anterior hace que exista primacía de la dignidad humana sobre los derechos fundamentales, pues estos tienen como finalidad permitir la concreción de la primera.

Es importante destacar frente a la dignidad humana como ella tiende a sucumbir cuando se enfrenta a las diversas interpretaciones que se arroja al momento de evidenciar los derechos fundamentales.

### **Una noción más de los derechos fundamentales**

Es común percibir dentro del ámbito académico afirmaciones del siguiente tenor: “los derechos fundamentales son los derechos humanos positivizados” o “los derechos fundamentales son derechos morales conforme a la eficacia jurídica” o “los derechos fundamentales se entienden como derechos subjetivos una vez garantizados dentro del ordenamiento jurídico”.

Lo anterior genera diferentes miradas bajo diversos matices, pues según la concepción que se tenga, será la interpretación y entendimiento de los derechos fundamentales.

Así, los derechos fundamentales bajo la perspectiva de derechos subjetivos se perciben como macroderechos o superderechos con vocación a convertirse en

derechos subjetivos específicos con unas garantías igual de específicas. Sin olvidar, que no todos los derechos subjetivos son fundamentales, pero sin embargo, todos los fundamentales son subjetivos. Lo que interesa destacar es como dicho reconocimiento se fundamenta al materializar garantías reforzadas es decir, con el establecimiento de mecanismos de protección que permite asegurar su satisfacción, amparo y eventual restablecimiento. Las mismas que en nuestro orden jurídico se ven consagradas en la Carta política de 1991 y referencian la importancia de la acción de tutela, el habeas corpus, las acciones de grupos, las acciones populares, entre otras. Esto significa que no basta con que los derechos fundamentales se incluyan en el texto constitucional sino que además, el constituyente prevé mecanismos de protección para garantizar su pleno reconocimiento.

Pasemos ahora a establecer cuáles son los Derechos Fundamentales reconocidos en el ordenamiento jurídico colombiano. Iniciamos diciendo que son los consagrados expresamente en el texto constitucional, Título II Capítulo I y el artículo 44 de la Constitución Nacional. No obstante, estos derechos son ampliados por el artículo 5 constitucional “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona...” y artículo 94 “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otro que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Se entiende que es a través de la jurisprudencia constitucional como se establecen criterios axiológicos o materiales, formales, auxiliares o técnicos (aplicabilidad inmediata, núcleo esencial) y de conexidad que ayudan a identificar ciertos derechos como fundamentales.

Es precisamente con fundamento en estos criterios, en especial, el *criterio de conexidad*, como se pretende indagar la posibilidad de considerar el derecho de propiedad como un derecho fundamental, tema éste que se tratará con mayor énfasis en el desarrollo del presente trabajo.

Ahora bien, el tema predominante de este escrito se delimita en la importancia y alcance del carácter fundamental del derecho de propiedad. Así pues **¿Puede considerarse el derecho de propiedad como un derecho fundamental?** Vale decir

que para algunos pensadores del derecho no existe posibilidad alguna para que el derecho de propiedad pueda ser considerado como un derecho fundamental por tratarse de un derecho real. Sin embargo hay quienes consideran que aún siendo un derecho real podrá ser considerado fundamental cuando su vulnerabilidad se relaciona directa y proporcionalmente con la violación de un derecho fundamental o un principio constitucional que contemple un derecho fundamental.

Cuando se analizan los criterios emitidos por la Corte Constitucional para revestir de fundamental un derecho no fundamental en si, como el de propiedad, se entiende que el mismo debe tener conexidad directa con otro u otros derechos fundamentales esenciales por naturaleza, entre otros la dignidad humana, la vida digna o el mínimo vital. Así lo dispuso la Corte en Sentencia T-036 de 1995, al tutelar los derechos a la dignidad humana y a la protección especial de la tercera edad. Brevemente, cuenta la Corte:

Ismael Simijaca, de sesenta y cuatro (64) años de edad, y Dulcelina Pineda, de ochenta y uno (81), vivieron alrededor de veinte años en un pequeño predio de una hectárea de extensión, el cual se encontraba enclavado entre otros predios vecinos, sin acceso directo a la vía pública. Contaban, por lo tanto, con una servidumbre de tránsito sobre terrenos de propiedad del accionado, señor Elver García Camacho, servidumbre que constaba en la escritura pública No. 389, corrida en junio de 1974 en la Notaría Primera del Círculo de Moniquirá.

El señor García decidió impedirles el libre tránsito de la pareja de accionantes arguyendo que el sendero por el cual atraviesan su finca, llevando consigo un burro para labores de carga, estaba destinado exclusivamente al tránsito de personas y no al de animales. Procedió entonces a instalar en el camino puertas cerradas con candado, y cercó con alambre de púas el terreno, obligando a los ancianos a arrastrarse por debajo del alambrado y a cargar al hombro los productos de su finca, con cuya venta se procuran el diario sustento. Sostuvo el accionado, que el paso del burro de los peticionarios podía erosionar el terreno sobre el cual se encontraba su casa, poniéndola en peligro.

Lo anterior condujo a la pareja de ancianos a iniciar ante la autoridad competente un proceso por perturbación de servidumbre. Paralelamente a la acción y mientras la

justicia civil resolvía el caso, los afectados decidieron incoar una acción de tutela pidiendo se le ordenara al accionado señor Elver García, permitirles el paso por su predio con su animal de carga y en condiciones que no se pusiera en peligro su integridad física y no se atentara contra su dignidad humana a la que tenían derecho como personas.

Al resolver la tutela en primera instancia, el juez Único Penal Municipal de Moniquirá, decidió:

Tutelar transitoriamente los derechos a la vida y la integridad personal, a la dignidad humana, el derecho a la igualdad, a la locomoción y al trabajo" de los accionantes. (Sentencia T-036 de 1995)

Para ello: Consideró el a-quo, que la conducta de Elver García era inhumana y abiertamente contraria al deber de solidaridad que le impone la Constitución, y la encontró violatoria de los derechos fundamentales de los accionantes. Tal violación se materializa permanentemente y de manera irreparable en este caso, habida cuenta de que en el proceso civil por perturbación de servidumbre no hay posibilidad de ejercer medidas tendientes a evitarlo transitoriamente.

La anterior decisión fue revocada por El Juez Único Penal del Circuito de Moniquirá en segunda instancia con base en los siguientes argumentos:

- Una disputa sobre el tipo de servidumbre de que goza un predio, o sobre si esta implica o no el derecho de transitar con animales de carga, " de ninguna manera menoscaba, ni atañe o disminuye la dignidad humana de ninguna persona que por necesidad deba hacer uso de dicho camino".
  
- Los accionantes cuentan con otro mecanismo judicial de defensa, cual es el proceso abreviado por perturbación de servidumbre, que se sigue ante los jueces civiles. Debe tenerse presente, recalca el ad-quem, que la

servidumbre se impone a inmuebles, mas no a personas en atención a su estado de salud, a su edad o a su solvencia económica.

- No se presenta un perjuicio irremediable de ningún derecho fundamental de los actores y, por ende, no puede ser procedente la tutela como mecanismo transitorio, en los términos del inciso segundo del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del artículo 86 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, la Corte resuelve tutelar de manera transitoria los derechos a la dignidad humana y a la protección especial de la tercera edad de los ancianos y ordenó al señor García Camacho retirar inmediatamente cualquier obstáculo que impida el libre tránsito de los accionantes y de su animal de carga por el camino que ellos acostumbraban usar (Sentencia T-036 de 1995). De hecho invocó como argumentos el estado de indefensión de los accionantes, la dignidad humana y solidaridad, la protección a la tercera edad y por último la tutela como mecanismo transitorio arguyendo que:

En estas circunstancias, la actuación en que incurrió Elver García, al cerrar el camino, obligando a los petentes a arrastrarse bajo el alambrado y a cargar lo que sus cansadas espaldas pueden soportar, sobrepasa el ámbito del derecho real de servidumbre y deviene en una violación del derecho fundamental a la dignidad humana, en un desconocimiento del deber de solidaridad exigible a todo individuo en un Estado Social de Derecho, y obliga al juez de tutela a hacer efectiva la especial protección que otorga nuestra Carta Política a las personas de la tercera edad. (Sentencia T-036 de 1995 MP., Carlos Gaviria Díaz).

## **La servidumbre como una noción más de propiedad**

La servidumbre es un derecho real, aún más, “es un gravamen impuesto sobre un predio, en utilidad de otro predio de distinto dueño. En otras palabras, es una carga que se impone sobre un bien predio, para uso y utilidad de otro predio que pertenece a otra persona. (Villegas, 2009, p. 99). La doctrina insiste en distinguir dos clases de predios (i) el sirviente y (ii) el dominante al que corresponde el derecho de servidumbre. (p. 100).

El Código Civil la define como gravamen impuesto sobre un predio, en utilidad de otro predio de distinto dueño (Artículo 879 del Código Civil) siendo entonces las servidumbres una carga que se impone sobre una propiedad o predio y en beneficio de otro predio, prestándole una utilidad. Se cumple con las servidumbre una función social con la propiedad, la cual está consagrada en nuestra Constitución en su Artículo 58 inciso segundo, cuando expresa que la propiedad es una función social que implica obligaciones.

La Corte Suprema de Justicia en referencia a la servidumbre expresó “Las servidumbres se hallan inseparablemente ligadas al fundo dominante, debido a que en su esencia jurídica son derechos accesorios. De ahí una servidumbre no puede ser cedida, embargada o hipotecada separadamente, como tampoco pueda destacársela del fundo dominante para ser transportada...” (Sentencia de 28 de febrero de 1936)

En éste sentido, parafraseando a la Corte Constitucional, cuando al tutelar los derechos ya señalados a la pareja de ancianos, que el señor Elver García se encontraba ante dos opciones de conducta: una consistente en cerrarles el paso a los accionantes para proteger su propiedad, y otra, la de permitirles el paso, que privilegia los derechos fundamentales de aquellos sobre el derecho de aquél a la propiedad. Invocando la doctrina sobre los deberes constitucionales consagrado en el art. 95 superior, y ante la pregunta ¿Estaba facultado el demandado para optar por cualquiera de estas dos vías de acción? la misma Corte se responde:

[...] la respuesta sólo puede ser un rotundo no. El deber de solidaridad que sobre él recae, le impelía a optar por la segunda opción. ¿Por qué razón? Porque la otra, la escogida finalmente por él y que implica obligar a los accionantes a tener que cumplir las funciones de bestias de carga, resulta violatoria de uno de sus



derechos fundamentales: el de la dignidad humana, reconocida en el artículo primero de la Carta Política, y pilar de nuestro Estado Social de Derecho. (Sentencia T-036 de 1995 MP., Carlos Gaviria Díaz)

Situaciones como éstas son las que motivan a indagar en qué momento un derecho no siendo fundamental adquiere tal rango y por tanto se protege con los mecanismos propios de los derechos fundamentales.

## **II. APRECIACIONES PRELIMINARES SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Es común que dentro de cualquier contexto social escuchemos las expresiones derechos naturales, derechos humanos, derechos subjetivos o derechos fundamentales que de manera inapropiada se utilizan para referirse a los distintos derechos reconocidos al hombre a lo largo de la historia. Aun así, no podemos dejar pasar de vista el carácter jurídico del presente trabajo, que sin agotar en un análisis conceptual las profundas diferencias que existen entre unos y otros conceptos, resulta sumamente pertinente realizar algunas precisiones respecto a ellos y por ende, hacer un poco de claridad sobre esta sinonimia.

### **A. Derechos Naturales**

*EL Naturalismo* o derecho natural, ha sido un término bastante utilizado en el pensamiento jurídico de occidente. Sus cimientos teóricos se centran en el enfoque filosófico de la existencia de derechos del hombre otorgados por la naturaleza misma. Los cuales son anteriores y superiores a cualquier ordenamiento jurídico positivo, así no lo hace ver Ochoa Carvajal (2009, p. 40)

Es, entonces, un derecho originado en la naturaleza misma, razón por la cual es anterior y superior a la sociedad, al Estado y, por tanto, a las normas positivas. La teoría del derecho natural prescribe que hay una regulación, vinculada a la justicia, de las relaciones entre los hombres que dicta la naturaleza y que la razón, elemento de la naturaleza del hombre, capta por sí misma. En esta concepción la naturaleza aparece como legislador.

El derecho natural es el derecho derivado de la doctrina que considera la existencia de un ser superior a través del cual se rigen las relaciones sociales del que emanan las reglas que rigen la convivencia. El derecho positivo en cambio es el derecho que establece las relaciones mediante normas elaboradas por los órganos competentes conforme a lo establecido en la Constitución de cada Estado.

Siguiendo a Kelsen, la doctrina del derecho natural es –en contraposición al positivismo jurídico como doctrina realista– una doctrina jurídica idealista. Porque el derecho natural aceptado al lado del derecho real, el positivo, creado por el arbitrio humano y por lo tanto variable, es un derecho ideal, invariable, identificable con la

justicia. El derecho natural, a diferencia de otras doctrinas, considera a la naturaleza como fuente de las normas del derecho ideal y justo. La naturaleza funciona como la autoridad creadora de la norma en consecuencia, quien obedece su mandamiento actúa correcta y justamente. (2008, p. 183).

Para los estoicos como san Agustín, el derecho natural es considerado como la ley eterna que como la razón o voluntad de Dios, manda obediencia al orden natural y prohíbe su infracción.

Igualmente resulta necesario conocer lo planteado por Tomás de Aquino respecto a la concepción del derecho natural:

La validez de la ley depende de su justicia. Pero en los asuntos humanos se dice que una cosa es justa cuando es acorde con las reglas de la razón: y, como ya hemos visto, la primera regla de la razón es la ley natural. Por tanto, todas las leyes promulgadas por los hombres están de acuerdo con la razón en la medida en que derivan de la ley natural. Si la ley humana difiere en algún aspecto con la ley natural no será más legal sino más bien corrupción de ley (Suma teológica, 1965, p.95).

Con lo anterior, queda claro que la concepción de los derechos naturales no ha sido unívoca a lo largo de la historia y que por tanto sus discusiones y planteamientos siguen siendo constantes, pero aun así, se entiende que hacen referencia a un derecho propiamente natural anterior al hombre, a cualquier sistema de gobierno con un carácter perdurable e inmutable a lo largo de los tiempos y de manera común a todas las naciones por demás, ajeno a todo tipo de regulación.

Para los defensores de esta corriente del derecho, los hoy denominados derechos humanos, simplemente son una versión de los que tradicionalmente se señala como derechos naturales, por tanto, para ellos, los derechos naturales deben ser entendidos como facultades o poderes innatos al hombre, que le pertenecen por el mero hecho de serlo y como tal existirían independientemente de que existan normas creadas por el hombre.

En contraposición a esta concepción del derecho, se encuentra el positivismo jurídico, teoría particular del derecho, que cargada de connotaciones legales y formales considera como único derecho válido el creado o impuesto por el Estado a través de sus órganos competentes para hacerlo.

El positivismo jurídico al contrario del naturalismo, como teoría científica del derecho no reconocer en su conocimiento y descripción del derecho positivo la existencia de una fuente trascendente del derecho, más allá de toda posible experiencia humana, esto es, la experiencia de una voluntad divina, cuyo sentido son las normas prescriptivas de conducta humana. Puesto que solamente las normas creadas por una autoridad trascendente, y por lo tanto absoluta, pueden ser consideradas como absolutamente justas e inmutables, el positivismo jurídico no puede aceptar como válida ninguna norma absolutamente justa e inmutable. Sólo puede sostener la validez de normas creadas por el arbitrio humano y que por lo tanto son mutables, esto es, normas que pueden tener contenido diferente en tiempos y lugares diferentes, sea que se trate de normas jurídicas o morales.

## ***B. Derechos Humanos***

Para muchos doctrinantes, entre ellos, el profesor antioqueño Martín Agudelo, los derechos humanos se entienden como exigencias en nombre de una moralidad universal, que define la condición de un ser personal que se proclama digno, libre e igual en los otros y con los otros. (2011, p. 62). En otras palabras, son principios, cualidades, atributos y exigencia en sentido moral y político, que tienen todos los seres humanos por el hecho de serlo, por su propia naturaleza y dignidad, con independencia a cualquier otra condición distinta a la humana

Entorno a los derechos humanos, han sido no pocos los conceptos que estudiosos del tema han tratado de dar para aludir a su significado y comprensión, como se pasará a observar más adelante.

En no pocas ocasiones tiende a confundirse los derechos humanos con los derechos fundamentales dados los profundos nexos existentes entre ambas concepciones, aunque su principal criterio de diferenciación será la positivización. Así, observaremos que los derechos humanos son el “género” y los derechos fundamentales la “especie”, al ser los derechos fundamentales derechos humanos positivizados en los ordenamientos jurídicos internos. En otros términos los derechos fundamentales son derechos humanos concretados espacial y temporalmente en un Estado. Mientras los derechos humanos se refieren a las declaraciones internacionales, los fundamentales se refieren a los reconocidos internamente por cada Estado en su norma fundamental.

Con el planteamiento anterior se evidencia con mayor claridad la diferenciación entre un derecho y otro, por lo que tal confusión entre derechos humanos y derechos fundamentales no debería existir, ya que como lo afirma Gonzalo Aguilar, tradicionalmente, en el derecho estatal, se ha entendido, sobre todo por los autores de derecho constitucional y político, los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales como divergentes, es decir, con significados diferentes (Aguilar, 2010, p.20).

Obsérvese como el tratadista Eusebio Fernández (1957) plantea que a lo largo de la historia y aún en la actualidad se utilizan expresiones como derechos naturales, derechos individuales, derechos del hombre, derechos públicos y otros para referirse a los derechos humanos, planteando además que la expresión más apropiada de todas será la de «Derechos Fundamentales del Hombre», e indica que:

Con ella se quiere manifestar que toda persona posee unos derechos morales por el hecho de serlo y que éstos deben ser reconocidos y garantizados por la sociedad, el derecho y el poder político, sin ningún tipo de discriminación social, económica, jurídica, política, ideológica, cultural o sexual. Pero al mismo tiempo se quiere subrayar que estos derechos son fundamentales, es decir, que se hallan estrechamente conectados con la idea de dignidad humana y son al mismo tiempo las condiciones del desarrollo de esa idea de dignidad. (Fernández, 1957, p.76).

Pérez Luño, por su parte, sostiene que los derechos humanos son “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan la exigencia de la dignidad, la libertad y la igualdad humana las cuales deben ser reconocidas positivamente por el ordenamiento jurídico a nivel nacional e internacional”(2005, p.46).

A su vez, Garrido Gómez (2007) considera:

El término derechos humanos es el más tradicional en el uso referido a los derechos positivados que, en el plano internacional, se traducen en exigencias morales o naturales reclamadas como derechos básicos e, incluso, es el vocablo que se usa para hacer alusión a las exigencias que, con determinadas condiciones y relacionadas con la dignidad, la libertad y la igualdad de la persona, aún no han alcanzado un estatuto jurídico-positivo. En cambio, a los derechos fundamentales hay que circunscribirlos como derechos humanos positivados en el plano estatal. (2007, p. 20).

Como indica Palombella Gianluigi “subrayar al menos que la expresión «derechos humanos» es absoluta, se refiere al hombre, con independencia de cualquier contexto o especificación adicional...” (1999, p.526)

Para Palombella en ciertos casos se tienden a establecer dos perspectivas interpretativas entorno a la idea de “fundamental”. De un lado “fundamental” hace referencia a los derechos humanos considerados como universales, universalmente inviolables y por el otro en la que la calificación “fundamental” se refiere a los derechos subjetivos “puestos” en concreto y validos jurídicamente bajo un ordenamiento determinado. Considera, Palombella, tanto el plano teórico como el práctico, posibilita que lo que vale como fundamental bajo una perspectiva no lo valga para la otra. Así, desde la perspectiva jurídica, cabría calificar como fundamentales “catálogos”

diversos y distantes de los elaborados por la cultura de las organizaciones internacionales durante los últimos cincuenta años.

Bajo esta misma perspectiva “La conciencia clara y universal de los derechos humanos es moderna; es en la modernidad cuando a la conciencia universalista de dignidad, una vez hecho el recorrido desde los medievales derechos estamentales hasta los derechos del hombre, se añade la reivindicación de la protección jurídico-política de los derechos que a dicha dignidad corresponden” (Truyol y Sierra1984, p.12).

Conforme a lo dispuesto por Aguilera Portales (2010) hablar plenamente del término derechos humanos como concepto histórico, debe remitir a los inicios de la modernidad, al siglo XVII. Es a partir de allí que se acuña una nueva concepción de individuo, la que se constituye en sustrato o fundamento de los derechos humanos. Si bien, con el arribo de la modernidad se reafirma el concepto de libertad entendida como la facultad de autodeterminación de todo individuo como ser humano y como tal, supone una revolución epistemológica y metafísica para el mundo moderno.

Según Aguilera, los derechos humanos a lo largo de la historia, han expresado una pretensión o exigencia moral y política justificada y legítima derivada de la concepción antropológica de la dignidad humana común, fundamental para el desarrollo integral de la persona humana y reconocida por el Derecho positivo para su realización efectiva y real. En consecuencia, los derechos humanos configuran el conjunto de libertades, pretensiones y facultades jurídicas que posee todo individuo de la especie humana.

Los derechos humanos suelen definirse como derechos subjetivos, es decir, posiciones morales y normativas que derivan de una norma jurídico-positiva. En este sentido, los derechos humanos representan el instrumento jurídico y político más pertinente e idóneo para evitar cualquier tipo de atropello, vulneración o daño contra la vida humana.

En conclusión los derechos humanos son históricos en cuanto que miran hacia el futuro y hacen referencia a la correspondiente dignidad de la persona frente al Estado, siendo previos a su reconocimiento jurídico por parte de los Estados, en un sentido iusnaturalista, que en la actualidad se reservan a los derechos de las personas reconocidos por el derecho internacional y por ningún Estado en particular.

### **C. Derechos Subjetivos**

Tradicionalmente se ha entendido por “derecho subjetivo” la facultad conferida a un sujeto por el ordenamiento jurídico para la satisfacción de sus intereses legítimos, pudiendo exigir de alguna otra persona en particular o de la colectividad en general la observancia de determinadas conductas. Para Chinchilla,

Existe un derecho subjetivo cuando el ordenamiento reconoce una situación subjetiva asumida como ventajosa y valorada como legítima, y tal situación es exigible frente a otros sujetos de derecho; en otras palabras, cuando hay una norma jurídica que otorga facultades ejercitables judicialmente por un sujeto para obligar a alguien a cumplir un acto (acción u omisión) que favorece al primero. (2009, p. 48).

En tanto que para Ferrajoli Un derecho subjetivo es una expectativa a la que corresponde una obligación: a una expectativa positiva corresponde una obligación positiva de prestación, a una expectativa negativa corresponde una obligación negativa de no lesionar (Luigi Ferrajoli, citado por: Guastini, 2001, p. 57).

Para Chinchilla, la estructura de un derecho subjetivo se configura desde las pretensiones del sujeto pretensor y obligado, el objeto de derecho, el deber jurídico y las facultades del sujeto pretensor. A saber:

- a)** *Un sujeto determinado* o pretensor titular del derecho que puede ser una persona natural o jurídica, pública o privada, individual o colectivo, determinado o indeterminado con capacidad para reclamar por sí o por alguien que lo represente.



- b) *Un sujeto obligado*** o sujeto pasivo a quien una norma jurídica específica impone un deber jurídico que limita su libre voluntad de actuar. Este sujeto obligado no puede ser sino una persona natural o jurídica, pública o privada, individuo particular o servidor público o entidad con capacidad para ser llevada a la jurisdicción y ser destinatario de un orden judicial.
  
- c) *El objeto del derecho subjetivo*** o sea la facultad (permisión o prerrogativa sustantivas) del titular del derecho que abre la posibilidad de beneficiarse o disfrutar de un bien socialmente estimado. Tal facultad sustantiva se traduce en una legitimidad para actuar, disponer, recibir, retener, exigir socialmente a otros, resistir frente a actos de otros e incluso impedir fácilmente a otros. Habitualmente se le denomina un bien jurídico reconocido por el derecho.
  
- d) *Un deber jurídico específico*** o conjunto delimitado de conductas concretas que se imponen al sujeto obligado, como correlato lógico de la situación ventajosa o beneficiosa otorgada por el derecho subjetivo.
  
- e) *Facultad de sujeto pretensor*** o de un sujeto que actúa en su nombre para reclamar mediante un procedimiento administrativo o judicial, mejor aún, el cumplimiento del deber específico por el sujeto obligado. Tal facultad esta enderezada a garantizar el goce del disfrute de la situación ventajosa frente a situaciones fácticas o normativas de impedimento o perturbación, mediante una orden perentoria e irresistible, susceptible de ser efectivizada mediante la coacción estatal o excepcionalmente privada. Se le conoce como la garantía del derecho, cuyo máximo nivel es la garantía judicial o garantía subjetiva de acción o tutela judicial efectiva.(p. 49).

En conclusión, para que una situación ventajosa para cualquier individuo o persona sea susceptible de amparo por el ordenamiento Jurídico, ésta debe contener el formato técnico de un derecho subjetivo. De allí que se afirme, que todo derecho fundamental es un derecho subjetivo, pero no todo derecho subjetivo es fundamental.

## **D. Derechos Fundamentales**

Desde el constitucionalismo democrático y su dogmática mirada, suele recogerse una tabla de derechos fundamentales junto a los cuales aparecen libertades públicas, derechos históricamente reconocidos e incluso ciertas prestaciones de carácter social, que siendo positivados no son más que herencia directa de las declaraciones de derechos de finales del Siglo XVIII, (la Declaración de Virginia, la declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776 o la declaración de los derechos del hombre y el Ciudadano de 1789), destacándose su carácter programático (Figueroa, 2000, p.60).

Frente al interrogante de cuándo surgen los derechos fundamentales, o momento en que se habla de ellos en occidente, habría que decir que esto se da a la par con el surgimiento del Estado Liberal. En principio fueron considerados derechos fundamentales, aquellos que por naturaleza le correspondían al hombre individualmente. Ya que con aquello se procuraba la libertad en su máxima expresión, como un fin en sí misma y para ello se hacía necesario que el Estado no interviniera, para que de este modo cualquier manifestación de la libertad, se diera a través de la iniciativa individual. Es en este contexto donde emanan los derechos humanos de primera generación, los que una vez positivados en la norma fundamental de los Estados, dieron paso a los derechos civiles y políticos, hoy denominados derechos fundamentales de libertad (entre ellos, derecho a la vida, igualdad, libre desarrollo de la personalidad, libertad de culto y de expresión, etc.).

Para Madrid-malo (1998) de la comisión colombiana de juristas, antes de la Constitución de 1991, los derechos fundamentales fueron meros criterios de interpretación de la Constitución y la ley; en otros términos, los derechos fundamentales carecían de esa fuerza normativa que poseen hoy, al ser considerados sólo como criterios de regencia para las actuaciones del Estado, el que era considerado un fin en sí mismo.

Con la nueva Constitución de 1991, los derechos fundamentales alcanzan fuerza normativa en las relaciones ciudadanos Estado, debido a que la razón de ser de este debe estar encaminada al logro de la plena vigencia y respeto de los derechos fundamentales. Pues antes de la carta de 1991, la razón de ser del Estado era velar por la prevalencia del respeto a la autoridad y el orden, quedando los derechos fundamentales relegados a un segundo plano.

El Estado no se justifica por sí mismo, ya que fue instituido por una razón externa a él, y su existencia solo se justifica en la medida que garantice el ejercicio pleno de los derechos fundamentales. En este sentido se expresó la Corte cuando afirmó “La integridad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal”.(Sentencia T- 499 de 1992 MP Eduardo Cifuentes).

Postura que es revalidada por Aguilera (2010) cuando afirma que los derechos fundamentales surgen como un reflejo del iusnaturalismo racionalista que va progresivamente estatalizándose, es decir, como una expresión dialéctica de pretensiones morales del hombre(derechos naturales) que va a ser reconocidos y protegidos por el derecho positivo como derechos fundamentales.

Ahora bien “con la noción de derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento jurídico positivo en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada” (Pérez Luño, citad por: Figueruelo, 2000, p.60).

De otro lado, en el año 2003 la Corte Constitucional, mediante la sentencia T-227, sentó precedente jurisprudencial al afirmar de la dignidad humana,

[...] será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o

abstención (traducible en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica).

Chinchilla (2009) considera que los derechos fundamentales son derechos morales, es decir, derechos que aunque forman parte del ordenamiento jurídico positivo de una comunidad, se diferencian de los demás derechos porque tienen una dimensión primigeniamente moral, y una especial carga de eticidad. Tal carga ética funciona en el discurso normativo a manera de momento fundante de, y como un plus a, la dimensión puramente iuspositiva, integrándose a ella de forma indisoluble. Es decir, los derechos fundamentales derivan y concentran principios morales superiores, esa moralidad mínima que debe existir en cualquier Estado constitucional. (p. 77).

En Luigi Ferrajoli (2004), se presenta una definición teórica, formal y estructural sobre los derechos fundamentales. Para él son derechos fundamentales “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de persona, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar” [...]. En tal sentido, se entiende por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas. (2001, p.19). Cuando Ferrajoli habla de status hace referencia a las condiciones de los sujetos en referencia a una norma jurídica que lo faculta y hace idóneo para adquirir la titularidad de situaciones jurídicas frente al Estado y los ciudadanos.

El autor en referencia, establece dos grandes divisiones entre los derechos fundamentales: La que se da entre *derechos de la personalidad* y *derechos de ciudadanía* que corresponden respectivamente a todos, o sólo a los ciudadanos y la existente entre *derechos primarios (o sustanciales)* y *derechos secundarios (instrumentales o de autonomía)*, que corresponden, respectivamente a todos, o sólo a las personas con capacidad de obrar.

De lo anterior, se colige que existen diferentes tipos de derechos fundamentales de acuerdo a las características de cada tipo de sujeto, ya que al momento de nuestro

nacimiento se adquiere personalidad, pero no ciudadanía ni capacidad para obrar, aclarando que estos tipos de sujetos titulares de derechos no son excluyentes, sino que por el contrario, son convergente y progresivos, ya que a medida que el sujeto va cumpliendo con ciertos preceptos legales, va adquiriendo los que aún no poseía, dado que los unos son precedentes de los otros.

Vale decir, en estos términos que el catálogo de derechos fundamentales varía según la idea de libertad, ya sea desde un análisis contextual correspondiente a la ideología propia de la burguesía liberal, del estatus democrático o del Estado social de derecho.

Según Figueruelo, el pensamiento liberal burgués considera derechos fundamentales aquellos que por naturaleza le correspondan al hombre como individuo libre. Dado que con ellos el fin que se persigue a través de estos derechos es la persecución de la libertad como un fin en sí misma; y por tanto, para la realización efectiva de libertad, al Estado no le compete obligación alguna debido a que de él solo se espera que interfiera lo menos posible en el goce o disfrute de los derechos por parte de los ciudadanos. Y agrega que cualquier manifestación de la libertad individual, propiedad privada, igual ante la ley, libertad de prensa, de reunión, entre otros, perseguirá su materialización solo a través de la iniciativa individual.(p. 61).

En el Estado democrático, en cambio, la legitimación de los derechos fundamentales se hace, delegándoles la función de facilitar procesos de formación política en los asociados. En este orden de ideas, ya no se pregona la separación del Estado y la sociedad, sino que se facilita la participación de los asociados en los asuntos de interés público a través del establecimiento de normas. En consecuencia la libertad deja de ser un fin en sí misma para convertirse en una libertad que funciona pro de la participación democrática.

Finalmente la teoría de los derechos fundamentales en el Estado Social de Derecho, no concibe al hombre como sujeto aislado, sino como miembro activo de una sociedad plural, en la cual se pretende que todos los ciudadanos puedan gozar en condiciones de igualdad de una libertad efectiva. La búsqueda de la libertad material conlleva a amplias repercusiones en la estructura y funcionamiento de las instituciones estatales,

además, a la ampliación del catálogo de derechos fundamentales con aquellos de contenido económico, social y cultural que en virtud del componente igualitario que les impregna, obligan a una distribución de la riqueza que posibilita la participación de los ciudadanos en el contexto social y político.

En síntesis, los derechos fundamentales son de carácter dinámico que corresponden a las exigencias y demandas sociales de cada momento histórico, lo que lo constituye en un concepto relativo que por esencia permanece en constante construcción, con miras a satisfacer las necesidades sociales. Así:

Se entiende por derecho fundamental ciertas situaciones subjetivas valiosas que aparecen reconocidas por el ordenamiento jurídico, asignados por la Constitución dentro de un nivel reforzado de protección o garantía muy superior al que se otorga a cualesquiera otras situaciones de legítima prerrogativa individual, garantía reforzada llamada a operar con la máxima eficacia posible frente a las actuaciones de los órganos judiciales y administrativos, frente al poder social que ostentan ciertos particulares, poder legislativo y poder constituyente. (Chinchilla, 2009, p.6).

Es decir los derechos fundamentales encuentran su cimiento no sólo en valores éticos, sino ante todo en función de las garantías legislativas, judiciales y administrativas que se les otorgue para evitar su vulneración. Es de relieves, que el ordenamiento jurídico colombiano, a diferencia de otros como el alemán o el español, no posee un catálogo definido de derechos fundamentales, tampoco los define. Esto hace que nuestra Carta Fundamental posea un catálogo de derechos fundamentales de contenido abierto, ya que contiene derechos como los del Título II, Capítulo I, señalados expresamente como fundamentales por el constituyente. Además, se articulan, de otro lado, los derechos de aplicación inmediata como los establecidos en el artículo 85, los consagrados en tratados internacionales ratificados por Colombia Artículo 93 o los inherentes a la persona humana Artículo 94 de la Carta Política, o que decir de los inalienables estipulados en el Artículo 5 de nuestro texto constitucional.

*Cuando el Artículo 94*, de la Constitución alude a los derechos inherentes de la persona humana, hace referencia a aquellos derechos denominados también de la personalidad, es decir los que posee toda persona como integrante de la especie

humana, indistintamente de su condición de raza, credo político o religioso, etc. es decir, que son derechos indispensables para la subsistencia de todo ser humano.

En idéntico sentido se entiende que:

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.(Serrano , 2006, p. 6).

En cuanto al Artículo 5 del texto constitucional, hace referencia a la importancia de los derechos inalienables. Estos deben ser entendidos como aquellos derechos que por naturaleza pertenecen a toda persona humana sin condicionamiento alguno, por tanto no pueden ser negados por los gobiernos ni por autoridad alguna, por tratarse de derechos que hacen parte de la esencia de la persona. Además, este tipo de derechos no son renunciables debido a que ni los propios sujetos pueden desprenderse de ellos.

### **III. CRITERIOS DE FUNDAMENTALIDAD**

Debo advertir, que para el desarrollo del presente capítulo, partiré del texto: ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Del profesor Chinchilla, por ser no el único pero si con el que mayor acercamiento he tenido en mi proceso de formación académica sobre este tema.

No ha sido cómodo ni mucho menos breve el camino utilizado por la Corte Constitucional para determinar la fundamentalidad o no de un derecho. Esto debido, a que como ya se mencionó nuestra Carta Política no establece de manera explícita qué son ni cuáles son los derechos fundamentales dado que para referirse a ellos, el constituyente utilizó diferentes lenguajes y ubicación de estos en el texto normativo.

En referencia a lo anteriormente expuesto, Chinchilla nos cuenta que,

En medio de la perplejidad anotada, hay una idea rectora bastante clara: al igual que en el constitucionalismo hispánico contemporáneo, nuestro concepto de derechos fundamentales está ligado a la idea de derechos que gozan de una

determinada modalidad de garantías reforzada. Son derechos constitucionales que por alguna razón -y esto es lo que se pretende averiguar- han sido dotados de un dispositivo protector especial que maximiza su eficacia en la vida real del derecho. (Chichilla, 2009, p.142).

Sabido es que en el ordenamiento jurídico colombiano al igual que en la mayoría de ordenamientos de los Estados de Derecho o Social de Derecho, para que un determinado derecho pueda ser considerado como fundamental no es suficiente su inclusión en la norma constitucional, sino que además de ello dicha norma debe revestir ese derecho de una protección reforzada, que consiste en que la misma.

Constitución los abriga con un plus de garantías que son las que le permiten al individuo cuando ha sido vulnerado tal derecho o; sobre él se cierne alguna amenaza inminente, acudir a las autoridad competente a fin de que le sea restablecido o amparado. Y esto debe ser así, porque no todos los derechos por el mero hecho de estar consagrados en el texto de una norma superior son fundamentales, ya que, si así fuera, todos los derechos que gozan de rango constitucional lo serían.

Siguiendo al autor ya citado, la afirmación anterior se evidencia concretamente hablando en el caso colombiano en el Título II, Capítulo I. Allí se establece una serie de derechos, que son casi todos clásicos derechos liberales, correspondientes a la primera generación de derechos reconocidos, denominados como derechos de primera generación, o también como derechos individuales y en los que encontramos derechos de tipología muy variadas, por ejemplo, derechos de garantías judiciales, de participación o de existencia, entre otros. A estos, el constituyente les dio la denominación de Derechos Fundamentales, pero cualquier ciudadano del común, debe entender que todos los derechos de ese título no son fundamentales, ni todos los fundamentales están allí.

Frente a la fundamentalidad o no de un derecho, también es válido y oportuno aclarar que no todos los derechos considerados como fundamentales lo son para los mismos efectos, así lo plantea nuestro máximo Tribunal Constitucional cuando considera que un determinado derecho puede ser catalogado como fundamental, por ejemplo en el



sentido de ser un derecho tutelable; pero también puede no serlo en el sentido de que su regulación exige una ley estatutaria.

Al respecto, manifiesta el profesor Chinchilla:

Según esta elaboración de la jurisprudencia un derecho puede ser fundamental en la fase de su protección individual (garantía subjetiva reforzada) y no serlo en la fase de su protección institucional (garantía objetiva no reforzada). Razón suficiente para pensar que en el campo semántico que cobija la expresión derecho fundamental es distinto en cada una de estas dos modalidades de fundamentalidad. No hay una correspondencia entre los conjuntos derechos fundamentales tutelable y derechos fundamentales regulados por ley estatutaria. Así como tampoco aquellos y estos se diferencian con los intangibles frente a los poderes de excepción. (2009: 143)

Planteadas así las cosas, surge el siguiente interrogante ¿Qué parámetros o criterios son los que utiliza la Corte Constitucional para revestir de fundamentalidad un derecho?. Mario Madrid en su texto estudios sobre derechos fundamentales indica lo siguiente:

La Corte Constitucional ha establecido varios Criterios para determinar los derechos fundamentales. Consultando esos criterios y otros discernimientos aprobados por la doctrina, puede afirmarse que un derecho es fundamental cuando se ajusta por lo menos a una de las siguientes condiciones: **a)** Ser reconocido expresamente como tal por la propia Constitución; **b)** Tener como sujeto a la persona humana considerada en cuanto protagonista del orden jurídico, en cuanto titular de bienes primarios cuyo origen está en la esencia misma del hombre; **c)** Estar enunciado en los instrumentos internacionales que desarrollan las proclamaciones de la Declaración Universal de 1948; **d)** Hallarse protegido por el constituyente a través de una garantía cimera y especial, en cuya virtud las reformas constitucionales que lo afecten puedan someterse eventualmente, por iniciativa popular, al referendo previsto en el artículo 377 de la Constitución; **e)** Poseer un núcleo esencial que ni siquiera sea legítimo alterar cuando el Estado ejerce su derecho de excepción en caso de guerra exterior o de conmoción interior. En otras palabras, encontrarse amparado por la prohibición constitucional de

suspenderlo mediante decretos legislativos dictados al amparo de los artículos 212 y 213 de la Carta Política (1996, p. 17).

Aquí debemos anotar que el criterio esbozado en el literal a), Corresponde a una tesis restringida o limitada, puesto que se limitó la fundamentalidad de los derechos sólo a los contemplados en el Título II, Capítulo I, titulado de los derechos fundamentales y no se tuvo en cuenta otros derechos que aun siendo fundamentales no se encuentran en dicho título.

Posteriormente, la Corte Constitucional al igual que el honorable Consejo de Estado, esgrimieron la tesis de que los derechos fundamentales eran solo los consagrados en el Artículo 85, del texto constitucional denominados como derechos de aplicación inmediata, siendo estos derechos individuales todos. En consecuencia, la acción de tutela está en caminata a la protección de estos derechos ya mencionados. Sobre éste tópico en particular Chinchilla anota:

Lo interesante de esta posición es que sugiere la necesidad de identificar los derechos fundamentales tutelable con fundamento en un criterio técnico -la aplicación directa a partir del solo texto constitucional-, pero que responde a una estructura común de la cual participan tales derechos en razón de su origen en la concepción liberal de poder y su relación con el individuo. (2009, p. 145).

El autor en mención, plantea que la anterior teoría perduró muy poco puesto que el máximo juez constitucional apeló a la utilización de otros argumentos distintos a los ya mencionados, a saber:

**(i) Argumento histórico:** Donde la Corte apela a las actas de la Asamblea Nacional Constituyente a fin de dar una mirada al espíritu del texto del artículo 86, pudiendo determinar que la intención del constituyente no era supeditar la acción de tutela únicamente a los derechos del Título II Capítulo I, sino, que dicho texto debía quedar abierto a fin de proteger cualquier otro derecho cuando la situación concreta de cada caso lo ameritara.**(ii) Argumento Histórico o lógico-subjetivo:** A través de este argumento la honorable Corte sostiene que el título dado a cada capítulo en el texto constitucional no posee fuerza vinculante alguna, toda vez, que ello no fue aprobado por la asamblea en plenaria.**(iii) Argumento lógico-sistemático:** Sostiene la Corte

que pese a la denominación que tienen los derechos consagrado en el Título II, capítulos I, -derechos fundamentales - ,también otros derechos ubicados en Títulos y Capítulos diferentes a estos, el constituyente les dio el calificativo de fundamentales. (2009, p. 146).

Con fundamento en estos mismos criterios aduce la Corte, que la distribución de los derechos fundamentales a través del textos constitucional no obedecen a criterios material secuenciales o coherentes, ya que un derecho fundamental puede estar indistintamente ubicado en cualquier otro capítulo diferente al denominado como tal.

En referencia a estas variadas posturas Chinchilla permite entender que la primera Corte Constitucional (1992-1993) asumió la tarea discursiva de elaborar un concepto material de dichos derechos, y esa labor se dirigió a fijar los criterios axiológicos y técnicos, principales y auxiliares destinados a servir como herramienta para el ordenamiento jurídico en la identificación de cuáles son los derechos susceptibles de tutela en cada caso concreto (2009, p. 149).

Con ello comienza todo un proceso de distanciamiento de la Corte de lo que antes habían sido los parámetros –restrictivos– para revestir de fundamental un derecho. Cuando en la sentencia T-418 de 1992 establece:

Los derechos obtienen el calificativo de fundamentales en razón de su naturaleza, esto es, por su inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social económico y cultural del hombre. Un derecho es fundamental por reunir estas características y no por aparecer reconocido en la Constitución Nacional como tal. Estos derechos fundamentales constituyen las garantías ciudadanas básicas sin las cuales la supervivencia del hombre no es posible.

De lo anterior, podemos observar que la Corte Constitucional da una interpretación mucho más amplia al concepto de derechos fundamentales, sin limitarse a la denominación formal de dichos derechos en la carta constitucional, y en tal sentido, será fundamental aquel derecho que en razón de su naturaleza sea básico para la supervivencia del hombre.

La Corte Constitucional al dar una ampliación al concepto de derechos fundamentales logra establecer una serie de criterios con rigor jurisprudencial que permiten establecer cuándo un derecho es fundamental o no.

Afirma Chinchilla que la Corte Constitucional al establecer los criterios que permiten fundar la fundamentalidad de un derecho, opta por una clasificación metodológica, a saber, fija unos **Criterios Principales** (Criterio axiológico o material y criterio formal) y otros **Criterios Auxiliares** (Aplicabilidad inmediata, núcleo esencial y criterio de conexidad) para determinar aquellos derechos que se consideran fundamentales.

Referente a los **Criterios Principales**, se dirá que el **Criterio Axiológico o Material** permite identificar las propiedades específicas de cada derecho para determinar si son o no inherente al ser humano, y en tal sentido, serán fundamentales aquellos derechos que admiten una sustentación axiológica basándose en cualquiera de estas dos vías: **a)** por ser "inherentes o esenciales a la persona humana" (Sentencias T-002, T-402 y T-418 de 1992) , **b)** por ser una derivación inmediata, directa y evidente de ciertos valores y principios supremos que hacen las veces de axiomas éticos y, como tales, dan sentido y fundamento moral a todo el orden constitucional (T-406 de 1992); en tanto que el **Criterio Formal**, no es otra cosa que la designación de fundamentabilidad que se hace a un derecho en la Carta Constitucional.

Sobre los **Criterios Auxiliares**, se entiende "son aquellos que aluden a características externas u objetivas que posee el derecho objeto de la fundamentalidad. Según nuestra Corte, sirven, para precisar y adquirir certeza sobre si un derecho es fundamentalmente tutelable" (2009, p. 152).

Conforme a la configuración teórica normativa, vale advertir, siguiendo al mismo autor, que el constituyente colombiano toma estos criterios de las constituciones o carta fundamental de *Bon*, como es conocida la constitución alemana y de la española de 1978, que aluden a las garantías especiales o reforzadas -como suelen ser denominadas por los doctrinantes- que se asignan a determinados derechos constitucionales y que en ambos países son denominados como *eficacia directa* y *contenido esencial*, pero que nuestra Corte los ha rebautizado con los nombres de

*aplicación inmediata y núcleo esencial*, pero además, introduce el criterio de conexidad.

Ante lo expuesto, pasemos ahora a dar una breve caracterización de estos Criterios Auxiliares: **a) Criterio de Aplicación Inmediata.** Por regla general es un criterio aplicable a todos los derechos y, sólo quedarían excluidos de esta garantía, aquellos derechos cuya eficacia dependa del desarrollo legislativo, o aquellos que dependan de decisiones administrativas de gestión económica o presupuestal, o los de titularidad difusa, es decir, que no haga falta intermediación normativa alguna y que su aplicación sea directa desde el texto constitucional; **b) Núcleo Esencial:** será el mínimo de contenido que un derecho debe poseer cuando éste sea objeto de limitación, o regulación por parte del legislador, es esa zona que se constituye intocable para el legislador por tener un contenido pre-legislativo, y que de ser alterado, sufriría una desnaturalización en su esencia dejando su protección en entre dicho; **c) Criterio de Conexidad:** Este criterio es aplicable a aquellos derechos que por su naturaleza carecen de fundamentalidad, es decir, a aquellos derechos que aun no siendo fundamentales, sin su protección no es posible el goce o ejercicio de otro u otros derechos que sí lo son por la disposición constitucional, pero que en todo caso, se deberá analizar cada caso en concreto por el juez de tutela, al no constituirse una regla general.

No obstante lo expuesto y dentro del proceso de construcción de una teoría de fundamentalidad de los derechos, la Corte Constitucional no ha sido estática, y en tal sentido en los últimos años ha venido reconstruyendo un nuevo y amplio concepto de fundamentalidad, basado no sólo en los criterios ya expuestos en este trabajo, sino que también apelando a conceptos como la dignidad humana, vida digna o el mínimo vital, lo que se viene conociendo con el término de **Fundamentalidad ampliada o extensiva**. Consistente en que la fundamentalidad se extiende a todos los derechos constitucionales dirigidos fundamentalmente a lograr la dignidad humana y traducible en un derecho subjetivo.

Con su nueva jurisprudencia, lo que ha querido la Corte es no encasillar o limitar los derechos fundamentales a los establecidos de una u otra manera en el texto

constitucional, buscando con ello extender tanto el número de derechos y su contenido, como el número de sujetos destinatarios de los mismos, además, asignándole fundamentalidad a un sin números de derechos que por su naturaleza no lo son.

Así las cosas, observamos como la Corte Constitucional plasma una nueva visión de lo que se debe de entender por derechos fundamentales, al señalar que: “[...] será fundamental todo derecho constitucional que fundamentalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo” (Sentencia T-227 de 2003). Y en el mismo sentido, Chichilla, expone que para que un derecho encaje como fundamental dentro del marco de esta nueva definición debe cumplir con ciertos elementos a saber: **1)** ser un derecho de rango constitucional; **2)** ser un derecho que permita un acercamiento al ideal de dignidad humana y **3)** que este derecho pueda ser concretado en un derecho subjetivo.

#### **IV. EI DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA**

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, se entiende que el derecho a la propiedad privada cuenta con protección constitucional y legal, Artículo 58<sup>3</sup> C.N., haciéndose necesario indagar si dicha protección da herramientas jurídicas que nos permitan establecer el alcance del derecho de propiedad privada como un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico colombiano.

Observamos que el derecho de propiedad está ubicado dentro del Título II, Capítulo II de la Carta Constitucional, que contempla los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, y en tal sentido, y acudiendo al criterio formal establecido por la Corte Constitucional, en principio, el derecho de propiedad privada no sería un derecho fundamental.

Ahora bien, el hecho de encontrar una protección constitucional y una ubicación formal dentro de la carta superior de un derecho, como es el caso del derecho a la propiedad

---

<sup>3</sup> Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores...

privada para el ordenamiento jurídico colombiano, no indica, y de hecho no lo es, que su apreciación sea pacífica, sino que por el contrario reviste interminables debates sobre sus atributos y caracterización que se verán a continuación.

Inicialmente las posturas y teorías que plantean la imposibilidad de considerar al derecho de propiedad privada como un derecho fundamental, consideran que se trata de un derecho real de dominio más que un derecho con características universales relacionado con la dignidad humana

El derecho de dominio o de propiedad privada además de ser un derecho de calidad particular o individual, también es un derecho económico y social, toda vez, que permite la apropiación de los bienes de producción y la explotación de las actividades económicas. De su concepción de derecho económico y social se desprende la idea de que puede llegar a configurarse como un derecho fundamental, pero en su naturaleza misma ésta concepción cambia, porque se nota que el derecho de propiedad privada no es inherente a la persona humana.

Según Palombella, quien cita a Ferrajoli, al hacer referencia al derecho de propiedad es necesario primero mirar si está revestido de fundamentalidad, en donde la palabra «fundamental» significa «universal». Por consiguiente, los derechos que, como la propiedad, tienden a «excluir», no son fundamentales, porque, a diferencia de los derechos de libertad, no comportan universalidad (extensión a todos por igual) en alguna medida (1999, p. 551).

No obstante la protección constitucional que tiene el Derecho de Propiedad Privada, ya mencionado por el art. 58 constitucional, se debe observar que dicha protección no hace al derecho de propiedad un derecho ilimitado; así, la Corte Constitucional lo hace ver cuando plantea que “*Constituyen límites a la propiedad privada, la utilidad pública o el interés social, de los cuales deriva la expropiación; así como también constituyen límites a la propiedad la extinción de dominio y la confiscación*”, y en lo concerniente a sus atributos expresa que es *un derecho pleno, perpetuo, autónomo, y exclusivo*. (Sentencia C-133 de 2009.MP.Jaime Araujo Rentería).

## **¿Por qué el derecho de propiedad privada no debe ser considerado como fundamental?**

Vale decir, siguiendo a Ferrajoli (2001), que si nos atenemos a las características del derecho real de propiedad este es un derecho singular mientras que los derechos fundamentales son universales en cuanto a la clase de sujetos que son sus titulares; este derechos de propiedad, pertenece a cada uno de los individuos de manera diversas en relación a su cantidad y calidad, mientras que los derechos fundamentales están reconocidos a todos sus titulares en igual forma y medida. Así mismo, el derecho de propiedad es un derecho exclusivo y por ello está en la base de la desigualdad jurídica mientras que los derechos fundamentales unos son inclusivos y forman la base de la igualdad jurídica.

También podríamos decir que los derechos patrimoniales son derechos disponibles por su naturaleza, negociables y alienables y son acumulables y en contra posición los derechos fundamentales son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos. Por último, cabe señalar que mientras los derechos fundamentales son normas, los patrimoniales son predispuestos por normas.

La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano prescribe en su Artículo 2º “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”. Por lo que, para los firmantes de la declaración, la propiedad es un derecho, imprescriptible que merece estar a la par de los llamados derechos de libertad como, la seguridad, la libertad entre otros.

A lo anterior, se opone Ochoa Carvajal (2009), cuando sostiene que poner en las declaraciones en ese nivel a la propiedad, esta va a recibir la misma entidad que los llamados derechos de libertad, ya que estos son los llamados a asegurar la dignidad del hombre. Situación ésta que hace atribuirle a la propiedad virtudes que no tiene. Por tanto, al hacer la distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, se está poniendo a la propiedad donde corresponde como derecho patrimonial, dadas las



características que posee, como derecho disponible, o como derecho relativo y no absoluto.

En este contexto, del derecho de propiedad, puede decirse que es un derecho de regulación legal y no constitucional, modificable en virtud de las mayorías parlamentarias, y por tanto de él, no es predicable ese núcleo esencial que debe contener todo derecho fundamental al ser objeto de limitación por el legislador.

Frente al panorama hasta aquí expuesto, no hay posibilidad alguna de que el derecho de propiedad pueda ser considerado como un derecho fundamental.

No obstante lo anterior, parece ser que el tema no es tan pacífico como pareciera a primera vista, ya que no pocas teorías opinan a favor de considerar el derecho a la propiedad privada como un derecho fundamental en sí.

### **¿Por qué el derecho de propiedad privada debe ser considerado como fundamental?**

Obsérvese como la Corte Constitucional ha tenido un comportamiento cada vez más dinámico en relación con el tema y a fin de llegar a considerar el derecho de la propiedad privada como un derecho fundamental.

Ya, en la sentencia T-125 de 1994, le otorga **una fundamentalidad relativa** que consiste en que el derecho de propiedad es fundamental sólo en la medida que su desconocimiento o vulneración esté relacionado con los derechos fundamentales de la vida, la igualdad y la dignidad humana y lo hace en los siguientes términos:

Si bien el carácter de fundamental del derecho a la propiedad privada es relativo, la Corte Constitucional ha reconocido que, en los casos en los que su desconocimiento conduzca a la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la igualdad y a la dignidad humana, éste adquiere el carácter de derecho fundamental. (T-125 de 1994, MP. Eduardo Cifuentes M.).

*Mientras que en la sentencia T-135 de 1994 considera la **propiedad privada como un derecho fundamental**:*

El derecho de propiedad se considera un derecho fundamental, ya que de él se derivan para el accionante, dado el estrecho vínculo existente con aquél, su derecho al trabajo, la subsistencia de su familia y su domicilio inviolable, todos ellos derechos fundamentales de rango constitucional. En este caso, a la violación de derecho de propiedad se han sumado la vulneración y la amenaza de otros derechos fundamentales que merecen protección inmediata. (Sentencia T-135 de 1994 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

En la Sentencia T-580 de 2011 reitera su jurisprudencia en el sentido de que el **derecho de propiedad puede considerarse un derecho fundamental**, sólo en la medida que su vulneración afecte derechos de por si fundamentales. Es decir mediante conexidad directa con un derecho fundamental:

Para que proceda la protección inmediata y efectiva del derecho a la propiedad por vía de tutela, debe su desconocimiento afectar derechos que por naturaleza son fundamentales, como la vida, la integridad física, el trabajo, etc. En este contexto, sólo la conexidad entre el derecho a la propiedad privada y alguno de los derechos fundamentales esenciales en el desarrollo y ejercicio de las condiciones básicas de vida, permiten al juez de tutela, resolver un asunto de esta índole.(Sentencia T-580 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Ante las posturas de la Corte Constitucional en la jurisprudencia antes presentada, no queda más que retomar los criterios de fundamentabilidad ya mencionados, por evidenciarse en ella su utilización, concretamente el uso de los criterios auxiliares (Aplicabilidad inmediata, núcleo esencial y criterio de conexidad) y el concepto de *Fundamentalidad ampliada o extensiva que contempla aspectos como la dignidad humana, vida digna o el mínimo vital.*

Pero los criterios a favor no se reducen al desarrollo jurisprudencial, sino que encuentran apoyo también en la doctrina, como es el caso de Díez Picazo (2003), cuando afirmar que “La propiedad privada ha ocupado siempre –y sigue ocupando– un lugar central en el constitucionalismo, sencillamente porque entre los presupuestos

en que éste se apoya está la idea según la cual la libertad no es posible sin la propiedad privada” (p. 448).

En el mismo sentido Brage(2004), propone que:

El derecho a la propiedad privada no sólo está intrínsecamente ligado a la libertad y, por tanto, al Estado de Derecho; también lo está al principio democrático, pues constituye un presupuesto del pluralismo político. Sin propiedad privada no puede haber democracia. Toda libertad es efímera si no existen los medios materiales para hacerla explícita y perseguible. (p. 248).

Vistas así las cosas, la propiedad es un derecho económico y social que a partir del desarrollo jurisprudencial ha tenido un carácter tutelable, por lo tanto se llega a la posibilidad de considerarlo como derecho fundamental dependiendo de las circunstancias específicas de su ejercicio, y en consecuencia, el carácter de fundamental no puede ser definido en abstracto, sino en cada caso concreto. Donde el juez de tutela debe tener como criterio de referencia a la Constitución misma y el conjunto de normas que definen sus condiciones de validez siempre apoyado en los criterios de fundamentabilidad.

En síntesis, sólo cuando la vulneración a un derecho real como el de propiedad afecte o ponga en eminente riesgo un derecho fundamental en sí o un principio constitucional que contenga derechos fundamentales, se puede considerar el derecho de propiedad común derecho fundamental y en consecuencia ser amparado por vía tutela, para evitar que con su vulneración se afecten derechos como la dignidad humana, la vida digna o el mínimo vital, criterios éstos que determinan la subsistencia de la persona cuyo derecho le sea vulnerado o susceptible de vulneración por parte del Estado o un particular. Para ello, el juez de tutela debe evaluar si la acción u omisión cometida por un particular o por el Estado, constituye incumplimiento de los deberes constitucionales de solidaridad, si vulnera o amenaza un derecho fundamental y si la acción de tutela es procedente conforme al ordenamiento jurídico. Si dicha evaluación es positiva, el juez tendrá la potestad de exigir inmediatamente el cumplimiento de los deberes consagrados en la Constitución, en aras de la protección efectiva del derecho fundamental amenazado o vulnerado.

El anterior es el caso de la tutela en pro de la pareja de ancianos ya comentada, donde la Corte consideró que el señor Elver García, se encontraba en la realidad practicas ante dos opciones, cerrar el paso para proteger su propiedad o permitirles el paso, privilegiando los derechos fundamentales de aquellos sobre el derecho suyo a la propiedad. Concluye la Corte señalando que el deber de solidaridad que sobre él recaía le impelía optar por la segunda opción, porque la escogida finalmente por él – cerrar el paso- implicaba a los accionantes tener que cumplir las función de bestias de carga, lo que violaba uno de sus derechos fundamentales: el de la dignidad humana, pilar de nuestro estado Social de derecho.

## CONCLUSIONES

A modo de conclusión del presente trabajo, el mismo que estuvo orientado a indagar sobre la posibilidad de que el derecho de propiedad privada sea considerado como un derecho fundamental, se debe señalar que en relación con las fuentes consultadas, el tema no es pacífico, es decir, que no hay unanimidad de criterios entre los doctrinantes.

Mientras unos abogan en pro de la fundamentalidad del derecho de propiedad privada como es el caso de autores como Ferrajoli y Ochoa Carvajal, quienes consideran que dadas las profundas diferencias existentes entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, no es posible que el derecho de propiedad privada pueda ser considerado como fundamental bajo ninguna circunstancia; otros en cambio, como Díez Picazo y Brage Camazano, plantean que la propiedad privada juega un rol trascendental en la constitución de los Estados democráticos, y en tal sentido, se hace necesaria su protección constitucional.

Contrastando las posturas doctrinarias anteriores con el desarrollo jurisprudencial que nuestra Corte Constitucional, le ha dado al tema, que cualquier derecho no fundamental en sí, puede ser susceptible de ser tutelado si se demuestra una conexidad con un derecho fundamental que esté siendo vulnerado. En cada caso esta fundamentalidad siempre dependerá de cada caso en lo particular.

Se concluye, por tanto, que el derecho de propiedad privada si puede ser considerado como un derecho fundamental y por consiguiente protegido vía acción de tutela,

siempre y cuando su vulneración o desconocimiento esté en conexidad con otro u otros derechos fundamentales. Observemos como en la acción de tutela que se comenta, el juez de segunda instancia revoca el fallo a favor proferido por el de primera instancia esgrimiendo como argumento que una disputa sobre el tipo de servidumbre de que goza un predio, o sobre si esta implica o no el derecho de transitar con animales de carga, “de ninguna manera menoscaba, ni atañe o disminuye la dignidad humana de ninguna persona que por necesidad deba hacer uso de dicho camino”. Agregó además, que no se presentaba ningún perjuicio irremediable de ningún derecho fundamental de los actores y, por ende, no podría ser procedente la tutela.

Es por ello que la Corte consideró que aunque existían otros mecanismos en nuestra legislación para resolver este tipo de situaciones, dadas las condiciones particulares del caso, ningún juez de tutela podía ser ajeno como garante de los derechos fundamentales y en estas circunstancias, la actuación en que incurrió el señor Elver Velosa al cerrar el camino “obligaba a los accionante a arrastrarse bajo el alambrado y cargando lo que sus espaldas no podían soportar”, sobrepasaba el ámbito del derecho real de servidumbre y devenía en una violación al derecho fundamental de la dignidad humana.

De la sentencia de este caso se concluye que un juez de tutela puede exigir el cumplimiento de un deber de solidaridad a un particular, cuando su incumplimiento afecte los derechos fundamentales de una persona que, por ausencia de regulación legal, carece de protección

Queda demostrado con lo anterior que aunque un derecho no sea fundamental, cuando su vulneración afecte o ponga en peligro derechos fundamentales debe ser tutelado por conexidad.

*Agradezco a DIOS,  
por darme la vida y revestirme de humildad,  
actitud y sobretodo paciencia para afrontar  
el difícil reto de trabajar y estudiar a la vez.*

## Referencias bibliográfica

- Chinchilla H, Tulio. (2009) ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Santafé de Bogotá; Editorial Temis S.A.
- Fernández, Eusebio. (1957) Anuario de Derechos Humanos. Madrid; Universidad Complutense de Madrid
- Ferrajoli, Luigi. (2001) Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Madrid; Editorial Frotta
- Figueruelo Burieza, Ángela. (2000) Los derechos fundamentales en el Estado Social y su Eficacia en las Relaciones Privadas. Medellín; en Revistas: Temas procesales. Editorial Comlibros.
- Garrido Gómez, María Isabel. (2007) Derechos Fundamentales y Estado Social y Democrático de Derecho. Madrid; Editorial Diles.
- Guido Fasso. Iusnaturalismo. (1976) Art. pub. Norberto Bobbio y Nicolás Matteucci; Diccionario de política. México; Editorial Siglo Veintiuno.
- H. Kelsen. (1982) La doctrina del Derecho natural ante el tribunal de la ciencia, en ¿Qué es justicia?, A. Calsarniglia. Barcelona; Editorial Ariel.
- Lete Del Río, José Manuel. (1986) Derecho de la personalidad. Madrid; Ed. Tecnos.



- Madrid-Malo Garizabal, Mario. (1996) Estudios sobre Derechos Fundamentales. Defensoría del Pueblo. Santa Fe de Bogotá; Editorial Tercer Mundo Editores.
- Madrid-Malo Garizabal, Mario. Constitución política de colombiana comentada por la comisión colombiana de juristas. Santafé de Bogotá; Corte Constitucional de Colombia.
- Peces Barba, Gregorio. (1999) Curso de derechos fundamentales. Teoría General. Madrid; Boletín Oficial del Estado. Universidad Carlos III de Madrid.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. (2005) Los derechos fundamentales. Madrid; Editorial Tecnos.
- Serrano Ruiz, Yaima Anays. (2006) Los Derechos inherentes a la personalidad en la esfera moral. Ponencia III Encuentro Internacional Justicia y Derecho.
- Truyol y Serra, Antonio. (1984) Los Derechos Humanos. Madrid; Editorial Tecnos.

