

La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia

El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación

Los derechos fundamentales no son ningún descubrimiento de nuestra época. No obstante, hasta hace pocos años la Constitución colombiana los reconoce como normas jurídicas de carácter constitucional. Y esto se debe a que difícilmente en la actualidad un Estado constitucional o cualquier orden social democrático pueden renunciar a garantizar los derechos fundamentales o, al menos, a proclamarlos; son discutibles todavía su jerarquía, su contenido, su estructura normativa o su significado, pero no el principio de la necesidad de protección.

El tema que vamos a tratar tiene una vasta extensión, puesto que en ningún otro de los terrenos del Derecho Constitucional han trabajado la doctrina y la jurisprudencia de forma tan intensa y generosa. Además, no es por casualidad que podría caracterizarse a la jurisprudencia jurídico-constitucional colombiana como la “protectora de los derechos fundamentales”.

En el primer capítulo trataremos uno de los resultados más importantes de la discusión sobre las prerrogativas fundamentales desde la mitad del siglo xx, cual es la ampliación del contenido y las funciones, que se suman al tradicional contenido subjetivo y a la función de derechos de defensa. Así pues, el punto de partida es la construcción de la teoría de la dimensión objetiva

de los derechos fundamentales realizada por el *BVerfGE* y la doctrina alemana, teoría que para nosotros está en proceso de formación, gracias a los esfuerzos de la Corte Constitucional. De hecho, no existe una línea jurisprudencial clara que desarrolle esta transformación del contenido iusfundamental, y mucho menos que la defina. No obstante, en la práctica constitucional es una teoría importante para entender la lógica del juez constitucional, particularmente para explicar la declaración del *estado de cosas inconstitucionales*.

De ahí que, en el segundo capítulo, estudiemos desde la teoría de los derechos fundamentales (teoría de los principios y teoría de la doble dimensión), la declaración de la Corte Constitucional del estado de cosas inconstitucionales, y cómo por medio de la revisión de la acción de tutela cumple una función protagónica en el cambio de dirección de las prerrogativas fundamentales, pues no solo se ha limitado a proteger y a realizar los contenidos jurídicos fundamentales en la mayor medida posible (de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas), sino que, además, se ha tomado en serio la observancia de los deberes de protección de estos derechos, de tal forma que sus decisiones como normas iusfundamentales (normas adscritas o *subnormas* constitucionales)

vinculan a los demás poderes públicos (particularmente sus decisiones *dan órdenes* para que cumplan todos los poderes públicos con sus obligaciones legales y constitucionales y adopten decisiones dirigidas a impedir que se continúe con el quebrantamiento constitucional).

La Constitución colombiana imparte un mandato general de protección, respeto y promoción de los derechos fundamentales a todos los poderes públicos y a los particulares. De tal suerte que las prerrogativas fundamentales hacen parte del catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico y constituyen el fundamento y la finalidad de la organización política. En consecuencia, su contenido jurídico fundamental irradia y vinculan a todos los ámbitos de la vida estatal.

Ahora bien, esto no significa que la Corte Constitucional tenga dentro de su margen de acción la fijación de fines (o la determinación de la medida de realización) constitucionalmente relevantes, y mucho menos la elección de medios para el logro de estos fines, ya que es al legislador a quien le corresponde este ámbito. Por el contrario, la justicia constitucional realiza una función de garantía característica del moderno Estado democrático, esto es, la Corte Constitucional cumple con una tarea de mediación entre el complejo de principios fundamentales.

I. LA TEORÍA DE LA DOBLE DIMENSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. ¿Qué significa la doble dimensión de los derechos fundamentales?

El itinerario que hemos trazado no se puede emprender sin hacer una breve aclaración sobre el valor de los derechos

fundamentales en nuestros días. Así pues, conviene señalar que las prerrogativas fundamentales se erigen hoy como un medio de integración objetiva del estado constitucional, es decir, son derechos que representan el sistema de valores y principios concretos de una sociedad, y por tanto constituyen el componente necesario de la cultura del derecho de todo Estado que se denomine constitucional¹.

En otras palabras, los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto (de un sistema cultural) que resume el sentido de la vida estatal contenido en la Constitución. Desde el punto de vista político, esto significa una voluntad de integración material; y desde el punto de vista jurídico, la legitimación del orden positivo estatal y jurídico². En consecuencia, las llamadas constituciones *vivas* que incorporan los derechos fundamentales, como la Constitución colombiana, no son una obra de reglamentación normativa a secas; son además el espejo de una sociedad, donde vemos su desarrollo y se manifiestan sus aspiraciones.

De manera que es incuestionable que no existe Estado constitucional sin derechos fundamentales: estos derechos se convierten en la razón de ser del Estado, cuya función básica es la protección y la efectiva realización de las prerrogativas fundamentales. Bajo esta perspectiva, los derechos fundamentales se mueven en dos dimensiones: por un lado, son la expresión más inmediata de la dignidad humana, que se traduce en la posibilidad que tiene un ciudadano de reclamar la protección de determinada potestad fundamental violada o amenazada por el poder público o por un particular (derechos de defensa). Esta relación jurídica bilateral indiscutiblemente presenta una vertiente sustancialmente subjetiva que garantiza al titular un estatus jurídico³. En su diversidad de niveles fun-

cionales los derechos fundamentales tienen el carácter de conferir un status, es decir, determinan, aseguran y limitan la posición jurídica del individuo en sus bases y en sus relaciones jurídicas con otros individuos⁴. Es más, este status jurídico-constitucional del individuo, basado y garantizado por los derechos fundamentales, es esencialmente un «estatus jurídico material, esto es, un estatus con contenido concreto del que no puede disponer ilimitadamente ni el individuo ni los poderes del Estado»⁵.

Pero la gran novedad del constitucionalismo actual no se encuentra en la faceta tradicional subjetiva de los derechos fundamentales, como ya lo advierte OSUNA, sino que atañe como factor novel, la deferencia de que hay *algo más* en estos derechos que la sola relación jurídica bilateral entre titular y sujeto pasivo⁶. De hecho, los derechos fundamentales poseen además otra significación, esta vez objetiva⁷. Esto es, junto al carácter jurídico-subjetivo, tal y como ya se ha apuntado, es posible extraer también de los preceptos iusfundamentales contenidos de carácter objetivo⁸.

Esta nueva dimensión de los derechos fundamentales, aunque no está libre de cuestionamientos y críticas, particularmente en lo terminológico y en su función, puesto que un sector de la doctrina ha considerado que los derechos fundamentales han de ser en primer lugar derechos individuales; y la función de los derechos fundamentales como *principios objetivos* sólo ha de reposar sobre la base del «reforzamiento radical de su fuerza de validez» en cuanto derechos subjetivos⁹. Sin embargo, para SCHNEIDER los derechos fundamentales son simultáneamente la *conditio sine qua non* del Estado constitucional democrático, puesto que no dejan de ser pensados sin que peligre la forma de Estado o se transforme radicalmente.

Por lo mismo, hoy se admite de modo generalizado que «los derechos fundamentales cumplen “funciones estructurales” de suma importancia para los principios que conforman la Constitución y el Estado»¹⁰. En consecuencia, en el Estado Constitucional, «al mismo tiempo que los derechos fundamentales operan como derechos de defensa frente al Estado, con lo cual contribuyen a la salvaguarda de la libertad individual, se objetivizan, como elementos de orden objetivo»¹¹, en el Estado democrático, los derechos fundamentales, particularmente los de participación política, constituyen, como lo ha sostenido HÄBERLE «el fundamento funcional de la democracia por antonomasia»¹²; por consiguiente representan las garantías de organización y procedimiento que contribuyen para que el proceso de decisión sea libre y abierto. Y en el Estado Social, los derechos fundamentales tienen implicaciones de naturaleza económica y social, las cuales exigen que las libertades clásicas deban ser algo más que prerrogativas sin posibilidad de realización, es decir, su contenido debe ser algo más que simple prohibición de las intervenciones del Estado. Por tanto, desde el contenido subjetivo, son derechos a prestaciones sociales que comprenden la puesta en marcha de la actividad general del Estado, y en sentido objetivo, los derechos fundamentales se concretan como «directrices constitucionales y reglas de actuación legislativa» (y de los poderes públicos en general) de las que se desprende la obligación de una determinada puesta en marcha de la actividad estatal¹³.

El contenido objetivo de los derechos fundamentales que se suma al contenido subjetivo, es constituido por normas objetivas de principio (*objektive Grundsatznormen*) y decisiones axiológicas (*Wertentscheidungen*)¹⁴ que se erigen como garantías institucionales y deberes positivos, es decir,

imponen deberes de protección y mandatos de actuación al Estado, los cuales proporcionan pautas de integración e interpretación de las normas que regulan la vida política y la convivencia ciudadana¹⁵.

Esta doble cualificación es el resultado de la denominada teoría objetiva, que sobresale por la ampliación del contenido de los derechos fundamentales, los cuales no se limitan a actuar en la relación del individuo con el poder público, sino que se produce un cambio de dirección iusfundamental, se convierten en valores supremos que rigen para todo el ordenamiento jurídico¹⁶. La transformación conceptual de las prerrogativas fundamentales se palpa con mayor claridad en las decisiones de los tribunales constitucionales de diferentes latitudes, los cuales reafirman la existencia de la cualificación dual de las prerrogativas fundamentales, y especialmente destacan la existencia de la dimensión objetiva. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, respecto al carácter objetivo de los derechos fundamentales, o lo que es lo mismo, de su peculiar significación y finalidades dentro del orden constitucional, desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado¹⁷. De ahí que este Tribunal haya entendido que de la obligación de sometimiento de todos los poderes a la Constitución (*lex superior*), no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir con la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano¹⁸.

Es más, el Tribunal Constitucional español ha sostenido: «Como consecuencia de

este doble carácter de los derechos fundamentales, pende sobre los poderes públicos una obligación también dual: en su tradicional dimensión subjetiva, les impone la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad por ellos acotada; y en su vertiente jurídico-objetiva, reclaman genéricamente de ellos que, en el ámbito de sus respectivas funciones, coadyuven a fin de que la implantación y disfrute de los derechos fundamentales sean reales y afectivos, sea cual fuere el sector del ordenamiento en el que los mismos resulten concernidos»¹⁹.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana (*BVerfGe*), sin duda tiene el mayor protagonismo en esta transformación conceptual de los derechos fundamentales, pues es él quien da inicio al proceso de actualización de los derechos fundamentales, transformación que se remonta a la década de los años cincuenta, cuando por primera vez en el fallo *Lüth*, el Tribunal reconoce la existencia de la faceta objetiva de las prerrogativas fundamentales, como lo veremos en el próximo acápite. Lo anterior, sitúa al *BVerfGe* como el más proclive al desarrollo de la doble dimensión de los derechos fundamentales, situación que se manifiesta en varios hechos, y tal vez el más importante es la abundancia terminológica que utiliza el mismo juez constitucional²⁰ para intentar describir la cualificación objetiva; algunos de sus intentos son las expresiones “orden objetivo de valores” (*Objektive Wertordnung*), “sistema de valores” (*Werts-system*), “decisión constitucional fundamental” (*Verfassungsrechtliche Grundentscheidung*)²¹, “principio valorativo” (*Wertentscheidende Grundsatznorm*)²², “decisión valorativa jurídico-objetiva” (*objektivrechtliche Wertentscheidung*)²³, “principios estructurales” (*Strukturprinzipien*)²⁴. También el *BVerfGe* la ha llama-

do simplemente “principios”²⁵, designación que asume ALEXY.

En el derecho colombiano, la doble caracterización de los derechos fundamentales fue introducida por la Corte Constitucional desde sus primeros fallos. Baste como prueba de ello citar un aparte de la Sentencia T-596 de 1992, en la cual el mismo juez constitucional intenta describir esta cualificación, cuando manifiesta: «los derechos fundamentales no incluyen sólo derechos subjetivos y garantías constitucionales a través de los cuales el individuo se defiende frente a las actuaciones de las autoridades públicas, también incluye deberes positivos que vinculan a todas las ramas del poder público. No sólo existe la obligación negativa por parte del Estado de no lesionar la esfera individual, también existe la obligación positiva de contribuir a la realización efectiva de tales derechos. La razón jurídica que explica este compromiso positivo del Estado se encuentra en el mandato constitucional, según el cual el Estado colombiano se funda en el valor de la dignidad humana, lo cual determina, no sólo un deber negativo de no intromisión sino también un *deber positivo de protección* y mantenimiento de condiciones de vida digna»²⁶.

Y aún en términos más claros, la Corte colombiana también ha reconocido la doble dimensión de los derechos fundamentales en la Sentencia T-406 de 1992, cuando afirma: «Otro de los pilares del Estado social de derecho se encuentra en el concepto de derecho fundamental. Dos notas esenciales de este concepto lo demuestran. En primer lugar su *dimensión objetiva*, esto es, su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. Más aún, el aparato no tiene sentido si no se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos. En segundo lugar,

y en correspondencia con lo primero, la existencia de la acción de tutela, la cual fue establecida como mecanismo de protección inmediata de los derechos frente a todas las autoridades públicas y con posibilidad de intervención de la Corte Constitucional para una eventual revisión de las decisiones judiciales, que sirva para unificar criterios de interpretación».

Sin embargo, debemos destacar que la utilización por parte de la Corte Constitucional de expresiones (que tratan de definir la dimensión objetiva) de otros orbes ha sido poco rigurosa, lo cual dificulta encontrar una línea jurisprudencial clara que revele la posición del intérprete supremo colombiano respecto al concepto de la dimensión objetiva. Se presentan en la jurisprudencia constitucional colombiana diferentes términos que indistintamente tratan de definir esta faceta, como *principios objetivos* en la Sentencia SU-111 de 1997, decisión que manifiesta: «Ciertamente todos los derechos constitucionales presuponen, en mayor o en menor grado, prestaciones a cargo del Estado y se proyectan en el plano de los *principios objetivos del ordenamiento* desde el cual las autoridades y los miembros de la comunidad reciben sus orientaciones de sentido más fundamentales y vinculantes. Sin embargo, los derechos tentativamente llamados económicos, sociales y culturales, tienen un contenido prestacional más acusado y permanentemente están necesitados de soporte presupuestal –en los distintos niveles territoriales y funcionales del Estado–, extremo éste que se gobierna por las reglas del principio democrático y que no puede quedar librado a la discrecionalidad judicial» (itálicas fuera del texto).

Y por otra parte, la expresión más utilizada por la Corte Constitucional que intenta explicar la dimensión objetiva es *sistema de valores*²⁷, tal como lo afirma en la Sen-

tencia C-104 de 1993: «La Constitución, como norma fundamental, tiene una jerarquía cualitativa [...]. Ella consagra un conjunto de valores y principios materiales que irradian el resto del ordenamiento jurídico. Existe por tanto un *sistema de valores* y principios que implica que una norma cualquiera no debe ser analizada de manera aislada sino como haciendo parte de un ordenamiento jerárquico y armonioso» (itálicas fuera del texto).

Como vemos, la contribución judicial constituye el factor decisivo de esta evolución de los derechos fundamentales, pues los tribunales constitucionales han introducido jurisprudencialmente conceptos esenciales de la teoría de los valores como: el orden objetivo de valores, sistema de valores, ordenamiento valorativo, principio valorativo y decisión valorativa jurídico-objetiva, conceptos que paulatinamente se han convertido en directrices constitucionales de actuación del poder público y en fundamento de legitimación del ordenamiento jurídico. No obstante, nuestra jurisprudencia tiene los mismos problemas que se presentan en otros tribunales constitucionales (español y alemán), una abundancia terminológica que intenta definir la faceta objetiva de los derechos fundamentales poco clara y que generalmente termina refiriéndose a los efectos de la misma más que a su concepto.

Pero, más importante que definir o conceptualizar esta nueva fisonomía de los derechos fundamentales, el verdadero cambio de dirección de la teoría iusfundamental actual se ha dado por las consecuencias jurídicas que ha traído consigo la faceta objetiva en la dogmática de los derechos fundamentales, principalmente el “efecto de irradiación”²⁸ y el “deber de protección”²⁹.

El constitucionalismo contemporáneo se caracteriza por la transformación conceptual de los derechos fundamentales, que redun-

da en una ampliación de su contenido, con una doble dimensión. En otras palabras, los derechos fundamentales hoy no se limitan a actuar como derechos subjetivos, no son solamente prerrogativas, privilegios o potestades que tiene el titular del derecho respecto al sujeto pasivo, bien sea el poder público o un particular, sino que, como normas objetivas de principio y decisiones axiológicas, los derechos fundamentales rigen como principios supremos, que tienen validez para todos los ámbitos del derecho, limitan la autonomía privada, constituyen mandatos de actuación y deberes de protección para el Estado³⁰. Por lo demás, la teoría objetiva asume una posición crítica aceptada de forma generalizada frente a la teoría liberal, especialmente en cuanto a la restricción de los derechos fundamentales a simples derechos de defensa.

Respecto de esta transformación y crítica, la Corte Constitucional ha dicho que “en el Estado social de derecho –que reconoce el rompimiento de las categorías clásicas del Estado liberal y se centra en la protección de la persona humana atendiendo a sus condiciones reales al interior de la sociedad y no del individuo abstracto–, los derechos fundamentales adquieren una dimensión objetiva, más allá del derecho subjetivo [...] Conforman lo que se puede denominar el orden público constitucional, cuya fuerza vinculante no se limita a la conducta entre el Estado y los particulares, sino que se extiende a la órbita de acción de estos últimos entre sí”³¹. Con todo, este desarrollo conceptual no significa la renuncia al contenido originario, de raigambre liberal, de los derechos fundamentales, sino que es un cambio de dirección, pues se trata de resolver la tensión de dos posturas ideológicas distintas, que se encuentran dentro del debate doctrinal sobre el tránsito del Estado liberal al Estado social³².

Para una mejor comprensión del asunto en cuestión, ¿qué significado tiene la faceta objetiva?, se hacen necesarias algunas consideraciones sobre el origen y el valor de esta cualificación, que se desarrollarán en el próximo apartado.

2. Origen y valor de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales

Para centrarnos en el objeto de discusión del presente trabajo, dejaremos a un lado la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales, limitándonos a describir el origen del contenido jurídico-objetivo y posteriormente a deducir el valor de la dimensión objetiva en el Estado constitucional colombiano.

La transformación del contenido iusfundamental se inicia en la época de Weimar³³ a partir de su concepción como garantías subjetivas de libertad frente al Estado. Es decir, el cambio de dirección de las prerrogativas fundamentales se emprende en Alemania, dentro del periodo de transición entre la estructura estatista autoritaria y la recepción de los postulados propios del Estado liberal.

El primer paso de esta transformación parte del rompimiento de la doctrina jurídica del siglo XIX que privilegia la posición del Estado, la cual negaba la existencia de los derechos fundamentales³⁴. De hecho, la ruptura, sin duda, se inicia a partir de la obra de CARL GERBER³⁵, quien para solucionar el problema de los derechos del ciudadano frente al Estado crea la teoría de los derechos subjetivos. De manera que este aporte a la dogmática de los derechos fundamentales permite justificar y explicar el funcionamiento del Estado como un sujeto de derechos; también, acepta articular las relaciones jurídicas Estado-ciudadano. La caracterización dogmática efectuada por este jurista se dirige a otorgar un elemento de

comprensión y justificación de la autoridad estatal y no accede, en ningún caso, a fundar pretensiones de los particulares contra el ente político³⁶. Hasta aquí no se originan verdaderos derechos subjetivos, porque el ciudadano carece de la facultad de oponer sus pretensiones al Estado, sino que son efectos reflejos del derecho objetivo, esto es, los derechos subjetivos son un efecto del ordenamiento jurídico, que no toman la forma jurídica de derechos de los particulares frente al Estado³⁷.

El segundo aspecto importante, que incide en la transformación del contenido iusfundamental, resulta de la evolución jurídica en la naturaleza de los derechos fundamentales, con el imperio del principio de la supremacía constitucional, en el sistema jurídico continental. Para considerar la posibilidad de invocar judicialmente los derechos fundamentales, es necesario que se concrete con el carácter normativo de la Constitución. Ciertamente, la caracterización como *ley superior* que goza de fuerza normativa particular que conquista la Constitución de la posguerra, permite la aplicación judicial y la exigencia de los derechos constitucionales por cualquier ciudadano (sin necesidad de participación de la ley); de esta manera, el contenido material atribuido a las constituciones de esta época crearan una serie de garantías institucionales para proteger las libertades fundamentales, como son el establecimiento de un tribunal especializado, la reserva de ley, y el desarrollo de mecanismos procesales de protección, entre otras.

Ahora bien, la teoría de los derechos públicos subjetivos adquiere su mayor significado con los aportes de GEORG JELLINEK, quien parte de la construcción de GERBER para desarrollar un sistema de tutela jurídica de los derechos del individuo³⁸. Más exactamente, JELLINEK consideró que «si

bien en el campo del derecho público se tutela el interés general por medio del derecho objetivo, de lo cual puede derivar la protección indirecta del interés particular, también hay eventos en los que se reconoce la voluntad individual como decisiva para la existencia y extensión del interés, y allí no existe un mero reflejo del derecho objetivo, sino un derecho público subjetivo cuyo titular es el individuo»³⁹. El autor introduce al contenido de los derechos constitucionales la existencia de unas posiciones jurídicas o status entre el individuo particular y entre el individuo Estado, y se reconoce al ciudadano la titularidad de los derechos subjetivos.

En definitiva, en el marco de este proceso de actualización del concepto de derechos fundamentales se atribuye en gran parte a la teoría de los derechos públicos subjetivos⁴⁰, y juega un papel determinante, la transformación del significado del catálogo de derechos consignados en las constitucionales a partir de la segunda Guerra Mundial, que de ser considerados en el siglo XIX como aspiraciones políticas o directrices no vinculantes, pasan a ser un sistema de preceptos⁴¹, esto es, son una auténtica norma jurídica con fuerza normativa propia.

Esta evolución histórica del contenido de las constituciones fue el antecedente necesario para iniciar el proceso que permitió el descubrimiento y el perfeccionamiento de la faceta objetiva de los derechos fundamentales⁴². Al parecer, la ampliación del contenido de los derechos fundamentales puede justificarse, sin caer en un excesivo causalismo, como la respuesta al vacío jurídico dejado por dos hitos jurídico-políticos del mundo moderno, que están en estrecha relación: la catástrofe nacional-socialista (la caída del régimen nazi) y el fracaso del positivismo jurídico. Es más, se desarrolla con una intensa discusión sobre

el significado y la justificación del derecho, particularmente intentando encontrar el verdadero significado y la función de las prerrogativas fundamentales frente al Estado⁴³.

En efecto, los estados totalitarios, especialmente en la segunda Guerra Mundial, colocaron en entredicho buena parte de los principios jurídicos sobre los que descansaba el sistema jurídico de tradición romano-germánica, a tal grado que el legislador, de ser considerado garante óptimo de los derechos fundamentales, se convierte en su mayor amenaza, puesto que su obra por excelencia (la ley) pasa a ser un fuente de injusticia⁴⁴. De tal suerte que los estados totalitarios convirtieron las normas jurídicas en el instrumento de legitimación de las arbitrariedades y barbaries cometidas por sus gobiernos.

En otras palabras, es la época del *terror* jurídico, donde el Estado tiene un solo estandarte, la ley, que se expresa como un acto normativo supremo e irresistible, al que no es oponible ningún derecho más fuerte⁴⁵. Esta soberanía legislativa sirvió para llevar a cabo y legitimar políticas tiránicas, de dominación y discriminatorias, ya que se considera que la ley por el hecho de ser ley, es justa. El paradigma del positivismo jurídico queda en duda, y los ordenamientos jurídicos resultan sin la base conceptual en la cual se erigían. Fue entonces necesario un cambio de dogma.

De ahí la importancia de resaltar las construcciones del sistema jurídico europeo-continental, que para colmar este vacío de fundamentación del derecho se vale de los conceptos axiológicos, y particularmente de la filosofía de los valores⁴⁶. Y son precisamente la jurisprudencia y la doctrina alemanas⁴⁷ las que inician el peregrinaje de la construcción teórica de las normas objetivas de principios o decisiones axiológicas de los derechos fundamentales, tema que se discutió

bajo la Constitución de Weimar, la cual se convierte en el punto de partida de esta moderna transformación. Sin embargo, durante este periodo no se admitió la existencia de la faceta objetiva y, aún más, tampoco se resolvió tiempo después en las innovaciones de la Ley Fundamental. En consecuencia, el peso de esta evolución que reconoce las prerrogativas fundamentales como valores supremos (que rigen para todo el ordenamiento jurídico), recae en el Tribunal Constitucional alemán, que jurisprudencialmente en el fallo *Liith*⁴⁸ construye las bases conceptuales de la novedosa cualificación objetiva de los derechos fundamentales.

Este hito jurisprudencial, al incluir un nuevo contenido de los derechos fundamentales, sitúa a la protección de la persona humana como la razón de ser del ordenamiento jurídico, para impedir la violación de los derechos y evitar el desenfreno de los poderes públicos. En palabras del *BVerfGE*: «...la Ley Fundamental, que no quiere ser un orden neutral de valores [...] ha establecido también en la parte dedicada a los derechos fundamentales un orden objetivo de valores y que precisamente con ello se pone de manifiesto un fortalecimiento por principio de la pretensión de validez de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana que se desarrolla libremente en el interior de la comunidad social y en su dignidad, debe regir, en tanto que decisión constitucional básica, en todos los ámbitos del derecho; la legislación, la administración y la jurisprudencia reciben de él directrices e impulso»⁴⁹.

No se puede olvidar que esta construcción definitiva del contenido objetivo de los derechos fundamentales tiene como pilar el artículo 1.3. de la Ley Fundamental⁵⁰, en el cual el constituyente dispone que las prerrogativas fundamentales son derechos de

aplicación directa y de vinculación inmediata a todos los poderes públicos. De esta manera, la norma constitucional se refiere a la forma y al contenido de las prerrogativas subjetivas, sin definir o incluir una nueva faceta. Pero al interpretar la norma de la Ley Fundamental, la jurisprudencia alemana *recualifica* los derechos fundamentales al incluir la faceta objetiva, es decir, no transforma el contenido de las prerrogativas fundamentales, sino que les asigna una nueva cualificación⁵¹; se suman al carácter subjetivo iusfundamental las normas objetivas de principio⁵².

La nueva dimensión permite encontrar el verdadero fundamento de los derechos fundamentales al incorporar contenidos axiológicos: se reedifica el derecho sobre nuevas bases legitimadoras. Desde luego, es el reconocimiento de la dignidad del hombre y la preocupación por ella en todos los ámbitos de la vida humana. En conclusión, este cambio implicaría que la eficiencia de las prerrogativas no se limitara a la relación bilateral Estado-ciudadano⁵³.

Así mismo, el Tribunal Constitucional alemán⁵⁴ reconoce que el carácter objetivo de los derechos fundamentales parte de entender que estos derechos están destinados a garantizar la esfera de libertad del particular frente a intervenciones del Estado, pero además, tienen un cometido axiológico de validez universal, porque irradian en toda dirección y en todos los ámbitos del derecho. En consecuencia, el contenido de los derechos fundamentales, como ya señalamos líneas atrás, tiene un doble carácter. El primero, son *derechos de defensa*, esto es, son acciones negativas del Estado frente al ciudadano, que le dan al titular del derecho, según ALEXY, tres tipos de potestades. a) El derecho a que el Estado no impida u obstaculice determinadas *acciones* del titular; b) El derecho a que el Estado no afecte *las*

situaciones o propiedades establecidas del titular; y c) El derecho a que el Estado no elimine las *posiciones jurídicas* fijadas del titular del derecho⁵⁵. El segundo, los derechos fundamentales son *normas de principios*, que junto a su concepción tradicional como derechos de defensa, forman un sistema de valores, que se propaga por todos los ámbitos del ordenamiento jurídico.

Con esta innovación los derechos fundamentales no reciben un componente o complemento, sino que adquieren una estructura dual, es decir, junto a la relación inmediata Estado-ciudadano, aparecen de modo universal los principios elementales de organización para la vida social, donde la norma objetiva no reconoce *un* objeto de regulación ni *unos* destinatarios determinados⁵⁶; son normas indeterminadas y abiertas dirigidas a la expansión, que rigen en toda dirección y en todos los ámbitos del Derecho. En consecuencia, el contenido jurídico-objetivo pretende la actuación y la protección del Estado, y aún más, exige su realización efectiva⁵⁷. Se trata de normas que ALEXY denomina *mandatos de optimización*, que dependen del tratamiento que les den todos y cada uno de los poderes públicos, especialmente el juez constitucional y el legislador al momento de concretarlos⁵⁸.

De la misma forma, el constituyente alemán (de 1949) entendió que las normas fundamentales son de aplicación inmediata y vinculante para todos los poderes públicos, mandato que interpreta el *BVerfGE* como el cambio de actitud que debe asumir el Estado frente a los derechos fundamentales, ya que su función no se limita al respeto de las prerrogativas subjetivas de los ciudadanos, sino que sus actuaciones van más allá; esto es, al mismo tiempo se procura cumplir los mandatos de actuación y los deberes de protección que imponen estas prerrogativas. De tal manera que una conse-

cuencia necesaria del carácter de los derechos fundamentales como normas objetivas es que denotan un contenido normativo determinado que exige ser realizado por el legislador, el ejecutivo y el poder judicial. No son derechos que persiguen exclusivamente la abstención, sino que pretenden la actuación y la protección de estos contenidos⁵⁹, que están supeditados a un objetivo de la cultura de los derechos fundamentales: la máxima de formación continua para garantizar tales prerrogativas⁶⁰.

3. EFECTOS DE LA DIMENSIÓN OBJETIVA: LA EXPANSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Hasta el momento hemos tratado del doble carácter de los derechos fundamentales, su significado, origen y valor, pero no podemos olvidar un aspecto que es de especial importancia para la jurisprudencia constitucional, y que quizás es la fuente más importante de transformación de los derechos fundamentales: ¿qué efectos tiene la dimensión objetiva en el Estado constitucional? Para resolver este interrogante, es preciso referirnos a los esfuerzos doctrinales más serios por definir los problemas que generan las transformaciones del carácter objetivo de los derechos fundamentales, que hasta la fecha son a nuestro criterio, los de los juristas alemanes E. BÖCKENFÖRDE y R. ALEXY⁶¹.

Si bien los dos juristas tienen posiciones diferentes sobre la conveniencia de la nueva faceta para los derechos fundamentales, ellos coinciden en considerar que existen tres consecuencias de la cualificación objetiva: el deber de protección, el efecto de irradiación o de expansión y la eficacia frente a terceros o la eficacia jurídica objetiva⁶² de los derechos fundamentales (*Dritt Wirkung*).

Para los propósitos trazados en nuestro estudio (dejaremos a un lado el estudio de la eficacia frente a terceros), nos ocuparemos en las siguientes líneas del efecto de *irradiación o la expansión de los derechos fundamentales*, y en el segundo capítulo, trataremos *el deber de protección*, porque nos muestran, sin duda alguna, más claramente el cambio de actitud y el compromiso de los poderes públicos respecto a los nuevos contenidos iusfundamentales.

En este orden de ideas, el efecto de *expansión de los derechos fundamentales* en todos los ámbitos del derecho y de la vida social, significa que las potestades fundamentales en tanto normas objetivas de principio tienden a la universalidad, es decir, influyen material y ampliamente en todas las esferas del sistema jurídico. Por tanto, son normas que no se limitan a regular la relación inmediata Estado-ciudadano, sino que rigen con validez universal, en todas direcciones, y aún más, su contenido jurídico fundamental impone parámetros al Estado y a la sociedad en su conjunto.

Los derechos fundamentales están presentes en todos los campos del derecho, donde su expansión es tal, que ningún aspecto del sistema jurídico escapa de ellos. Desde luego que este efecto no significa un cambio estructural del derecho (civil, administrativo, penal, etc.), puesto que el derecho permanece como tal y conserva sus características propias, pero sí es influido por las normas fundamentales, en su formación material que los incorpora⁶³. En otras palabras, la positivación en la Constitución de los derechos fundamentales no determina la totalidad del derecho ordinario, pero sí limita su contenido posible, por lo que se excluyen unos contenidos como iusfundamentalmente imposibles y exigen otros como iusfundamentalmente necesarios⁶⁴.

En este sentido, el efecto de expansión significa que hoy las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho privado deben ser miradas con una nueva lupa (por la situación de mixtura que se presenta entre ellos), tal como lo afirma HESSE, «al derecho privado, que hasta entonces determinaba en solitario la configuración de las relaciones jurídicas y la decisión de los conflictos jurídicos, se le superpone otro orden jurídico; éste tiene incluso primacía sobre él»⁶⁵. De hecho, el estatus del código civil como centro de gravitación del ordenamiento jurídico es desplazado por las normas constitucionales, y particularmente por la norma de derecho fundamental.

Ahora bien, la expansión de los derechos fundamentales no se limita al ordenamiento jurídico. Otra particularidad de la expansión del contenido jurídico fundamental son los efectos que tiene en los poderes públicos, esto es, cuando se manifiesta en la conformación material de las normas jurídicas por parte del legislador, en las actuaciones del ejecutivo en el ámbito de sus funciones y en la aplicación e interpretación del juez de las normas jurídicas.

En un contexto de este tipo, es preciso detenernos en la función que cumplen los poderes públicos frente a los derechos fundamentales. Por una parte, la intervención del legislador o *interpositio legislatoris* es necesaria, entre otras, para realizar el contenido concreto de los derechos constitucionales. En otras palabras, es importante en la protección de posiciones subjetivas que se pueden disfrutar sólo con una tutela legislativa específica, de manera que la norma es el presupuesto para la exigencia y la efectividad del derecho ante el órgano judicial. Esta situación se presenta claramente en el caso de los derechos sociales, los cuales poseen sólo una medida limitada de cobertura constitucional, y precisan de concre-

tas opciones del legislador para su efectivo disfrute.

Además, el aporte del legislador en la efectividad de los derechos fundamentales no es secundario respecto del papel del juez o de la administración, como se puede pensar al considerar que el disfrute material de un derecho se deriva de la posibilidad de acudir a la jurisdicción contra quebrantamientos de los mismos o por la intervención directa de la administración pública en la repartición de servicios o medios necesarios para poder disfrutarlos. Igualmente, es indispensable la predisposición del legislador de medios necesarios y de garantías idóneas para la satisfacción y protección de las prerrogativas fundamentales.

Por otro lado, la participación de la administración en la protección de los derechos fundamentales adquiere un creciente protagonismo, especialmente en el refuerzo de determinadas posiciones objetivas. Sin duda, es determinante la intervención de la administración en la ejecución de servicios específicos cuya existencia es necesaria para asegurar políticas iusfundamentales, pero no sólo para asegurar derechos de carácter negativo (derechos de defensa), sino también actuaciones positivas⁶⁶.

En definitiva, la administración pública bajo la forma de Estado Social interviene activamente para equilibrar el aprovechamiento de los servicios prestados y el disfrute de los derechos fundamentales, de manera que el poder ejecutivo es importante para financiar las actividades iusfundamentales, para garantizar el ejercicio de estos derechos y para introducir instrumentos de tutela extrajudiciales dirigidos a sancionar las malas actuaciones de la administración que vulneran las prerrogativas fundamentales (como el defensor del pueblo).

Por último, es indiscutible la repercusión del efecto de expansión de los derechos

fundamentales en la justicia constitucional⁶⁷. Importa destacar aquí que la justicia constitucional y los derechos fundamentales representan los dos pilares del moderno constitucionalismo democrático⁶⁸. Esta relación proporciona sus mayores frutos en el plano del mejoramiento de la defensa de las prerrogativas fundamentales, ya que la mejor forma de evaluar la relevancia y el grado de efectividad de la inclusión en el texto constitucional del catálogo de derechos, es la presencia de los instrumentos y de las instituciones (las garantías) de los derechos fundamentales que prevé la Constitución, que permiten su auténtico ejercicio.

Sin duda, la labor del juez constitucional en la actualidad no sólo consiste en identificar determinados derechos como “fundamentales” a partir de su contenido indeterminado, ni a subsumir los hechos del caso concreto en la norma constitucional. El mayor esfuerzo de la justicia constitucional se da: cuando trata de encontrar los criterios materiales que intervienen en el caso y en determinar el medio más efectivo para la protección de las prerrogativas fundamentales, como es el caso de la declaración del *estado de cosas inconstitucionales*. De tal suerte que el juez, al interpretar los derechos fundamentales, descubre el sentido de la expresión, es decir, tiene en cuenta el alcance que la sociedad pretende dar a una determinada prerrogativa fundamental, que se caracteriza por ser siempre dinámica y depende del grado de desarrollo tecnológico, económico, cultural y político de la misma.

Por otra parte, el efecto de expansión no está determinado ni vinculado a parámetros antecedentes, sino que está abierto en intensidad y extensión, es decir, es accesible al desarrollo. Esta característica se ajusta al concepto de norma-principio propuesta

por ALEXY, en cuanto mandatos de actuación que pueden realizarse en diferente medida, se convierten en medidas que dependen de las posibilidades reales y de las jurídicas de realización; y es aquí donde cobran especial protagonismo los tribunales constitucionales, pues si bien esta instancia judicial sólo interviene con ocasión de la violación de un derecho constitucional concreto⁶⁹, ella fiscaliza y controla las actuaciones y los procesos de incorporación de estos derechos por parte de los demás poderes públicos⁷⁰.

Además, el efecto de expansión del carácter objetivo de los derechos fundamentales tiene una particular importancia para los ciudadanos como promotor de la realidad cotidiana del individuo en sociedad, ya que las prerrogativas fundamentales son apropiadas por todos (Estado y particulares) y cada uno, con lo cual se crea una cultura iusfundamental que permite que la sociedad y sus miembros reconozcan y entiendan el significado y el valor de los preceptos constitucionales. Desde luego que este aspecto ha provocado que los derechos fundamentales sean instrumentos de transformación de las conductas sociales y de modernización del ordenamiento jurídico.

II. EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES Y LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Sin duda, podemos destacar que las diferentes teorías de los derechos fundamentales conforman aportes indiscutibles para el desarrollo de las posiciones jurídicas fundamentales. Pero estas teorías, al mismo tiempo, resultan insuficientes para resolver por sí solas los problemas actuales de la falta de realización del contenido iusfundamental⁷¹. Es por esto que difícilmente podemos coincidir con una,

bien sea la teoría de los valores, liberal, institucional, democrática-funcional, jurídico social, de garantía procesal u otras, para entender los problemas iusfundamentales, y además, es indiscutible que los derechos fundamentales se encuentran en una relación de interdependencia, irrescindible, con los factores culturales de cada Estado. En consecuencia, para acercarnos al estudio de las prerrogativas fundamentales debemos conjugar la teoría y la realidad de la cultura iusfundamental colombiana.

Desde esta perspectiva, los estados constitucionales, y particularmente Colombia, se caracteriza por la necesidad de desarrollar y adaptar la teoría de los derechos fundamentales a las nuevas y dinámicas exigencias del individuo y de la sociedad. Y es en este proceso donde la justicia constitucional (con base en la mirada atenta de la realidad y de la dogmática de los derechos fundamentales), ayuda a la recuperación del sentido de la teoría y de la praxis de los contenidos jurídicos fundamentales⁷². Sin embargo, esto no es suficiente para resolver el problema de la poca efectividad de los derechos fundamentales en el país⁷³.

En otros términos, la Corte Constitucional y la acción de tutela pueden incidir de manera favorable en la realidad social y política de la sociedad colombiana, incidencia que puede provenir de la capacidad que tienen las decisiones de tutela (de este órgano judicial), de ordenar de manera coercitiva algunos comportamientos positivos para la protección de los derechos fundamentales, al igual que por su poder para introducir en la mente de la sociedad un *espíritu de cambio*, es decir, de reactivar la esperanza colectiva en una sociedad mejor. Pero, esto no ha sido suficiente para cumplir con lo que las libertades fundamentales y la dignidad que de los colombianos requieren y reclaman, pues mucho más que

la creación de una institución procesal y de un órgano especializado, que ha dado lo mejor que podía esperarse de ellos en un panorama nada propicio para el crecimiento de la libertad⁷⁴, lo que los colombianos exigen es la realización y protección efectiva de sus derechos.

De hecho, la configuración procesal de la revisión de tutela y la interpretación progresista de la Corte Constitucional resultan el paliativo *aceptable* de la verdadera enfermedad: la violación sistemática y prolongada de los derechos fundamentales de múltiples personas, el déficit del Estado para cumplir con las exigencias de la voz *social*, que se suman, al disvalor del sistema democrático (que es la consecuencia directa de su carácter político fuertemente excluyente y clientelista), la debilidad de los mecanismos de representación política, el desarraigo del discurso político de la realidad social, la violencia a lo largo de la historia política nacional, entre otros. Lo cierto es que estos desafíos y demandas de la realidad iusfundamental colombiana han llevado a la sociedad a exigir del poder judicial respuestas a problemas que en principio deberían ser debatidos y solucionados en las esferas políticas-democráticas.

Es más, el papel definitivo de la Corte Constitucional en el cambio de dirección de los derechos fundamentales se refleja claramente en la redefinición de la justicia constitucional, y especialmente la función del juez de tutela, quien hoy por hoy es el *protagonista estelar* de nuestro Estado constitucional⁷⁵. Significa esto, sin duda, que la función de la Corte Constitucional no es únicamente de órgano que aplica los preceptos constitucionales a un caso concreto, sino que se convierte en órgano de la concretización jurídico-creativa de la Constitución⁷⁶. Es el catalizador de los contenidos de las normas fundamentales y el

guardián más cercano de las necesidades y aspiraciones sociales, en esencia es el protector de los *microderechos* de la cotidianidad. Por tanto, es inevitable que en algún momento de su actividad se dirija a la protección de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, sin que signifique tal hecho que ésta sea su función exclusiva y excluyente. Pues no desconocemos que la función principal de la Corte Constitucional y de la acción de tutela es la protección del individuo.

Así por ejemplo, si tenemos en cuenta que los deberes de protección tienen el carácter de principios, que exigen una protección lo más amplia posible (con relación a las posibilidades fácticas y jurídicas), esto quiere decir que se trata de una norma de principio con tendencia a la realización, que depende de su concretización. Esto conduce a un cambio en la parte orgánica de la Constitución, que afecta sobre todo la posición y la función de la Corte Constitucional⁷⁷, pues la dimensión objetiva adquiere significado general mediante la jurisprudencia⁷⁸. Desde luego que resulta inevitable, desde este punto de vista, que nos ocupemos del rol que desempeña la Corte Constitucional colombiana al proteger el contenido objetivo por medio de la figura del *estado de cosas constitucionales*.

Ciertamente, en las próximas líneas apoyados en la argumentación de la Teoría de los principios (mandatos de optimización y margen de acción), constataremos que la protección de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales por parte del juez constitucional no tiene lugar exclusivamente en los procesos de declaración de inconstitucionalidad de las normas de rango legal⁷⁹. Además, esta protección se lleva a cabo, de forma constante, por medio de la revisión de la acción de tutela, que por definición está destinada a la salvaguardia del contenido

jurídico-subjetivo de las prerrogativas fundamentales⁸⁰, y el ejemplo más significativo de esta situación es la declaración del *estado de cosas inconstitucionales*. Sin embargo, no perdemos el norte: el *estado de cosas inconstitucionales* es una situación anómala, propia de una democracia disfuncional, ya que históricamente el legislador es quien en mayor medida resulta obligado y legitimado para el desarrollo, protección y realización de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

1. CONSECUENCIAS E IMPLICACIONES CONSTITUCIONALES DEL DEBER DE PROTECCIÓN OBJETIVO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ESTRUCTURA DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL ESTADO

En el acápite anterior expusimos la Teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales (el significado, el origen, el efecto de expansión y los aportes al contenido jurídico fundamental). Ahora queda por preguntarnos qué implicaciones tienen la Teoría de los principios y la Teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en el cambio de dirección de la estructura de la Constitución y del Estado, y esto cómo nos puede ayudar para entender el *estado de cosas inconstitucionales*.

Conviene señalar que, más que hacer una loa o sacralizar el papel de la Corte Constitucional, en las siguientes líneas trataremos el tema de la contribución de la jurisprudencia constitucional al desarrollo de los derechos fundamentales⁸¹, particularmente al constatar la realidad de este órgano judicial, que evidentemente cambia la dirección de la función decimonónica que desempeñaba el juez en el Estado de derecho liberal, cuya única tarea era resolver el caso concreto con la simple subsunción de la norma (con esto se

destaca la provechosa relación entre posiciones jurídicas fundamentales y justicia constitucional)⁸².

Claramente este cambio de la Corte Constitucional se descubre cuando asegura la protección del derecho concreto del demandante (faceta subjetiva), y al mismo tiempo, cuando asume determinada interpretación, pues introduce una subnorma constitucional o norma adscrita que puede orientar las actuaciones o comportamientos eventuales tanto del mismo juez constitucional como de los jueces ordinarios, así como puede vincular a los demás poderes públicos. Además, la Corte Constitucional no evade su responsabilidad de optimizar las condiciones que hacen posible el ejercicio de la prerrogativa fundamental por parte de sus titulares (la protección de la faceta objetiva) y a su vez, cumple con los deberes de protección que se encuentran dentro de su margen de acción, y es por esto que, gracias a su interpretación, realiza una labor de identificación, redefinición, concretización y aplicación de los principios constitucionales⁸³.

Por otra parte, el contenido jurídico de los derechos fundamentales tiene una estructura dual (que exige de los poderes públicos cumplir tanto con los deberes de abstención o derechos de defensa, como con los deberes de protección de normas de principios), que los obliga a procurar el efectivo ejercicio de las potestades fundamentales. Puestas así las cosas, para dar claridad de lo exiguo que resulta la función *típica* del Estado frente a los derechos fundamentales (cuando se limita a los deberes de abstención), podemos dar un ejemplo. De nada sirve que el Estado cumpla con una obligación negativa (la abstención de las autoridades estatales en la esfera de su derecho), frente al individuo que se muere en la puerta de una clínica por no tener recursos suficientes para el pago del servicio o por no

estar afiliado a una Empresa Promotora de Salud (EPS). Sin duda, el titular no ve protegido materialmente su derecho cuando la acción del Estado es negativa: no impedir acciones, ni afectar situaciones, ni eliminar posiciones jurídicas de la esfera de su derecho a la salud. Por el contrario, para evitar que la amenaza se concrete, o para que se ponga fin a la vulneración del derecho fundamental a la salud (la protección efectiva), se requiere de acciones positivas del órgano competente según el caso, sea éste el ejecutivo, el legislador o el juez. En nuestro ejemplo, es necesario de inversiones en la red pública hospitalaria, la regulación del régimen subsidiado, etc.

Lo cierto es que las prerrogativas fundamentales tienen un contenido normativo que exige su realización⁸⁴, esto es, tienen un deber de protección, que se traduce en la obligación positiva que tienen los poderes públicos de dar efectividad al contenido de los derechos fundamentales. Obligación que se hace exigible tanto al legislador, como a la administración y a los jueces, de acuerdo al ámbito de sus competencias o margen de acción. Además, este deber genera simultáneamente un derecho a protección, es decir, la potestad subjetiva que tiene el titular del derecho fundamental frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros⁸⁵. En otras palabras, se trata de un comportamiento que deben asumir los poderes públicos cuando la conducta de terceros, bien sean particulares o autoridades públicas, que no son destinatarios de las prerrogativas fundamentales, amenazan o lesionan bienes iusfundamentales protegidos de los asociados⁸⁶.

Bajo este punto de vista, partimos de la regla según la cual existen derechos subjetivos de protección; por lo tanto, el individuo tiene un derecho fundamental frente al Estado de protección respecto a terceros, y

no sólo normas que prescriben al Estado la protección del individuo (que permiten al titular reclamar de los órganos competentes la actuación debida), además, estas normas permiten que el ciudadano pueda interponer la acción de tutela o recurso de amparo ante el incumplimiento de las autoridades del deber de protección.

Para fundamentar la subjetivización de los deberes de protección, ALEXY parte de su teoría de los principios, en especial, del carácter de principio de los derechos fundamentales, que como tales son mandatos de optimización (que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, que dependen de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes). El status de derecho subjetivo del deber de protección se traduce en una mayor medida de realización que la sanción de meros mandatos objetivos⁸⁷.

Nótese, además, que el deber de protección que tradicionalmente les corresponde en primera instancia al legislador y al ejecutivo, hoy, por las condiciones *anormales* de Colombia, también le corresponde a los jueces. De hecho, el juez no agota el deber de protección con la sola interpretación conforme a la Constitución, sino que asume un papel más activo, de creación e integración del derecho, colmando por ejemplo las posibles lagunas del legislador⁸⁸ o *dando órdenes* para que los demás poderes públicos cumplan con sus obligaciones legales y constitucionales, o para que adopten decisiones dirigidas a impedir que se continúe con el quebrantamiento constitucional, como es el caso de la declaración del *estado de cosas inconstitucionales*. Es decir, el juez está vinculado por la obligación iusfundamental de protección, por su papel de guardián y garante de los derechos fundamentales.

Ante todo, el deber de protección por ser de creación jurisprudencial⁸⁹, permite ser un instrumento flexible y con capacidad de

adaptación a los siempre cambiantes supuestos fácticos. Por ejemplo, ha servido al Tribunal español para fundamentar la teoría de la imputación judicial, y al *BVerFG* para configurar la defensa *inter-privatos*, entre otras.

Sin embargo, en los deberes de protección del Estado frente a los derechos fundamentales se presenta el problema material de establecer cuál es su contenido y extensión, pues el espectro se extiende desde la protección frente a la acción del homicidio, en el caso del derecho a la vida, hasta la protección frente a los posibles peligros del uso pacífico de la energía atómica. Ahora bien, no sólo la vida es un bien susceptible de protección, sino todo aquello que, desde la perspectiva iusfundamental, sea digno de ser protegido: la libertad, la salud, el trabajo, etc. Igualmente, no son menos diversas las posibles formas de protección, entre las cuales están las normas del derecho penal, las normas del derecho procesal, las acciones administrativas, las actuaciones fácticas⁹⁰, etc. Como vemos, la idea del deber de protección es en sí misma tan indeterminada como el mismo contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales del que procede.

a. Teoría de los mandatos de optimización. Dinámica que le procura al contenido de los derechos fundamentales

La nueva estructura iusfundamental con un contenido jurídico-objetivo en forma regla/principio, que trasciende la relación bilateral estado-ciudadano tradicional de los derechos subjetivos, permite que las prerrogativas fundamentales se conviertan en los cometidos y fines del Estado recogidos en la Constitución, los cuales se manifiestan como *mandatos de optimización*⁹¹ (orientados a los ámbitos materiales vitales), que

obligan al Estado a dirigir sus actuaciones hacia la protección y efectiva realización de los derechos fundamentales, circunstancias que, como vimos líneas atrás, devienen jurídico-subjetivamente exigibles⁹².

En efecto, la Constitución no supone la mera enunciación formal de unos principios, sino la plena positivación de derechos fundamentales, a partir de los cuales cualquier ciudadano puede recabar su tutela ante los tribunales. Reiteramos que los deberes de protección no sólo son exigibles al proceso de creación normativa del legislador; de manera independiente o conjunta con este proceso, la realización de estos fines por el Estado es constitucionalmente obligatoria para todos los poderes públicos; por tanto, estos mandatos pueden ser reclamados jurídico-subjetivamente. Este cambio de dirección se traduce en el plano jurídico (en la estructura normativa y la dogmática de los derechos fundamentales), puesto que produce una expansión de la norma iusfundamental que no está en sí determinada, sino que es abierta y accesible al desarrollo. Estas situaciones ponen de manifiesto la imposibilidad de elaborar un concepto cabal de los derechos fundamentales a partir de los criterios tradicionales de interpretación del derecho, aspecto que fortalece la importancia de la labor de concretización de estos derechos, que realiza el juez constitucional.

Así mismo, esta estructura abierta⁹³ (regla-principio) de la norma iusfundamental permite al juez⁹⁴ tener un mayor margen de acción cuando realiza su función de interpretación y aplicación, ya que la norma fundamental no contiene mandatos definitivos: un supuesto de hecho determinado o una consecuencia jurídica concreta. Por el contrario, estas normas (como mandatos de optimización) pueden cumplirse en diferente medida y en multiplicidad de formas. Desde

luego, no sólo el poder judicial transforma su papel dentro del Estado, puesto que todas las autoridades públicas tienen responsabilidad en este ámbito de posibilidades, que se manifiesta especialmente en asegurar la efectiva obtención de los derechos y libertades fundamentales.

b. La transformación sustancial de la relación entre legislación y jurisdicción constitucional

La transformación de la relación entre legislación y jurisdicción constitucional es uno de los aspectos más problemáticos que desde hace mucho tiempo se advierte por la doctrina⁹⁵. Así por ejemplo KELSEN, en las Jornadas de Viena de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho del Estado de 1928, en su defensa de la creación de una Corte Constitucional, propone que la Constitución debe determinar con la mayor precisión posible los principios materiales que la Corte va a controlar⁹⁶, ya que mediante estos principios se «atribuiría una plenitud de poderes» a la Corte Constitucional que «en definitiva tendría que considerarse inadmisibles»⁹⁷.

La inclusión de la Corte Constitucional en el contexto institucional colombiano, de igual forma, no es del todo pacífica y en esto influye, en no poca medida, su actitud claramente garantista y protectora de los derechos fundamentales⁹⁸, que origina un complejo problema de acomodación entre los distintos poderes que actúan en la protección de estos derechos, y aún más, esta situación lleva a que la Corte Constitucional (en la práctica constitucional), se erija en una instancia superior que controla tanto la actividad del legislativo y del ejecutivo, como la jurisdicción ordinaria⁹⁹.

Igualmente, se suma al cambio de papel del juez, y particularmente al rol de la Corte

Constitucional, la posibilidad que tienen las decisiones iusfundamentales de influir y provocar cambios en las *situaciones domésticas* de la sociedad, dotándolas de un status fundamental, sobretudo en los sectores marginados. Tal es el caso de las decisiones relativas a la protección de las madres trabajadoras, pensionados, a la identidad cultural de los indígenas, el derecho de asociación de las organizaciones sindicales, los problemas de vivienda de los deudores del UPAC, los discriminación de los homosexuales, entre otras (situaciones cotidianas de los individuos en sociedad). De esta forma, la Corte logra una defensa *viva* de los derechos fundamentales.

Por lo anterior, no podemos olvidar que la Corte Constitucional interpreta la Constitución, entendida como la norma que fija los principios o, en términos de SMEND, «el sistema cultural de valores»¹⁰⁰ que una sociedad no está dispuesta a someter a las coyunturas político-legislativas (el principio democrático o la cláusula del Estado social por ejemplo). No obstante, no se trata de una norma que contiene todo el ordenamiento jurídico; la Constitución no es «un orden jurídico fundamental del ente social», de acuerdo con BÖCKENFÖRDE¹⁰¹, ya que el legislador no pierde su autonomía, es más, su labor no se acaba en la simple definición de lo que ya está determinado por la Constitución.

Por el contrario, la norma constitucional es un orden marco¹⁰² que le confiere a los poderes públicos un margen de acción (estructural y cognitivo) o, en otras palabras, lo que está ordenado por la Constitución es constitucionalmente necesario, lo que está prohibido por la Constitución es constitucionalmente imposible y lo que la Constitución confía a la discrecionalidad del legislador es tan sólo constitucionalmente posible. De igual forma, para la Corte Cons-

titucional la norma fundamental determina una competencia de configuración a partir de los límites de la capacidad para conocer, por un lado, lo que la Constitución ordena y prohíbe (control de constitucionalidad) y por otro, lo que la Constitución no ordena ni prohíbe, que permite la *discrecionalidad* del juez constitucional.

Es decir, la discrecionalidad de la Corte Constitucional en la determinación del grado de optimización de los derechos fundamentales representa un cambio cualitativo de la actividad judicial constitucional frente a la estructura del Estado, porque este juez asume una función *jurídico-creadora* al concretizar la norma fundamental, y al mismo tiempo, un cambio cuantitativo, puesto que la Corte tiene un margen de acción que va más allá del aspecto subjetivo de los derechos fundamentales. Aún más, su función se desplaza, en ocasiones, a competencias que pertenecen tradicionalmente a otros poderes públicos. Pero esto no significa que el proceso político democrático pierda su significado, y mucho menos que constituya el «tránsito del Estado de legislación parlamentaria al Estado jurisdiccional» que sugiere BÖCKENFÖRDE¹⁰³.

Ahora bien, ¿es acertado este diagnóstico de sobreconstitucionalización (Estado jurisdiccional) de BÖCKENFÖRDE? En nuestra opinión, no es correcto, y por esto es necesario en las siguientes líneas ocuparnos del margen de acción o de valoración de la justicia constitucional.

2. EL MARGEN DE ACCIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA REVISIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Tal como lo afirma BOBBIO, el problema más grave de nuestro tiempo frente a los derechos fundamentales no es su justificación,

sino su protección¹⁰⁴, pues no se trata de saber cuántos y cuáles son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente vulnerados¹⁰⁵. En efecto, no existen (materialmente) derechos sin mecanismos efectivos que los protejan. De allí que la Constitución colombiana de 1991 incorporó justamente uno de estos mecanismos, particular y novedoso: la *acción de tutela*¹⁰⁶.

Al introducir el constituyente la técnica de revisión discrecional de las sentencias de acción de tutela, permite obtener el respeto integral y general de los derechos fundamentales, pues la Corte Constitucional encausa y unifica la interpretación de estas prerrogativas fundamentales, es decir, que el juez constitucional puede seleccionar los casos que desee reiterar o para cambiar una línea jurisprudencial, o puede tomar un caso donde no se ha pronunciado; en fin, tiene un amplio abanico de posibilidades que permite que su función sea flexible y dinámica, con lo cual puede ajustar y regular los comportamientos del Estado y los particulares a las exigencias cotidianas de la realidad iusfundamental.

La Corte Constitucional, al poner en relación el contenido del texto constitucional (valores, principios y reglas) con la ley y los hechos, hace uso de una discrecionalidad interpretativa o de un margen de acción que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales y crea normas adscritas¹⁰⁷. En este sentido, la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho¹⁰⁸. No obstante, como antes expusimos, este cambio no convierte al Estado en jurisdicción, ni mucho menos elimina el proceso político democrático, por

el contrario los perfecciona. De esta manera, la Corte como intérprete de los derechos fundamentales desempeña un papel imprescindible, pues es ella quien acerca los postulados axiológicos a la realidad¹⁰⁹.

Ahora bien, para cumplir con esta tarea, el juez constitucional lleva a cabo una doble función creadora de derecho: ejerce una actividad propia de *legislador* (negativa y positiva)¹¹⁰, cuando conoce de la acción de constitucionalidad, y es intérprete *supremo* de los derechos fundamentales, por medio de la revisión de la acción de tutela, donde ejerce también una actividad creativa de *subnormas* constitucionales o normas *ads-critas*.

Para muchos, particularmente para la doctrina tradicional, podría resultar tal afirmación una *herejía* constitucional, y ciertamente esta posición es polémica, porque es difícil entender cómo las funciones tradicionales del legislativo y del ejecutivo (el diseño y la puesta en práctica de políticas generales) pueden ser desarrolladas, en algunas ocasiones, por un órgano judicial. Sin embargo, el papel creativo existe y se erige gracias a la relevancia de sus funciones: intérprete de la Constitución (quien concretiza, redefine y permite materializar la expansión de los derechos fundamentales); por la naturaleza de su origen constitucional, su jerarquía (guardián de la Constitución) y por su importancia institucional (órgano que legitima al Estado)¹¹¹.

Es más, la Corte Constitucional adquiere desde su creación un papel político clave, que muchas veces va en contravía de lo previsto por el sistema político imperante y a veces incluso en contra de la lógica del mercado neoliberal. Esto implica una *judicialización* de los conflictos políticos, como quiera que las decisiones sobre derechos fundamentales representan al mismo tiempo decisiones sobre la estructura de

la sociedad; por tanto, la discusión sobre estos derechos tiene en gran medida implicaciones políticas¹¹². Esta situación ha sido aprovechada, en todos estos años, por la Corte Constitucional para poco a poco *autorrepresentarse* como ejecutora de los valores de libertad y justicia social incorporados en la Constitución, lo cual le ha permitido ganar protagonismo¹¹³ y legitimidad en el Estado¹¹⁴.

Esta nueva relación entre derechos fundamentales y juez constitucional significa un cambio esencial en relación con la Constitución anterior. Dicho cambio puede ser definido como una novel estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera conjunta al juez, a la administración y al legislador, el deber de protección y la responsabilidad de la realización material de los derechos fundamentales. En el sistema anterior, la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen por medio de sus sentencias de tutela¹¹⁵. Reitero, sin olvidar que el legislador frente a los derechos fundamentales tiene un ámbito de configuración para la fijación de fines (que no se refiere únicamente a la elección de los fines, sino también a la determinación de la medida de su realización), y para la elección de medios (idóneos)¹¹⁶ confiados a su discrecionalidad.

Como ya indicamos, la importación dada a la teoría de la doble dimensión (y la teoría de los principios) de los derechos fundamentales por la Corte Constitucional nos permite inferir que el contenido, el régimen jurídico y la protección no se agotan con los derechos subjetivos. De hecho, en ocasiones por la misma discrecionalidad que tiene en la selección de una o otra sentencia de tutela para su revisión, la Corte Consti-

tucional puede dirigir políticas o directrices fundamentales encaminadas a la exigencia o las expectativas de la colectividad, como por ejemplo, los reclusos o internos para proteger su vida y dignidad humana, los pensionados para defender su mínimo vital, los usuarios y los afiliados al seguro social y a las entidades prestadoras de salud para salvaguardar el derecho a la vida, y muchos otros casos.

Para constatar lo anterior, baste citar una de las innumerables decisiones en que la Corte Constitucional cumple con los mandatos de actuación o con el deber de protección que fija la dimensión objetiva; Sentencia T-596 de 1992, en su parte resolutoria: «Ordena al Ministerio de Justicia (Dirección General de Prisiones) que en el término improrrogable de dos meses adecúe y repare los dormitorios, baños, rejillas y disposición de basuras [...] Ordena que la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa, como también los Juzgados Primero y Segundo Penales del Circuito de Calarcá, se sirvan informar a esta Sala acerca del cumplimiento que haya tenido la orden del ordinal anterior, en el término de dos meses [...] y se previene a la Directora de la cárcel de “Peñas Blancas” para que, en ningún caso someta nuevamente a pena de calabozo a los prisioneros del establecimiento penitenciario, mientras las condiciones de higiene no sean compatibles con el concepto de dignidad humana [...], de tal manera que no se causen sufrimientos innecesarios a los internos»¹¹⁷.

De igual forma, en términos más claros, en la Sentencia SU-225 de 1998, señala que: «Aunque el juez, en principio, no está llamado a ser el primero en obligar al Estado a suministrar prestaciones de contenido económico o social a los marginados y discriminados [...], se pregunta la Corte si, en cambio, está autorizado para indicar cuán-

do una abstención estatal por su gravedad y consecuencias sobre la dignidad humana, se torna intolerable y deberá entonces sustituirse por una acción positiva en beneficio de este grupo de personas». Es decir, le corresponde a la Corte establecer unas pautas generales que se constituyen en mandatos de acción para los demás poderes públicos.

Otro ejemplo donde claramente vemos la realización de los deberes de protección de los derechos fundamentales, es la Sentencia T-194 de 1999¹¹⁸. En esta decisión la Corte Constitucional, en su afán de protección del medio ambiente, fija una serie de políticas generales para la protección objetiva del derecho involucrado, como son:

«Primero. Revocar parcialmente los fallos proferidos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 8 de septiembre de 1998 y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería el 3 de julio de 1998 y, en su lugar, tutelar los derechos de los afiliados a la Asociación de Productores para el Desarrollo Comunitario de la Ciénaga Grande de Lórica –ASPROCIG–, a la participación y a un medio ambiente sano; y confirmar la sentencia de segunda instancia, en cuanto negó el amparo de los derechos a la vida, la salud y el trabajo.

Segundo. Ordenar a los Personeros, Alcaldes y Concejales de Tierralta, Valencia, Montería, Cereté, Lórica, San Bernardo del Viento, Purísima, Chimá, San Pelayo, Ciénaga de Oro, San Carlos, Momil, San Antero y Moñitos, que procedan de inmediato a: 1) suspender toda obra de relleno y desecación de pantanos, lagunas, charcas, ciénagas y humedales en el territorio de esos municipios, *salvedad hecha de las que sean indispensables para el saneamiento*; 2) adelantar las actuaciones administrativas de su competencia e instaurar las acciones procedentes

para recuperar el dominio público sobre las áreas de terreno de los cuerpos de agua que fueron desecados y apropiados por particulares; 3) regular la manera en que se hará exigible en esos municipios cumplir con la función ecológica que le es inherente a la propiedad (art. 58 C.P.), establecer y cobrar las obligaciones que de tal función se desprendan para los particulares y entes públicos; y 4) revisar los planes y programas de desarrollo económico y social, para dar prioridad a las necesidades que se derivan de: a) el tratamiento y vertimiento de las aguas negras, b) la recolección y disposición de basuras, y c) la recuperación de los cuerpos de agua. Se ordenará también a la Gobernación del Departamento de Córdoba que proceda de igual forma, y coordine el cumplimiento de tales tareas por parte de los municipios mencionados, sometiéndose a las políticas del Ministerio del Medio Ambiente sobre la materia. El Gobernador informará sobre la manera en que se acaten estas órdenes al Tribunal Superior de Montería –juez de tutela en primera instancia–, a la Procuraduría y a la Contraloría Departamentales, a fin de que éstas ejerzan los controles debidos.

Tercero. Ordenar al Instituto Colombiano para la Reforma Agraria –INCORA–, que suspenda inmediatamente la política irregular de adjudicar como baldíos los terrenos públicos ubicados en las márgenes de las ciénagas de Córdoba, y las áreas que resulten del relleno de los humedales, lagunas, pozos, lagos o caños de la hoya del Sinú.

Cuarto. Ordenar a la Corporación Autónoma Regional de los Valles del Río Sinú y del San Jorge –cvs– y al Ministerio del Medio Ambiente que, en el marco de su participación en la prevención y mitigación del impacto de la hidroeléctrica, incluyan los estudios de factibilidad de un subprograma centrado en la formación de los pescad-

res para que éstos asuman las responsabilidades que les corresponden en la protección de la diversidad e integridad del ambiente y la consevación ecológica del medio en el que habitan y laboran, y para que puedan mejorar su nivel de vida con actividades de doble propósito como los zocriaderos de iguanas e hicoetas.

Quinto. Ordenar al Ministerio del Medio Ambiente, la Gobernación de Córdoba y la cvs que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, den cumplimiento al acuerdo por medio del cual esas entidades se comprometieron a ejecutar programas de limpieza de caños, empleando a los pescadores demandantes.

Sexto. Ordenar que el Ministerio del Medio Ambiente, el Ministerio de Minas y Energía, la Gobernación de Córdoba, la Empresa Multipropósito Urrá S. A., y los entes territoriales que recibirán regalías por la operación de la hidroeléctrica Urrá I, concurren a financiar la asesoría que requieran las comunidades afectadas con la obra en el ejercicio del derecho a la participación efectiva que les otorga la Constitución Política.

Séptimo. Advertir al Ministerio del Medio Ambiente que, dentro del marco general de lo decidido en la Sentencia T-652/98, deberá prestar especial atención al impacto previsible de las aguas del embalse Urrá I sobre las especies reofílicas de la cuenca, y sólo conceder la licencia para el llenado de la presa y funcionamiento de la hidroeléctrica, cuando se garantice la adopción de las medidas necesarias para que el aprovechamiento del agua en la producción de energía, no signifique la extinción del recurso ictiológico que aparece como gravemente amenazado.

Octavo. Comunicar esta providencia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería para los efectos previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991».

Es claro que la Constitución colombiana revivió la letra del texto fundamental, con lo cual el catálogo consagrado de derechos fundamentales constituye un *Código Cultural Fundamental*¹¹⁹ dinámico, que interactúa en la vida social, y que definitivamente hace imperiosa la mediación de un órgano catalizador, entre las necesidades y aspiraciones fundamentales y las normas jurídicas.

Ahora bien, no podemos entender esta protección integral de los derechos fundamentales como la posibilidad directa o autónoma de los individuos para reclamar la defensa de la faceta objetiva, pues las prerrogativas fundamentales tienen una unidad de contenido inescindible; por tanto es necesaria la vulneración del aspecto subjetivo para recabar la tutela del contenido objetivo¹²⁰. De tal suerte que sólo es posible, en la práctica, la protección (por medio de la acción de tutela) de la cualificación objetiva, cuando se resuelve el caso en concreto, originado por la transgresión de la potestad subjetiva¹²¹.

En efecto, los derechos fundamentales actúan de tal forma que los mismos se refieren tanto a posibilidades subjetivas de los individuos, como a principios que caracterizan al ordenamiento. Desde esta perspectiva, el doble contenido de estos derechos se relaciona *dialécticamente*¹²², esto es, al interpretar el juez y aplicar la norma iusfundamental al caso concreto no puede obviar los parámetros axiológicos de los derechos fundamentales, de ahí que se pueda, por medio de la pretensión jurídico-subjetiva, manifestar la lesión del deber de protección jurídico-objetiva¹²³.

En cualquier caso, las prerrogativas fundamentales son al mismo tiempo normas de principio y derechos de defensa. Este contenido normativo (recualificado) debe ser salvaguardado, bajo el entendido de que los contenidos normativos iusfundamentales son una unidad. De allí que todos los me-

dios procesales (acción de tutela, acción de constitucionalidad y demás) creados para la defensa de los derechos fundamentales pueden ser utilizados para proteger tanto el contenido jurídico-subjetivo, como el contenido jurídico-objetivo de las normas fundamentales. Esta protección de las dos vertientes iusfundamentales (subjetiva y objetiva) hace surgir el interrogante de qué justifica esta defensa objetiva.

Para nosotros, la respuesta es una: *la unidad de las prerrogativas fundamentales*. Esta unidad se constata en la práctica, puesto que la Corte Constitucional en sus sentencias de control de constitucionalidad, en algunos casos, protege la dimensión subjetiva y, así mismo, en la revisión de sentencias de tutela, que en ocasiones salvaguarda la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. También, con frecuencia vemos sentencias de tutela que fundamentan la protección del contenido subjetivo en decisiones de control de constitucionalidad. Con lo anterior se plantea claramente una de las manifestaciones de la unidad iusfundamental: *la relación procesal entre los contenidos objetivos y subjetivos*. Como vemos, la unidad del contenido de los derechos fundamentales flexibiliza la naturaleza de la acción de tutela y de la acción de constitucionalidad; se “*supone*” que la primera protege exclusivamente el contenido subjetivo, y la segunda, la faceta objetiva.

Otro aspecto donde se evidencia la unidad del contenido iusfundamental es la *relación material de las posiciones jurídicas fundamentales*. Desde nuestro punto de vista, los derechos fundamentales tienen un sólo objetivo: crear y mantener las condiciones elementales para asegurar la vida en libertad y la dignidad humana. Esto se logra exclusivamente cuando la libertad de la vida en sociedad es garantizada en igual medida que la libertad individual. Los dos, tanto la

libertad de la sociedad como la libertad del individuo, se encuentran inseparablemente relacionadas. Por tanto, ni la Corte Constitucional ni los demás *agentes constitucionales* pueden desconocer esta realidad de las prerrogativas fundamentales.

Es más, podemos concluir que existe una indivisibilidad natural entre las dos dimensiones, la cual permite que los medios procesales destinados a la protección subjetiva de los derechos fundamentales puedan, en algunos casos, ser también utilizados respecto al contenido fundamental jurídico-objetivo¹²⁴, incluida la acción de tutela¹²⁵. De hecho, la Constitución confía a la jurisdicción constitucional como tarea y cometido, desde su mismo preámbulo, la realización y la protección de los derechos fundamentales, sin que sea desestimada o excluida su faceta objetiva. Es por esto que a la Corte Constitucional le incumbe garantizar la vigencia de los mismos, en los procedimientos regulados para ello.

Por tanto, la unidad del contenido de los derechos fundamentales conduce a una significativa transformación de la estructura y dinámica de la Constitución. La dimensión objetiva suma al tradicional significado de las prerrogativas fundamentales, los deberes de protección (mandatos de acción) para los poderes públicos, la eficacia entre particulares y el efecto de irradiación o la expansión de los contenidos materiales iusfundamentales. En otros términos, los derechos fundamentales imponen mandatos generalizados, que se proyectan en todas las direcciones del sistema jurídico y se imponen en las relaciones de los sujetos jurídicos entre sí.

Sin embargo, reconocemos que la Corte Constitucional no ha establecido una línea jurisprudencial clara que resuelva este problema (de la unidad del contenido iusfundamental). Solo la práctica nos revela que

es posible que una pretensión subjetiva solicitada por medio de acción tutela puede proteger el contenido jurídico objetivo de los derechos fundamentales¹²⁶. Ello se debe en gran parte a la evolución de la función judicial, como lo manifiesta la Corte en su Sentencia T-153 de 1998: «El juez constitucional está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas [las personas privadas de su libertad], es decir de aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos. Por esta razón, la Corte Constitucional está llamada a actuar en ocasiones como la presente, llamando la atención sobre el *estado de cosas inconstitucional* que se presenta en el sistema penitenciario colombiano y que exige la toma de medidas por parte de las distintas ramas y órganos del poder, con miras a poner solución al estado de cosas que se advierte reina en las cárceles colombianas [...] Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia, los demandados en los procesos bajo estudio. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema» (itálicas fuera texto).

Así mismo, este papel protagónico que manifiesta la Corte Constitucional se evi-

dencia en la Sentencia C-037 de 1996: «... a la administración de justicia, cada vez se reclama con mayor ahínco una justicia seria, eficiente y eficaz en la que el juez abandone su papel estático, como simple observador y mediador dentro del tráfico jurídico, y se convierta en un partícipe más de las relaciones diarias de forma tal que sus fallos no sólo sean debidamente sustentados desde una perspectiva jurídica, sino que, además, respondan a un conocimiento real de las situaciones que le corresponde resolver.

«Las consideraciones precedentes implican, en últimas, una tarea que requiere, como consecuencia de haber sido nuestro país consagrado en la Carta Política como un Estado social de derecho, un mayor dinamismo judicial, pues sin lugar a dudas es el juez el primer llamado a hacer valer el imperio de la Constitución y de la ley en beneficio de quienes, con razones justificadas, reclaman su protección. Así, entonces, la justicia ha pasado de ser un servicio público más, a convertirse en una verdadera función pública, como bien la define el artículo 228 del Estatuto Fundamental. Significa lo anterior que tanto en cabeza de los más altos tribunales como en la de cada uno de los juzgados de la República, en todas las instancias, radica una responsabilidad similar, cual es la de hacer realidad los propósitos que inspira la Constitución en materia de justicia, y que se resumen en que el Estado debe asegurar su pronta y cumplida administración a todos los asociados; en otras palabras, que ésta no sea simple letra muerta sino una realidad viviente para todos».

No cabe duda de la nueva dinámica de la función del juez constitucional, la cual produce en la esfera política un impacto objetivo, que se manifiesta en el valor de sus decisiones, que se concreta en el carácter

vinculante de las sentencias de constitucionalidad en términos equiparables a la ley en sentido material¹²⁷ y en la fijación de directrices fundamentales objetivas¹²⁸ y de normas adscritas por medio de la revisión de la acción de tutela.

El asunto planteado, la presencia y la relevancia de la transformación del concepto de los derechos fundamentales y la evolución en las relaciones entre legislador y juez constitucional, se hace más claro cuando nos encontramos ante decisiones que se adoptan por la Corte Constitucional que declaran el «*estado de cosas inconstitucional*».

3. ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES

La acción de tutela, como señalamos anteriormente, constituye un medio procesal de defensa del contenido subjetivo de los derechos fundamentales, cuyo ámbito se restringe a las partes. Sin embargo, en circunstancias excepcionales¹²⁹, cuando las pretensiones de defensa de los derechos fundamentales se predicen de un conjunto muy amplio de personas, la acción de tutela puede proteger el contenido iusfundamental de estos derechos. En estas oportunidades, la Corte Constitucional, en sus inicios, recurre a dos instituciones de índole procesal que para el efecto son adecuadas: la acumulación de procesos y la reiteración de jurisprudencia¹³⁰. Pero, los señalados mecanismos no proceden sin que los interesados instauren la respectiva demanda.

No obstante esto, la Corte Constitucional, con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración¹³¹ de los derechos fundamentales que tienen un carácter general (en tanto que afectan a multitud de personas)¹³², y cuyas causas son de naturaleza estructural (esto es que, generalmente, la

causa de la vulneración no se origina de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades), crea la figura del *estado de cosas inconstitucionales*¹³³.

El estado de cosas contrario a la Constitución se explicó por la Sala Plena de la Corte Constitucional de la siguiente manera:

«... se pregunta la Corte si, desde ahora, de verificarse que el comportamiento omisivo indicado viola la Constitución Política, es posible que la Corporación, en razón de sus funciones, pueda emitir una orden a las autoridades públicas competentes, con el objeto de que a la mayor brevedad adopten las medidas conducentes a fin de eliminar los factores que inciden en generar un estado de cosas que resulta abiertamente inconstitucional. La Corte considera que debe responder de manera afirmativa este interrogante, por las siguientes razones:

(1) La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines (art. 113 C. P.). Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política.

(2) El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del

cual la Corte realiza su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos.

Ahora bien, si el estado de cosas que como tal no se compadece con la Constitución Política, tiene relación directa con la violación de derechos fundamentales, verificada en un proceso de tutela por parte de la Corte Constitucional, *a la notificación de la regularidad existente podrá acompañarse un requerimiento específico o genérico dirigido a las autoridades en el sentido de realizar una acción o de abstenerse de hacerlo*. En este evento, cabe entender que la notificación y el requerimiento conforman el repertorio de órdenes que puede librar la Corte, en sede de revisión, con el objeto de restablecer el orden fundamental quebrantado. La circunstancia de que el estado de cosas no solamente sirva de soporte causal de la lesión iusfundamental examinada, sino que, además, lo sea en relación con situaciones semejantes, no puede restringir el alcance del requerimiento que se formule» (itálicas fuera del texto)¹³⁴.

En consecuencia, los argumentos del juez constitucional para declarar el estado de cosas inconstitucionales son la observancia del principio de colaboración armónica entre los poderes públicos¹³⁵, por mandato del artículo 113 de la Constitución¹³⁶ y el cumplimiento del deber de velar por la vigencia de los derechos fundamentales de los asociados (como guardiana de la supremacía de la Constitución), lo cual significa para la Corte Constitucional, el deber de advertir a los órganos políticos¹³⁷ sobre la necesidad de tomar medidas encaminadas a superar la transgresión de las normas superiores y, además, el deber de ordenar la cesación de la quebrantamiento constitucional¹³⁸, cuando se presenta una violación sistemática y prolongada de los derechos fundamentales de múltiples personas. Y es dentro de este

contexto que adquiere importancia la calificación que judicialmente se haga de la existencia de un estado de cosas inconstitucional, puesto que ello *implica la necesidad de dar órdenes*¹³⁹ para que finalice ese estado de cosas inconstitucional.

Ahora bien, el ejemplo más notable que se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional es el hacinamiento y la insalubridad de las cárceles colombianas, que se caracterizan por las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión, la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos¹⁴⁰, y de allí se deduce una sistemática violación de un sinnúmero de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida y la integridad personal¹⁴¹, los derechos a la familia¹⁴², a la salud¹⁴³, al trabajo y a la presunción de inocencia, entre otros¹⁴⁴.

En la Sentencia T-153 de 1998 es palmario el papel político que asume la Corte Constitucional y su acción positiva frente a las prerrogativas fundamentales de los reclusos, posición que trasciende las fronteras de la faceta subjetiva. El juez constitucional, además de proteger al titular del derecho vulnerado, fija reglas generales iusfundamentales dirigidas en todas direcciones del sistema jurídico y advierte a los órganos políticos que tienen capacidad de decisión para que intervengan en la solución del estado de cosas inconstitucionales. En consecuencia, la decisión no sólo se limita a vincular al sujeto responsable de la vulneración de la posición jurídica fundamental, sino también impone el cumplimiento de una serie de directrices objetivas a distintas entidades estatales¹⁴⁵. En efecto, la Corte Constitucional, para el caso que estamos analizando, resuelve:

«Primero.- Ordenar que se notifique acerca de la existencia del estado de cosas inconstitucional en las prisiones al Presidente de la República; a los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes; a los presidentes de la Sala Penal de la Corte Suprema Justicia y de las Salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; al Fiscal General de la Nación; a los gobernadores y los alcaldes; a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales; y a los personeros municipales.

Segundo. - Revocar las sentencias proferidas por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, el día 16 de junio de 1997, y el Juzgado Cincuenta Penal Municipal de Bogotá, el día 21 de agosto de 1997, por medio de las cuales se denegaron las solicitudes de tutela interpuestas por MANUEL JOSÉ DUQUE ARCILA y JHON JAIRO HERNÁNDEZ y otros, respectivamente. En su lugar se concederá el amparo solicitado.

Tercero.- Ordenar al INPEC, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Departamento Nacional de Planeación elaborar, en un término de tres meses a partir de la notificación de esta sentencia, un plan de construcción y refacción carcelaria tendente a garantizar a los reclusos condiciones de vida dignas en los penales. La Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de Nación ejercerán supervigilancia sobre este punto. Además, con el objeto de poder financiar enteramente los gastos que demande la ejecución del plan de construcción y refacción carcelaria, el Gobierno deberá realizar de inmediato las diligencias necesarias para que en el presupuesto de la actual vigencia fiscal y de las sucesivas se incluyan las partidas requeridas. Igualmente, el Gobierno deberá adelantar los trámites requeridos a fin de que el mencio-

nado plan de construcción y refacción carcelaria y los gastos que demande su ejecución sean incorporados dentro del Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones.

Cuarto.- Ordenar al Ministerio de Justicia y del Derecho, al INPEC y al Departamento Nacional de Planeación, en cabeza de quien obre en cualquier tiempo como titular del Despacho o de la Dirección, la realización total del plan de construcción y refacción carcelaria en un término máximo de cuatro años, de conformidad con lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones.

Quinto.- Ordenar al INPEC y al Ministerio de Justicia y del Derecho la suspensión inmediata de la ejecución del contrato de remodelación de las celdas de la Cárcel Distrital Modelo de Santafé de Bogotá.

Sexto.- Ordenar al INPEC que, en un término máximo de tres meses, recluya en establecimientos especiales a los miembros de la Fuerza Pública que se encuentran privados de la libertad, con el objeto de garantizar su derecho a la vida y a la integridad personal.

Séptimo.- Ordenar al INPEC que, en un término máximo de cuatro años, separe completamente los internos sindicados de los condenados.

Octavo.- Ordenar a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que investigue la razón de la no asistencia de los jueces de penas y medidas de seguridad de Bogotá y Medellín a las cárceles Modelo y Bellavista.

Noveno.- Ordenar al INPEC, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Ministerio de Hacienda que tomen las medidas necesarias para solucionar las carencias de personal especializado en las prisiones y de la Guardia Penitenciaria.

Décimo.- Ordenar a los gobernadores y alcaldes, y a los presidentes de las Asam-

bleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales que tomen las medidas necesarias para cumplir con su obligación de crear y mantener centros de reclusión propios.

Undécimo.- Ordenar al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, y al Ministro de Justicia y del Derecho que, mientras se ejecutan las obras carcelarias ordenadas en esta sentencia, tomen las medidas necesarias para garantizar el orden público y el respeto de los derechos fundamentales de los internos en los establecimientos de reclusión del país»¹⁴⁶.

Desde esta perspectiva, la Corte Constitucional reconoce que dentro de su margen de acción se encuentra el cumplimiento de los deberes de protección de los derechos fundamentales¹⁴⁷. Y entiende, además, que estos deberes o mandatos de protección tienen el carácter de principios, con lo cual exigen una defensa lo más amplia posible con relación a las posibilidades fácticas y jurídicas¹⁴⁸. Esta función justifica, en parte, el protagonismo judicial (que en últimas, se debe en gran medida a su material de trabajo: *los derechos fundamentales*), ya que sus decisiones son normas iusfundamentales que vinculan (*dan órdenes*) a los demás poderes públicos. Ahora bien, lo anterior no significa, como lo señalamos anteriormente, que la Corte Constitucional tenga dentro de su margen de actuación la fijación de fines constitucionales o la determinación de la medida de su realización, y mucho menos, la elección de medios para el logro de estos fines, ya que este ámbito le corresponde al legislador.

En cualquier caso, para nosotros no cabe duda que se transforma la relación entre el legislador y el juez constitucional, así como se cambia el sistema de fuentes y el valor de las sentencias del juez constitucional, particularmente las decisiones de revisión

de tutela. Dado que la Corte Constitucional, cuando revisa las sentencias de tutela, evalúa un caso particular (asegura la protección del derecho en concreto del titular) y al mismo tiempo, realiza una determinada interpretación, que se completa con el proceso creativo (concretización), el cual incorpora una *subnorma* constitucional o norma adscrita.

Estas *subnormas* constitucionales, en algunos casos, diseñan y ponen en práctica políticas generales que orientan los comportamientos futuros de los demás poderes públicos. Por consiguiente, el juez constitucional no sólo interpreta y aplica, sino que también es creador de normas jurídicas. Ciertamente, esta nueva cualificación del juez constitucional se evidencia en la eficacia de sus sentencias, es decir, en el poder que tiene de transformar las mismas normas jurídicas, las relaciones sociales y de poder.

Hasta aquí, la mayoría de la doctrina no discutiría que la novel cualificación del juez constitucional sólo se entiende respecto de la función de control de constitucionalidad de las leyes (control que ha dotado de un auténtico poder normativo a la Corte Constitucional), la cual puede operar no sólo como legislador negativo, al resolver la inconstitucionalidad de una ley del Congreso, sino además como legislador positivo en las denominadas sentencias interpretativas por las que declara la constitucionalidad condicionada de un precepto legal, imponiendo o vedando una o varias de sus posibles interpretaciones e incluso manipulando el texto de la norma que enjuicia.

No obstante, nosotros entendemos que el *juez creador de derecho* también se presenta y se destaca cuando revisa las sentencias de tutela, situación que justificamos, entre otras cosas, con la superación de la polémica que enfrenta a las escuelas neopositivistas y

analíticas con las realistas. Es decir, la controversia suscitada en determinar qué fuente u órgano protagoniza la creación del derecho, en nuestra opinión, está superada. Esta disputa pierde vigencia debido a las funciones previstas por la Constitución a la Corte Constitucional, particularmente por la tarea que cumplió y cumple en la fase de transición de nuestro ordenamiento jurídico, esto es, en la adecuación y modernización del ordenamiento preexistente a la nueva Constitución, que se inspira en los principios del Estado democrático y social.

Hoy la respuesta a cómo se relaciona la ley con los fallos judiciales cambia, pues el protagonismo en el proceso creador del derecho es compartido entre el legislador y el juez constitucional, y un ejemplo evidente de este cambio, es la declaración de *estado de cosas inconstitucionales* por la Corte Constitucional. Este cambio jurídico-institucional tiene especial relevancia en el derecho de los estados constitucionales, y más específicamente en aquellos que cuentan con una jurisdicción constitucional, como es nuestro caso, donde la Constitución desarrolla una concepción normativa directa e *in integrum* del texto constitucional, y dispone instrumentos procesales que hacen posible su aplicación directa, los cuales dependen del órgano especializado.

En conclusión, el gran reto de la Corte Constitucional es la protección de los derechos fundamentales. Esta obligación positiva constituye un elemento esencial para la evolución progresista de los derechos fundamentales, pues hoy tales prerrogativas no gravitan en la emancipación de la injerencia del Estado; en la actualidad las libertades y derechos de los ciudadanos dependen mucho más de una serie de condiciones que no están a disposición del individuo. Es decir, el Estado tiene una tarea clara frente a los derechos fundamentales: su *procura*

existencial, es la tarea de promoción, protección y realización de estos derechos. Aquí, en nuestra opinión, juega un importante papel la Corte Constitucional. Así por ejemplo, la Corte estimó en Sentencia SU-640 de 1998: «La Constitución, con el objeto de imponer sus preceptos y de dar a éstos carácter normativo, ha confiado a la Corte Constitucional la guarda de su integridad y supremacía, labor que realiza específicamente a través de su función interpretativa, gracias a la cual se actualiza en cada momento histórico el correcto entendimiento de la Carta. Las sentencias de la Corte, por consiguiente, ofrecen a los demás órganos del Estado, y a los miembros de la comunidad en general, la visión dinámica de lo que la Constitución concretamente prescribe [...] Las sentencias de la Corte Constitucional, en este sentido, por ministerio de la propia Constitución, son fuentes obligatorias para discernir cabalmente su contenido. La interpretación de la Corte Constitucional, a diferencia de la jurisprudencia de los demás jueces, en cuanto desentraña el significado de la Constitución, no puede tener valor opcional o puramente ilustrativo, puesto que sirve de vehículo insustituible para que ella adquiera el *status* activo de norma de normas y como tal se constituya en el vértice y al mismo tiempo en el eje del entero ordenamiento jurídico. De otro lado, las tareas que cumple la Corte Constitucional son únicas, en cuanto que ningún otro órgano podría realizarlas. Frente a la interpretación de la Constitución plasmada en una sentencia de la Corte Constitucional no puede concurrir ninguna otra, ni siquiera la del Congreso de la República. Por el contrario, esta Corporación está llamada a revisar la congruencia constitucional de la actuación del último. A diferencia de lo que acontece con los demás órganos judiciales, las sentencias de

la Corte Constitucional tienen la virtualidad de desplazar la ley o incluso de excluirla del ordenamiento, cuando no la mantienen dentro de ciertas condiciones, todo en razón de su calidad de juez del Congreso».

Esta actitud sobreprotectora del juez constitucional no deja de ser polémica, pues en la mayoría de los casos choca con las competencias y los poderes de otros órganos del Estado. De hecho, es evidente que se presenta un problema que parece insuperable, consistente en: ¿cómo separar aquellos aspectos del margen de acción de la Corte Constitucional y del Legislador que se traslapan? Pero en definitiva, así la solución no esté a la vista¹⁴⁹, el punto de partida es que los derechos fundamentales, en la medida en que tienen el carácter de derechos protección del individuo frente al Estado (legislador, ejecutivo y jueces) son posiciones que, por definición, fundamentan deberes del Estado y limitan sus competencias¹⁵⁰.

Puestas así las cosas, el Estado colombiano, y particularmente su Constitución, se centran en la protección de la persona humana, lo cual exige que las posiciones jurídico fundamentales del individuo al interior de la sociedad sean reales; de esta manera, los derechos fundamentales adquieren un contenido objetivo, como principios materiales, caracterizados por una estructura normativa de regla/principio, con cláusulas generales de contenido indeterminado y semántica anfibológica, que se encuentran en constante expansión y redefinición. Ahora bien, la existencia de una nueva concepción del orden constitucional y de los derechos fundamentales no implica que los poderes públicos evadan su responsabilidad o pierdan sus funciones tradicionales; por el contrario, éstas acrecen de tal forma, que todos los órganos del Estado están obligados dentro de su margen de acción a reali-

zar en la mayor mediada posible los contenidos jurídicos fundamentales.

En efecto, el Estado constitucional colombiano ha exigido la renovación profunda de numerosas concepciones jurídicas, y una de ellas es la transformación de los derechos fundamentales, ya que en el sistema jurídico no se producen significados unívocos y estables. Es más, el rasgo más notorio del derecho público actual es la pérdida de las “*posiciones centrales*” y absolutas. Por tanto, para que los derechos fundamentales sirvan como criterios de acción o de juicio para la praxis el derecho constitucional, se debe encontrar una combinación que ya no se deriva de un dato indiscutible o de un *centro de ordenación*: la ley; sino que las prerrogativas fundamentales deben ser el puente entre los viejos y nuevos principios de las sociedades pluralistas (las sociedades dotadas con cierto grado de relativismo) y el contenido del texto constitucional, en general del derecho positivo.

JULIÁN TOLE MARTÍNEZ

Departamento de Derecho Constitucional
Universidad Externado de Colombia

1. PETER HÄBERLE. “El concepto de los derechos constitucionales”, en *Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Edición de José María Sauca, 1993, p. 94.

2. RUDOLF SMEND. *Verfassung und Verfassungsrecht*. Trad. española: *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1982, p. 170.

3. NÉSTOR IVÁN OSUNA PATIÑO. *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*, Temas de Derecho Público, n.º 37. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 28 a 34. Igualmente, para STERN los derechos fundamentales, en cuanto derechos subjetivos, garantizan un estatuto jurídico-constitucional frente al Estado. Los derechos que garantizan esta faceta iusfundamental son por una parte derechos reaccionales o derechos negativos, que otorgan protección frente a las intervenciones estatales, con lo cual compromete al Estado a abstenerse de intervenir. Otros constituyen derechos de protección o derechos positivos dirigidos a obtener

una determinada acción del Estado. (KLAUS STERN. “El sistema de derechos fundamentales en la Republica Federal Alemana”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 1 (septiembre-diciembre, 1988), p. 263.

4. HANS-PETER SCHNEIDER. “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”. *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, n.º 7 (enero-marzo, 1979), p.13. En consecuencia, la *teoría del status* de JELLINEK es adecuada para explicar el status fundamental jurídico constitucional del individuo garantizado por los derechos fundamentales, ya que el *status negativus* limita los derechos fundamentales principalmente a una posición de defensa del ciudadano, el cual está por su parte incorporado en el *status passivus subjectionis*, que comprende al individuo abstracto como titular de derechos o deberes. Así mismo, el Estado simultáneamente, como destinatario de los derechos de defensa, como poseedor de un poder, se autolimita a garantizar los derechos fundamentales.

5. KONRAD HESSE. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 9.ª ed. Karlsruhe, 1970, p. 109.

6. NÉSTOR IVÁN OSUNA PATIÑO. *Tutela y amparo: derechos protegidos. Estudio comparativo Colombia-España*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 86.

7. Los derechos fundamentales cuentan con un doble ámbito de significación, uno subjetivo, que reconoce y garantiza al individuo un estatus jurídico o la libertad, y por tanto se exige un ámbito de libertad en el cual se pueda realizar las prerrogativas que el derecho signifique; y otro objetivo, que considera que los derechos fundamentales son elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad política, es decir, se requiere un ámbito de actuación positiva del poder público, por la que el Estado se obliga a políticas serias de promoción de los derechos fundamentales (LUIS CASTILLO CÓRDOVA. “Principales consecuencias de la aplicación del principio de la doble dimensión de los Derechos Fundamentales”. *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 7 (2003), pp. 184 a 188). Así mismo, SOLOZÁBAL manifiesta que «Los derechos fundamentales reconocen facultades referentes a ámbitos vitales del individuo en su propia libertad, relaciones sociales o participación política, imprescindibles para su desarrollo como persona y derivados de su propia dignidad de tal...»

Pero los derechos fundamentales, además de esta

dimensión subjetiva, disponen de otra dimensión objetiva, ya que constituyen elementos así mismo esenciales del orden jurídico-político general». (JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHEVARRIA. "Algunas cuestiones básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales". *Revista de Estudios Políticos*, n.º 71 (Nueva Época, enero-marzo, 1991), p. 88.

8. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales es concepto iusfundamental al que muchos autores se refieren, pero pocos definen. Es por esto que tomamos el significado de los principios objetivos tal como lo entiende ALEXEY. Para este autor alemán, la faceta objetiva es el resultado de hacer una triple abstracción de la prerrogativa fundamental, que elimine completamente su contenido jurídico-subjetivo. En otras palabras, se debe excluir: A (titular del derecho), B (sujeto obligado Estado-particular) y C (la acción, situación o posición jurídica fundamental); del resultado de esta resta, se obtiene el contenido objetivo iusfundamental. No obstante, esta definición se queda corta, y por ello intentaremos definir la dimensión también como el "deber ser" que corresponde a los derechos fundamentales en conjunto y a cada uno de ellos en particular, esto es, son principios objetivos que imponen mandatos de actuación y deberes de protección a todos los destinatarios de la Constitución, autoridades públicas y particulares.

9. KLAUS STERN. "El sistema de derechos fundamentales en Alemania". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 1 (septiembre-diciembre, 1988), p. 265.

10. HANS-PETER SCHNEIDER. "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales...", cit., p. 23.

11. FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO. "La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales en la doctrina Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 39 (septiembre-diciembre, 1993), p. 207.

12. PETER HÄBERLE. *Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs 2 Grundgesetz*. Karlsruhe, 1962, p. 17. Cit. por SCHNEIDER. "Peculiaridad y función...", cit., p.27

13. SCHNEIDER. "Peculiaridad y función...", cit., p. 32.

14. ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. de JUAN LUIS REQUEJO e IGNACIO VILLAVEVERDE. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 95.

15. OSUNA PATIÑO. *Tutela y amparo: derechos protegidos*, cit., p. 77. En el mismo sentido SCHNEIDER sostiene que «el Estado de Derecho significa en sentido material, la seguridad de la libertad del indivi-

duo mediante un conjunto de derechos personales y reservas limitativas del Estado, los derechos fundamentales en sentido subjetivo son *derechos de defensa* frente al Estado, así como barreras y directrices para la actuación estatal: están llamados a asegurar la esfera de libertad del individuo frente a los ataques del poder público. Al mismo tiempo los derechos fundamentales ofrecen al ciudadano la posibilidad de acudir por vía judicial para defenderse de las limitaciones a su libertad derivadas de medidas estatales».

Pero el principio de Estado de Derecho no sólo fundamenta exigencias subjetivas, sino también normativiza en su contenido central el ordenamiento jurídico entero de la comunidad. Por ello, el Tribunal Constitucional Federal [en adelante *BVerfGE* 5, 85 (204 y ss.); 6, 32 (40 y ss.); 6, 55 (72); 7, 198(204 y ss.); 10, 59 (81); entre otras], ya ha destacado, en este sentido, que los derechos fundamentales no sólo son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, sino que, simultáneamente, son también *elementos del ordenamiento objetivo*, esto es, «normas jurídicas objetivas que forman parte de un "sistemema axiológico" que aspira a tener validez, como decisión jurídico-constitucional fundamental, para todo los sectores del derecho» (SCHNEIDER. "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales...", cit., pp. 23 y 24).

16. ALEXEI JULIO ESTRADA. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 66.

17. En palabras del Tribunal español «Los derechos fundamentales tienen un doble carácter. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derecho de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un estatus jurídico o la libertad en el ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto marco de convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho o el Estado Social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución». (Sentencia del Tribunal Constitucional Español [en adelante *STC*] 25/1981, de julio 14, fund. Jur. 5).

18. El Tribunal claramente reconoce la doble dimensión de los derechos fundamentales cuando afirma: «Los derechos fundamentales son componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son expresión jurídica

de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el artículo 10 de la Constitución, el fundamento del orden público y la paz social». (STC 53/1985, de abril 11, fund. Jur. 4).

19. Mediante un auto el Tribunal español describe las obligaciones positivas del poder público, el cual materializa de pronunciamientos anteriores del Tribunal, cuando ha hecho alusión a la doble dimensión de los derechos fundamentales, así por ejemplo en Sentencia 53/1985, concluye el Tribunal que: «la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aún cuando no exista un pretensión subjetiva por parte del ciudadano». (ATC 382/1996, de 18 de diciembre).

20. Para ALEXEI JULIO la dificultad de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales se manifiesta en la abundancia terminológica que utiliza el mismo juez constitucional para referirse a esta faceta. JULIO ESTRADA. Ob. cit., p.182. Así mismo, STERN señala esta ambigüedad de términos tales como principios rectores, directivas, máximas de organización y procedimiento, principios fundamentales valorativos y deberes fundamentales de comportamiento de los poderes estatales. STERN. “El sistema de derechos fundamentales...”, cit., p. 265.

21. *BVerfGE* 7, 198 (204), estas son algunas de las expresiones utilizadas en el caso *Lüth*.

22. *BVerfGE* 35, 79 (112).

23. *BVerfGE* 49, 89 (142), 77, 170 (214).

24. *BVerfGE* 49, 89 (142).

25. *BVerfGE* 81, 242(254).

26. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-596 de 1992.

27. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-544 de 1992 y T-403 de 1992; particularmente la Corte señala: «La República de Colombia se ha dado una nueva Constitución, la cual, entre otras innovaciones, estableció un sistema de valores fundamentales y principios materiales que informan, orientan y articulan el ordenamiento jurídico y en consecuencia cumplen una función interpretativa, crítica e integradora» (Sentencia T-421 de 1992).

28. Brevemente explicado, el efecto de irradiación de los derechos fundamentales supone que las normas de los derechos fundamentales no sólo contie-

nen derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado o frente a otro individuo, sino que representan al mismo tiempo, y más allá de este concepto inicial, una norma de principio, es decir un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico-constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia.

29. Sin duda, otra consecuencia principal de la faceta objetiva de los derechos fundamentales, es que atribuye una nueva función que se suma a la tradicional función negativa o de defensa contra el poder estatal, y es el *deber de protección*, lo cual exige un comportamiento positivo de los órganos estatales, lo que significa que las prerrogativas fundamentales se convierten en fundamentos de pretensiones para que el Estado suministre prestaciones en los ámbitos social, económico o cultural. Es más, para JARASS, de los derechos fundamentales se han deducido mandatos para la expedición de disposiciones organizativas y procedimentales que garanticen su cumplimiento. Así pues, dado que el Estado adquiere un papel activo en la protección de los derechos, se crea un sistema cada vez más completo de garantías, que hace cierta y eficaz la responsabilidad del poder público frente a posibles vulneraciones. De ahí, la existencia de la justicia constitucional y el establecimiento, en la mayoría de los regímenes constitucionales de un recurso de amparo o tutela judicial efectivo. (H. D. JARASS. “Baustenie einer umfassenden Grundrechtsdogmatik”, en *Archiv des öffentlichen Rechts*, t. 120, Cuaderno 2, (1995), pp. 346 y ss.

30. BÖCKENFÖRDE. *Escritos sobre derechos fundamentales...*, cit., p. 95.

31. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-587 de 1992.

32. JULIO ESTRADA. Ob. cit., p. 71.

33. PETER HÄBERLE. “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”. En: *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, 1993, n.º 1, p.150 y BÖCKENFÖRDE. *Escritos sobre derechos...*, cit., p. 104.

34. Este cambio de coordenadas que propician los derechos públicos subjetivos se desarrolla en un contexto político y jurídico poco proclive a los derechos fundamentales, que entiende que los derechos existen en la medida en que el legislador los creara y que privilegia la posición del Estado, puesto que frente a las autoridades públicas únicamente existían relaciones de sujeción.

35. C. F. GERBER. *Über öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1852. Trad. italiana, “Sui diritti pubblici”,

en la recopilación de escritos del autor bajo el título *Diritto Pubblico*. Milano: Giuffrè, 1971.

36. OSUNA. *Tutela y Amparo...*, cit., p. 240.

37. *Ibid.*, pp. 239 a 241.

38. GEORG JELLINEK. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2.^a ed. Tübingen, 1905. Tomado de OSUNA, *Tutela y Amparo: derechos protegidos*, cit., pp. 242 a 246.

39. *Ídem.*

40. GUSTAVO ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Trad. de MARINA GASCÓN. Madrid: Trotta, 1995, pp. 47 a 49. En el Estado de derecho se considera que el Estado es uno de los muchos sujetos disciplinados por el derecho, y es la ley la que determina la posición jurídica del estado respecto de los demás sujetos jurídicos, con lo cual nada, ni siquiera el Estado, está por encima de la ley. Por tanto, entre el Estado y los individuos se configuran relaciones jurídicas recíprocas reguladas por el derecho y controladas por los jueces.

41. PEDRO DE VEGA. "Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad. (El problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)". *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario de la Universidad de Murcia*, n.º 4, (1994), p. 41.

42. Los derechos fundamentales resplandecen con la Constitución de Bonn y con la labor del *BVerfGE*, donde al contenido tradicional de las prerrogativas fundamentales—derechos subjetivos— se suma la cualificación objetiva. Este cambio de dirección que atribuye una doble cualificación a los derechos fundamentales se debe particularmente al papel decisivo del Tribunal Constitucional en la protección, promoción y desarrollo de las prerrogativas fundamentales, pero más allá de esta contribución determinante, la transformación conceptual de los derechos constitucionales es fiel reflejo del recorrido histórico de estos derechos y de las constituciones de los estados de tradición jurídica romano-germánica a partir de la posguerra: en los estados de esta raigambre, se atribuía a las constituciones y proclamações de derechos fundamentales un valor esencialmente político, con lo cual se desconocía la posibilidad de que tales normas produjesen efectos jurídicos directos, es decir, eran normas que no derivaban para los ciudadanos prerrogativas judicialmente vinculantes. En resumen, este momento histórico estatal se caracterizaba por tener constituciones de *letra muerta*.

43. JULIO ESTRADA. *Ob. cit.*, pp. 66 y 67.

44. OSUNA PATIÑO. *Tutela y Amparo...*, cit., p. 83.

45. ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil...*, cit., p. 25.

46. ROBERT ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. E. GARZÓN VALADEZ. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 138 y ss.

47. Esta Teoría del contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales, que en su fase conceptual preparatoria fue desarrollada por KONRAD HESSE y por PETER HÄBERLE, Significa según HÄBERLE que estos derechos no son solamente derechos individuales subjetivos de cada uno y de los grupos, sino que protegen también relaciones objetivas. La visión unidimensional individuo/Estado es notoriamente insuficiente; los derechos fundamentales son y operan en el objetivo y transpersonal, por ejemplo, como fines estatales, mandatos constitucionales y principios para el desarrollo legislativo. (HÄBERLE. "Recientes Desarrollos sobre Derechos Fundamentales..." , cit., pp. 153 y 154).

48. *BVerfGE* 7, 198 (204), del 15 de enero de 1958. En este caso el demandante (el señor LÜTH) quien era presidente de la asociación de prensa de Hamburgo, en diversas ocasiones en el año de 1950 habló por radio y en la prensa en contra del director de cine HARLAND, quien en años atrás había dirigido la película *Judía Dulce*, filme que hacia propaganda antijudía. Igualmente HARLAND dirigió otra película antisemita llamada *Los amantes inmorales*.

LÜTH hizo una campaña para que el público boicoteara la película, situación por la cual se vio demandado por HARLAND, para que le indemnizara los perjuicios causados. En primera instancia, el Landgericht de Hamburgo señaló que las expresiones del periodista contradecían el Código Civil (*BGB*), en cuanto esta conducta (invitar al boicot) iban en contra de las buenas costumbres.

En segunda instancia se confirmó el fallo. Finalmente, en el proceso de amparo, entre los fundamentos más importantes se dijo que los derechos fundamentales no son sólo derechos de defensa sino normas objetivas de principio, y particularmente se trató el efecto de irradiación o fuerza expansiva de las prerrogativas fundamentales, argumentos de que se valió el *BVerfGE* para amparar los derechos de LÜTH.

49. *Ídem.*

50. Artículo 1.º Ley Fundamental:

«1. La dignidad del Hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección.

2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia del mundo.

3. *Los Derechos Fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los Tribunales a título de derechos directamente aplicables*» (itálicas fuera del texto).

51. *BVerfGE* 7, 198 (204), pp. 205 y ss., fallo *Lüth*, en el cual el Tribunal Constitucional considera que el «sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana [...] y en la dignidad, debe regir en todos los ámbitos del derecho como decisión constitucional fundamental».

52. En otras palabras, sin abandonar la teoría liberal, que concibe a las potestades fundamentales como derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, el Tribunal Federal alemán suma la faceta objetiva, es decir, que no cambia el contenido sino que lo amplía, pues proclama que la naturaleza de todo el conjunto de los derechos fundamentales se presenta como un orden objetivo axiológico y como un sistema de valores, que exige la aplicación en todos los ámbitos del derecho, y además, los derechos fundamentales en particular se interpretan como normas de principios jurídico-objetivas.

53. BÖCKENFÖRDE. *Escritos sobre derechos fundamentales...*, cit., pp. 104 a 112.

54. Su primer paso fue el 17 de enero de 1957 con sentencia del *BVerfGE* 6, 55 (72), donde el Tribunal afirmó que el artículo 6.1 de la GG encargaba no sólo una libertad clásica, sino «que al mismo tiempo y más allá de esta concepción inicial, representar una norma de principio [...], es decir, una decisión jurídica valorativa que vincula todo el conjunto del derecho público y privado al matrimonio y a la familia»; pero fue el fallo *Lüth* del 15 de enero de 1958, sentencia *BVerfGE* 7, 198 (204), donde se desarrolla plenamente esta nueva cualificación de los derechos fundamentales.

55. Estos tipos de acciones negativas son explicadas por el autor por medios de ejemplos. El primer tipo, el derecho a que el Estado no impida u obstaculice *acciones del titular*, se puede ilustrar utilizando el derecho a la libertad de locomoción o movimiento. Un impedimento de la acción del titular de esta libertad por parte del Estado se presenta cuando este último crea circunstancias que hacen en la práctica o jurídicamente imposible para el titular la realización de la acción, más claramente, cuando el Estado impide el desplazamiento del titular (la acción) al detenerlo sin ninguna justificación legal. Por otro lado, el Estado debe abstenerse o evitar afectar *situaciones del titular*, así por ejemplo, frente al derecho a la inviolabilidad del domicilio, esta situación o propiedad del titular se afecta cuando el Estado sin

orden previa de autoridad competente, sin ningún motivo legítimo, irrumpe en el domicilio del titular. Y finalmente, el derecho a la no eliminación de posiciones jurídicas del titular, se cumple frente al derecho a la propiedad, cuando el Estado *expropia al titular* de su derecho, por causa de guerra, por decisión administrativa o por mandato judicial. (ALEXY. Ob. cit., p. 189).

56. BÖCKENFÖRDE. *Escritos sobre derechos fundamentales...*, cit., pp. 107 a 110.

57. *Ibíd.*, p. 115.

58. ALEXY. Ob. cit., p. 86.

59. BÖCKENFÖRDE. *Escritos...*, cit., pp. 114 y 115.

60. HÄBERLE. *El concepto de los derechos...*, cit., p. 104.

61. BÖCKENFÖRDE. *Escritos sobre derechos...*, cit. y ALEXY. Ob. cit.

62. A propósito de la eficacia horizontal, para STARCK los derechos fundamentales son «la respuesta específica del Derecho Constitucional a la experiencia histórica de que el poder público tiende a lesionar la libertad de los ciudadanos. Sin embargo, no hay sólo problemas de la libertad y de igualdad en la relación entre ciudadanos y el Estado, sino también de los ciudadanos entre sí [...] La imagen del hombre expresada en la Ley Fundamental no es sólo fundamento de los derechos fundamentales en la relación Estado-ciudadano, sino también la base para la construcción del Derecho Civil». CHRISTIAN STARCK. “Derechos Fundamentales y Derecho Privado”. Trad. de MARÍA J. ROCA. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 66 (septiembre-diciembre, 2002), pp. 75 y ss.

63. BÖCKENFÖRDE. *Escritos sobre derechos...*, cit., p. 126.

64. ALEXY. Ob. cit., pp. 524 y 525.

65. KONRAD HESSE. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995, p. 59.

66. Así por ejemplo, el ejecutivo tiene la obligación frente al derecho a la educación, de no eliminar posiciones jurídicas iusfundamentales (la obligación del director de un colegio público A, de no impedir la entrada al salón de clases del estudiante B por llevar el pelo largo), ni afectar situaciones iusfundamentales (la Universidad pública X que obliga a la estudiante Y a recibir y adoptar las filosofías marxistas), ni impedir u obstaculizar acciones iusfundamentales (la directora del colegio Distrital W que no admite a la estudiante Z porque sólo recibe hijos de profesores en la institución) del titular con sus acciones u omisiones (derecho de defensa). Y al mismo tiempo, el ejecutivo asegura

acciones positivas (deberes de protección objetivos); siguiendo nuestro ejemplo, la administración debe realizar aportes fácticos al derecho a la educación, esto es, procurar la existencia de una pluralidad de centros de enseñanza, diferentes en cuanto metodología e ideología, instituciones educativas de naturaleza privada y pública, etc.

67. GIANCARLO ROLLA. *El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo*. Ponencia para el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, Universidad Autónoma de México (UNAM), 2002, pp. 11 y ss. Lo cierto es que, este efecto de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales origina una consecuencia ineludible para juez en el Estado constitucional, quien al interpretar y aplicar las prescripciones del derecho debe tener en cuenta esta omnipresencia o validez universal de los derechos fundamentales. De hecho, es más clara esta situación en el nuevo papel que cumple el juez constitucional de concretización, ya que asume una función *jurídico-creativa*, que supone estar un paso más cerca del llamado *juez creador de derecho*.

68. *Ibíd.*, pp. 126 y ss.

69. BÖCKENFÖRDE. *Escritos...*, cit., p. 111.

70. Un ejemplo de esta situación es el papel de la Corte Constitucional colombiana, pues ella es quien en mayor medida ha concretizado el contenido (abierto e indeterminado) de las normas de principio, función que cumple con medidas que aquí determinamos *resbaladizas*, es decir, la Corte Constitucional en su aspiración de garantizar y proteger los derechos fundamentales, cuanto más fuertemente vea afectada la prerrogativa fundamental por la actuación o decisión del órgano público, más intensamente actuarán sus herramientas de control.

71. FELIX ERMACORA. *Menschenrechte in der sich Wandelnden Welt*, t. II. Wien: Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, 1983, pp. 31 y ss. Citado por CÉSAR LANDA. "Teoría de los derechos fundamentales". *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 6 (enero-junio, 2002), p. 71.

72. CÉSAR LANDA. "Teoría de los derechos fundamentales", cit., p. 71.

73. Efectivamente, la solución a este problema no se encuentra en una mejor configuración de la acción de tutela, ni en una jurisprudencia más cuidadosa de los derechos y las libertades de los ciudadanos. Es decir, la Corte Constitucional puede incidir de manera favorable en la realidad social y política de la sociedad colombiana (incidencia que proviene de la

capacidad que tienen las decisiones de revisión de tutelas o de control de constitucionalidad de ordenar de manera coercitiva algunos comportamientos positivos para la protección de los derechos fundamentales). Pero esto no es suficiente para cumplir con lo que las libertades fundamentales y la dignidad de los colombianos requieren y reclaman, pues mucho más que la creación de una institución procesal y de un órgano especializado, que ha dado lo mejor que podía esperarse de ellos en un panorama nada propicio para el crecimiento de la libertad, lo que los colombianos exigen es la realización y protección efectiva de sus derechos. (NÉSTOR IVÁN OSUNA PATIÑO. "Cinco reflexiones sobre la acción de tutela, para conmemorar el décimo aniversario de la Constitución", en, *Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Memorias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 407-422).

74. *Ídem.*

75. Además, la importancia de la Corte Constitucional se debe a las funciones, la naturaleza jurídica y el prestigio institucional de estos doce años de vida constitucional, que la convierte en la institución protagonista del constitucionalismo colombiano, como quiera que el discurso de los derechos fundamentales plasmado en la Constitución ha sido puesto en marcha por el juez constitucional de manera generosa y progresista, y también porque la difusión de ese discurso ha hecho posible su apropiación política por parte de todos los sectores sociales, a diferencia de lo que ocurría anteriormente cuando las prerrogativas fundamentales se quedaban en *letra muerta*.

76. BÖCKENFÖRDE. *Ob. cit.*, p. 95.

77. *Ídem.*

78. Precisamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha entendido que los derechos fundamentales son bienes jurídicos de insuperable sensibilidad social y el pilar del Estado social de derecho, que no limitan su contenido a la relación subjetiva, y se percata que en la actualidad las libertades fundamentales están inmersas en todos los ámbitos del Estado constitucional. De tal forma, la Corte revela un número significativo de decisiones en las que trata un problema nada sencillo del sistema de garantías judiciales de los derechos fundamentales, tal como ¿quién o quiénes protegen la dimensión objetiva de los derechos fundamentales? Estas decisiones rompen con la concepción tradicional, que define la actividad judicial como instrumento exclusivo para la solución del caso particular y que excluye la posibilidad de producir efectos más allá del cumpli-

miento obligatorio del fallo para quienes fueron parte en el proceso.

79. Esta dimensión no resulta exclusivamente de la protección vía control de constitucionalidad de los actos del poder, cualquiera que sea su naturaleza o rango que los lesionen, sino también de la necesidad de interpretar los preceptos legales a la luz de la normas constitucionales, especialmente de aquellos que proclaman y consagran los derechos fundamentales, y de la introducción de un deber general para todos los poderes públicos de protección, garantía y promoción de los mismos, como lo afirma el profesor FERNÁNDEZ SEGADO. “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 39 (septiembre-diciembre 1993), pp. 207 ss.

80. En esta óptica, resulta atípico el papel asumido por la Corte Constitucional, particularmente cuando conoce la revisión de una acción de tutela, puesto que realiza una labor activa de interpretación iusfundamental, de tal forma que se ha arrogado el deber positivo de proteger y mantener las condiciones de vida digna y de contribuir a la realización efectiva de los derechos fundamentales, no sólo con efectos para el caso en concreto, sino que ha fijado directrices de actuación para los demás poderes públicos.

81. En Colombia la labor de concretización de los derechos fundamentales ha corrido *casi por entero* por cuenta de la Corte Constitucional, de tal suerte que la transformación conceptual de los derechos fundamentales se debe en gran parte a este intérprete del texto constitucional y a la garantía constitucional de la acción de tutela, dos pilares que han provocado una revolución cultural iusfundamental al interior de la sociedad colombiana y que han permitido, no tanto como resolver, pero sí disminuir los efectos del problema más difícil de los derechos fundamentales: la protección efectiva.

82. El papel del juez constitucional como intérprete y garante de los derechos fundamentales se ha fortalecido en el actuar estatal, puesto que puede controlar la actividad de los demás poderes públicos, y cambia su posición dentro del tradicional sistema de tridivisión de poderes. La Corte Constitucional, al igual que los tribunales constitucionales de otros orbes, ha entendido que los derechos fundamentales son un «sistema de valores fundamentales y principios materiales que informan, orientan y articulan el ordenamiento jurídico y en consecuencia cumplen una función interpretativa, crítica e integradora» (Sentencias T-403 de 1992 y T-421 de 1992); de esta manera el legislador, el ejecutivo y la jurisdicción

reciben de los derechos fundamentales mandatos de actuación, por lo cual la actividad de ningún órgano estatal puede escapar a su influencia.

83. La labor interpretativa del juez se evidencia precisamente en el campo de la aplicación de los derechos fundamentales. Particularmente, porque al juez de tutela le corresponde llevar la justicia a los hechos, dentro de los parámetros determinados en la Constitución; de esta manera, le da dinamismo al derecho y busca plasmar en cada fallo el consenso de la sociedad frente al ordenamiento jurídico; es quien debe desentrañar el contenido material de los derechos fundamentales y procurar su eficacia. Corte Constitucional. Sentencia T-124 de 1993.

84. El contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales significa que no son sólo derechos que persiguen la abstención, sino que pretenden la actuación y la protección de estos contenidos. BÖCKENFÖRDE. *Escritos...*, cit., pp. 114 y 115.

85. El derecho a protección es la prerrogativa constitucional que obliga al Estado a organizar y realizar acciones positivas fácticas o del orden jurídico. (ALEXY. Ob. cit., pp. 435 y 436.

86. JULIO ESTRADA. Ob. cit., pp.74 y 75.

87. ALEXY. Ob. cit., p. 440. Igualmente, SIECKMANN señala que los principios presentan un objeto de optimización, lo cual puede ser realizado en un grado máximo, según las posibilidades fácticas y jurídicas. Por esto los principios son gradualmente realizables. J.-R. SIECKMANN. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos, 1990, pp. 140 y ss..

88. JULIO ESTRADA. Ob. cit., pp.192 y 193.

89. Son innumerables las sentencias de la Corte Constitucional que desarrollan el deber de protección. Un ejemplo, es su decisión sobre la constitucionalidad de la penalización del homicidio por piedad manifiesta que «[l]a Constitución no sólo protege la vida como un derecho (art. 11) sino que además la incorpora como un valor del ordenamiento, que implica competencias de intervención, e incluso deberes, para el Estado y para los particulares [...] La Carta no es neutra frente al valor vida sino que es un ordenamiento claramente en favor de él, opción política que tiene implicaciones, ya que comporta efectivamente un deber del Estado de proteger la vida». (Sentencia C-239 de 1997). Igualmente, el *BVerfGE*, en la sentencia sobre la interrupción del embarazo, entiende que el contenido jurídico-objetivo del derecho a la vida exige que «el deber de protección del Estado sea general. No sólo prohíbe (evidentemente) intervenciones estatales directas en la vida que se está gestando,

sino que obliga también al Estado a situarse ante esta vida en términos de protección y promoción, es decir, a protegerla frente a ataques antijurídicos por parte de otros» (*BVerfGE* 39, 1 (42)).

90. ALEXY. Ob. cit., p. 436.

91. Para ALEXY los principios «son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como consecuencia, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la media ordenada en que deben cumplirse, no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los por los principios que juegan en sentido contrario» (ROBERT ALEXY. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Trad. del alemán de CARLOS BERNAL PULIDO. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho n.º 28, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 95.

92. BÖCKENFÖRDE. *Escritos...*, cit., p. 128.

93. La estructura de la norma fundamental es de *normas de fattispecie abierta* (con supuesto de hecho abierto), que comprenden además de su contenido concreto, todas las posibilidades de “derechos”, que se proponen en el horizonte de la acción humana. El supuesto de hecho abierto determina que los derechos fundamentales estén en constante expansión y que el juez constitucional esté en permanente concreción.

94. Éste es el espacio más importante para el juez constitucional, que al concretizar los derechos fundamentales como principios tienen una única regla formal y es la “optimización”, regla que es susceptible de aplicación solamente en la práctica, cuando el órgano judicial está frente al caso en concreto, teniendo en cuenta sus posibilidades reales y jurídicas.

95. Críticas hechas por CARL SCHMITT. *Die Tyrannei der Werte*, 1967, pp. 60 y ss.; ERNST FORSTHOFF. *Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre*, 1968, p. 185 y ss.; ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. de JUAN LUIS REQUEJO e IGNACIO VILLAVERDE. Baden-Baden: Nomos, 1993, entre otros.

96. HANS KELSEN. “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”. *VVDStRL*, 5, 1929, pp. 53 y ss. (Cit. por ALEXY. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales...*, cit., p. 40).

97. *Ibid.*, p. 70.

98. SANDRA MORELLI RICO. *La Corte Constitucio-*

nal, ¿Un legislador complementario? Temas de Derecho Público, n.º 45, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1997, p. 10.

99. JULIO ESTRADA. Ob. cit., p. 306.

100. SMEND. *Teoría de la Constitución*, cit., p. 264.

101. E. W. BÖCKENFÖRDE. “Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”, en *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt, 1991, pp. 190 a 198.

102. El concepto de marco lo precisa ALEXY, como aquello que está ordenado y permitido por la Constitución, sumado al margen de acción que se confía a la discrecionalidad del Legislador –en general cualquier poder público–. (ROBERT ALEXY. “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 66, (septiembre-diciembre, 2002), p. 18 y ss. (trad. del alemán de CARLOS BERNAL PULIDO).

103. BÖCKENFÖRDE, *Escritos...*, cit.

104. NORBERTO BOBBIO. “L’illusion du fondement absolu”, en AA. VV. *Les fondements des droit de L’homme*. En: *Actes des entretiens de L’Aquila, 14-19 septembre 1964*, Firenze: Institut International de Philosophie, la Nuova Italia, 1966, pp. 5 y ss. Hay traducción española, “El fundamento de los derechos del hombre”, en ÁNGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE. *Textos y documentos sobre derecho natural*, 2.ª ed. Madrid: Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1974, pp. 337 y ss. “Presente y porvenir de los derechos humanos”, 1961, pp. 7 y ss. Estos dos textos se encuentran recopilados en el libro del mismo autor: *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Gedisa, 1982, pp. 117 y 129 y ss.

105. BOBBIO. “Presente y porvenir de los derechos humanos...”, cit., p. 9.

106. Esta institución procesal que inicia su peregrinar constitucional en el seno de la Asamblea Constituyente con el proyecto presentado por el gobierno nacional, quien importó la figura española del proceso de Amparo, y propuso la creación de un recurso ante la Corte Constitucional que tenía como finalidad, además de dar solución al caso concreto, unificar la jurisprudencia y fijar principios de interpretación de los derechos fundamentales vinculantes. Por otro lado, el partido político Movimiento de Salvación Nacional presentó un proyecto que denominaba a la institución *acción de tutela*, con un procedimiento similar al *habeas corpus*, residual, ágil, de fácil acceso, informal, y con una revisión ante lo contencioso administrativo, que sin embargo no

incluía la creación de una Corte especializada; era un mecanismo simplemente cautelar. Un último elemento que terminó refundiéndose en la acción de tutela, y se hizo parte de su regulación, fue el *certiorari* norteamericano, del cual se tomó la potestad de la Corte Constitucional de seleccionar discrecionalmente, sin petición de parte, los casos que se someten a su revisión. (OSUNA PATIÑO. *Cinco reflexiones...*, cit., pp. 5 y 6). Además, de la experiencia renovadora constitucional de 1991, tal vez la incidencia más significativa es la creación de una nueva cultura jurídica en materia de protección de derechos fundamentales. Y ciertamente, la introducción de la acción de tutela es uno de los resultados más fructíferos de la Carta constitucional, ya que se establece la posibilidad de que los jueces protejan las prerrogativas fundamentales en eventos que hasta el momento no eran objeto de preocupación judicial. (NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. “La acción de tutela y los medios judiciales ordinarios de defensa de los derechos”, en *vii Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002, p. 3).

107. Las normas adscritas son aquellas elaboradas por la jurisdicción constitucional, asimiladas por ALEXY, a la noción de normas de derecho fundamental. JUAN CARLOS UTRERA GARCÍA. “Apuntes sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy”. *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, n.º 4 (enero-junio, 1995), p. 358.

108. Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992.

109. «La textura abierta de los textos constitucionales que consagran principios y valores, determina un margen amplio de apreciación judicial. Esta libertad en la interpretación es considerada una de las condiciones para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. Se parte aquí del postulado —ya previsto por ARISTÓTELES en su *Ética a Nicómaco*— según el cual, los meros conceptos legales, en ocasiones, resultan insuficientes para el logro de la justicia real y efectiva». Corte Constitucional. Sentencia T-230 de 1994.

110. El juez constitucional sí legisla, y no sólo como legislador negativo, como lo considera un vasto sector de la doctrina, pues las sentencias de constitucionalidad tienen el mismo efecto que el de la norma objeto de juzgamiento, y esto forzosamente hace reconocer su misma jerarquía dentro del sistema de fuentes del derecho (MORELLI RICO. Ob. cit., pp. 9 y ss). Igualmente, ROLLA afirma que «el Tribunal Constitucional no es sólo un juez, sino también un creador de normas jurídicas. Este resultado se ha

conseguido conjugando dos caracteres fundamentales y típicos de las decisiones constitucionales: por una parte, su naturaleza de cosa juzgada con eficiencia *erga omnes*; y por otra parte, la adopción de una gama de tipologías de decisiones en las que la declaración de inconstitucionalidad permite la introducción en el ordenamiento de nuevas normas extraídas de la misma disposición». (ROLLA. “El papel de la justicia...”, cit., p. 4).

111. La CORTE CONSTITUCIONAL en Sentencia T-406 de 1992, considera que «la doctrina de la separación de poderes ha variado sustancialmente en relación con la formulación inicial. Aquello que en un principio tenía como punto esencial la separación de los órganos, cada uno de ellos depositario de funciones bien delimitadas, ha pasado a ser, en la democracia constitucional actual, una separación de ámbitos funcionales dotados de un control activo entre ellos. Lo dicho está en acuerdo, además, con una interpretación contemporánea de la separación de los poderes, a partir de la cual el juez pueda convertirse en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que este, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, adopte las responsabilidades de desarrollo legal que le corresponden y expida las normas del caso. Este contrapeso de poderes, que emergen de la dinámica institucional, es la mejor garantía de la protección efectiva de los derechos de los asociados».

112. ALEXY. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales...*, cit., p. 35.

113. El protagonismo judicial no puede confundirse con *judicial activism*, el cual es de aplicación en la cultura jurídica norteamericana para describir el comportamiento de los jueces adscribiéndolos a una serie de principios y valores fundamentales en los que se encuentra sus límites y justificación. (C. WOLFE. *Judicial Activism*. Pacific Grove, Brooks/Cole, 1991). El llamado protagonismo judicial significa un tipo de comportamiento de los jueces quienes, sin apartarse del marco del Estado de Derecho han asumido una rol particular a causa de ciertas falencias que se producen en el sistema político. (ROBERTO BERGALLI. “Protagonismo judicial y representación política”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía y Derecho*, n.º 15, vol. I (1994), p. 424.

114. Así pues, existe una nueva estrategia para lograr la efectividad de los derechos fundamentales: la interpretación coherente entre los nuevos preceptos constitucionales y nuevos valores y principios culturales, que están asegurados por la Corte Constitucional.

115. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992. Además, BÖCKENFÖRDE sostiene que el descubrimiento de las normas objetivas de principio y las decisiones axiológicas que tienen validez en todos los ámbitos del derecho (que imponen mandatos de actuación y deberes de protección a todas las autoridades del Estado), adquieren significado general mediante la jurisprudencia de los tribunales constitucionales (BÖCKENFÖRDE. *Escritos sobre derechos...*, cit., p. 106).

116. ALEXY. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales...*, cit., pp. 60 y 61.

117. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-596 de 1992.

118. La Defensoría del Pueblo instauró acción de tutela en nombre y representación de los afiliados a la Asociación de Productores para el Desarrollo Comunitario de la Ciénaga Grande de Lórica (ASPROCIG), debido a que el desaparecido Inderena otorgó licencia ambiental (Resolución n.º 0243 de 1993) a la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica –Corelca–, para la construcción de las obras civiles del proyecto hidroeléctrico Urrá I. Debido a ésta construcción se afectó de manera muy significativa el recurso íctico de la cuenca del Sinú, resultando perjudicadas unas cuatrocientas (400) comunidades rurales de campesinos y pescadores, con una población estimada de 300.000 personas, que se hallan en condiciones socioeconómicas precarias, y dependen de la pesca para subsistir. Sin embargo, las entidades responsables no adelantaron los estudios de impacto social y económico de este proyecto sobre los pescadores y campesinos del Bajo Sinú, ni adoptaron las consecuentes medidas de compensación y mitigación. La primera instancia negó la tutela de ASPROCIG por contar con otros mecanismos para el resarcimiento de perjuicios y por no encontrar probado el hecho que la disminución de la pesca hubiera afectado la supervivencia de los pescadores. En segunda instancia se confirmó el fallo impugnado.

119. El Código Cultural está integrado por vivencias o realidades fundamentales de las sociedades plurales contemporáneas. HÄBERLE. Ob. cit., pp. 102 y ss.

120. Además, la preferencia y naturaleza de la acción de tutela es por la faceta subjetiva, ya que esta institución procesal es la garantía especial que tiene el individuo para el restablecimiento de sus derechos fundamentales cuando éstos han sido vulnerados por el Estado o por particulares.

121. En consecuencia, el aspecto objetivo de los derechos fundamentales puede ser objeto de la pre-

tensión jurídico-subjetiva; así por ejemplo, la protección de la libertad de profesión u oficio, desde el punto de vista del contenido jurídico-subjetivo del derecho, no se deriva solamente de tutelar la lesión del conjunto de ventajas o prerrogativas subjetivas que le son propias (la libertad del individuo de escoger libremente su oficio o profesión, de ejercer libremente la ocupación, arte u oficio o que no exija una formación académica especial), sino que adicionalmente, al juicio de carácter bilateral, se establece el principio objetivo de libertad de profesión u oficio, que incluye, además, el compromiso del Estado con la idea del oficio o profesión libre, es decir, los poderes públicos tienen el mandato de desarrollar y colaborar en la realización del principio de la libertad de oficio o profesión: se obliga a organizar su acción en ese sentido, es decir, a proteger y promover la libertad de oficio, para evitar un desmejoramiento de esta libertad.

122. ROLLA. *Derechos Fundamentales, Estado Democrático y Justicia Constitucional*. Serie Ensayos Jurídicos, n.º 7. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 150 ss.

123. BÖCKENFÖRDE. *Escritos...*, cit., pp. 119 a 121.

124. *Ibid.*, p. 117.

125. Sin que esto signifique que la protección del contenido objetivo constituya el fin principal de la acción tutela, pues es indiscutible que esta garantía nace para reivindicar los derechos y las libertades de los ciudadanos frente a acciones u omisiones del Estado.

126. En la práctica la Corte Constitucional ha objetivado la acción de tutela; así por ejemplo en Sentencia T-068 de 1998, señala que «la situación presentada en la entidad demandada produce un estado de cosas inconstitucional, lo cual no sólo afecta derechos individuales tendientes a viabilizar las pretensiones, a través de tutela, sino también afecta a todo el aparato jurisdiccional que se congestiona y lo afecta en la efectividad del cumplimiento oportuno de sus obligaciones [...] Por lo tanto, el juez constitucional no puede ser indiferente a la situación irregular que se presenta, pues todas las entidades del Estado, lo que incluye a la Caja Nacional de Previsión, son instrumentos al servicio de la comunidad y se instituyen no como fin en sí mismas sino como medio para cumplir con los fines del Estado. Por consiguiente, si una entidad incumple parte de los objetivos para lo que se creó se le impone la necesidad de adecuar su estructura institucional a las nuevas exigencias de la Constitución».

127. SANDRA MORELLI RICO. *La Corte Constitucional: un papel institucional por definir*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001, pp. 35 y ss.

128. De hecho para ALEXY las decisiones sobre los derechos fundamentales representan decisiones sobre la estructura fundamental de la sociedad, por tanto la discusión sobre estos derechos tiene en gran medida implicaciones políticas. ALEXY. *Tres escritos...*, cit., p. 37.

129. La Corte Constitucional ha señalado que en los casos extremos de omisión de sus obligaciones por parte de las autoridades (situación que se expresa también cuando se presenta un craso, grave, reiterado y prolongado incumplimiento de la ley), los afectados pueden también recurrir a la tutela, siempre y cuando la actitud negligente de la administración vulnere o amenace en forma inminente sus derechos fundamentales. (Sentencias SU-474 de 1997 y T-622 de 1995).

130. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-153 de 1998

131. Así por ejemplo, en los casos de hacinamiento en las cárceles, omisión de pago o el no pago oportuno de las pensiones, ineficiencia de la Administración para resolver derechos de pensionados, la omisión en la afiliación de los docentes de las entidades territoriales al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, omisión de prestación del servicio público a la salud, la omisión de repuesta del derecho de petición, la omisión del nombramiento de notarios mediante concurso, entre otras situaciones.

132. Un claro ejemplo de carácter general es el caso de la Caja Nacional de Previsión, que de acuerdo con estadísticas que presenta la misma entidad, durante los años 1995, 1996 y 1997 se instauraron cerca de 14.086 acciones de tutela en contra de CAJANAL y, si se realiza un cotejo con la totalidad de expedientes de tutela que se remitieron para eventual revisión a esta Corporación en esos años (aproximadamente 94.000), se observa cómo casi un 16 % de todas la tutelas del país se dirigen contra esa entidad. (Ministerio de Justicia y del Derecho, un informe de investigación elaborado por el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de los Andes, titulado *Incidencia Social de la Acción de Tutela*. Bogotá, febrero, 1996, p. 70). Esto significa que existe un problema estructural de ineficiencia e inoperancia administrativa, lo cual se considera un inconveniente general que afecta a un número significativo de personas que buscan obtener prestaciones económicas que consideran tener derecho (Sentencia T-

068 de 1998).

133. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias SU-559 de 1997, T-068 de 1998, T-153 de 1998, SU-250 de 1998, T-438 de 1998, T-439 de 1998, T-583 de 1998, T-590 de 1998, T-607 de 1998, T-525 de 1999, T-530 de 1999, T-606 de 1999, T-687 de 1999, SU-090 de 2000, T-179 de 2000, T-256 de 2000, T-257 de 2000, T-847 de 2000, T-1277 de 2000, T-1695 de 2000, T-547 de 2001, T-1077 de 2001, T-935 de 2002, C-157 de 2002, C-373 de 2002, entre otras.

134. Sobre el contenido de esa expresión puede verse la Sentencia SU-559 de 1997, que se reitera en las Sentencias T-068 de 1998 y T-590 de 1998.

135. Asimismo, la Corte Constitucional ha señalado que «... de acuerdo con el principio de separación de funciones previsto en el artículo 113 C.P., no es tarea de los jueces instar a las demás funcionarios públicos, y menos a las autoridades, al cumplimiento de los deberes previstos en el ordenamiento. Sin embargo, se ha venido convirtiendo en una peligrosa costumbre la omisión por parte de la Administración Pública de sus funciones más elementales, lo que ha llevado a que los despachos judiciales resulten congestionados de negocios que sólo persiguen hacer respetar el principio de legalidad por parte de los servidores públicos (Cfr. artículo 6.º C. P.)». (Sentencia T-525 de 1999).

136. El artículo 113 de la Constitución señala que «los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines».

137. En otras palabras, esta situación (el estado de cosas inconstitucionales) lleva a que el juez constitucional exhorte a las autoridades, con poder de decisión, para que ellos adecúen los recursos económicos y humanos necesarios para que la entidad o entidades que vulneran sistemáticamente los derechos fundamentales, cumplan con sus obligaciones legales y constitucionales y adopten decisiones dirigidas a impedir que se continúe transgrediendo la Constitución. (Sentencia T-068 de 1998).

138. Sin embargo, la Corte Constitucional aclara «... que esta actividad cabe únicamente en el caso de que los órganos políticos hayan omitido, de manera evidente y por un período muy prolongado, tomar decisiones con respecto a la situación planteada. Es decir, esta acción tiene únicamente por fin suplir una protuberante falta de compromiso o actividad de los órganos políticos del Estado para superar una situación que evidentemente vulnera los derechos fundamentales de los colombianos. Esto mismo explica que esa intervención y las medidas

que de allí resulten tengan un carácter provisional, con vigencia únicamente para el espacio de tiempo que requieran los organismos políticos para diseñar y aplicar fórmulas con las que se pueda superar la situación violatoria de los derechos fundamentales». (Sentencia SU-090 de 2000).

139. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-250 de 1998.

140. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-153 1998.

141. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-153 de 1998, T-257 de 2000, T-257 de 2000, T-847 de 2000, T-1077 de 2001.

142. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-157 de 2002.

143. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-535 de 1998, T-583 de 1998, T-607 de 1998, T-530 de 1999 y T-1291 de 2000.

144. Ciertamente, la Corte Constitucional señala que «[p]ara todos es conocido que la vulneración de los derechos de los reclusos va más allá del hacinamiento y se extiende a distintas áreas –en buena parte debido también a las condiciones de sobrepoblación–, tales como el trabajo, la educación, la alimentación, la salud, la familia, la recreación, etc. En efecto, los puestos de trabajo y de educación son escasos en relación con la demanda sobre ellos, lo cual significa, nuevamente, que en estas áreas se impone la ley del más fuerte y campea la corrupción y la extorsión. Igualmente, es evidente para todos que los procedimientos para las visitas –con las esperas interminables, la falta de espacio para las visitas conyugales y familiares, etc.– no facilitan la unidad e integración familiar. Asimismo, se conoce de muchos casos de personas enfermas que requieren tratamiento hospitalario, pero no pueden ser trasladados a los centros médicos por carencia de personal de guardia. Hechos similares ocurren con las diligencias judiciales, etc. [...]

«En efecto, tanto el derecho a la dignidad como el de no recibir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se ven quebrantados por el hacinamiento y las malas condiciones de la estructura física y de servicios públicos que se encuentra en los centros de reclusión; los derechos a la vida y la integridad física son vulnerados o amenazados de manera inminente por el mismo hacinamiento, por la mixtura de todas las categorías de reclusos y por la carencia de los efectivos de guardia requeridos; el derecho a la familia es quebrantado por la sobrepoblación carcelaria y las deficiencias administrativas, condiciones éstas que implican que los visitantes de los reclusos han de soportar prolongadas esperas, bajo

las inclemencias del clima, para poder ingresar al centro, y que dificultan en grado extremo las visitas conyugales y familiares; el derecho a la salud se conculca dadas las carencias infraestructurales de las áreas sanitarias, la congestión carcelaria, la deficiencia de los servicios de agua y alcantarillado y la escasez de guardia para cumplir con las remisiones a los centros hospitalarios; los derechos al trabajo y a la educación son violados, como quiera que un altísimo porcentaje de los reclusos no obtiene oportunidades de trabajo o de educación y que el acceso a éstos derechos está condicionado por la extorsión y la corrupción; el derecho a la presunción de inocencia se quebranta en la medida en que se mezcla a los sindicatos con los condenados y en que no se establecen condiciones especiales, más benévolas, para la reclusión de los primeros, etc.» (Sentencia T-153 de 1998, reiterada en las sentencias T-256 de 2000, T-847 de 2000, entre otras).

145. Un ejemplo claro de esta situación es la advertencia del juez constitucional al señalar que «las cárceles colombianas se han convertido en un problema de orden público y en centros donde se violan sistemáticamente los derechos fundamentales de los internos. Por esta razón, la Corte debe poner en conocimiento del Presidente de la República la existencia del mencionado estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria [...]

«Asimismo, la Corte comunica de la existencia de este estado de cosas inconstitucional a los presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes; a los presidentes de la Sala Penal de la Corte Suprema Justicia y de las Salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; al Fiscal General de la Nación; a los gobernadores y los alcaldes; a los presidentes de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales; y a los personeros municipales. Esto con el objeto de que hagan uso de las facultades que les conceden la Constitución y las leyes para corregir el señalado estado de cosas que atenta contra la Carta Política». *Ibidem*.

146. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-153 de 1998.

147. Deberes de protección entendidos como aquellos «que ordenan conformar las regulaciones jurídicas [y acciones estatales] de forma tal que se ponga coto al peligro de violaciones de derechos fundamentales». Ver Fallo *Kalkar*, en Sentencia *BVerfGE* 49, 89 (142).

148. ALEXY. *Teoría de los derechos...*, cit., p. 448.

149. Señalamos que la solución no está a la vista,

ya que para nosotros no es suficiente la separación (de ALEXY) entre el margen de acción estructural (lo cual define la competencia de actuación del legislador) y el margen de acción epistémico o cognitivo (que determina la libertad de configuración de la Corte Constitucional), para resolverle el problema más importante de los derechos fundamentales, su protección efectiva. Y más, cuando nos encontramos en una realidad iusfundamental como la colombiana.

150. Con todo, el simple hecho de que la Corte Constitucional constata la violación de los deberes y de la competencia del legislador (que representa una intervención necesariamente en el ámbito de la función legislativa), esta asunción no basta para fundamentar un desplazamiento de la competencia del legislador al Tribunal. De allí que, si el texto constitucional garantiza al individuo unos derechos frente al legislador y prevé al Tribunal Constitucional para garantizarlos, ese control no sólo está permitido, sino que también es ordenado por la Constitución. (ALEXY. *Teoría de los derechos...*, cit., p. 527).

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. del alemán de E. GARZÓN VALDEZ. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALEXY, ROBERT. “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”. Trad. del alemán de CARLOS BERNAL PULIDO. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 66 (septiembre-diciembre, 2002).
- ALEXY, ROBERT. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Trad. del alemán de CARLOS BERNAL PULIDO. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n.º 28, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BENDA, ERNESTO. *El Estado Social de Derecho*. En: BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*, 2.ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, pp. 521 y ss.
- BERGALLI, ROBERTO. “Protagonismo judicial y representación política”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía y Derecho*, n.º 15, vol. I (1994).
- BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. de JUAN LUIS REQUEJO e IGNACIO VILLAVERDE. Baden-Baden: Nomos, 1993.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W. “Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechts-dogmatik”, en: *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt, 1991.
- BOBBIO, NORBERTO. “L’illusion du fondement absolu”, en AA. VV. *Les fondements des droit de L’homme. Actes des entretiens de L’Aquila, 14-19 septembre 1964*. Firenze: Institut International de Philosophie. La Nuova Italia, 1966.
- BOBBIO, NORBERTO. “El fundamento de los derechos del hombre”, en ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE. *Textos y documentos sobre derecho natural*, 2.ª ed. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1974. Se encuentra recopilado en el libro del mismo autor: *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Gedisa, 1982.
- BOBBIO, NORBERTO. *Presente y porvenir de los derechos humanos* [1961]. Recopilado en el libro del mismo autor: *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Gedisa, 1982.
- BOROWSKY, MARTÍN. “La restricción de los derechos fundamentales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 59 (mayo-agosto 2000).
- CASTILLO CÓRDOVA, LUIS. “Principales consecuencias de la aplicación del principio de la doble dimensión de los Derechos Fundamentales”. *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 7 (2003).
- CAMMELLI, MARCO. “Crisis de los mecanismos reguladores y suplencia judicial en Italia”. *Revista Derecho del Estado*, n.º 4 (abril 1998).

- CORREA HENAO, NÉSTOR RAÚL. “La acción de tutela y los medios judiciales ordinarios de defensa de los derechos”. En: *vii Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002.
- DE VEGA, PEDRO. “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad. (El problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)”. *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario de la Universidad de Murcia*, n.º 4 (1994).
- ERMACORA, FELIX. *Menschenrechte in der sich Wandelnden Welt*, t. II, Wien: Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, 1983.
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. “La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales en la doctrina Constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 39 (septiembre-diciembre, 1993).
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Prólogo de PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ. Madrid: Trotta, 2000.
- FORSTHOFF, ERNST. *Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre*, 1968.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 1987.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *Curso de Derecho Administrativo I*, 3.ª ed. Madrid, 1979.
- GERBER, C. F. “Über öffentlichen Rechte”, Tübingen, 1852. Traducción italiana, “Sui diritti pubblici”, en la recopilación de escritos del autor bajo el título *Diritto Pubblico*. Milano: Giuffrè, 1971.
- GREPPI, ANDREA. “Una definición estructural de los derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferreoli”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n.º 219/220, t. XLVIII (mayo-agosto 1998).
- GREPPI, ANDREA. “Los nuevos y los viejos derechos fundamentales”. *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, n.º 7 (enero 1999).
- HÄBERLE, PETER. “El concepto de los derechos constitucionales”, en: *Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Ed. José María Sauca, 1993.
- HÄBERLE, PETER. “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”. *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, n.º 1 (1993).
- HESSE, KONRAD. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995.
- HESSE, KONRAD. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 9.ª ed., Karlsruhe, 1970.
- JARASS, H. D. “Baustenie einer umfassenden Grundrechtsdogmatik”. *Archiv des öffentlichen Rechts*, t. 120, cuaderno 2 (1995).
- JELLINEK GEORG. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2.ª ed. Tübingen, 1905.
- JULIO ESTRADA, ALEXEI. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- LANDA, CESAR. “Teoría de los derechos fundamentales”. *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n.º 6 (enero-junio, 2002).
- MORELLI RICO, SANDRA. *La Corte Constitucional, ¿Un legislador complementario?* Temas de Derecho Público, n.º 45, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1997.
- MORELLI RICO, SANDRA. *La Corte Constitucional: un papel institucional por definir*. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001.
- OSUNA PATIÑO, NÉSTOR IVÁN. *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*.

- Temas de Derecho Público, n.º 37, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1996.
- OSUNA PATIÑO, NÉSTOR IVÁN. “Los diez años de la Corte Constitucional Colombiana”, en *VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, 2001.
- OSUNA PATIÑO, NÉSTOR IVÁN. *Tutela y amparo: derechos protegidos. Estudio comparativo Colombia-España*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- RODOTÁ, S. “Gli studi di diritto contemporaneo”, en: *Gli studi di storia e di diritto contemporaneo*. Ed. UNGARI y RODATÁ. Milán: Acquarone, 1968.
- RODRIGUÉZ-TOUBE MUÑIZ, JOAQUIN. “En defensa de un modelo de reglas de los derechos fundamentales. Crítica a la Teoría de Robert Alexy”. *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, n.º 6 (febrero, 1998).
- ROLLA, GIANCARLO. “El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo”. Ponencia para el VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México, 2002.
- SCHMITT, CARL. *Die Tyrannie der Werte*, 1967.
- SCHNEIDER, HANS-PETER. “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”. *Revista de Estudios Políticos*, n.º 7 (enero-marzo, 1979).
- SIECKMANN, J.-R. *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des rechtssystems*. Baden-Baden: Nomos, 1990.
- SMEND, RUDOLF. *Verfassung und Verfassungsrecht*. Trad. española: *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRIA, JUAN JOSÉ. “Algunas cuestiones básicas de la Teoría de los Derechos Fundamentales”. *Revista de Estudios Políticos*, n.º 71 (enero-marzo, 1991).
- STARCK, CHRISTIAN. “Derechos Fundamentales y Derecho Privado”. Trad. de MARÍA J. ROCA. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 66 (septiembre-diciembre, 2002).
- STERN, KLAUS. “El sistema de los derechos fundamentales en Alemania”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 1 (septiembre-diciembre, 1988).
- TARELLO, G. “La cosiddetta crisi della giustizia e i problemi della magistratura”. En: *Cultura giuridica e politica del diritto*. Bolonia, 1998.
- UTRERA GARCÍA, JUAN CARLOS. “Apuntes sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy”. *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas* (enero-junio, 1995).
- WOLFE, C. *Judicial Activism*. Pacific Grove, Brooks/Cole, 1991.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Trad. MARINA GASCÓN. Madrid: Trotta, 1995.
- ZUÑIGA, FRANCISCO. “Teoría de los derechos fundamentales”. *Revista de Derecho*, n.º 200 (julio-diciembre 1996).

