

Cuadernos de Derecho Público

Los derechos sin nombres

Luis Javier Moreno Ortiz

El derecho al mínimo vital

María Fernanda Huertas Bonilla

**Los derechos innominados
en Colombia. Reflexiones
sobre su origen**

Adriana Cristina Ferreira Causil



3



UNIVERSIDAD
SERGIO ARBOLEDA

UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

Cuaderno de Derecho Público No. 3

Director: Camilo Guzmán Gómez

Coordinador: Luis Javier Moreno Ortiz

Comité Editorial:

José María del Castillo Abella

Ernesto Lucena Barrero

Myriam Julieta Arenas Ceballos

Los derechos sin nombres

© Luis Javier Moreno ortiz

El derecho al mínimo vital

© María Fernanda Huertas Bonilla

Los derechos innominados en Colombia

Reflexiones sobre su origen

© Adriana Cristina Ferreira Causil

Primera edición: marzo de 2011.

*Queda prohibida toda reproducción por cualquier medio sin
previa autorización escrita del editor.*

Edición realizada por el Fondo de Publicaciones

Universidad Sergio Arboleda.

Carrera 15 No. 74-40

Teléfonos: 3 25 75 00 Ext. 2131

www.usa.edu.co

Fax: 3 17 75 29.

Bogotá D.C.

Diseño Carátula y Diagramación: Maruja Esther Flórez Jiménez

Corrección de Estilo: Rodrigo Naranjo

Bogotá, D.C.

ISSN: 2145-2717

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

<i>Julieta Arenas Ceballos</i>	5
--------------------------------------	---

LOS DERECHOS SIN NOMBRE

<i>Luis Javier Moreno Ortiz</i>	9
INTRODUCCIÓN	9
1. EL CASO DE UNA VISITA SUI GENERIS.....	11
2. EL CASO DE UNA DOLENCIA QUE NO MATA, PERO QUE MARGINA.....	14
3. EL FIN DE UNA ÉPOCA.....	17
4. SENTENCIA T-134 DE 2005.....	19
5. SENTENCIA T-143 DE 2005.....	32

EL DERECHO AL MÍNIMO VITAL

<i>María Fernanda Huertas Bonilla</i>	61
INTRODUCCIÓN	61
1. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR MÍNIMO VITAL?.....	62
2. CRITERIOS QUE DESARROLLA EL MÍNIMO VITAL.....	64
3. ATERRIZANDO LA ABSTRACCION DEL MÍNIMO VITAL.....	64
4. ¿QUÉ CRITERIO HA TENIDO LA JURISPRUDENCIA FRENTE AL MÍNIMO VITAL?.....	67
5. CONCLUSIONES.....	68

LOS DERECHOS INNOMINADOS EN COLOMBIA REFLEXIONES SOBRE SU ORIGEN

<i>Adriana Cristina Ferreira Causil</i>	71
INTRODUCCIÓN	72
1. LOS DERECHOS INNOMINADOS EN AMÉRICA.....	74
2. HISTORIA DEL ARTÍCULO 94 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.....	92
3. LOS DERECHOS INNOMINADOS, UNA CREACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA....	103
4. LÍNEA JURISPRUDENCIAL.....	120
5. CONCLUSIONES.....	144
6. REFERENCIAS.....	148
7. BIBLIOGRAFÍA.....	150

PRESENTACIÓN

La globalización ha traído consigo un sinnúmero de fenómenos que para bien o para mal atan a la humanidad; uno de ellos es el afianzamiento de la defensa de los derechos humanos, que surge de la necesidad de proteger de la barbarie del ser humano al propio ser humano, y se concreta en los tratados internacionales correspondientes y en la gran mayoría de los cuerpos constitucionales de los países en el mundo.

Ésa es la razón por la cual los derechos fundamentales “no numerados”, como los llama Bidart Campos, se constituyen por efecto de prisma en una proyección del contenido axiológico de las Constituciones, – que, por lo demás, los autorizan con rango constitucional– y hacen, aunque de una manera no tan sencilla, efectiva su protección.

El eje sobre el que gira este catálogo abierto de derechos fundamentales es la dignidad de la persona humana, expresión principal del estado constitucional de derecho. Las particulares circunstancias de nuestra sociedad colombiana hacen que la desigualdad y extrema pobreza de un número importante de la población reclamen una justicia más real, en que sea relevante la visión de la dignidad de la persona humana, núcleo esencial de preocupación principal del operador judicial constitucional.

El artículo 94 de la Constitución Política Colombiana contiene la cláusula de derechos innominados –no numerados, no nombrados– situación que comparten en su gran mayoría las cartas fundamentales de los países del mundo, y no es un tema reciente; el antecedente más remoto conocido se encuentra en la Novena Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América: ahí claramente el pueblo tiene los derechos fundamentales que por ser personas humanas le corresponden, sin que la circunstancia de no encontrarse expresamente consignados en el texto constitucional, impida que el ciudadano tenga la tutela judicial efectiva correspondiente.

El contenido axiológico de la mayoría de los textos constitucionales en el mundo de hoy se irradia con el efecto de un prisma: traspasando su normatividad, expresa el verdadero contenido de sus principios y valores, y estampa en los derechos innominados la fuerza normativa constitucional.

He ahí por qué el tema de los Derechos Fundamentales innominados o sin nombre, ha tenido un camino interesante en el desarrollo de la protección de los derechos fundamentales consagrados en los textos constitucionales que, al igual que el bloque de constitucionalidad, pretende la efectividad de los textos garantistas que los contienen: que la persona humana por su dignidad, tenga la plenitud de sus derechos por ser tal y no porque se los reconozca un texto escrito, que puede variar de acuerdo con la voluntad de unos pocos en muchos casos.

Considerando lo antes mencionado, el tercer número de los Cuadernos de Derecho Público presenta en esta oportunidad tres visiones del tema de los derechos fundamentales innominados, que nos aproximan más a su conocimiento, y a la reflexión de lo que son. Su reclamo emerge de hechos o situaciones de la vida real, en donde la persona humana sufre un menoscabo de su dignidad y reclama la protección de la misma.

El profesor Luis Javier Moreno Ortiz, titular por muchos años en la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda de las cátedras de Historia Política y Constitucional de Colombia y de Deontología Jurídica, nos presenta los derechos sin nombre, con una visión humanista, en el contexto de un Estado constitucional. Desarrolla, basado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, dos situaciones que tienen como eje a la persona humana digna: el primer aparte, referido al derecho a visitas, y el segundo, al derecho a la calidad de vida impedido por un problema de salud. El desarrollo del tema nos lleva a ampliar la visión del derecho escrito, para cuestionar tanto el papel del legislador de derechos, como el del juez creador o intérprete de los que están latentes en la realidad, en el contexto del vertiginoso avance de los hechos a las posibilidades jurídicas descritas por el texto constitucional y la ley.

La estudiante Adriana Cristina Ferreira Causil, para optar al título de abogada, nos presenta su trabajo: Los Derechos Innominados en Colombia, Reflexiones Sobre su Origen, desarrollado con una metodología cualitativa, histórica e interpretativa. Comienza con un estudio del derecho extranjero latinoamericano y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre las cláusulas abiertas de derechos constitucionales fundamentales. Según un recuento histórico del derecho constitucional colombiano, así como de los antecedentes del artículo 94 de la Constitución Política colombiana, y finaliza con un análisis jurisprudencial donde se evidencia la profundidad del estudio, el énfasis en la vasta creación pretoriana de los derechos innominados o sin nombre en nuestro derecho constitucional: el mínimo vital, la seguridad personal frente a riesgos, la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección constitucional, la subsistencia, el olvido, que nuestra Corte Constitucional protege, sin declararlos fundamentales,

pero reconociendo la calidad de vida que debe tener la persona humana digna, eje fundamental de los derechos sin nombre.

La estudiante de Noveno Semestre de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, María Fernanda Huertas Bonilla, nos presenta como importante complemento del tema de este cuaderno, una reseña de la publicación “Estudios Ocasionales Cijus. Jurisprudencia Constitucional sobre el Derecho del Mínimo Vital” dirigida por Rodolfo Arango y Julieta Lemaitre, con los investigadores, Clara Burbano, Everaldo Lamprea, Pablo Rueda y asistentes de investigación, Juliana Vargas, Ana Manuela Ochoa, que nos introduce en su definición y alcances en la jurisprudencia colombiana, ejercicio académico que enriquece la perspectiva del lector que quiera profundizar en este interesante tema del derecho constitucional.

Queda pues a disposición de la comunidad académica un texto que presenta tres dimensiones de los derechos no nombrados, elaborado con el propósito de plantear un interesante tema que marcha con la misma velocidad que el mundo de hoy, y que nos hace pensar en posibilidades muchas veces no imaginadas.

Julieta Arenas Ceballos

LOS DERECHOS SIN NOMBRE

Luis Javier Moreno Ortiz

SUMARIO: Introducción. 1. El caso de una visita sui generis. § 1. El derecho a visitar y a ser visitado. § 2. La libertad de los visitantes. § 3. Las visitas conyugales. § 4. Visitas entre personas que no gozan de su libertad. 2. El caso de una dolencia que no mata, pero que margina. § 5. La salud del cuerpo. § 6. La salud del alma. § 7. La dimensión familiar y social de la vida. § 8. Las prótesis, el desarrollo personal y la autoestima. 3. El fin de una época. § 9. Más allá de la barda de la exégesis. § 10. De la interpretación a la creación. 4. Sentencia T-134 de 2005. 5. Sentencia T-143 de 2005.

INTRODUCCIÓN

*Dicen que el hombre no es hombre mientras no
oye su nombre de labios de una mujer.
Antonio Machado.*

El nombre es mucho más que un atributo de la personalidad. Es la evidencia de que alguien o algo existe. Es la palabra que permite invocar una presencia, un recuerdo o una realidad. Sin nombre no hay nada, o al menos no lo parece. Hasta los criminales, que tienen mucho interés en pasar desapercibidos, adoptan un alias y aspiran a ser temidos y recordados.

El olvido de una persona, de un lugar o de una institución comienza por el olvido de su nombre. Las ciudades, las calles, las casas, los negocios, e incluso las lápidas tienen nombre, así algunos de sus habitantes y clientes piensan que el nombre de algunas de ellas es de aquellos de los que es mejor no acordarse.

Ante el riesgo del olvido, las personas graban nombres en piedra, en papiro, en tablillas, en papel o en discos duros; replican su nombre en el

nombre de sus hijos o en su apellido; rayan monumentos o esperpentos; conmemoran fechas importantes en la vida de sus antecesores; imprimen tarjetas de presentación o de visita; crean fundaciones y otorgan becas; construyen o destruyen edificios; fabrican sellos y rubrican firmas.

El que un nombre no se olvide es lo más próximo que se puede estar a la inmortalidad, pues de los grandes hombres lo que queda después de que el tiempo se lleva lo contingente, es su nombre. Algunos se conforman con vivir de un nombre ajeno, de su padre, de su madre o de su abuelo, de un nombre prestado o usurpado, del nombre de un lugar o de un oficio, incluso del nombre de un vicio, cuando les parece que su propio nombre es demasiado poco.

Pocas cosas son tan temibles como aquellas que no tienen nombre. Lo innombrable escapa a la telaraña del lenguaje, que pese a nuestra decadencia idiomática, sigue siendo portentosa, y escapa también a lo que conocemos. Sobre lo que no se puede nombrar es muy arduo poder decir algo, pues hasta su misma existencia está en entredicho. Se trata de una presencia difusa y latente que muy pocas veces se manifiesta, y que cuando lo hace genera una ruptura y múltiples problemas.

Ante el problema de lo que no tiene nombre, el célebre problema de los conceptos jurídicos indeterminados es *peccata minuta*, trabajo manual que se concluye con algo de paciencia y de rigor, por la vía de la hermenéutica, pero ¿cómo interpretar lo que no está escrito en palabras, lo que el lenguaje no alcanza?

El fantasma de lo innombrable sacude de escozor a los positivistas, a quienes les recuerda que no todo está puesto, dispuesto e impuesto, sino que hay algo más, que está al margen y que puede subvertir el edificio lingüístico de la exégesis, algo que no se puede interpretar a partir del discurso.

Ese escozor que perturba a quien pretende nombrarlo todo y atraparlo en un texto al que llama ley y al que reverencia como si fuese sagrado, ese baño de agua hirviendo que escalda al devoto de las palabras y el discurso, es quizá lo más atractivo de lo innombrable. Su sola existencia, temida y latente, recuerda lo vano de la pretensión de atrapar la realidad en conceptos, de convertir el derecho en meras categorías, de hacer de la justicia un discurso.

Lo innombrable subvierte el precario orden que asumimos como definitivo, al introducir elementos nuevos, impensados, desconocidos,

que ponen en evidencia que el edificio epistemológico y, en tanto parte de él, el edificio jurídico, están a medio hacer, y no son como algunos quieren ver una obra terminada, sino una obra interminable. La tarea de nombrar lo innombrable, es inacabable; por eso el lenguaje, el pensamiento y el conocimiento, siempre deben asumir nuevos desafíos y nunca pueden estar del todo terminados. Los únicos lenguajes, pensamientos y conocimientos terminados, son los que están muertos.

Los derechos sin nombre contienen una aporía para el orden de los modernos, para los devotos de la codificación y para quienes ven el conocimiento jurídico como un asunto de transmisión, antes que un campo fértil para la creación, la investigación y la innovación.

La realidad es sorprendente, basta mirarla sin aprehensiones para encontrar en ella novedades, matices y presencias, inadvertidas al momento de ejercer la tarea soberbia de preverlo y proveerlo todo, como lo pretendieron los modernos en su desmesurada fe en la razón, o como intentan hacerlo los románticos en su búsqueda histórica, o como aspiran a lograrlo los filósofos enmarañados en sus razonamientos totalitarios.

1. EL CASO DE UNA VISITA SUI GENERIS

Más vale el buen nombre que las muchas riquezas.

Miguel de Cervantes Saavedra.

Un hombre sensato: Aristóteles, desde hace ya muchos siglos, advirtió que si bien lo común y lo ordinario son la materia de la cual se nutre la ley, a la que estudia en su *Ética a Nicómaco* bajo la especie de lo justo legal, también existe lo que no es común ni ordinario, y que por tanto no es materia de la ley, ya que está al margen de ella y la supera, frente a lo cual examina la especie de la equidad, para decir, con tanta razón como profundidad, que siendo lo justo legal y lo equitativo lo mismo, en tanto especies de la justicia, lo equitativo es mejor que lo justo, en tanto es más adecuado a las particulares circunstancias que conforman el caso. En lo justo legal, el caso se adecua a la ley. En la equidad, es el juez el que crea una ley ad hoc, adecuada al caso. En los derechos sin nombre subyace un fenómeno extraordinario en lo fáctico, que amerita una solución equitativa en lo jurídico.

§ 1.

Una de las más gravosas consecuencias de la privación de la libertad en un centro penitenciario, es la ruptura abrupta de las relaciones familiares y personales. No se puede pasar por alto el sufrimiento de la familia de los reos, visible tanto en lo emocional como en lo económico. Este es el principal argumento para defender medidas como la detención domiciliaria o como las visitas a los centros penitenciarios. Estas visitas, en el derecho colombiano, se consideran derecho, en la medida en que la pena impuesta al reo es la privación de su libertad, pero no la destrucción de todo contacto con su familia y con sus amigos. El derecho de visitas puede ser apreciado desde la perspectiva del familiar o del amigo como el derecho a visitar al reo o, desde la perspectiva del reo, como el derecho a ser visitado por sus familiares o amigos. Dentro del variopinto grupo humano que integra a la familia y a los amigos, el cónyuge o compañero permanente, tiene una situación especial, que amerita una modalidad también especial del derecho de visitas: la visita conyugal.

§ 2.

El derecho de visitas se asume a partir de dos supuestos: que la persona que visita goza de su libertad y que la persona visitada está privada de ella. Al darse ambos elementos, el ejercicio del derecho de visitas es materia de una regulación administrativa en la cual se lo determina en el modo: autorización de la visita, número de visitantes, elementos que pueden ingresar los visitantes; en el tiempo: días de visita, horas de visita, duración de la visita; y en el espacio: lugar de la visita. Dentro de los supuestos de las visitas no se encuentra que ambas personas, la que visita y la visitada, gocen de su libertad o que ambas personas estén privadas de ella. En el primer caso el derecho de visitas no necesita ser regulado, pues las personas son libres de ejercerlo cuantas veces lo deseen y, en el caso de la visita conyugal, ésta no es necesaria, dado que las personas conviven en un mismo lugar. En el segundo caso, por el contrario, corresponde a un fenómeno extraordinario que sí amerita ser regulado, pues para que la visita sea viable se requiere una acción especial del Estado, que debe trasladar a una de las personas hasta el lugar en que se encuentra la otra, o a ambas a un tercer lugar, con una serie de medidas de seguridad, lo cual genera costos.

§ 3.

Como se advierte en la primera sección, las visitas conyugales, por razón de sus características, son especiales. De esas características vale la pena destacar dos: la visita de un cónyuge o compañero permanente requiere un grado de intimidad diferente del que es propio de la visita de un abogado, un pariente o un amigo, por lo que no puede realizarse en los lugares dispuestos normalmente para visitas, y en las visitas conyugales es muy importante el contacto directo entre las personas, pues sus vínculos afectivos no se desarrollan o preservan sólo por medio de palabras.

§ 4.

En la Sentencia T-134 de 2005, que aparece en el punto 4 de este escrito, la Corte Constitucional se ocupa de estudiar una acción de tutela en la cual se presenta el caso de dos compañeros permanentes que están privados de la libertad en centros penitenciarios de dos Departamentos diferentes. El *a quo* no concede la tutela, al considerar que no hay prueba de la solicitud de la singular visita, que ambos compañeros están en prisión y que la escisión del núcleo familiar se debe a la conducta criminal de ambos. El *ad quem* confirma esta decisión, pues considera que el actor no ha agotado los pasos previstos en el reglamento para que la autoridad carcelaria pueda evaluar su solicitud. La Corte, al plantear el problema jurídico alude a derechos como la intimidad y la igualdad; a partir de un recuento de lo dicho sobre el derecho a la visita conyugal¹, afirma que este derecho es un “derecho fundamental limitado”, cuyos límites obedecen a sus propias características, entre las cuales está la capacidad del centro de reclusión, el número de internos, la existencia de infraestructura adecuada para las visitas, y las condiciones de privacidad, higiene y seguridad; agrega que los reos se encuentran sometidos a “relaciones especiales de sujeción”², lo cual implica que si bien el Estado puede someter a los reos a un conjunto de condiciones y reglas de conducta necesarias para mantener el orden y la seguridad, siempre que éstas sean proporcionales y razonables, también debe garantizar a los reos el ejercicio de los derechos fundamentales que no ha sido suspendido o restringido, para lo cual se deben adoptar las medidas del caso; reconoce como precedente la *ratio* contenida en la Sentencia T-718 de 2003, en la cual se sostiene que el derecho a la visita conyugal entre

¹ En especial en las Sentencias T-424 de 1992, T-222 de 1993, T-269 de 2002, T-023 de 2003.

² Las cuales ilustra a partir de lo dicho en las Sentencias T-424 de 1992 y T-718 de 2003.

personas privadas de la libertad es un derecho fundamental, para concluir que “De cualquier forma, la visita íntima debe efectuarse una vez se encuentren cumplidos los procedimientos previos establecidos en la ley y los reglamentos”. Pese a vincular el derecho a la visita conyugal con algunos derechos fundamentales, la Corte Constitucional le reconoce a éste la condición de derecho fundamental, aunque no aparezca de manera explícita en la Constitución, y lo hace en tanto y en cuanto este derecho es inherente a la persona humana.

2. EL CASO DE UNA DOLENCIA QUE NO MATA, PERO QUE MARGINA

Perdona a tus enemigos, pero jamás olvides su nombre.

John Fitzgerald Kennedy.

Algunos males y dolencias ponen en riesgo la existencia de las personas. Otros afectan su integridad física o síquica. Sobre ambos parece haber consenso en que la atención médica es un asunto urgente e indispensable. No obstante, también suele haber males y dolencias, que aunque no maten, duelen y marginan: tal es el caso de las situaciones de invalidez que no pueden ser curadas, pero que sí pueden ser paliadas con ayuda de artificios. El soldado que pierde su pierna luego de haber pisado una mina, no puede recuperarla y esa ausencia y ese dolor, son irremediables, pese a que puede seguir viviendo sin su pierna. Para caminar requiere un artificio llamado prótesis, del cual se vale para tratar de vivir como los demás, para acceder a las oportunidades que el mundo le ofrece sin que, su carencia lo margine. Hay algunas prótesis que si bien no sirven para caminar, cumplen un papel tan importante como las que tienen ese fin en la vida de muchas personas y, en ese sentido, son inherentes a la persona humana.

§ 5.

Un cuerpo saludable no es sólo aquél que carece de enfermedades. Hay muchas personas que sufren mutilaciones en accidentes o en procedimientos médicos y que, por desgracia o por necesidad, pierden una o varias partes de su cuerpo, pero siguen estando vivas. La mutilación no causa su muerte y, si se trata de manera adecuada, tampoco la pone en riesgo, por lo que en estricto sentido no se trata de una enfermedad. La mutilación implica una barrera o un obstáculo para que la persona que

la padece pueda acceder a una serie de bienes que son fundamentales para el desarrollo de su proyecto de vida. Quien pierde su pierna puede movilizarse en silla de ruedas o en muletas, pero no puede acceder a aquellos edificios en los cuales no se ha previsto eliminar barreras para su acceso, que son la mayoría. Hace algunos años un estudiante, a quien encomendé hacer una investigación en la Corte Suprema de Justicia, no pudo acceder por sí mismo al Palacio de Justicia, ya que su silla de ruedas sólo podía sortear una primera rampa, pero luego de ella no le era posible subir por las escaleras. Ante esta situación tuvo que pedirle el favor al personal de seguridad de que lo cargaran con todo y silla para poder cumplir con su tarea. Sin la benevolencia de los guardias, no podría haber hecho nada. Si bien es cierto que el estudiante puede vivir con su carencia, y de hecho ella no le impidió obtener magníficas calificaciones, no lo es menos que ésta lo margina, pues le impide sortear por sí mismo los obstáculos que existen para su acceso físico a diversos lugares, entre ellos el propio Palacio de Justicia.

§ 6.

El estar al margen, el no poder acceder a ciertos bienes necesarios para desarrollar un proyecto de vida, genera en el marginado un sentimiento de frustración. Si se lo piensa un poco, en nuestras ciudades hay muchas personas admirables que pese a sus limitaciones intentan sobreponerse a los múltiples obstáculos y que, además, son capaces de sonreír. Desde la comodidad de nuestra situación no advertimos las barreras de acceso que existen, pues para nosotros no es un problema mayor subir un escalón o varios, o ir al baño, o abordar un bus, o cualquier otra cosa que, para una persona en silla de ruedas es un asunto complejo, en el cual la colaboración y benevolencia de sus semejantes es indispensable para poder lograr realizarlo. Esa dependencia, que a veces se echa en cara y se reprocha de manera infame y ruin, si bien no afecta la salud del cuerpo, sí puede afectar la salud del alma, y generar crisis depresivas, angustia e ira, al mismo tiempo que afectar la propia estima.

§ 7.

Vivir no es un ejercicio individual, que se agota en el propio yo. Vivir también es vivir con otros: convivir. Esos otros son en primer término las personas más cercanas, los padres, los hijos, los cónyuges, los amigos, los compañeros de trabajo, los vecinos, etc. Esta convivencia familiar y social no es desdeñable en la vida de nadie, pues somos animales

sociales y, en esa medida, necesitamos a los demás. Las relaciones con los otros se construyen a partir de diferentes elementos; a veces se trata de amor, otras de interés, conocimiento, admiración, afecto, pasión, etc. Sin embargo, en toda relación con los demás debe haber una base que el propio Kant considera insoslayable: el respeto. Sin respeto por el otro, y por uno mismo, no es posible establecer ninguna relación entre seres humanos, pues a uno de ellos se lo tiene, y a veces se lo trata, como una cosa, como un objeto, que si se lo considera valioso se lo guarda y se lo sobreprotege, y si se lo considera baladí se lo desdeña y se lo abandona. Las mutilaciones pueden generar en algunos lástima ante la desgracia ajena, temor ante una persona que se asume de entrada como una carga, e incluso desprecio por ser una persona incompleta. No es posible penetrar en los sentimientos de cada quien, ni es posible conocerlos o determinarlos, pero sí es posible hacer lo que esté a nuestro alcance para que las personas mutiladas puedan valerse por sí mismas, sin depender de otros, para realizar aquellas actividades que son necesarias dentro de su proyecto vital, para desarrollar sus capacidades y talentos, y para convertirse en lo que quieren y pueden ser. Este hacer no es un acto de benevolencia o de caridad para con ellos, sino que corresponde a un verdadero derecho suyo.

§ 8.

En la Sentencia T-143 de 2005, que aparece en el punto 5 de este escrito, la Corte Constitucional se ocupa de estudiar una acción de tutela en la cual se presenta el caso de un hombre mayor que, luego de sufrir un cáncer de próstata y la extirpación de ésta, padece de una grave disfunción eréctil, irremediable con medicamentos. El *a quo* no concede la tutela, al considerar que no suministrar la prótesis peneana en nada afecta la salud del paciente, pues no compromete sus órganos y su vida. El afectado no tuvo ánimo siquiera para impugnar esta decisión. La Corte, al plantear el problema jurídico alude a derechos como la seguridad social y el libre desarrollo de la personalidad. En cuanto al primero, analiza los conceptos de eficiencia y continuidad³, para sostener que es arbitrario suspender un tratamiento iniciado con la anuencia de la EPS, ya que se afecta “la integridad física del paciente, su dignidad como persona, la vida digna a la cual tiene derecho y la confianza legítima de que no puede suspenderse lo iniciado”. En cuanto al segundo⁴, luego

³ Para este análisis se vale de las Sentencias SU-562 de 1999 y T-235 de 2002.

⁴ Para dar cuenta del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la Corte trae a cuento la Sentencia T-926 de 1999.

de definir la sexualidad como parte de este derecho⁵, enfatiza que su protección puede involucrar, además, la de los derechos a la autonomía personal, a la intimidad y a la familia, pues la sexualidad es una “parte importante en la vida de todo ser humano” y “la relación sexual es una de las principales manifestaciones de la sexualidad”⁶. El discurso sobre los derechos aterrizó, en la Sentencia T-269 de 2002, en el factor clave en este caso: “el tener una vida sexual activa hace parte de las condiciones que dignifican la vida del ser humano”. La marginación de la vida sexual que sufre un hombre mayor, que vive en pareja, como consecuencia de una mutilación de su próstata, dentro de un tratamiento contra el cáncer, si bien no es una enfermedad, sí afecta el desarrollo de su proyecto de vida. En este caso, como en muchos otros la prótesis no es un capricho, sino una necesidad.

3. EL FIN DE UNA ÉPOCA

*Muchos jueces son incorruptibles, nadie puede inducirlos a hacer justicia.
Bertolt Brecht.*

La modernidad, con su ilustración, su codificación y su pretensión de ordenarlo todo, visible en el decaído dogma del positivismo y en la maltrecha hermenéutica de la exégesis, pese a la evidencia de su fracaso, se resiste a darse por vencida. Una de las razones de su subsistencia es la de la desconfianza en los jueces. A los jueces hay que amarrarlos con la ley y, en la medida de lo posible, prohibirles que la interpreten de manera distinta de lo que dicen sus palabras, pues su tarea es vicaria: reemplaza en cada caso al legislador, y su misión es sólo aplicar la ley. El problema de nuestro tiempo no es de conocimiento, pues es evidente que el positivismo, que entre nosotros no alcanzó a ser sino un sistema frágil, ha sido desbordado por la realidad y quebrantado por sus propias contradicciones. El problema es de fe, de creer en lo que hacen los jueces, en su formación, en su talento, en su moderación, en su raciocinio y, sobre todo, en su probidad. Y acompañar esa fe con un ejercicio crítico serio y constante, capaz de examinar la tarea de los jueces y de criticarla, sin olvidar en ningún caso el respeto por el otro, es la piedra central del arco.

⁵ Esta definición, junto con un prolijo estudio científico y jurídico de la sexualidad, aparece en la Sentencia SU-337 de 1999.

⁶ De la relación sexual, como manifestación de la sexualidad, se ocupa la Corte en la Sentencia T-269 de 2002.

§ 9.

La crisis de la exégesis es añeja. Los jueces no se dejaron amarrar por la ley, ni por sus palabras. La barda del texto escrito, del dogma, con su interpretación única, fue superada por la hermenéutica y por sus teorías. Para este propósito las palabras han sido determinantes, pues el discurso jurídico y, en general, el discurso de las ciencias sociales, está construido con términos equívocos, que tienen múltiples significados. No es una novedad decir que la ley a veces, y no pocas, está mal escrita, incluso con errores de ortografía. Tampoco lo es afirmar que el legislador, y la mayoría de las personas hoy en día, han abandonado la gramática, empobrecido su léxico y desdenado la síntesis, con visibles consecuencias en la sindéresis. La agobiante inflación legislativa que padecemos, no hace sino agravar los males de la ley, propiciar confusiones y crear ilusiones, pues además de hacerse al margen de la gramática, no obedece a ninguna visión de sistema, sin la cual no hay orden posible ni dogma imponible. De ahí que no sea extraña la aparición de escuelas jurídicas como la del realismo, la de la libre interpretación, etc.

§ 10.

La evasión hermenéutica pone en entredicho la interpretación única, pero no la necesidad de aplicar la ley. El dogma, plasmado en el texto escrito, sigue siendo el parámetro para conocer, comprender y resolver todos los casos. El juez se ocupa de ajustar la realidad al molde de la ley, que ahora se torna flexible al ser interpretado, pero que sigue siendo un molde. A lo que está fuera de la ley, al margen de ésta, así no se encuadre bien en ella, se le trata de buscar acomodo. Para ello suelen ser muy útiles los principios. En las sentencias analizadas la Corte Constitucional trata de encuadrar casos marginales y complejos, en una estructura rígida, valiéndose a la sazón de varios derechos, a los cuales considera como principios, pues no se atreve del todo a sostener que estos casos no se encuadran en el dogma y que, por lo tanto, requieren una solución jurídica novedosa, paradójicamente prevista por el propio dogma, a modo de confesión de su incapacidad, como una especie de claudicación, en el artículo 94 de la Constitución Política. Esa solución jurídica novedosa, de cuyo nombre la ley no tiene siquiera noticia, implica que el juez vaya más allá de la interpretación, pues carece de un texto para interpretar, penetre en la compleja realidad del caso y encuentre en ella la presencia de un derecho que aún no tiene nombre, lo reconozca y, al hacerlo, lo identifique con un nombre. Si el legislador crea derechos, lo cual es bien discutible si se

asume la postura de que los derechos ya existen y el legislador apenas los reconoce, que es propia de cualquier iusnaturalismo, no veo razón alguna para no reconocer que el juez, en estos casos, también crea derechos.

4. SENTENCIA T-134 DE 2005

DERECHO A LA VISITA CONYUGAL DEL INTERNO-
Fundamental por conexidad/**DERECHO A LA VISITA CONYUGAL DEL INTERNO**

**RELACIONES DE ESPECIAL SUJECCIÓN ENTRE LOS INTER-
NOS Y EL ESTADO-**Consecuencias jurídicas

VISITA CONYUGAL DEL INTERNO-Traslado de interna a la cárcel donde se encuentra recluso su compañero permanente/**DERECHO A LA INTIMIDAD DEL INTERNO-**Limitaciones

VISITA CONYUGAL DEL INTERNO-Solicitud por procedimiento administrativo establecido en la ley

La Sala considera que no está en discusión si el demandante tiene derecho a la visita conyugal o íntima, como derecho fundamental. Sin embargo, para ejercer dicho derecho debe someterse al reglamento establecido por la administración y autorizado por la ley.

Referencia: expediente T-1000367

Acción de tutela de Ferney Gutiérrez Galván, contra el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de la Dorada Caldas.

Magistrado Ponente:
Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil cinco (2005).

La Sala Tercera (3a.) de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Civil Familia de Manizales Caldas, el día diecisiete (17) de septiembre de 2004, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Ferney Gutiérrez Galván, en contra del Centro Penitenciario de Mediana y Alta Seguridad Doña Juana de la Dorada Caldas.

I. ANTECEDENTES

El señor Ferney Gutiérrez Galván presentó acción de tutela en contra del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de la Dorada Caldas, por cuanto considera que se le han violado los derechos fundamentales a la intimidad y a la igualdad, al no concedérsele el derecho a la visita conyugal.

1.1. Hechos

1. El accionante, quien se encuentra recluso en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de La Dorada Caldas Doña Juana, condenado a 39 años de prisión por el delito de homicidio en concurso con acceso carnal violento, manifiesta, que se ha dirigido ante las directivas del establecimiento carcelario en mención, con el fin de que le sea concedida la visita conyugal con su compañera permanente, quien igualmente se encuentra reclusa en la cárcel de Chaparral Tolima, sin que su pretensión haya sido atendida favorablemente por la mencionada entidad.

2. Agrega que la dirección de la cárcel le ha negado la visita conyugal solicitada, por considerar que es el INPEC quien debe autorizar el traslado de la interna y, además, por carecer de presupuesto para llevar a cabo el traslado.

3. Concluye el accionante, que cuando se encontraba recluso en la Penitenciaría La Picaleña, le era concedida visita conyugal cada fin de mes con su compañera permanente.

2. Demanda y Solicitud

Solicita el accionante le sea autorizada la visita conyugal, trasladando a su compañera permanente al Establecimiento Penitenciario y Carcelario

de Alta y Mediana Seguridad de la Dorada Caldas, en donde se encuentra recluso, o en su defecto, su traslado a la Cárcel del Distrito Judicial de Chaparral Tolima, sitio de reclusión de su compañera permanente, con el fin de ejercer el derecho a la visita conyugal.

3. Intervención del Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, mediante Memorando 7103 dirigido a la Coordinadora del Grupo de Tutelas, el 4 de agosto de 2004, manifiesta que en dicha dependencia no se encontró solicitud de traslado o visita íntima por parte de ninguno de los internos.

Así mismo, el Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de La Dorada Caldas, mediante escrito del 3 de agosto de 2004, señala, que no se cuenta con presupuesto para el traslado del interno y que debe tenerse en cuenta la situación jurídica del recluso, la cual lo ubica en un perfil de alta seguridad y su desplazamiento de un lugar a otro, distante, por zonas que pueden representar alto riesgo, pondría en grave peligro a la guardia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, encargados de la remisión y al interno mismo.

De otro lado, mediante oficio del 5 de agosto de 2004, el INPEC, Dirección General Grupo de Tutelas, sostiene, que según información suministrada por el Director del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de La Dorada Caldas y la Asesora de Asuntos Penitenciarios del INPEC, una vez revisada la hoja de vida del interno accionante, se logró constatar que no existe petición alguna de visita íntima suscrita por la compañera del interno, reclusa en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Chaparral- Tolima, lo que quiere decir, que no puede haberse vulnerado un derecho que ni siquiera ha sido solicitado.

Finalmente, el INPEC, mediante Memorando dirigido a la Coordinadora del Grupo de Tutelas del INPEC señala, que no se encuentra radicada en la dependencia solicitud de traslado o visita íntima por parte del interno accionante, ni de la compañera permanente del mismo.

4. Sentencia de Primera Instancia

En sentencia del doce (12) de agosto de dos mil cuatro (2004), el Juzgado Segundo Civil del Circuito de La Dorada Caldas, negó los derechos a la intimidad personal y dignidad humana, considerando que el interno no ha

elevado solicitud de visita conyugal con el traslado de una ciudad a otra, por encontrarse la pareja en situación de detención.

Manifiesta que el accionante debe agotar el conducto regular a nivel administrativo a través del INPEC.

Agrega, que no aparece prueba en el plenario de que al demandante se le hubiera otorgado permiso cuando se hallaba recluso en la Cárcel La Picalaña.

Sostiene el Despacho, que el accionante fue quien propició el desligamiento de su núcleo familiar con la conducta punible cometida, la cual fue sancionada por medio de la jurisdicción competente a la pena privativa de 39 años.

5. Sentencia de Segunda Instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Civil Familia, confirmó el fallo de primera instancia, considerando que el actor no ha agotado los pasos previos para el otorgamiento del permiso y siendo así, no puede aspirar que a través del ejercicio de la acción constitucional, se contraríen las normas reglamentarias pertinentes, procedimiento que es necesario en orden a evaluar las circunstancias particulares de cada caso, pues las autoridades penitenciarias gozan de autonomía para conceder el permiso.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Sala es competente para decidir, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9o., de la Constitución, y 33 y 34 del decreto 2591 de 1991.

2. Problema Jurídico

Como se desprende de los antecedentes, el demandante considera que se le están violando los derechos a la intimidad y a la igualdad, por cuanto el Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de la Dorada Caldas donde se encuentra recluso, se

ha negado a concederle la visita conyugal con su compañera permanente, quien se encuentra también reclusa, en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Chaparral, Tolima.

Corresponde a esta Sala resolver el siguiente problema jurídico:

¿Vulneró el Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de La Dorada Caldas el derecho a la intimidad y a la igualdad al demandante al negarse a conceder la visita íntima solicitada por una persona privada de la libertad en un centro de reclusión, visita que habría de llevarse a cabo en otra cárcel donde se encuentra reclusa su compañera permanente, por no haber agotado el interesado el trámite administrativo señalado en el Reglamento General de los Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios?

3. Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre visitas conyugales o íntimas en establecimientos carcelarios

La Corte en diversas oportunidades se ha pronunciado sobre el régimen de visitas íntimas en los centros de reclusión y sus relaciones con los derechos fundamentales.

Así, en Sentencia T-424 de 1992, con ponencia del Magistrado Fabio Morón Díaz, confirmó el fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Calarcá Quindío, en el sentido de considerar que la regulación jurídica contenida en la reglamentación interna del centro carcelario que impuso la utilización de carnés para los visitantes al centro de reclusión, no contraría el derecho a la intimidad; por el contrario tiende a garantizarlo, sin perjuicio de consultar las necesidades de disciplina propia de la naturaleza de las penas.⁷

⁷ Esta esfera íntima, dentro de la cual se ubica el fallo objeto de esta revisión, es reconocida por la sociedad como un ámbito en la existencia de cada persona, que solamente le concierne y está reservada a ella. Esto se deriva de la independencia de las personas, de su libertad y de su autonomía. Por la trascendencia de estas facetas personales, la Constitución reconoce y protege el derecho a la intimidad, precisando el ámbito en el cual el individuo tiene derecho a impedir intrusiones y a limitar el derecho de los demás.

La realización personal y el libre desarrollo de la personalidad exigen de parte de los particulares y del Estado, el reconocimiento y el respeto de las conductas que la persona realiza, para vivir de manera sana y equilibrada, física y emocionalmente. La vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad.

Luego, en sentencia T-222 de 1993,⁸ la Corte protegió los derechos a la intimidad y a la igualdad de una persona que solicitó protección a la visita conyugal, por cuanto en el establecimiento en donde se encontraba recluida en forma transitoria, no había regulación de las visitas íntimas.

Al respecto la Corte realizó las siguientes consideraciones sobre las visitas íntimas de los internos:

“El derecho a las visitas conyugales de quienes se encuentran reclusos en establecimientos carcelarios, es un derecho fundamental limitado, y está limitado por las propias características que involucra el permitir las visitas conyugales: contar con instalaciones físicas adecuadas, privacidad, higiene, seguridad. Es claro que en algunos establecimientos carcelarios del país se dan las condiciones convenientes para permitir las visitas conyugales y en otros no. Pero no por esto se puede predicar que, en este aspecto, se esté violando el derecho a la igualdad de los reclusos que se encuentren en los que no cuentan con tales visitas. Se trata de asuntos coyunturales, según se trate de una actividad ilícita que se está investigando, o sobre la cual la justicia ya tomó una decisión. El Estado debe buscar, que todos los centros de reclusión del país, así se trate de establecimientos para internos transitorios o condenados, estén en capacidad de permitir las visitas conyugales.”

En la sentencia T-269 de 2002,⁹ amparó el derecho de una persona a la visita íntima en conexidad con el derecho a la vida, y previno a la Penitenciaría de Valledupar para que no acuda a requisas vejatorias y contrarias a la dignidad humana para el ingreso a establecimientos carcelarios de los visitantes de los reclusos.

Al efecto, la Corte hizo las siguientes consideraciones adicionales:

“Tratándose de personas privadas de la libertad, se hace esencial para los reclusos y su pareja el poder relacionarse en el ámbito sexual ya que este tipo de encuentros además de tener como sustrato un aspecto físico, trasciende al psicológico y al ser positivo repercute en el estado de bienestar de la pareja. Es inherente al establecimiento carcelario y a la misión de aislamiento social de la prisión el establecer las visitas tanto generales como íntimas de una manera distanciada en el

⁸ M.P. Jorge Arango Mejía.

⁹ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

tiempo. Sin embargo, tal separación debe ser proporcionada con la restricción que implican los derechos a la intimidad, la salud en conexidad con la vida, el libre desarrollo de la personalidad, la protección integral a la familia, su intimidad y dignidad establecidas en los artículos 15 y 42 de la Carta Política y el medio para la resocialización de los reclusos que constituyen las visitas.”

Esta jurisprudencia obedece al reconocimiento de los derechos de los internos y a los diferentes tipos de afectación que estos pueden legítimamente soportar. Esta Corporación en sentencia T-023 de 2003 (MP Clara Inés Vargas Hernández) lo resumió así:

“La cárcel no es un sitio ajeno al derecho. Las personas reclusas en un establecimiento penitenciario no han sido eliminadas de la sociedad. La relación especial de sometimiento que mantienen con el Estado no les quita su calidad de sujetos activos de derechos. En vista del comportamiento antisocial anterior, el prisionero tiene algunos de sus derechos suspendidos, como la libertad por ejemplo, otros limitados, como el derecho a la comunicación o a la intimidad; pero goza de otros derechos de manera plena, como el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud.”(T-596, del 10 de diciembre de 1992).

Dentro de este contexto, es válido afirmar que el derecho a las visitas conyugales de quienes se encuentran reclusos en establecimientos carcelarios, es un derecho fundamental limitado, y está limitado por las propias características que involucra el permitir las visitas conyugales: contar con capacidad del centro de reclusión, número de internos, infraestructura adecuada para programar las visitas, duración de las mismas, privacidad, condiciones de higiene, seguridad, fechas, etc...

De otro lado, desde un punto de vista normativo, la Ley 65 de 1993 en el último inciso de su artículo 112 dispone que *“La visita íntima será regulada por el reglamento general, según principios de higiene, seguridad y moral”*.

Cada establecimiento penitenciario y carcelario deberá establecer un registro con la información suministrada por el interno acerca de la identidad del visitante, a efectos de controlar que la visita se efectúe en todo caso por la persona autorizada.

Si bien las visitas conyugales en los establecimientos de reclusión hacen parte del derecho a la intimidad personal y familiar, y al respeto de la

dignidad humana, como uno de los principios rectores del Estado social de derecho, su realización está limitada por las condiciones establecidas en la normatividad general de los establecimientos carcelarios, específicamente en el Acuerdo 11 de 1995, en desarrollo del artículo citado.

Estas condiciones limitativas obedecen a su relación de especial sujeción en la que están situados los internos.

Las relaciones de especial sujeción¹⁰ implican la subordinación de una parte (el recluso), a la otra (el Estado) la cual se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial¹¹ (controles disciplinarios¹² y administrativos¹³ especiales y posibilidad de limitar¹⁴ el ejercicio de derechos, incluso los fundamentales). A su turno, esta relación de especial sujeción genera la carga de proteger a los internos expuestos a los riesgos y consecuencias de su condición derivada del poder punitivo del Estado. Esta carga se manifiesta en varios deberes positivos y prestaciones que el Estado ha de cumplir y prestar.¹⁵ Uno de esos deberes es garantizar la seguridad de los reclusos, aun durante los traslados, y facilitar las condiciones para el ejercicio de ciertos derechos, como el derecho a la visita conyugal.

La Corte ha extraído importantes consecuencias jurídicas para efectos de determinar aspectos centrales en relación con los derechos fundamentales y no fundamentales de las personas sometidas a privación de la libertad de la existencia, identificación y régimen de las llamadas “relaciones

¹⁰ Sobre la síntesis de la doctrina constitucional de las relaciones de especial sujeción, ver Sentencia T-881 de 2002.

¹¹ Desde los primeros pronunciamientos sobre el tema, la Corte identificó la existencia de un “régimen jurídico especial al que se encuentran sometidos los internos”, el cual incluye la suspensión y la limitación de algunos derechos fundamentales, en este sentido Cfr. Sentencia T-422 de 1992.

¹² Que se concreta por ejemplo, en la posibilidad de implantar un régimen disciplinario para los reclusos, así en Sentencia T-596 de 1992.

¹³ Que se concreta por ejemplo, en la posibilidad de implantar un régimen especial de visitas, así en sentencia T-065 de 1995.

¹⁴ Sobre los tres regímenes de los derechos fundamentales de los reclusos, según la posibilidad de la suspensión, limitación y goce pleno, ver entre otras las Sentencias T-222 de 1993, T-065 de 1995 y T-705 de 1996. Sobre la razonabilidad de la limitación del derecho al libre desarrollo de la personalidad en relación con el derecho a recibir visitas íntimas, ver la sentencia T-269 de 2002.

¹⁵ Sobre el contenido de ese deber positivo ver la Sentencia T-153 de 1998. Sobre el énfasis en el deber positivo en cabeza del Estado, véanse las Sentencias T-714 de 1996 y T-153 de 1998. Sobre la responsabilidad del Estado que se concreta en la obligación de velar por la seguridad de los reclusos en el perímetro carcelario y en la obligación de garantizar condiciones de vida adecuadas a los reclusos, Sentencia T-522 de 1992.

especiales de sujeción¹⁶ entre los reclusos y el Estado (las autoridades penitenciarias).

La Corte Constitución en sentencia T-424 de 1992 (MP Fabio Morón Díaz) señaló lo siguiente:

De igual manera, esta Corporación ha sostenido que los internos se encuentran vinculados con el Estado por una especial relación de sujeción.¹⁷ De tal suerte que este último puede exigirles el sometimiento a un conjunto de condiciones y reglas de conducta encaminadas a mantener el orden y la seguridad en los establecimientos carcelarios del país, siempre y cuando estas medidas se ajusten a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Correlativamente, el Estado debe garantizarle a los internos el pleno ejercicio de los derechos fundamentales que no han sido suspendidos, y parcialmente el disfrute de aquellos que les han sido restringidos. De allí que, el Estado deba abstenerse de realizar determinados comportamientos que vulneren el ejercicio de un derecho fundamental, en tanto que frente a otros, se encuentre ante el deber de adoptar determinadas medidas concretas a favor de los reclusos.

Sin embargo, en ciertos casos estos deberes pueden llegar a implicar medidas diversas e, inclusive, encontradas. Esto ocurre, por ejemplo, cuando para realizar la visita conyugal es necesario movilizar al interno a otro establecimiento donde se encuentra recluida la compañera o cónyuge. Para armonizar los intereses jurídicos en conflicto, las autoridades deben diseñar soluciones específicas que respondan a las particularidades de cada situación. Así, la Corte Constitucional mediante Sentencia T-718 de 2003,¹⁷ ordenó al INPEC del Viejo Caldas diseñar y llevar a cabo un plan para cumplir efectivamente las visitas íntimas autorizadas por un Fiscal Delegado, para lo cual deberán tomar las medidas de seguridad para el cumplimiento de la orden judicial.

¹⁶ Esta expresión en el contexto de las relaciones entre autoridades penitenciarias y personas privadas de la libertad, fue utilizada por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Sentencia T-596 de 1992. Así mismo, entre los pronunciamientos al respecto, Cfr. Sentencias T-705 de 1996 y T-153 de 1998.

¹⁷ Sobre el estado de sujeción especial de los reclusos frente al Estado ver, entre otras, las Sentencias T-596 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón; C-318 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-705 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-706 de 1996, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; y T-714 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Al respecto la Corte señaló lo siguiente:

En el presente caso, se trata de un traslado de una sindicada reclusa en un centro carcelario al lugar de reclusión de su compañero permanente, con quien tiene un hijo, quien igualmente se encuentra privado de la libertad en otro centro carcelario y ha obtenido de la autoridad judicial el respectivo permiso de visita íntima. En este evento es manifiesto que la coordinación y colaboración de los directores de ambos establecimientos carcelarios es determinante para el goce efectivo del derecho a la visita íntima. En especial, ambos directores y sus comandantes de vigilancia deben velar por garantizar la seguridad en el traslado, cuando ello fuere posible. Lo anterior supone que los directores de los establecimientos carcelarios donde se encuentran los sindicados que han solicitado reglamentariamente que se lleve a cabo la visita íntima gocen del margen de discrecionalidad necesario para disponer lo relativo al traslado de uno de los dos internos y la realización de la visita, pero al mismo tiempo para que se garantice la seguridad de las personas involucradas en el cumplimiento de la orden judicial respectiva. El mencionado margen de discrecionalidad supone incluso el aplazamiento de la visita cuando ella no se puede adelantar por razones de seguridad, todo ello dentro de límites objetivos y razonables, de forma que el derecho fundamental a la visita íntima pueda tener eficacia. De cualquier forma, la visita íntima debe efectuarse una vez se encuentren cumplidos los procedimientos previos establecidos en la ley y los reglamentos.

.....

Ahora bien, no ignora la Corte que las autoridades administrativas deben prever la posibilidad de planes de fuga por parte de integrantes de grupos al margen de la ley sindicados o condenados por el delito de rebelión, así como tomar todas las medidas pertinentes para asegurar la vida e integridad tanto de los detenidos como de los guardias que custodian el traslado para hacer efectiva la visita conyugal. Pero tal riesgo no puede convertirse en una disculpa genérica para no cumplir; de manera indefinida, con la orden judicial del traslado. En la planeación y ejecución del traslado las autoridades administrativas deberán tomar las medidas de seguridad a que haya lugar pero a la vez hacer efectiva la medida judicial que propugna por el cumplimiento de los fines de la pena, dentro del respeto a los derechos fundamentales.

4. Análisis del caso concreto

En el presente caso, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de la Dorada Caldas, negó la acción de tutela al señor Ferney Gutiérrez Galván,

recluido en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de la Dorada Caldas, donde se encuentra cumpliendo una pena de 39 años por el delito de homicidio en concurso con acceso carnal violento. Consideró que el accionante no ha elevado solicitud de visita conyugal con el traslado de una ciudad a otra. Además, estima que fue el accionante el que propició el desligamiento de su núcleo familiar. En segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala de Decisión Civil Familia de Manizales, confirmó el fallo de primera instancia por el hecho del accionante no haberse acogido al trámite administrativo para solicitar la visita conyugal.

El INPEC informó que el demandante en ningún momento llevó a cabo el trámite administrativo para la autorización de la visita conyugal o íntima, a su compañera recluida en otro centro carcelario, lo cual implica el traslado de La Dorada, Caldas, a Chaparral, Tolima.

En desarrollo de la Ley 65 de 1993, el Consejo Directivo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, expidió el Acuerdo 011 de 1995, “*Por el cual se expide el Reglamento General al cual se sujetarán los reglamentos internos de los Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios*”.

Dicho Acuerdo establece lo siguiente:

Art. 29. Visitas íntimas-Previa solicitud del interno o interna al director del centro de reclusión se concederá a aquel una visita íntima al mes, siempre que se den los requisitos señalados en el artículo siguiente.

Art. 30. Requisitos para obtener el Permiso de Visita íntima.

1. Solicitud escrita del interno al director del establecimiento en el cual indique el nombre, número de cédula de ciudadanía y domicilio del cónyuge o compañero (a) permanente visitante.

.....

3. Para personas condenadas, autorización del director regional.

En caso de que se requiera traslado de un interno a otro centro de reclusión el director regional podrá conceder este permiso, previo estudio de las circunstancias. El director del establecimiento y el comandante de vigilancia dispondrán lo necesario para garantizar la seguridad en el traslado.

4. El director de cada establecimiento verificará el estado civil de casado (a) o la condición de compañero (a) permanente del visitante.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala considera que no está en discusión si el demandante tiene derecho a la visita conyugal o íntima, como derecho fundamental. Sin embargo, para ejercer dicho derecho debe someterse al reglamento establecido por la administración y autorizado por la ley.

Esta Sala considera que el argumento esgrimido por el despacho de primera instancia, en el sentido de no tutelar los derechos fundamentales al demandante de la visita íntima y a la dignidad humana por considerar que el mismo propició con la comisión del delito la ruptura de su núcleo familiar, no es jurídicamente válido para negar su derecho, en razón a que la situación de las personas reclusas en un establecimiento penitenciario no les quita su calidad de titulares de todos sus derechos, sino que implica una restricción de los mismos en proporción a la pena que les fue impuesta.

No obstante, la condición jurídica del accionante, condenado a 39 años por el delito de homicidio en concurso con acceso carnal violento, supone la existencia de riesgos adicionales a los comunes de la visita interna, pero tal circunstancia no puede convertirse en pretexto para no conceder la visita conyugal.

En el presente caso, el peticionario no ha cumplido íntegramente la carga establecida en las normas reglamentarias citadas, como quiera que no presentó solicitud escrita dirigida al director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y mediana Seguridad de La Dorada Caldas, indicando la necesidad del traslado a otro centro donde su compañera ha aceptado la visita íntima, entre otros. No obstante, el actor sí ha formulado solicitudes al Director del establecimiento donde se encuentra recluso en el sentido de que se le permita la visita. Ello muestra que el Director no ha explicado al interno cuáles son los procedimientos a seguir, ni los requisitos que éste debe reunir, los cuales el recluso no tiene por qué conocer si no ha recibido la orientación pertinente de la cual depende el goce efectivo de sus derechos.

Esta Sala confirmará parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Civil Familia y al

mismo tiempo ordenará al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de La Dorada Caldas, para que en un término de 48 horas informe y acompañe al demandante en el trámite del procedimiento a seguir para la aprobación de las visitas íntimas, de acuerdo a lo establecido en el Acuerdo 11 de 1995.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la decisión proferida Tribunal Superior Sala Civil Familia, de Manizales, mediante la cual se negó al señor Ferney Gutiérrez Galván el derecho a la visita conyugal.

Segundo.- ORDENAR al Director del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de La Dorada Caldas, para que en un término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, informe oriente y preste la ayuda necesaria al señor Ferney Gutiérrez Galván, sobre el procedimiento a seguir, con el fin de obtener el beneficio de la visita conyugal y así proteger su derecho fundamental a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la protección integral de la familia.

Tercero.- LIBRENSE, por la Secretaría General de esta Corporación, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

5. SENTENCIA T-143 DE 2005

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Continuidad en el servicio

PRINCIPIO DE EFICIENCIA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Alcance

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Desarrollo de la sexualidad

DERECHO A LA SALUD-Disfunciones en actividad sexual/**DERECHO A LA SALUD**-Acceso a toda opción médica para recuperar las disfunciones de la actividad sexual/**DERECHO A LA SALUD SEXUAL**-Fundamental por conexidad

Si la persona que comienza a presentar limitaciones para sostener una actividad en su vida sexual, en especial cuando estas limitaciones tienen su origen en problemas de salud, habrá de advertirse que no se trata tan sólo de simples afecciones de la salud, sino que también comporta la afectación de otros derechos fundamentales como la intimidad, el derecho a la familia e incluso a la vida misma. Así, cuando el paciente que por razones de salud tiene dificultades para sostener una relación sexual satisfactoria o en el peor de los casos, para tener una relación sexual completa, aún cuando tal situación no comprometa su integridad física o su propia vida, reclama de todos modos el amparo de otros derechos fundamentales a los cuales ya se hizo mención. Pero, si además, dichas dificultades físicas o de salud obligan a quien las sufre a acudir al servicio de salud, y se da inicio a una de varias posibles opciones tendientes a solucionar su problema, podrá igualmente reclamar el acceso a todas las demás opciones que médicamente le permitan recuperar su salud y en particular su actividad sexual. En consecuencia, la atención en salud del paciente que se ve aquejado por disfunciones en su actividad sexual, se somete a los mismos criterios de la continuidad en la prestación de los servicios médicos frente a otras dolencias, en tanto se cumpla con los requisitos que jurisprudencialmente se han determinado. De esta manera, cuando el particular que viene siendo atendido por la entidad prestadora de sus servicios de salud, en razón a una reclamación suya para solucionar un problema en su salud sexual, podrá, si en algún momento le es negado algún procedimiento o medicamento que le ha sido diagnosticado por su médico tratante para solucionar su problema de salud, alegar la aplicación del criterio de continuidad en la prestación del servicio de salud. Así, en estos casos, aún cuando el derecho a la salud respecto del cual se reclama su protección no tiene conexidad con derechos fundamentales como la vida e integridad física, sí presenta una conexidad directa con otros derechos fundamentales, como la dignidad, la intimidad, y el derecho a la familia.

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede por exclusión de medicamentos y tratamientos de alto costo

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA CON DISFUNCION EN LA ACTIVIDAD SEXUAL-Vulneración por negar la cirugía de implante de prótesis peneana

DERECHO A LA SALUD-Continuidad en tratamiento recomendado e iniciado/**ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD**-Práctica de cirugía de implante de prótesis peneana

Teniendo en cuenta que el accionante venía siendo tratado por médicos de la E.P.S. SANITAS en relación con su disfunción eréctil, y que además esta opción médica le permitiría solucionar su problema de salud sexual, se le garantiza al propio tiempo el respeto y protección de sus derechos fundamentales a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad. En consecuencia, esta Corte debe advertir que los criterios jurídicos que orientan esta decisión, están justificados en la continuidad en la prestación de un servicio de salud, reclamados por un paciente que ya venía siendo tratado por dicha enfermedad, cuya capacidad económica no le permite asumir directamente el cubrimiento del costo del tratamiento diagnosticado, el cual fuera ofrecido o planteado por un médico adscrito a la E.P.S. que atiende al paciente.

**PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD/
PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN SALUD**

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-946646

Acción de tutela instaurada por Juan contra la E.P.S. SANITAS.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero dos mil cinco (2005).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados **RODRIGO ESCOBAR GIL**, **MARCO GERARDO MONROY CABRA** y **JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO**, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por los Juzgados Veintiséis Penal Municipal y Quince Penal del Circuito, ambos de Cali, en el trámite de la acción de tutela instaurada por Juan contra la E.P.S. SANITAS.

I. ANTECEDENTES

A. Aclaración preliminar

En primer lugar, la Sala debe indicar que por tratarse de un proceso relacionado con un problema complejo de sexualidad humana, cual es el de la disfunción eréctil de un señor de la tercera edad, y con la finalidad de proteger las garantías constitucionales de que son titulares el actor y su familia, se protegerá su derecho fundamental a la intimidad y por ello, durante el presente trámite de revisión se tomarán medidas orientadas a impedir su identificación. Máxime cuando se trata de un gran impacto en la opinión pública, susceptible de desencadenar efectos sensacionalistas en los medios de comunicación y de conducir al rechazo y discriminación del actor y su familia. En razón de ello, la Sala suprimirá toda referencia que pueda conducir a dicha identificación y en la parte resolutive de esta Sentencia ordenará que la Secretaría de esta Corporación y de los jueces de instancia guarden estricta reserva en este proceso¹⁸.

¹⁸ La publicidad de los fallos de tutela en casos de menores con ambigüedad sexual y la protección de la intimidad del niño y su familia durante el trámite judicial, es un tema reiterado en todas las Sentencias que han versado sobre esta problemática. Al respecto, la Sentencia SU-337/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero, señaló: “La Corte entiende la preocupación de la madre y el sentido de su petición pues, como se verá, este caso se relaciona con un problema complejo de la sexualidad humana, que es poco conocido por la opinión pública, y que podría entonces provocar reacciones sensacionalistas de los medios de comunicación, así como una malsana curiosidad y rechazo a la menor y a la propia peticionaria en el medio social en donde viven. Ahora bien, no sólo todas las personas tienen derecho a la intimidad y a disfrutar de una vida familiar sin injerencias indebidas de los otros (CP art. 15) sino que, además, la acción de tutela ha sido instituida para proteger los derechos fundamentales (CP art. 86). Sería pues contradictorio que una persona termine afectada en alguno de sus derechos fundamentales precisamente por haber iniciado una acción de tutela para proteger otro de esos mismos derechos, por lo cual la preocupación de la madre por la posible afectación de su intimidad y la de su hija es perfectamente legítima. Es pues necesario que el juez de tutela, y esta Corte Constitucional, tomen todas las medidas pertinentes para amparar los derechos constitucionales que se podrían ver afectados por la presente acción judicial, lo cual sugiere la conveniencia de la reserva completa de estas actuaciones. // Sin embargo, los procesos judiciales deben ser públicos. Además, la Corte Constitucional

En consecuencia, para todos los efectos de la presente providencia el nombre del accionante será reemplazado por el de Juan.

Los hechos motivo de la presente acción de tutela, se pueden sintetizar en los siguientes puntos:

1. El accionante quien al momento de interponer la tutela contaba con sesenta y cuatro (64) años de edad, se encuentra afiliado a la E.P.S. SANITAS desde el año 2000, en calidad de beneficiario de su hija María Fernanda.
2. En noviembre de 2002, fue valorado por el médico Alfonso Fernández quien luego de unos exámenes le diagnosticó Adenoca de Próstata por Biopsia, y le realizó igualmente Gamagrafía Ósea Corporal.
3. El 7 de diciembre de 2002, le fue realizada una PROSTATECTOMÍA RADICAL CON BORDES LIBRES Y GANGLIOS NEGATIVOS.
4. En marzo 3 de 2003 le fue realizado un P.S.A. de control con resultado negativo.
5. Como consecuencia de la intervención quirúrgica el accionante quedó completamente impotente.

revisa eventualmente las acciones de tutela con el propósito esencial de unificar la doctrina constitucional para de esa manera orientar la actividad de los distintos jueces en la materia. La protección del sosiego familiar de la peticionaria no puede entonces llevar a la prohibición de la publicación de la presente sentencia, o a la total reserva del expediente, por cuanto se estarían afectando de manera desproporcionada el principio de publicidad de los procesos y la propia función institucional de esta Corte Constitucional. Es pues necesario armonizar la protección de la intimidad de la peticionaria con los intereses generales de la justicia, por lo cual esta Corporación concluye que la única determinación razonable es la siguiente: de un lado, y con el fin de amparar la intimidad, en la sentencia se suprimen todos los datos que puedan permitir la identificación de la menor o de la peticionaria, lo cual explica no sólo que no aparezcan sus nombres ni el de su médico tratante sino que, además, se haya eliminado la referencia al lugar de los hechos y la denominación del juez de tutela que inicialmente decidió el caso. Igualmente, y por la misma razón, el presente expediente, que será devuelto al juzgado de origen, queda bajo absoluta reserva y sólo podrá ser consultado por las partes específicamente afectadas por la decisión, esto es, por la madre, el médico tratante y el representante del I.S.S., y, como es obvio, estos últimos se encuentran obligados a proteger esa confidencialidad. Sin embargo, debido a la trascendencia y complejidad del caso, es inevitable no sólo publicar la sentencia, pues en ella se establece una doctrina constitucional fundamental en la materia, sino también divulgar todo el extenso material probatorio y científico que la Corte tuvo en cuenta para alcanzar su decisión.”

6. El accionante aclara que antes de la intervención quirúrgica venía padeciendo de un cierto grado de disfunción eréctil, problema que solucionaba con la utilización de Sildenafil.

7. El médico Alfonso Fernández, le recetó la droga CAVERJET de 15 miligramos, medicamento que si bien le permitía tener erecciones, éstas le producían un intenso dolor, razón por la cual su consumo debió ser suspendido. Posteriormente, fue sometido a un tratamiento con VIAGRA por espacio de tres (3) meses, en el cual debía consumir tres dosis semanales, tratamiento que no surtió efecto alguno. Posteriormente a este tratamiento, el médico Fabio Rivera le recetó CIALIS por 20 miligramos, medicamento que al igual que el Viagra no produjo efecto alguno.

8. Ante la total ineficacia de todos los anteriores medicamentos, y con el fin de corregir el problema que por disfunción eréctil venía presentando el actor, los médicos Luis Fernando Echeverri, Fabio Rivera y Alfonso Fernández, adscritos a la E.P.S. SANITAS concluyeron que era indispensable el implante de una prótesis peneana (inflable o maleable).

9. Una vez hecha dicha propuesta por los médicos tratantes, el accionante radicó en marzo 8 de 2004 y bajo el No. 046866 una petición a la E.P.S. SANITAS en tal sentido.

10. En respuesta a dicha petición, el día 20 de marzo de ese mismo año, la Jefe Central de Apoyo de la E.P.S. SANITAS, le informó que la prótesis peneana inflable no estaba incluida en el Plan Obligatorio de Salud.

11. En vista de tal circunstancia, el accionante manifestó que en la medida de que es una persona de escasos recursos económicos, que se encuentra actualmente desempleado, no le es posible asumir el costo de la prótesis peneana inflable, único tratamiento que solucionaría su problema de disfunción eréctil.

12. Aclara así mismo, que en razón a dicha disfunción sexual, su salud mental y emocional, así como su autoestima se han visto afectados. En cuanto a su vida de pareja ésta, está por terminarse, pues ante la imposibilidad de responder a todas sus obligaciones conyugales, las cuales se han desarrollado por espacio de más de treinta y siete años en plena armonía y entrega conyugal, ha tenido problemas con su pareja.

En vista de los anteriores hechos, el accionante considera que la E.P.S. SANITAS, al negarse a suministrarle la prótesis peneana inflable, así

como su implantación y el suministro de los demás implementos que se requieran, le ha violado sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida digna. Por tal motivo solicita que dicha E.P.S. asuma el costo total de la misma y proceda a su implante.

II. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

En escrito de fecha 20 de abril de 2004, dirigido al juez de conocimiento de esta tutela, la Directora Administrativa de la E.P.S. SANITAS, manifestó lo siguiente.

1. Efectivamente Juan se encuentra afiliado en condición de beneficiario de la E.P.S. SANITAS contando a la fecha con ciento treinta (130) semanas cotizadas.

2. Al accionante le fue prescrita una prótesis peneana inflable, para tratar su problema de disfunción eréctil, prótesis que no se encuentra incluida en el Plan Obligatorio de Salud. Tal y como lo señala la Resolución 5261 de agosto 5 de 1994 por la cual se establece el MAPIPOS (Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud), dicha prótesis no se encuentra incluida.

3. Sumada a la anterior norma, de la lectura del artículo 29 del Decreto 806 de 1998, resulta clara igualmente, que el afiliado debe financiar directamente los gastos que sean generados con ocasión de la adquisición e implante de la prótesis peneana inflable, toda vez que dicho servicio corresponde a “servicios adicionales a los incluidos en el POS”.

4. Si bien la E.P.S. no desconoce que el accionante tiene todo el derecho a recurrir a todos los medios para la recuperación de su salud, ello no puede ser argumento para considerar que la E.P.S. SANITAS haya vulnerado sus derechos, pues todas las actuaciones de la entidad se han desarrollado dentro del marco legal correspondiente.

5. Así mismo, y con el fin de proteger y mantener el equilibrio económico del Sistema de Seguridad Social en Salud, la misma ley establece una serie de prestaciones que son responsabilidad directa del Estado. Por ello, pretender en el presente caso, que la E.P.S. SANITAS tenga que asumir los costos económicos de un servicio no incluido en el POS,

sería imponerle obligaciones que no le corresponden, vulnerando así su equilibrio económico.

6. La misma Corte Constitucional en Sentencia SU-819 de 1999, estableció parámetros que deben tenerse en cuenta para el excepcional otorgamiento de beneficios de salud por fuera del POS, como son que exista una situación de riesgo inminente para la vida del afiliado y que se beneficie con los procedimientos, diagnóstico y terapias que requiere; y, que además, el usuario acredite su imposibilidad económica para asumir el pago total o parcial del procedimiento o de los medicamentos que requiere.

7. Si pese a lo anterior, se considera que el accionante ha probado su imposibilidad económica para asumir el costo de la prótesis peneana por él reclamada, se deberá requerir al Fosyga con el fin de que asuma directamente el pago de la prótesis en cuestión a la IPS que la suministre, tal y como lo ordena la ley, o en su defecto que reembolse a la EPS SANITAS el valor del costo de la misma. Finalmente, si el juez considera que la acción de tutela es viable como mecanismo transitorio, que señale en qué término se deberá dar cumplimiento a la orden de tutela que se imparta.

III. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

1. En sentencia del 28 de abril de 2004, el Juzgado Veintiséis Penal Municipal de Cali negó el amparo solicitado. Consideró el a quo que luego del estudio de las pruebas que obran en el expediente, incluido un dictamen médico expedido por Medicina Legal de la ciudad de Cali, al accionante no se le ha vulnerado derecho fundamental alguno, pues el no suministro de la prótesis peneana, sea esta inflexible o maleable no afecta su salud por cuanto no compromete ninguno de sus órganos o la funcionalidad de los mismos, con lo cual no se está ante un perjuicio inminente que atente contra la vida del mismo. “...*Es entendible la preocupación del ciudadano de marras por el diagnóstico que presenta, pero tiene que ser consciente que la prótesis que solicita, es indispensable más no urgente, no se vislumbra la necesidad imperiosa de la realización de la prótesis solicitada, se menoscaba su salud más no su vida misma como para ordenar a la EPS la colocación de la prótesis peneana maleable.*”

“De las pruebas aportadas al proceso no hay ninguna, aparte del testimonio del petente, que demuestre que su situación actual, este

causando graves perjuicios en su organismo, es decir, que su vida corra peligro de muerte en caso de no efectuarse.

“De lo anterior, se deduce que la disfunción eréctil que presenta el accionante, no es mayor obstáculo para el desenvolvimiento de sus relaciones intrafamiliares. En el concepto del médico tratante no consta ninguna observación referente a perturbaciones por su apariencia física y si bien en el informe del médico tratante que esta viendo al accionante, plasma los síntomas del diagnóstico, también lo es que no está en juego el mínimo vital de la salud en conexidad con la vida.”

Finalmente, señala el juez de instancia que según el informe médico suministrado por Medicina Legal se indicó que si bien el accionante puede requerir la prótesis peneana, ésta no resulta urgente pues no hay riesgo de pérdida vital, lo cual lleva al juez de instancia a pensar que es la vanidad y el deseo personal del accionante como hombre, lo que lo ha llevado a reclamar el suministro de la prótesis.

2. Impugnada la anterior decisión, conoció el Juzgado Quince Penal del Circuito de Cali, el cual en sentencia del 8 de junio de 2004, confirmó la decisión impugnada.

Consideró el ad quem que a partir de los conceptos médicos se puede deducir que la disfunción eréctil que aqueja al accionante en la actualidad afecta su salud como derecho prestacional, pero no se puede considerar *“que se vea afectado otro derecho fundamental como sería la vida, la integridad humana o la dignidad toda vez que no compromete ningún órgano funcional del paciente, además no constituye un peligro inminente a la vida del mencionado señor la no colocación de la prótesis peneana inflable o maleable”*.

IV. PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

- Folio 9, fotocopia del carné de la E.P.S. SANITAS correspondiente a Juan.

- Folios 10 y 11, fotocopia de la historia clínica del accionante, existente en el Centro Médico Imbanaco, cuyo médico tratante es el Doctor Fabio Rivera Murillo.

- Folio 12, fotocopia de la orden médica hecha por el Doctor Fabio Rivera Murillo en la que manifiesta que el accionante requiere implante de prótesis de pene.

- Folio 13, fotocopia de una solicitud de autorización diligenciada por el Doctor Luis Fernando Echeverri y dirigida a E.P.S. SANITAS, con el fin de que autorice el insumo especial denominado Prótesis Peneana Maleable. De fecha febrero 16 de 2004.

- Folio 14. Petición de fecha 8 de marzo de 2004, en la cual el accionante solicita a la E.P.S. SANITAS le sea suministrada la prótesis peneana diagnosticada por médicos adscritos a dicha E.P.S.

- Folios 15 y 16, Respuesta de fecha 15 de febrero (**sic**) de la E.P.S. SANITAS a Juan, en la cual explica la no aprobación de la prótesis peneana por ser un aditamento excluido del P.O.S.

- Folios 20 a 23, Intervención de la E.P.S. Sanitas en respuesta al requerimiento judicial hecho en el trámite de esta tutela, para responder a los hechos aquí expuestos.

- Folio 27, Dictamen médico legal solicitado por el juez de primera instancia al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Regional Suroccidente, en relación con la presente tutela. Corresponde a un dictamen médico hecho al accionante el día 21 de abril de 2004.

V. PRUEBAS ORDENADAS POR LA CORTE

Mediante Auto de pruebas de fecha 17 de noviembre de 2004, la Sala consideró pertinente ordenar la práctica de algunas pruebas con el fin de tener mayor claridad sobre algunos de los hechos y argumentos involucrados en la presente tutela. Para ello, la Sala ordenó lo siguiente:

Primero. Que se oficiara a través de la Secretaría General de esta Corporación, al **Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Regional Suroccidente**, ubicada en la **Calle 4 No. 36 - 01** en la ciudad de Cali, y cuyo número telefónico es **(0*2) 5 57 15 27**, para que en el término de cinco (5) días, contados a partir de la comunicación del presente Auto, citara a Juan, localizado en la **Calle 7 A No. 56 – 136** del Barrio Camino Real Los Guadales de Cali, y

cuyo número telefónico es el **(0*2) 5 13 11 52**, con el fin de realizarle una valoración psicológica o psiquiátrica, tal y como se recomendara en el Dictamen Médico Legal que le fuera realizado al mismo Juan el 25 de abril de 2004, y cuyo número de Radicación es 2004C-06708. Todo lo anterior a efectos de que informara a este Despacho dentro de los tres (3) días siguientes a la realización de la valoración psicológica o psiquiátrica acerca del siguiente asunto:

- Juan de 64 años de edad, afiliado a la E.P.S. SANITAS, quien luego de ser operado por cáncer de próstata en diciembre de 2002 (prostatectomía radical con bordes y ganglios negativos), presenta disfunción eréctil postquirúrgica, sin respuesta favorable con medicamentos. Por tal razón, en su última valoración médica, hecha el 23 de febrero de 2004, se recomendó la colocación de una prótesis peneana maleable, cuyo suministro fue negado por la E.P.S.

La Corte preguntó:

¿ Vistos los antecedentes médicos del paciente, el implante de la prótesis peneana maleable o inflable, traerá para el paciente una respuesta positiva para su desempeño sexual, entendido éste como una respuesta erótica y sensorial adecuada para mejorar su vida sexual?

¿ Que incidencia tendría el implante de la prótesis peneana reclamada por Juan, desde el punto de vista psicológico y de autoestima?

Segundo. Así mismo se ordenó oficiar a través de la Secretaría General de esta Corporación, al Doctor, **Fabio Rivera Murillo**, Médico Cirujano Urólogo, quien labora como médico adscrito a E.P.S. SANITAS, en su consultorio ubicado en la **Calle 5 B5 No. 38 BIS – 64, Centro Médico Imbanaco** en la ciudad de Cali, y cuyos números telefónicos son **(0*2) 5 58 39 67, 5 58 39 79** y cuyo número de fax es **(0*2) 5 58 39 79**, para que en el término de tres (3) días, contados a partir de la comunicación del presente Auto, informara a este Despacho acerca del siguiente asunto:

- Como médico tratante de Juan, se le solicitó que indicara qué efectos tiene en la vida sexual de este paciente, así como en su aspecto psicológico, la recomendación de que se le implante una prótesis peneana maleable, para solucionar su disfunción eréctil posquirúrgica; y si dicha prótesis va a garantizar que la vida sexual del paciente mejore desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo.

Tercero. Finalmente, se ordenó oficiar también a través de la Secretaría General de esta Corporación, al Doctor, **Luis Fernando Echeverri Molina**, Médico Cirujano Urólogo, quien labora como médico adscrito a E.P.S. SANITAS, en su consultorio ubicado en la **Calle 23 Norte No. 2N - 58, Instituto de Urología Especializada** en la ciudad de Cali, y cuyo número telefónico es **(0*2) 6 60 12 62** y cuyo número de fax es **(0*2) 6 61 10 95**, para que en el término de tres (3) días, contados a partir de la comunicación del presente Auto, informara a este Despacho acerca del siguiente asunto:

- Que como médico tratante de Juan, indicara qué efectos tiene en la vida sexual de este paciente, así como en su aspecto psicológico, la recomendación de que le sea implantada una prótesis peneana maleable, para solucionar su disfunción eréctil posquirúrgica; y si dicha prótesis garantizaría que la vida sexual del paciente mejorara desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo.

Las respuestas a las pruebas solicitadas fueron las siguientes:

a. Informe del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Cali

Previo al informe por la práctica del peritaje psiquiátrico o psicológico, un funcionario de la Coordinación de Psiquiatría y Psicología Forense, informó a esta Sala de Revisión que en la medida en que no se contó con copia del expediente y de la historia clínica de Juan, las conclusiones a las que se pueda llegar con el dictamen a realizar se limitarían a la información que sobre el paciente se tiene.

La valoración psiquiátrica hecha a Juan se concretó en el Dictamen No. DSO-PSF-M-2004-0334. Los datos fundamentales de identificación de Juan son los siguientes:

NOMBRE: Juan

C.C. : 6.490.673 de Tulúa, nació el 3 de junio de 1940.

EDAD: 64 años

SEXO: masculino

EST. CIVIL: casado

OCUPACIÓN: soy asesor, tenemos una oficinita en la casa de asesoría financiera.

GDO. INSTRUCCIÓN: soy ingeniero químico, pero las asesorías que hacemos son financieras, mi señora es contadora y le he ido aprendiendo en la parte financiera.

NATURAL DE: Santuario (Risaralda)

PROCEDENTE DE : Cali.

EXP. RECIBIDO: 24 de noviembre de 2004

DECRETADO: 1 de diciembre de 2004.

“ANTECEDENTES PERSONALES

“Tengo dos hijos... con ellos la relación es buena, con el encuentro matrimonial aprendimos a manejar la relación con los hijos, ambos son casados, vive cerca de nuestra casa y la menor se caso hace dos meses y también vive cerca.

“ANTECEDENTES PERSONALES ESPECIALES

“VENÉREAS: las niega

“PSIQUIÁTRICAS: sufro de claustrofobia, en lugares cerrados con llave, cuando me tocó dar clases en la cárcel de alta seguridad me dio y el me dio (sic) unas pasticas que me tome cuando iba a la penitenciaría, ya no tomo nada.

“MÉDICAS: cáncer de próstata, hace dos años... soy operado de la rodilla y de un hombro y del apéndice... no más...

“TÓXICOS: niega consumo de cigarrillo u otro psicotóxico, consumo social de alcohol.

“EXAMEN MENTAL

“Se trata de un hombre en la mitad de la séptima década de la vida, que aparenta la edad cronológica, contextura gruesa, viste de manera limpia pero descuidada, se relaciona de manera adecuada durante la entrevista.

Psicomotor: sin alteraciones.

Afecto: modulado trasfondo triste.

Pensamiento: tiene un tono de voz baja, es coherente, relevante, con adecuado léxico, pero por momentos es lacónico; con adecuada producción ideativa. Son evidentes ideas de minusvalía y vergüenza frente a su esposa debido a su situación de disfunción eréctil, con menoscabo en su autopercepción y autoconfianza; no hay ideación suicida no homicida. No hay delirios. Forma lógica.

”Sensopercepción: sin alteraciones.

“Sensorio: alerta, orientado en tiempo, lugar y persona. Sin alteraciones en las memorias, cálculo simple o abstracción, introspección adecuada.

“Juicio y raciocinio: sin compromiso.

“DISCUSIÓN

“Se trata de un hombre adulto en la mitad de la séptima década de la vida, de clase socioeconómica media alta, sin antecedentes de enfermedad mental, a quien hace dos años le hicieron diagnóstico de cáncer de próstata y a quien de acuerdo a la información enviada en la solicitud y apartada por el mismo examinado, derivado de ello le practicaron una prostatectomía radical con vaciamiento ganglionar. Posterior a la cirugía el examinado aduce haber quedado con disfunción eréctil para lo que dice haber recibido tratamiento farmacológico continuo y constante sin haber logrado la respuesta esperada, continuando con la disfunción eréctil.

“Describe una relación de pareja adecuada y una vida sexual activa con su esposa y sin complicaciones antes de la cirugía y que después de la misma se han visto afectadas debido a la disfunción eréctil, sin encontrar satisfacción pese a las alternativas eróticas para la relación tomadas por él y su pareja, causando en el examinado menoscabo en su autoestima y autoconfianza, que derivan en ansiedad ante su desempeño como pareja, desconfianza hacia su esposa, irritabilidad, ideas de minusvalía y vergüenza, como también disminución en su capacidad hedónica, siendo todos indicadores clínicos de síntomas depresivos, los cuales también se hicieron evidentes clínicamente durante la actual entrevista, sugestivos de un Trastorno de adaptación con síntomas depresivos.

“Considerando lo anterior, una solución a su disfunción eréctil posquirúrgica podría ser de beneficio para mejorar la calidad de vida del examinado; sin embargo, se sugiere que sería de utilidad para el y su pareja recibir tratamiento psicoterapéutico con psiquiatría o Psicología a fin de ventilar y clarificar justamente todas las emociones derivadas de la situación en cuestión y las expectativas alrededor del tratamiento sugerido por los especialistas en urología.”

“CONCLUSIONES

“Juan ostenta signos y síntomas clínicamente sugestivos de un Trastorno de Adaptación con síntomas Depresivos derivados de la disfunción

eréctil posquirúrgica y de las dificultades que en su relación de pareja ha acarreado.

“Considerando lo anterior, una solución a su disfunción eréctil posquirúrgica podría ser de beneficio para mejorar la calidad de vida del examinado; sin embargo, se sugiere que sería de utilidad para el y su pareja recibir tratamiento psicoterapéutico con psiquiatría o Psicología a fin de ventilar y clarificar justamente todas las emociones derivadas de la situación en cuestión y las expectativas alrededor del tratamiento sugerido por los especialistas en urología.”

b. Concepto del médico Urólogo Fabio Rivera Murillo

En documento fechado 22 de noviembre de 2004 y remitido vía fax a esta Corte el día 24 del mismo mes y año, el médico Rivera Murillo en respuesta a las preguntas formuladas por esta Sala en relación con el caso médico de Juan, indicó lo siguiente:

“Debido a su libido conservada, su consideración de aceptarse sexualmente capaz y tener una pareja conyugal, su disfunción eréctil ha menoscabado su integridad personal y su autoestima. Por lo cual hace necesario buscar una solución definitiva para tratar su disfunción eréctil.

“Recomendación de colocarle una prótesis peneana maleable para solucionar la disfunción eréctil postquirúrgica.

“Según mi historia clínica el paciente tenía cierto grado de disfunción eréctil que corregía con la ingesta del Sildenafil, pero después de la cirugía no volvió a tener erecciones aún con la ingesta de dosis mayores de Sildenafil.

“Para una disfunción definitiva que no responde a tratamientos médicos establecidos se recomienda colocación de Prótesis Peneable Maleable.

“La vida sexual del paciente mejorará desde el punto de vista Cualitativo y cuantitativo.

“En un paciente emocional y psicológicamente estable la prótesis peneana va a dar una vida sexual cualitativamente y cuantitativamente comparable con la normalidad.

“Pero es de aclarar que debido, y en todo paciente, a la prostatectomía radical no se va a presentar sensación de orgasmo y eyaculación.

“Hago también aclaración que no soy médico adscrito a E.P.S. Sanitas.” (Negrilla y subraya fuera del texto original).

c. Concepto del médico Urólogo Luis Fernando Echeverri.

Al igual que el concepto anterior, el médico Echeverri, el día 22 de noviembre remitió vía fax a esta Corporación el siguiente documento:

“Certifico que Juan presenta Disfunción eréctil posquirúrgica que no ha respondido a manejo médico.

“El paciente requiere para mejorar su Calidad de Vida sexual, la implantación de una Prótesis peneana maleable o Inflable.

“Como cualquier procedimiento quirúrgico, no podemos dar garantía del 100%, de la efectividad del tratamiento, ya que por ser un elemento protésico, pueden suscitarse complicaciones inherentes al procedimiento quirúrgico. Sin embargo, si esto no sucediera, y la prótesis fuera no rechazada, la vida sexual del paciente podrá mejorar tanto cualitativa como cuantitativamente.”

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Del derecho a la seguridad social

El artículo 48 de la Constitución Política destaca que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado. Característica fundamental de todo servicio público es su continuidad, que implica la prestación

ininterrumpida, constante, permanente, dada la necesidad que de ella tienen los usuarios del sistema de salud.

En efecto, los pacientes con graves padecimientos de salud, no pueden estar expuestos a la interrupción de las prestaciones que ella apareja, independientemente de que hayan sido asumidas de manera directa por la entidad a la cual se encuentran afiliados o por centros clínicos, médicos, hospitalarios o de otra índole con los cuales aquélla contrate.

3. La continuidad en la prestación del servicio de salud hace parte del principio de eficiencia y de la confianza legítima

Dentro de los principios que rigen al sistema de seguridad social, particularmente el del servicio público de salud, la eficiencia en la prestación del mismo tiene gran importancia, y como parte integral de este mismo principio está la continuidad en el servicio, entendida como la no interrupción en la atención en salud, salvo cuando exista una causa legal que se ajuste a los principios constitucionales.

En la Sentencia SU-562/99 expresamente se dijo lo siguiente en relación con los conceptos de eficiencia y continuidad como características propias del servicio público de salud:

“Uno de los principios característicos del servicio público es el de la eficiencia. Dentro de la eficiencia está la continuidad en el servicio, porque debe prestarse sin interrupción.

“Marienhoff dice que ‘La continuidad contribuye a la eficiencia de la prestación, pues sólo así ésta será oportuna’¹⁹. Y, a renglón seguido repite: ‘.. resulta claro que el que presta o realiza el servicio no debe efectuar acto alguno, que pueda comprometer no solo la eficacia de aquél, sino su continuidad’²⁰. Y, luego resume su argumentación al respecto de la siguiente forma: ‘... la continuidad integra el sistema jurídico o ‘status’ del servicio público, todo aquello que atente contra dicho sistema jurídico, o contra dicho ‘status’ ha de tenerse por ‘ajurídico’ o contrario a derecho, sin que para esto se requiera una norma que expresamente lo establezca, pues ello es de ‘principio’ en

¹⁹ Miguel Marienhoff, Tratado de derecho administrativo, Tomo II, pág. 64.

²⁰ Ib. p. 66.

esta materia'.²¹ Jean Rivero²² reseña como uno de los principios generales del derecho en la jurisprudencia administrativa el de la continuidad de los servicios públicos y agrega que el Consejo Constitucional francés ha hecho suya la teoría de los principios generales (sentencia de 26 de junio de 1969).

“En el caso colombiano, la aplicación ineludible de los principios está basada en el artículo 2° de la C. P. que señala como uno de los fines del estado ‘garantizar la efectividad de los principios’. Luego, el principio de la continuidad en el servicio público de salud de los trabajadores dependientes no puede ser afectado ni siquiera cuando se incurre en mora superior a los seis meses, en el pago de los aportes, porque la disposición que permite suspenderle el servicio a quienes estén en esta circunstancia es una regla de organización dentro de la seguridad social establecida en la ley 100 de 1993 que no se puede extender a la ‘garantía de la seguridad social’ establecida como principio mínimo fundamental en el artículo 53 de la C. P.”

Es decir, el principio de la continuidad (como proyección de la eficacia) debe orientar las decisiones de las entidades encargadas de prestar la seguridad social en salud.

Posteriormente, en Sentencia T-235 de 2002, la Corte se pronunció igualmente en relación con el principio de **eficiencia**, en los siguientes términos:

“La jurisprudencia constitucional ha venido afirmando que el principio de eficiencia no solamente tiene que ver con la eficacia y la adecuada atención, sino con la continuidad en la prestación del servicio (SU-562/99). Esto es particularmente importante tratándose de la salud. Se debe destacar que la eficiencia debe ser una característica de la gestión.²³ La gestión implica una relación entre el sistema de seguridad social y sus beneficiarios. La gestión exige una atención personalizada en torno a los derechos y necesidades de los usuarios y una sensibilidad social frente al entramado normativo para que el beneficiario no quede aprisionado en un laberinto burocrático...”

²¹ Ib. p. 67.

²² Jean Rivero, Derecho Administrativo, ps. 80 y ss.

²³ Algunos doctrinantes entienden por eficiencia “el reconocimiento de los derechos para evitar la generación de bolsas de fraude, en términos de transparencia en su actividad y, de manera muy singular, en términos de agilidad en la gestión”. (Gestión de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, conferencias de la OISS de Carlos Javier Santos García).

“La organización y el procedimiento que las normas señalen para la tramitación y reconocimiento de la prestación, no pueden traducirse en obstáculos para el derecho material, sino que, por el contrario, deben ayudar a una pronta y justa decisión. Lograr el orden justo es pues el objetivo y el principio de la eficiencia tiene que contribuir a ello.”

En posterior sentencia (T-572 de 2002²⁴) se dijo igualmente lo siguiente:

“... Sin embargo, si el tratamiento con ese medicamento se ha iniciado, con la anuencia de la EPS, entra en juego, para el análisis constitucional, la continuidad en la prestación del servicio. Y, entonces, la arbitrariedad consistiría en suspender un tratamiento iniciado, que se torna imprescindible porque de lo contrario afectaría la integridad física del paciente, su dignidad como persona, la vida digna a la cual tiene derecho y la confianza legítima de que no puede suspenderse lo iniciado.” (Negrilla y subraya fuera del texto original).

Sin embargo, la continuidad en la prestación del servicio público de salud no solo se protege por el principio de eficiencia, también se da aplicación en estos casos a lo dispuesto por el artículo 83 de la C.P. que señala como principio rector de las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas el postulado de la buena fe. Es esta buena fe la que sirve como fundamento a la confianza legítima que tiene una persona para que no se le suspenda un tratamiento luego de haberse iniciado.

4. La sexualidad como parte del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad

En Sentencia SU-337 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se expusieron numerosos criterios para definir la sexualidad²⁵ como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

²⁴ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁵ Estos apartes científicos de la sentencia se basan en la literatura médica y en las pruebas incorporadas al presente expediente, las cuales, con el fin de aligerar la exposición, serán citadas únicamente cuando sea estrictamente necesario. La Corte aprovecha para agradecer a todos los profesionales de la salud y científicos, nacionales e internacionales, que remitieron sus conceptos a esta Corporación a fin de ilustrarla sobre el complejo tema de la ambigüedad sexual, a saber, a nivel nacional, a los profesores Orlando Acosta, Efraín Bonilla Arciniegas, Mauricio Col Barrios, Alejandro Giraldo, Luis Eduardo Jaramillo González, María Cristina Torrado Pacheco, todos ellos de la Universidad Nacional. Igualmente al profesor Martín Restrepo Fernández de la Universidad del Rosario, y a los profesores Jaime Alvarado Bestene y Ricardo Álvarez Botero de la Universidad Javeriana.

Igualmente al profesor Gustavo Malo Rodríguez de la Universidad Nacional y representante de la Sociedad Colombiana de Urología y a los profesores María Cristina Villegas y Augusto Pérez de la Universidad de los Andes. También la Corte agradece al Dr. Bernardo Ochoa Arizmendy y a Roberto de Zubiría Consuegra, Presidente de la Academia Nacional de Medicina. Y a nivel internacional, la Corte agradece su colaboración a Cheryl Chase, Directora Ejecutiva de Intereses Society of North America, ISNA; a Milton Diamond, Doctor e investigador de la Universidad de Hawai; a Alice Dromurat Dreger, Profesora de Ética e Historia de la Universidad de Michigan; a Heino Meyer-Bahlburg, Profesor de Psicología Clínica del Programa de Desarrollo Sicoendocrinológico de la Universidad de Columbia en los Estados Unidos; a Friedemann Pfaffin, Profesor de la Universidad de Ulm en Alemania; a Justine Schoberg, Peditra Uróloga del Hamot Medical Center de Pennsylvania; y a Garry L Warne, Director de endocrinología y diabetes del Centro de Investigación Hormonal del Royal Children's Hospital de Australia.

Fuera de los conceptos de los anteriores expertos, todos incorporados al expediente y reseñados en los antecedentes de esta sentencia, la Corte tuvo en cuenta, entre otros textos, la siguiente bibliografía especializada sobre los tratamientos de la ambigüedad genital, que se transcribe en orden alfabético: Coventry, Martha. "Finding the words" en **Chrysalis: The Journal of Transgressive Gender Identities**. 1997; Chase, Cheryl. "Special issue on intersexuality" en **Chrysalis: The Journal of Transgressive Gender Identities**. 1997; Christopher J. Dewhurst y Ronald Gordon. **Estados intersexuales**. Barcelona: Editorial Pediátrica, 1970. Diamond, Milton. "Prenatal disposition and the clinical management of some pediatric conditions" en **Journal of Sex and Marital Therapy**. 1996. 22; Diamond, Milton, and H. Keith Sigmundson. "Sex Reassignment at Birth: A Long Term Review and Clinical Implications" en **Archives of Pediatric and Adolescent Medicine**. 1997. No 150; Diamond, Milton, and H. Keith Sigmundson. "Commentary: Management of Intersexuality: Guidelines for dealing with persons with ambiguous genitalia" en **Archives of Pediatric and Adolescent Medicine**. 1997. No 151. Dreger, Alice Domurat. "Listening to Hermaphrodites: Ethical Challenges to the Medical Treatment of Intersexuality". East Lansing Michigan: Center for Ethics and Humanities in the Life Sciences. 1997. Dreger, Alice Domurat. "Ethical Issues in the Medical Treatment of Intersexuality and "Ambiguous Sex", edición impresa de un artículo publicado en **Hastings Center Report**. Mayo-junio de 1998. Dreger, Alice Domurat. **Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex**. Cambridge: Harvard University Press. 1998. Fausto-Sterling, Anne. "The Five Sexes: Why Male and Female are not Enough" en **The Sciences**. 1993. 33 (2) : 20-25. Fausto-Sterling, Anne, and Bo Laurent. **Early genital surgery on intersexual children: A re-evaluation**. mimeo. 1994. C.G Hadjathanasiou et al. "True hermaphroditism: genetic variants and clinical management" en **The journal of Pediatrics**. Noviembre 1994. Heino F.L Meyer-Bahlburg et al. "Gender change from female to male in classical congenital adrenal hyperplasia" en **Hormones and Behavior** 30, 1996. Heino F.L Meyer-Bahlburg. "Gender identity development in intersex patients" en **Child and Adolescent Psychiatry Clinics for North America** Vol 2, No 3, 1993. Kessler, Suzanne. **Lesson from the Intersexed**. New Jersey: Rutgers University Press. 1998. Mary Min-Chin Lee. "Clinical management of intersex abnormalities" en **Current Problems in Surgery**. Vol XXVII, No 8, agosto 1991. J. Money y A.A Ehrhardt. **Man and Woman, Boy and Girl**. Baltimore, Md: John Hopkins University Press, 1972; Breilly, Justine M., and C.R.J. Woodhouse. "Small Penis and the Male Sexual Role" en **Journal of Urology**. 1989. 142: 569-571. Reiner, William. "To be male or female – that is the question" en **Archives of Pediatric and Adolescent Medicine**. 1997. 151: 224-5; Reiner, William. "Sex Assignment in the Neonate with Intersex or Inadequate Genitalia" en **Archives of Pediatric and Adolescent Medicine**. 1997. 151: 1044-5; Schober, Justine M. "Long Term Outcomes of Feminizing Genitoplasty for Intersex" en **Pediatric Surgery and Urology: Long Terms Outcomes**.

En su momento se indicó que la sexualidad, dada su complejidad tiene diferentes concepciones dependiendo del marco teórico en que se discutiera. Así se pronunció la Corte en su momento:

“Así, desde el punto de vista social, la sexualidad hace referencia a los diversos papeles que los patrones socio-culturales existentes asignan a los diferentes sexos. Es lo que algunos autores denominan los roles de género. Sicológicamente, la sexualidad alude no sólo a la identidad que al respecto se forman los seres humanos, sino que tiene además aspectos comportamentales, ligados a la orientación afectiva que tienen los individuos por personas de determinado sexo. Y finalmente la sexualidad tiene una clara dimensión biológica.

“En general, la mayor parte de las teorías admiten que las dimensiones sociales y psicológicas de la sexualidad son variables, pues se encuentran condicionadas por la evolución de los valores sociales e individuales. Un ejemplo puede ser la valoración que en el pasado se daba a los comportamientos homosexuales, los cuales estuvieron sujetos a formas muy intensas de marginación, que son hoy inaceptables en las sociedades pluralistas contemporáneas, pues no sólo desconocen los avances de las teorías psicológicas en este campo, que han mostrado que la homosexualidad es una variación en la preferencia sexual, y no una enfermedad, sino además porque la exclusión social y política de esas personas vulnera, tal y como esta Corte lo ha señalado en anteriores ocasiones²⁶, valores esenciales del constitucionalismo contemporáneo, como son el pluralismo y el reconocimiento de la autonomía y la igual dignidad de las personas y de los distintos proyectos de vida (CP arts 1º, 13 y 16). Esta variabilidad de las dimensiones sociales y psicológicas de la sexualidad suele entonces contraponerse a la diferencia estrictamente biológica entre los sexos, que se considera más fija y estable, por lo cual muchos autores reservan la expresión

edited by P. Mouriquant., London. 1998. Garry L Warne. “Advances and challenges with intersex disorders”, edición impresa de un artículo publicado en **Reproduction, fertility and development**, 1998.

La Corte también consultó todo el número de **The Journal of Clinical Ethics**, Vol 9, Num 4, de 1998, el cual está dedicado integralmente al debate sobre el manejo médico de los estados intersexuales. Los artículos de esta revista serán citados posteriormente en esta sentencia, en caso de que sean directamente utilizados por la Corte. Finalmente, la Corte también tuvo acceso a la película “Hermaphrodites Speak”, filmada por ISNA en 1996, y que presenta testimonios personales de varios hermafroditas.

²⁶ Ver, entre otras, las Sentencias C-491 de 1998, T-101 de 1998, C-098 de 1996 y T-539 de 1994.

“género” para referirse a los cambiantes aspectos sociales, psicológicos y culturales de la sexualidad, mientras que emplean la expresión “sexo” para aludir a sus componentes biológicos, supuestamente más objetivos, fijos y claros.”

De la misma manera, se ha determinado jurisprudencialmente que dentro de las diferentes facetas en las cuales el ser humano desenvuelve su personalidad, se encuentra la de su sexualidad y específicamente la de tener una vida sexual. Ciertamente, la sexualidad comporta dos ámbitos fundamentales, el biológico o físico y el psicológico. Pero a su vez existen dos diferentes facetas que deben ser tenidas en cuenta, y que son la tendencia sexual y la práctica o no de la actividad sexual.

Esta Corporación ha generado varios pronunciamientos relacionados con el aspecto físico o biológico de la sexualidad, particularmente en casos de ambigüedad sexual, hermafroditismo y de cirugías reconstructivas en pacientes afectados por accidentes o mutilaciones. De la misma manera se ha tocado el tema de la tendencia sexual entendida como la preferencia o afinidad sexual que tienen las personas en su vida sexual, para preferir parejas sexuales de otro género o del mismo. Frente a los anteriores temas, esta Corte ha enfatizado la importancia de la protección de derechos fundamentales, que como el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía personal, la intimidad e incluso el derecho a la familia, corresponden a derechos amparables en virtud de las circunstancias fácticas propias a los casos que en su momento generaron aquellos pronunciamientos que involucraron el concepto de la sexualidad como parte importante en la vida de todo ser humano.

Una de las facetas en la que se ve plasmado el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la sexualidad del ser humano la cual debe verse de una manera integral. La relación sexual es una de las principales manifestaciones de la sexualidad, así se indicó en la Sentencia T-269 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En esa misma sentencia se señaló que además de que la sexualidad es un aspecto del desarrollo de la personalidad, así mismo, el tener una vida sexual activa hace parte de las condiciones que dignifican la vida del ser humano. El anterior argumento se ve reforzado en el caso de que la persona haya decidido llevar una vida en pareja. Con ocasión del estudio de una tutela en materia de salud sexual dijo la Corte:

“Es claro que hace parte del derecho fundamental a la vida, el que tiene toda persona a gozar de una vida sexual normal;

en repetidas ocasiones esta Corporación se ha ocupado de considerar la trascendencia del tratamiento médico de afecciones que impiden el desarrollo normal de la fisiología sexual humana, y de valorar la importancia que él tiene en el desarrollo de la persona y en el de la personalidad individual de cada uno^{27, 28}

Ahora bien, cuando la vida sexual de una persona se enmarca en el comportamiento usual, es decir, el del hombre o mujer que tienen una vida sexualmente activa con su pareja del otro género, se entra a determinar la importancia de esa actividad sexual, no sólo como medio de procreación, sino como el medio por el desarrollo de la personalidad.

Recordemos que en sentencia de la Corte se ha explicado que *“el derecho fundamental a la vida que garantiza la Constitución - preámbulo y artículos 1, 2 y 11-, no se reduce a la mera existencia biológica, sino que expresa una relación necesaria con la posibilidad que les asiste a todas las personas de desarrollar dignamente todas las facultades inherentes al ser humano. Sin duda, cuando se habla de la posibilidad de existir y desarrollar un determinado proyecto de vida, es necesario pensar en las condiciones que hagan posible la expresión autónoma y completa de las características de cada individuo en todos los campos de la experiencia.”* (Negrilla y subraya fuera del texto original. Sentencia T-926 de 1999, MP, doctor Carlos Gaviria Díaz).

Así, la vida sexual se desarrollará como una actividad más en el entorno de otras diversas ocupaciones y actividades de la pareja. Sin embargo, esta vida sexualmente activa, podrá tener limitaciones o restricciones propias de la edad, el deseo entendido como la libido²⁹, y fundamentalmente por razones de salud.

En este punto, es importante anotar, que si la persona que comienza a presentar limitaciones para sostener una actividad en su vida sexual, en especial cuando estas limitaciones tienen su origen en problemas de

²⁷ Sentencias T-477/95, SU-337/99 y T-551/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁸ Ver Sentencia T-926/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz (En esta ocasión la Corte estimó que el suministro del medicamento denominado viagra era necesario para la protección integral del derecho a la vida en condiciones dignas del accionante quien por padecer de diabetes sufría de una disfunción eréctil y de no recibir el suministro del mencionado medicamento no podría continuar una vida sexual normal con su esposa, repercutiendo esto en su salud psicológica, igualmente. En consecuencia, la Sala de Revisión concedió la tutela).

²⁹ Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua el término libido se ha definido como *“el deseo sexual, considerado por algunos autores como impulso y raíz de las más variadas manifestaciones de la actividad psíquica.”*

salud, habrá de advertirse que no se trata tan sólo de simples afecciones de la salud, sino que también comporta la afectación de otros derechos fundamentales como la intimidad, el derecho a la familia e incluso a la vida misma.

Así, cuando el paciente que por razones de salud tiene dificultades para sostener una relación sexual satisfactoria o en el peor de los casos, para tener una relación sexual completa, aun cuando tal situación no comprometa su integridad física o su propia vida, reclama de todos modos el amparo de otros derechos fundamentales a los cuales ya se hizo mención.

Pero, si además, dichas dificultades físicas o de salud obligan a quien las sufre a acudir al servicio de salud, y se da inicio a una de varias posibles opciones tendientes a solucionar su problema, podrá igualmente reclamar el acceso a todas las demás opciones que médicamente le permitan recuperar su salud y en particular su actividad sexual.

En consecuencia, la atención en salud del paciente que se ve aquejado por disfunciones en su actividad sexual, se somete a los mismos criterios de la continuidad en la prestación de los servicios médicos frente a otras dolencias, en tanto se cumpla con los requisitos que jurisprudencialmente se han determinado. De esta manera, cuando el particular que viene siendo atendido por la entidad prestadora de sus servicios de salud, en razón a una reclamación suya para solucionar un problema en su salud sexual, podrá, si en algún momento le es negado algún procedimiento o medicamento que le ha sido diagnosticado por su médico tratante para solucionar su problema de salud, alegar la aplicación del criterio de continuidad en la prestación del servicio de salud. Así, en estos casos, aun cuando el derecho a la salud respecto del cual se reclama su protección no tiene conexidad con derechos fundamentales como la vida e integridad física, sí presenta una conexidad directa con otros derechos fundamentales, como la dignidad, la intimidad, y el derecho a la familia.

5. Exclusión de ciertos servicios médicos del P.O.S. Excepciones. Reiteración de jurisprudencia.

El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud ha establecido cuáles servicios de salud deberán ser prestados por las E.P.S. como parte integral del Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.)³⁰. Al señalarse dichos

³⁰ Sobre el tema ver la Sentencia T-1120 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

*servicios, también dispuso que servicios estaban excluidos y qué otros tenían algunas restricciones para su prestación.*³¹

A pesar de la anterior consideración, y teniendo en cuenta la Supremacía de la Constitución Política como norma de normas de nuestro ordenamiento jurídico, esta Corporación ha inaplicado la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea suministrado, y evitar, de ese modo, “*que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales y de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas*”³².

Con todo, previo a la inaplicación de la normatividad que excluye o limita la prestación de algún servicio o el suministro de algún medicamento, la Corte ha establecido jurisprudencialmente la necesidad de verificar el cumplimiento de algunos requisitos que se pueden indicar de la siguiente manera³³:

“1ª. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos.

“2ª. Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y

³¹ El artículo 10 del Decreto 806 de 1998, dispone lo siguiente:

“Artículo 10. Exclusiones y limitaciones. Con el objeto de cumplir con los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia consagrados en la Constitución Política, el Plan Obligatorio de Salud tendrá exclusiones y limitaciones, que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos y guías de atención integral que expresamente defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, o sean el resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos.

En ningún caso se financiarán con cargo a los recursos del sistema, actividades, procedimientos, medicamentos o intervenciones de carácter experimental o no aceptados por la ciencia médica en el ámbito de organizaciones tales como las sociedades científicas, colegios de médicos, Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud.”

³² *Ibidem.*

³³ Cfr. Sentencia T-406 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

“3ª. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.).

“4ª. Que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.”

Así, cuando se ha verificado el cumplimiento de los anteriores requisitos, la Corte ha ordenado que la Entidad Promotora de Salud que se había negado a suministrar algún medicamento o prestar algún servicio médico que se encontraba por fuera del P.O.S., podrá reclamar ante el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, el reembolso de los gastos en que debió incurrir y que no estaba legalmente obligada a asumir, a fin de garantizar el equilibrio económico del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues “el sistema de seguridad social está a cargo del Estado y éste, cuando la situación lo amerite, procederá a cubrir los gastos extras que se generen en aras de garantizar la satisfacción del derecho sub judice”³⁴.

6. Caso concreto

En el presente caso, el accionante es un adulto mayor que tiene sesenta y cuatro (64) años de edad y que como consecuencia de una intervención de prostatectomía vio afectada su capacidad sexual definida médicamente como una disfunción eréctil permanente. Frente a esta situación y luego de haber iniciado y agotado varios tratamientos médicos con el empleo de fármacos especialmente creados para tal fin, cuyo efecto fue negativo para su vida sexual por cuanto no generaron ninguna respuesta positiva frente a su disfunción eréctil, le fue diagnosticado por su médico tratante adscrito a la E.P.S. SANITAS, la implantación de una prótesis peneana como última opción frente a su disfunción eréctil.

No obstante, la E.P.S. accionada negó el suministro de dicho aditamento protésico, bajo el argumento de que el mismo no se encontraba incluido

³⁴ Sentencia T-622 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

dentro del P.O.S. Agrega el accionante que, en la actualidad se encuentra desempleado y que su restringida capacidad económica le impide asumir por su cuenta el costo total de alguna de las prótesis que le fueran recomendadas. Por ello, y en razón a que sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida digna le han sido violados, solicita se ordene a la E.P.S. Sanitas, le suministre la prótesis peneana (inflable o maleable) que requiere para solucionar su problema de disfunción eréctil.

Vistos los hechos que motivaron la presente acción de tutela, y teniendo en cuenta así mismo las diferentes posiciones jurisprudenciales relacionadas con la continuidad en la prestación de un servicio de salud y la directa conexidad existente entre la salud sexual del accionante con sus derechos fundamentales a la dignidad, intimidad y libre desarrollo de la personalidad, esta Sala considera que el amparo constitucional solicitado es viable. Veamos.

Dentro de la evolución clínica que ha tenido el accionante, este mismo señala que antes de que le fuera realizada la cirugía de extirpación de la próstata, ya venía presentando problemas de disfunción eréctil, las cuales se habían resuelto en cierta medida con el empleo de un medicamento. No obstante, como consecuencia de la cirugía denominada prostatectomía, la disfunción eréctil se configuró como una secuela de la mencionada intervención quirúrgica y un problema de salud sexual que no pudo ser solucionado en las diferentes etapas o tratamientos a los cuales se sometió.³⁵ Esta circunstancia de orden médico está demostrada en el

³⁵ Según la información científica obtenida en el sitio web denominado www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/003164.htm perteneciente a la Biblioteca Nacional de Medicina de los E.E.U.U, y los Institutos Nacionales de la Salud, en la cual describen como causas comunes de la disfunción eréctil las siguientes:

Causas comunes.

Para alcanzar una erección se requiere la interacción de la mente, los nervios, las hormonas y los vasos sanguíneos. Cualquier cosa que interfiera con el proceso normal puede representar un problema. Entre las causas comunes se incluyen:

- Enfermedades y condiciones: como por ejemplo diabetes, hipertensión, condiciones cardíacas y de la tiroides, deficiencia circulatoria, nivel bajo de testosterona, depresión, lesión de la médula espinal, nervios dañados (por ejemplo, por una extirpación de próstata) o trastornos neurológicos (como esclerosis múltiple o Parkinson).
- Ciertos medicamentos: por ejemplo, para la presión sanguínea (especialmente betabloqueantes), para el corazón (como digoxina), algunos medicamentos para tratar las úlceras pépticas, pastillas para dormir y antidepresivos.
- Consumo de nicotina, alcohol o cocaína.
- Estrés, miedo, ansiedad o enojo.
- Expectativas sexuales no realistas, que hacen del sexo una tarea más que un placer.
- Mala comunicación con la pareja.

resumen histórico-clínico en el cual su médico tratante, demuestra que el paciente venía siendo objeto de un control médico-científico para solucionar, inicialmente su problema de próstata pero también para controlar su problema de disfunción eréctil que afectaba de manera leve su vida sexual y de pareja. Sin embargo, y luego de que se hubieran adelantado otras etapas de control médico con el empleo de otros medicamentos más especializados y con el consumo de mayores dosis de los mismos, la disfunción eréctil del accionante se convirtió en un asunto permanente que le impidió mantener una erección y por lo mismo tener una relación sexual.

En vista de esta circunstancia, corroborada por el mismo médico tratante de la E.P.S. SANITAS, se le recomendó o diagnosticó al actor, el implante de una prótesis peneana como única solución a su problema. En los mismos conceptos médicos remitidos a esta Corte por los médicos tratantes, en respuesta a un requerimiento probatorio que se les hiciera, señalaron que la calidad y cantidad en la actividad sexual del accionante se vería retribuida de manera sustancial.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que el accionante venía siendo tratado por médicos de la E.P.S. SANITAS en relación con su disfunción eréctil, y que además esta opción médica le permitiría solucionar su problema de salud sexual, se le garantiza al propio tiempo el respeto y protección de sus derechos fundamentales a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad.

En consecuencia, esta Corte debe advertir que los criterios jurídicos que orientan esta decisión están justificados en la continuidad en la prestación de un servicio de salud, reclamados por un paciente que ya venía siendo tratado por dicha enfermedad, cuya capacidad económica no le permite asumir directamente el cubrimiento del costo del tratamiento diagnosticado, el cual fuera ofrecido o planteado por un médico adscrito a la E.P.S. que atiende al paciente.

Por todo lo anterior, esta Sala de Revisión revocará la sentencia proferida por el Juzgado Quince Penal del Circuito de Cali en sentencia del 8 de

-
- Un círculo "vicioso" de duda, fracaso o comunicación negativa que refuerza los problemas eréctiles.

Los problemas con la erección tienden a ser más comunes a medida que se envejece, pero pueden afectar a un hombre a cualquier edad y en cualquier momento de la vida. Las causas físicas son más comunes en los hombres más mayores, mientras que las psicológicas son más comunes en los más jóvenes.

junio de 2004. En su lugar, se concederá la tutela por violación de los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida digna.

Se ordenará en consecuencia, que la E.P.S. SANITAS, proceda dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, a iniciar los trámites y gestiones administrativas y médico científicas encaminadas a realizar la cirugía de implante de prótesis peneana a Juan.

De la misma manera indicar a la E.P.S. SANITAS, que podrá repetir contra el FOSYGA lo que desembolse en cumplimiento del presente fallo. Por su parte el FOSYGA dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima dentro de la cual lo hará y luego, dará cumplimiento a la obligación reconocida.

Finalmente, en guarda de la intimidad y privacidad de la identidad del accionante, se tutelaré igualmente su derecho a la intimidad, razón por la cual su nombre así como el de su esposa no podrán ser divulgados, y el presente expediente queda bajo estricta reserva, pudiendo ser consultado únicamente por los directamente interesados, conforme a lo señalado en esta sentencia. De esta manera, se ordenará a la Secretaría de esta Corporación así como a los jueces de instancia que conocieron de este proceso para que tomen las medidas adecuadas con el fin de que guarden estricta reserva y confidencialidad en relación con el mismo y en especial con la identidad e intimidad del accionante.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Nacional,

RESUELVE:

Primero. REANUDAR los términos dentro del proceso de tutela de la referencia, los cuales fueron suspendidos por orden de esta Sala, mediante Auto de fecha diecisiete (7) de noviembre de dos mil tres (2003).

Segundo. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Penal del Circuito de Cali, mediante sentencia del 8 de junio de 2004. En su lugar, **CONCEDER** la tutela por violación de los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida digna de Juan.

Tercero. ORDENAR a la E.P.S. SANITAS, proceda dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, a iniciar los trámites y gestiones administrativas y médico científicas encaminadas a realizar la cirugía de implante de prótesis peneana a Juan.

Cuarto. SEÑALAR que la E.P.S. SANITAS, podrá repetir contra el FOSYGA lo que desembolse en cumplimiento del presente fallo. Por su parte el FOSYGA dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima dentro de la cual lo hará y luego, dará cumplimiento a la obligación reconocida.

Quinto. TUTELAR igualmente el derecho a la intimidad del accionante, razón por la cual su nombre así como el de su esposa no podrán ser divulgados, y el presente expediente queda bajo estricta reserva, pudiendo ser consultado únicamente por los directamente interesados, conforme a lo señalado en esta sentencia.

De esta manera, **SE ORDENARÁ** a la Secretaría de esta Corporación así como a los jueces de instancia que conocieron de este proceso para que tomen las medidas adecuadas con el fin de que guarden estricta reserva y confidencialidad en relación con el mismo y en especial con la identidad e intimidad del accionante.

Sexto. El incumplimiento del presente fallo será sancionado de conformidad con lo establecido por el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, relativo al desacato.

Séptimo. Por Secretaría, librese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

(original firmado)
JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado Ponente
Presidente de la Sala

(original firmado)
RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

(original firmado)
MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

(original firmado)
MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

EL DERECHO AL MÍNIMO VITAL

María Fernanda Huertas Bonilla

SUMARIO: Introducción. 1. ¿Qué se entiende por mínimo vital? 2. Criterios que desarrolla el mínimo vital. 3. Aterrizando la abstracción del mínimo vital. 4. ¿Qué criterio ha tenido la jurisprudencia frente al mínimo vital? 5. Conclusiones.

INTRODUCCION¹

La cantidad de derechos que hoy en día se reconocen como innominados, tiene su origen en la Constitución de Filadelfia de 1877, de allí que el desarrollo de los mismos se vea constatado en diferentes Cartas Fundamentales a lo largo de la historia; a modo de ejemplo es fácil ver la evolución en América Latina de este concepto, puesto que a medida que pasa el tiempo cada país ha ido desarrollando el mismo, lo que hace que esta idea se haya plasmado en sus Cartas Políticas a excepción de tan solo cuatro (4) países (Cuba, Chile, México y Panamá), aunque por el simple hecho de que estos cuatro países tengan ratificados convenios o tratados internacionales, estos dos últimos hacen que se incluyan dentro del Sistema Político.

En Colombia los derechos innominados se constituyen a partir de la elaboración de la Constitución Política de 1991, pues antes de esto, ningún documento refleja siquiera una insinuación del tema; nuestra Carta en su artículo 94 nos dice: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la

¹ La presente introducción se encuentra basada en la información obtenida en la Monografía de Grado de FERREIRA Causil, Adriana Cristina. “Los Derechos Innominados en Colombia. Reflexiones sobre su Origen”. Universidad Sergio Arboleda. Escuela de Derecho. Bogotá D.C., que también aparece publicada en este documento.

persona humana, no figuren expresamente en ella”, lo anterior aludiendo al reconocimiento de derechos innominados que reposan en las diferentes conexidades que puedan llegarse a presentar en caso de ser o entenderse vulnerado algún derecho fundamental.

Uno de estos derechos innominados ha sido designado como “Derecho al Mínimo Vital”, que cuenta con un desarrollo jurisprudencial desde el año de 1992 (T – 426 de 1992) en Colombia.²

La Corte, habiéndolo determinado, lo refiere en todos aquellos pronunciamientos en los cuales se ve afectado este derecho, en la mayoría de casos debido a la desigualdad social y de justicia; lo anterior se representa en aquellos casos de personas que debido a un incumplimiento material por parte de un particular o del Estado, se encuentran en una situación de abandono y no cuentan con la protección, resguardo y patrocinio suficiente para suplir sus necesidades mínimas.

1. ¿QUE SE ENTIENDE POR MÍNIMO VITAL?

De dos maneras enuncia la Corte en sus pronunciamientos la percepción de dicho derecho. De una parte hace referencia a éste como un derecho fundamental sin más especificaciones. De otra, lo enuncia como aquel que se obtiene debido a la vulneración de derechos fundamentales; es decir, lo concibe de manera indeterminada dentro de una vulneración específica de derechos, identificados en forma expresa o tácita como esenciales por su conexidad con los fundamentalmente reconocidos.

Al momento de estudiar el concepto que la jurisprudencia ha desarrollado, cabe anotar que el criterio que se define se enfoca desde dos puntos de vista:

1. COMO DERECHO FUNDAMENTAL: (T - 384 de 1993)
“La Corte utiliza el término de mínimo vital como un derecho

² “Este derecho fundamental innominado, construido a partir de la interpretación sistemática de la Constitución, tuvo su origen remoto en un concepto afín, el *Existenzminimum* o “mínimo existencial” acuñado por la jurisprudencia administrativa alemana en la época de la Posguerra”. ARANGO Rodolfo y LEMAITRE Julieta. Estudios Ocasionales CIJUS. Jurisprudencia Constitucional sobre el Derecho al Mínimo Vital. Ediciones Uniandes. Bogotá D.C. Proceditor. 2002. p. 7.

fundamental innominado, y como el contenido material protegido por este derecho”.³

2. COMO CONDICIONES MATERIALES EN SÍ MISMAS: (T - 426 DE 1992) “El derecho al mínimo vital entendido como la garantía de “un mínimo de condiciones materiales para una existencia digna”.

Según la obra en estudio, al primer punto de vista, aunque de una manera más amplia se suma la Sentencia la T - 011 de 1998, puesto que además de definirlo como derecho innominado, explica que “la titularidad del derecho no radica exclusivamente en cabeza del trabajador, sino además en la de su familia”, cosa que amplía el concepto en cuanto a titulares se refiere. Respecto del segundo punto de vista, se suma la Sentencia la T -597 de 1993, al decir que “el mínimo vital es catalogado no como derecho sino como condiciones materiales garantizadas”. Sin embargo, se ha llegado a percibir ciertos pronunciamientos que contienen la figura del derecho, como aquella en que converge la vulneración de derechos fundamentales que lo desarrollan.

Lo expuesto anteriormente permite notar cómo la Corte no tiene claro el desarrollo del argumento de este derecho innominado, puesto que mientras a veces sin más preámbulos lo determina como derecho fundamental, en otros casos lo acusa como una determinación a la que se llega por violación de ciertos derechos fundamentales; pero entonces, es posible admitir que los derechos innominados vienen siendo una ampliación del concepto de conexidad, debido a que estos hacen que a falta del cumplimiento de unos derechos fundamentales se creen otros con rango de fundamentales, cuando se entiende que no son más que derechos que se derivan de la conexidad con otros que se quebrantan, los cuales se le adhiere el de mantener un nivel de vida cómodo, en cuanto a la suplección de necesidades, que hoy en día se exigen tanto física como socialmente, aspectos como la alimentación, y sostenimiento como ser humano en sí.

Lo anterior hace referencia a que adicionalmente se encuentran asertos en las sentencias de la Corte como “Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material”.

³ Ibid. p. 12.

2. CRITERIOS QUE DESARROLLAN EL MÍNIMO VITAL

Ante la figura del Mínimo Vital, se puede observar cómo los sujetos que se determinan titulares de este, amplían tal concepción; pues a pesar de radicar en la persona afectada, una vez perturbada, puede considerarse (según la posición social del individuo, o el papel que desarrolla), a la familia como titular del mismo. Es decir, no simplemente se tutelan derechos individuales, sino también aquellos que estos incluyan y que de una u otra manera incidan en la preservación del entorno familiar.

Respecto de la función social, el Mínimo Vital exige que exista una concurrencia del Estado, de la sociedad y por ende de la familia, no con el fin de simplemente estar a la espera de determinar la responsabilidad de un solo agente, sino de que haya siempre el respaldo que la vulnerabilidad requiere. La responsabilidad de que se incida en un mínimo vital, es una responsabilidad que va de la mano de todos, por ejemplo: si una persona de tercera edad deja de recibir su pensión y esto hace que tenga que trasladarse a vivir con otros familiares; es decir, supóngase que hay una falla del Estado frente al pago de la mensualidad pensional, entonces la familia debe desempeñar cierto papel de auxilio junto con la sociedad; no se trata de incriminar simplemente una responsabilidad y evadir la propia; ahora bien sí dicha familia dependiera económicamente del pago de dicha pensión, en este caso se incluye como titular del derecho pero de todas maneras se debe exigir concurrencia de responsabilidades.

Por otra parte, se hace alusión a lo que se determina como mínimo vital, a la forma como se reconoce, partiendo de que dicho reconocimiento debe ser entendido de manera proporcional a lo que pretende mostrarse conforme; se dice que este concepto se desarrolla, dado que debido a la calidad de vida que se compruebe tener o que tenga relación de existencia, se determina a lo que el mínimo vital hace referencia; dicho reconocimiento nunca se podrá efectuar de manera cuantitativa pues en este aspecto prevalece, como se expuso anteriormente, la calidad de la persona afectada.

3. ATERRIZANDO LA ABSTRACCIÓN DEL MÍNIMO VITAL

Frente a este tema, se establece una serie de parámetros que, al momento de pretender analizar y establecer una relación de los conceptos, conduzca

a resultador concretos para el estudio de los derechos vulnerados que conllevan a instaurar el mínimo vital.

Las materias que permiten el estudio de este fenómeno jurídico se concretan cuando se presentan ciertos casos en las materias de: Pensiones, Salarios y Prestaciones, Salud, Mujeres Embarazadas y Personas en Estado de Indefensión.

Según los estudios jurisprudenciales, se determina la responsabilidad en materia de <<pensiones>> por la demora en su asignación o por mora en el pago de la misma, y dentro de esto se desarrollan cuatro aspectos: 1. *Mora en el pago de mesadas pensionales por jubilación o por vejez*, 2. *Mora en el pago de pensión de invalidez*, 3. *Reconocimiento de pensión*, 4. *Reliquidación de pensión*⁴; la mayoría de casos se presenta en personas de la tercera edad, aunque no quiere decir que una persona que no se encuentre en la tercera edad, no le sea reconocido su derecho, pues este se reconocerá a medida que efectivamente se le vea perturbado su mínimo vital, independientemente de la edad que acredite al momento de presentar dicha solicitud.

Respecto de las acreencias laborales, es válido afirmar que la Corte tiene en cuenta que con la simple mora en el pago que impida la subsistencia del individuo, como único medio, entonces se concreta en la violación al mínimo vital. Se asume que no debe efectuarse prueba que constate que este pago constituye su única <<fuente de ingreso>>, que permite que la carga probatoria quede a cargo del demandado.

Dentro de este punto, respecto de las prestaciones sociales, hay que tener en cuenta, que se entenderá violado el mínimo vital única y exclusivamente cuando procede a la vulneración del mínimo vital, por esto, temas como el no pago de vacaciones o de prima de vacaciones, no se tendrán en cuenta, a no ser que se incluyan en la totalidad de la deuda con ocasión de mora en pago de salarios y prestaciones.

En materia de Salud, la Corte ratifica la procedencia en tres casos concretos, en cuanto se alegue la violación del mínimo vital:

“1. Se concede para ordenar un medicamento excluido del POS cuando no pueda ser sustituido, o la sustitución afecta el mínimo vital.

⁴ Ibid. Clasificación realizada por la obra en estudio.

2. Se concede la tutela cuando el POS no contempla tratamiento ni valoraciones en el exterior, pero no hacerlo afecta el mínimo vital.

3. Se la concede para darle el medicamento a una persona enferma de SIDA a la cual se le niega por no estar contemplado el medicamento en el POS”.⁵

Lo cual permite inferir que siempre y cuando se fundamenten los aspectos anotados anteriormente, se está en el deber de activar el sistema jurídico, con miras a una pronta respuesta frente a la situación de vulneración del mínimo vital.

En los casos de mujeres en estado de embarazo, se pueden dar dos situaciones concretas: a. El no pago de la licencia de maternidad y b. El despido o terminación del contrato. En estos casos el mínimo vital se apoya también en las leyes laborales vigentes, permitiendo así una armonía jurídica que permita la colaboración para evitar o subsanar el daño que se causa cuando se incurre a través de estas situaciones en la vulneración al mínimo vital; claro está que este se cataloga como caso especial dentro de todos, debido a que se habla tanto de la madre como del hijo que esta por nacer, que como se sabe legalmente son muy bien respaldados.

Por último se habla de las personas en estado de indefensión, que se pueden identificar en uno de los siguientes grupos:

- Cárceles.
- Indigentes.
- Secuestrados.
- Sindicatos.

Las personas que se denominan como <<personas en estado de indefensión>>, tienen la posibilidad de alegar el reconocimiento del mínimo vital en ciertas oportunidades; por ejemplo, en las cárceles, debido a la mala distribución y organización de las mismas, no hay lugar a duda de que, por no contar el Estado con los medios suficientes, incurre en violaciones del mínimo vital, como es el caso de la alimentación. En el caso de los indigentes, el abandono salta a la vista: socialmente no cuentan con lo suficiente para llevar en sí una vida digna, y por ende no cuentan con un mínimo vital. El caso de los secuestrados es bastante

⁵ Ibid. p. 37.

peculiar por la repercusión que tiene el secuestro mismo sobre la familia, pues muchas veces las personas secuestradas son las que sostienen a sus familias, y por lo tanto, dejar de percibir ciertos ingresos crea un ambiente de indefensión que conlleva a la vulneración, del mínimo vital. Por último, se habla de los sindicatos, cuyo mínimo vital se llega a ver afectado a medida que no se efectúe el pago de la cuota sindical.

4. ¿QUÉ CRITERIO HA TENIDO LA JURISPRUDENCIA FRENTE AL MINIMO VITAL?

La jurisprudencia respecto del mínimo vital ha tenido dos periodos concretos: el primero, desde el año de 1992, hasta el año de 1996, y el otro periodo, de 1997 hasta nuestros días.

Durante el primer periodo, la Corte trae largos discursos de reconocimiento de dichos derechos innominados. En efecto, expresa que “El derecho al mínimo vital no solo incluye la facultad de neutralizar las situaciones violatorias de la dignidad humana, o la de exigir asistencia y protección por parte de personas o grupos discriminados, marginados o en circunstancias de debilidad manifiesta (C.P. artículo 13), sino que sobre todo, busca garantizar la igualdad de oportunidades y la nivelación social en una sociedad históricamente injusta y desigual, con factores culturales y económicos de grave incidencia en el ‘déficit social’”,⁶ y adiciona a este concepto que el juez que esté encargado de analizar la tutela, podrá conocer derechos sociales en determinados contextos, debido a que el estudio del mínimo vital acarrea consecuencias económicas, y también exige el estudio de ciertos derechos que aun sin ser fundamentales conllevan a que se incurra en otros que sí lo son.

Respecto del segundo periodo, se tienen ya varias disposiciones, lo cual hace que se disponga este derecho de manera más fácil, porque permiten dar solución a estos casos en forma casi instantánea, debido al precedente que se ha presentado. Es decir, al momento de fallar se tiene certeza y criterio de cómo se debe proceder.

De lo anterior concluyen que “La jurisprudencia del mínimo vital ha girado en torno al dramático incremento de casos a partir de 1997. La Corte, si bien se ha dedicado sobre todo a aplicar los principios establecidos en los

⁶ Ibid. p. 50.

primeros años, también ha limitado su alcance. Dentro de la limitación del alcance, más que una evolución se evidencia una tensión interna en torno a qué pueden ordenar los jueces de tutela en esta materia, y cuándo se exceden”.⁷

A lo largo del desarrollo jurisprudencial, cabe tener en cuenta que el problema que se plantea para determinar si existe derecho al mínimo vital o no, depende de la interpretación y análisis que el juez haga en cada caso concreto, y por ello debe darse cabida a la ampliación del artículo 94 de la Constitución Política colombiana, que comprende derechos fundamentales innominados, y esto es lo que permite que se reconozcan como garantías dentro de un Estado Social de Derecho todos estos derechos que se denominan innominados, con carácter de fundamentales.

5. CONCLUSIONES

Una vez estudiado el tema, se puede pensar que, frente al Derecho al Mínimo Vital, podría haber algunas inconsistencias, dependiendo del punto de vista que se adopte.

En primer lugar, se habla del caso examinado bajo el criterio puramente laboral. En este caso no nos encontraríamos frente a una cuestión de derecho innominado, debido a que la Carta Política contiene en su artículo 53 un concepto de mínimo vital: “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

⁷ Ibid. p.60.

“El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

“Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”.

Ahora bien, lo que determina cuándo realmente se habla de un derecho innominado y no de una extensión de un derecho ya referido en la Constitución Política, es el criterio que se adopte para tal determinación. Si no se está ante un caso laboral, el mínimo vital sí puede considerarse como un derecho innominado.

Los estudios de dichos casos deben ser realizados con cautela y definidos en el entendido de que se les dé su real apreciación y no se conviertan en puerta de acceso a derechos pretendidos sin razones de peso, simplemente porque se contienen en el desarrollo de otros ya estimados, es decir nominados.

LOS DERECHOS INNOMINADOS EN COLOMBIA REFLEXIONES SOBRE SU ORIGEN*

Adriana Cristina Ferreira Causil

A Dios que guió mis pasos en este largo camino.

A mi familia, el motor de mi lucha.

A Oscar Andrés Burbano mi apoyo incondicional en todas las situaciones.

RESUMEN

El nuevo constitucionalismo entre muchos otros cambios ha permitido la inclusión de cláusulas abiertas de derechos en las Constituciones latinoamericanas, con lo que se confirma que la lista de derechos constitucionales no termina en los que taxativamente se encuentran en las Cartas constitucionales.

Como desarrollo de dichas cláusulas nacieron los llamados derechos innominados.

Con este concepto se ponen en tela de juicio las creencias de una sociedad que se aferra al derecho escrito y que se satisface cuando los textos constitucionales contienen un amplio listado de derechos, y se abre paso a una nueva tendencia que están siguiendo los altos Tribunales en todo el continente: reconocer como derechos todos los inherentes a la persona.

SUMARIO: Introducción. 1. Los derechos innominados en América. 2. Historia del artículo 94 de la Constitución de 1991. 3. Los derechos innominados, una creación de la jurisprudencia. 4. Línea jurisprudencial 5. Conclusiones. 6. Referencias. 7. Bibliografía.

* Trabajo de Grado de Adriana Cristina Ferreira Causil, para optar el título de Abogado.
Director: Luis Javier Moreno Ortiz.

INTRODUCCIÓN

Con la expedición de la Constitución Política de 1991 se introdujeron múltiples cambios en relación con las Cartas anteriores; uno de los más sobresalientes fue que la nueva Constitución amplió el catálogo de derechos, por lo que se la califica de garantista.

En el Título II se enuncian los derechos, garantías y deberes que, si bien son extensos, no resultan estar limitados a los que allí se proponen; así lo ha manifestado la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades y la propia Constitución lo establece en el artículo 94, que reza:

“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

Es en virtud de este artículo constitucional y del mandato del artículo 2° del Decreto 2594, en el que se ordena a la Corte Constitucional dar prelación a la revisión de sentencias de tutela referidas a derechos no señalados en la Constitución como fundamentales, como por jurisprudencia de esa Corporación se ha llegado al concepto de los derechos innominados.

Como su nombre lo indica, se trata de derechos que no tienen un nombre en la Carta Magna porque no se encuentran consagrados en ella, pero que han sido reconocidos por estar implícitos en el ámbito de protección de distintas disposiciones jurídicas fundamentales.

El reconocimiento de estos derechos es relativamente nuevo en nuestro país pero en otros ha ido de la mano con las primeras Constituciones, por ejemplo, el tan mencionado caso de la Constitución de Filadelfia que en su texto original no contenía un catálogo de derechos, muy seguramente debido a que la sociedad de la época los reconocía sin que fuera menester que constaran por escrito.

Con el nuevo constitucionalismo que invade a América Latina, ésta parece ser la tendencia que se impone en la mayoría de los países del continente, tal es el caso de la Constitución Peruana, que en su artículo 3 contiene una cláusula de derechos no numerados, así:

“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o

que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

De igual forma, la Constitución Venezolana de 1999 en su artículo 22 señala, al hablar de los derechos, que las normas enunciadas anteriormente no se deben entender como negación de otros derechos y garantías que no figuren en ella, algo similar se lee en la Constitución Ecuatoriana de 2008.

En el caso colombiano, ha sido tarea de la Corte Constitucional desarrollar el artículo 94 del cual surgió el concepto de derechos innominados; éstos, según un estudio ocasional del CIJUS de la Universidad de los Andes, han sido reconocidos partiendo de una concepción holística de la Constitución tomando las ideas de autores como Ronald Dworkin y Richard Posner.

Lo cierto es que vía jurisprudencial se ha ampliado considerablemente el catálogo de derechos, reconociendo derechos innominados tales como: derecho al mínimo vital, derecho a la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios, derecho a la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección constitucional, derecho a la subsistencia y derecho al olvido, entre otros.

Es mucho lo que hay por estudiar al respecto por ser este un tema polémico e interesante; sin embargo, decidimos que nuestra investigación se centraría en establecer si los derechos innominados son fundamentales.

Como objetivo de esta investigación se pretende llegar a una clara conceptualización de los derechos innominados; para lograrlo se exploraron y analizaron los principales pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales nacionales e internacionales que tratan el tema de los derechos innominados.

En el primer capítulo se explica cuál es la situación de los derechos innominados en América Latina, especialmente en países como Ecuador, Perú y Venezuela, recopilando los diferentes textos legales que contienen cláusulas abiertas de derechos y jurisprudencia que trata el tema.

En el segundo capítulo se aborda la cuestión en nuestro país, se analiza cuál ha sido el desarrollo de los derechos innominados, la recepción de la cláusula

abierta de derechos en las Constituciones Colombianas, particularmente en la de 1991; esto se logró recopilando y estudiando los derechos consagrados en las diferentes Constituciones y en la Gaceta Constitucional se analizó el proceso de formación del artículo 94 constitucional.

Adicionalmente, en el capítulo tres se identifica el papel que desempeña la jurisprudencia como creadora de los derechos innominados, se señala cuáles son algunos de estos derechos y en qué consisten realizando un análisis de casos en los que se han reconocido.

Por último, en el capítulo cuatro se recopilan las sentencias de la Corte Constitucional desde el año de 1992 hasta la fecha en las que se reconocen derechos innominados, y se construye la línea jurisprudencial sobre el tema de acuerdo con el método que expone el Dr. Diego López Medina en su libro El Derecho de los Jueces.

Esta investigación es importante pues en el ámbito académico se observó que es poco el estudio que existe sobre el tema de los derechos innominados, por lo que resultó de gran valor realizar una investigación que con apoyo en la normatividad internacional y nacional, la jurisprudencia y la doctrina existentes sobre la materia ayude a despejar los interrogantes que existen sobre el tema.

Este estudio se justifica por el valor teórico, utilidad práctica y beneficios que le proporcionará a la comunidad jurídica al brindar el conocimiento que se requiere para elevar la calidad de la labor que realizan abogados y jueces, además de contribuir en el proceso de información y conscientización de los ciudadanos en lo que se refiere a la exigibilidad de sus derechos.

Todo lo anterior como trabajo de grado para acceder al título de Abogado en la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

1. LOS DERECHOS INNOMINADOS EN AMÉRICA

Con el nacimiento del concepto de Estado, una de las principales preocupaciones de los gobiernos nacientes fue el procurar a los ciudadanos sus derechos.

Posteriormente, con el paso del tiempo y el desarrollo de las diferentes organizaciones gubernamentales, este afán se mantuvo presente hasta

llegar al fenómeno que observamos actualmente: proteger los derechos de naturaleza fundamental, pese a que no se encuentren expresamente reconocidos en las Constituciones.

En este afán nace la teoría de los derechos innominados. Se puede decir que en América el primer indicio de esta se encuentra en la Constitución de Filadelfia de 1777, que en su texto original no contenía como otras de su especie un catálogo que enumerara los derechos de los ciudadanos.

No obstante, este vacío jurídico, si así se lo puede llamar se corrigió posteriormente en 1791 con la aparición de la enmienda IX que señala: “la enumeración en esta Constitución de ciertos derechos no podrá alegarse para negar o menoscabar otros retenidos por el pueblo” (Constitución de Filadelfia, 1777).

A esta declaración se llegó porque en el inconsciente del pueblo americano siempre se han reconocido derechos y garantías que le son inherentes al ser humano sin necesidad de que consten por escrito.

América Latina en un principio era totalmente ajena a esta situación, dado que los derechos que se reconocían y protegían en los distintos Estados eran sólo los incluidos en los textos de las Constituciones.

Esta situación ha cambiado porque en muchas Cartas se recoge de manera explícita o implícita el precepto de la enmienda IX antes mencionada, no sólo porque los principios del nuevo constitucionalismo lo permiten, sino además porque obligan a la apertura del catálogo de derechos fundamentales.

Esta postura que al parecer resulta ser relativamente nueva en algunos países quizá no lo es tanto, pues el primer indicio de la recepción de esta enmienda se da en Argentina en el año 1813 en el proyecto federal denominado Plan de una Constitución liberal federativa para las Provincias Unidas de la América del Sur.

Este en el artículo 51 (Proyecto Federal, 1813) dispuso que:

“La enumeración en la Constitución de ciertos derechos no será hecha para negar o desigualar los otros retenidos por el pueblo”.

A lo largo del continente en las Constituciones o proyectos de las mismas se siguió esta tendencia al incluir un artículo que abre la posibilidad de

ampliar los derechos consagrados en ellas. De estos surge lo que hoy se conoce como derechos innominados y la llamada cláusula de derechos no enumerados en las Constituciones.

1.1 Constituciones Americanas que contienen la cláusula de derechos no enumerados

Se podría pensar que la recepción de este tipo de cláusulas en las Constituciones Americanas es nueva, por el incipiente desarrollo que existe al respecto en la doctrina, pues el tema de los derechos innominados en casi todos los países es desarrollo de la jurisprudencia.

Sin embargo, no se puede desconocer que el tema de derechos no reconocidos en las Constituciones fue debate obligado para las Asambleas Constituyentes de muchos Estados, como por ejemplo el argentino.

Por esta razón el panorama que se observa es que en la mayoría de países del continente se incorporan en las diferentes Constituciones artículos que incluyen una cláusula de derechos no enumerados; veamos algunos casos.

En Uruguay, la primera Constitución que acogió una norma sobre el asunto fue la de 1918 en el artículo 173 de la Sección XII, titulada «derechos y garantías».

“Esta disposición pasó a ser el artículo 63 de la de 1934, el 63 de la de 1942, el 72 de la de 1951, el 72 de la de 1966” (Gross, p. 152).

La Constitución vigente, la de 1997, en la sección II Derechos, Deberes y Garantías, capítulo III, artículo 72, recoge la cláusula de derechos innominados diciendo:

“La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”. (Constitución Uruguaya de 1997, artículo 72).

Según Gros Espiell:

La doctrina uruguaya ha prestado y sigue prestando hoy atención muy especial al artículo 72 de la Constitución.

Esta atención ha permitido prever y fundar su aplicación a situaciones diferentes es decir, a derechos, deberes y garantías, no expresamente previstas, proyectar este tipo de normas hacia el Derecho Internacional, e, incluso, intentar basar un cambio en la concepción tradicional uruguaya sobre el nivel jerárquico interno de los tratados internacionales en la aplicación de la Constitución.

Ha permitido afirmar el reconocimiento constitucional de nuevos derechos y ha hecho posible que garantías no previstas, como el amparo, antes de su regulación por ley, se consideraran, por la doctrina y la jurisprudencia, como existentes (pp.155 - 156).

Honduras, en el título III De las declaraciones, derechos y garantías, capítulo I de las Declaraciones, artículo 63.

Artículo 63. Las declaraciones, derechos y garantías que enumera esta Constitución, no serán entendidos como negación de otras declaraciones, derechos y garantías no especificadas, que nacen de la soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno y de la dignidad del hombre. (Constitución de Honduras de 1982, artículo 63).

Nicaragua, en el título IV derechos, deberes y garantías del pueblo Nicaragüense, capítulo I derechos individuales, artículo 46.

Artículo 46. En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos. (Constitución de Nicaragua de 1987, artículo 46).

Costa Rica, en el título V Derechos y garantías sociales, capítulo único, artículo 74.

Artículo 74. Los derechos y beneficios a que este capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del

principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional. (Constitución de Costa Rica de 1999, artículo 74).

Bolivia, en el título I derechos fundamentales y garantías, capítulo primero, disposiciones generales, artículo 13, numeral 2.

Artículo 13.II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados. (Constitución de Bolivia de 2007, artículo 13).

Paraguay, en el título de los derechos, de los deberes y de las garantías, capítulo II, artículo 45.

Artículo 45. De los derechos y garantías no enunciados

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía. (Constitución de Paraguay de 1992, artículo 45).

Son pocas las Constituciones americanas que no contienen una cláusula de derechos no enumerados; entre ellas tenemos la de países como Cuba, Chile, México y Panamá.

Como hemos visto, en las Constituciones analizadas se incluyen con redacción muy similar artículos que han permitido se amplíe el catálogo de derechos, lo cual abre la posibilidad de entender como derechos fundamentales otros que no se encuentran expresamente reconocidos en las diferentes Constituciones.

Dichos artículos en su gran mayoría inician señalando que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros”. De esta frase nace toda esta teoría de los derechos innominados, implícitos o inherentes por la que se acrecientan los derechos de los ciudadanos.

Algunas ordenanzas van más allá de incluir este tipo de disposiciones en sus Cartas y reconocen como constitucionales los derechos que se encuentran en los diferentes instrumentos internacionales o hacen referencia a criterios religiosos o políticos como la Costarricense, que alude a los derechos que se deriven del principio cristiano de justicia social, o la de Honduras, que habla de los derechos que se derivan de la soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno.

Como ya se observa, la consagración legal sobre este tema en los Estados del continente conserva una línea de redacción parecida; para continuar verificando esto daremos un vistazo a los artículos constitucionales pertinentes en otros países como: Argentina, Ecuador, Venezuela y Perú; estos últimos, además, tienen una historia y un desarrollo constitucional más cercano al nuestro.

1.2 Argentina

Este país fue uno de los primeros en incluir una cláusula abierta de derechos, aunque en el texto original de la Constitución de 1853 no se mencione, lo que parece ser extraño si partimos de la base de que esa Carta estaba inspirada en gran parte en la de Estados Unidos.

Sin embargo, fue apenas en 1860, con la reforma que se hizo en ese año a la Constitución, cuando se incluyó el que sería el artículo 33, el cual ya había sido expuesto en el proyecto federal denominado Plan de una Constitución liberal federativa para las Provincias Unidas de la América del Sur; así queda por primera vez incluida una cláusula de derechos no enumerados en una Constitución de América diferente de la estadounidense.

En el diario de sesiones de la Convención de esa época se lee la motivación que tuvo la Asamblea Constituyente para incluir dicho artículo.

En esa oportunidad, expresó que:

La enumeración que se hace en la primera parte de los derechos y garantías de los individuos, que en algunos se hacen extensivos a los pueblos como entidades colectivas, no deben tomarse sino como ejemplos para ir de lo concreto y lo expreso a lo desconocido y tácito (Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires, 1860, pp. 193-197).

Con esas palabras los Constituyentes de la época sin saberlo planteaban un postulado de lo que hoy se conoce como el nuevo constitucionalismo, que ha introducido conceptos tan importantes como que las Constituciones no son textos de piedra que contienen listas inmodificables de derechos.

Posteriormente, en la Constitución de 1949 de ese país, la cláusula aparece en el artículo 36.

Sobre este, los autores Legón y Medrano (1953) comentan que:

La invocación de los derechos no enumerados análoga a la que contiene la novena enmienda norteamericana que persiste en el artículo 36 y que fue introducida entre los retoques de 1860, consagra la preeminencia del derecho natural y de los postulados de la civilización cristiana, como lo expresaron los propulsores de la iniciativa (p. 151).

La cláusula se mantuvo hasta la última reforma a la Constitución de 1853 que se hizo en 1994, la cual abarcó 44 artículos en los que se reconocen derechos de protección ambientales, del consumidor, a la información, etc.

En esta reforma, en el capítulo primero declaraciones, derechos y garantías, en el artículo 33, se incorpora la cláusula de derechos innominados tal y como se consagró en 1860.

1.3 Ecuador

La Constitución ecuatoriana de 1998 expresa que los derechos y garantías señalados en su texto y en los instrumentos internacionales no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento.

Este artículo es uno de los más amplios porque al referirse a los instrumentos internacionales en general incluye todos los tipos de textos declarativos, lo que no ocurre en Constituciones como la de Brasil o Colombia, que mencionan tratados internacionales o convenios internacionales respectivamente, lo cual excluye la Declaración Universal y la Declaración Americana de Derechos Humanos.

La vigente Constitución ecuatoriana aprobada en 2008 en el título II derechos, capítulo primero principios de aplicación de los derechos, artículo 11, numeral 7, señala:

El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento (Constitución de Ecuador de 2008, artículo 11 numeral 7).

Así se incluye el artículo que en la Constitución de 1998 trataba el tema agregándole el toque multicultural que caracteriza la nueva Carta.

En este país, al igual que en muchos otros del continente, una de las formas en las que se reconocen derechos innominados es aceptando los reconocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; uno de esos es el derecho a la verdad, que es tutelado por el gobierno ecuatoriano aunque no se encuentre de manera expresa en la nueva Carta constitucional.

Una realización de ese derecho se dio con la creación de una comisión de la verdad que tiene por objeto investigar, esclarecer y prevenir la impunidad en los hechos violentos y las violaciones a los derechos humanos ocurridas entre 1984 y 1988.

Periodo en el cual el gobierno de Ecuador estuvo presidido por el empresario socialcristiano, León Febres Cordero, quien desató campañas represivas que incluían detenciones arbitrarias, tortura y desaparición forzada contra un pequeño grupo insurgente denominado Alfaro Vive Carajo y movimientos sociales y estudiantiles opuestos a su proyecto político.

Como vemos, en Ecuador, sin importar los muy cuestionados y polémicos dirigentes que tiene el país actualmente, la situación que se evidencia es la de no limitar los derechos sino cada día darles un mayor reconocimiento; prueba de esto es que la nueva Constitución tiene un listado amplísimo de derechos en los que se incluyen garantías progresistas que están muy de acuerdo con las nuevas necesidades de la sociedad, como el derecho humano al agua; además, como ya se mencionó antes, contiene un artículo que es una cláusula abierta de derechos. La tendencia se mantiene pues en este país.

Ahora miremos si en Perú se ha dado una situación similar.

1.4 Perú

En la Constitución de 1993, en el título I de la persona y de la sociedad, capítulo I derechos fundamentales de la persona, artículo 3, se plasma la cláusula abierta así:

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno (Constitución Peruana de 1993, artículo 3).

Sobre esta cláusula señaló el Tribunal Constitucional Peruano en sentencia del Expediente N° 895-2001-AA/TC, que a ella debe acudir: En la medida en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre, puesto que ello impediría la tendencia a recurrir constantemente a la cláusula constitucional de los derechos “no enumerados” y, con ello, desvirtuar el propósito para el cual fue creada.

La apelación al artículo 3° de la Constitución, en ese sentido, debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita.

Como vemos, el Tribunal Constitucional de este país se ha encargado de dar aplicación a esta cláusula y en virtud de la misma ha reconocido derechos que no se encuentran en el texto de la Carta Magna pero que se derivan de otros que sí lo están.

A continuación veremos algunos apartes de pronunciamientos en los que se reconoce este tipo de derechos.

En sentencia de tutela constitucional Exp. N.° 1230-2002-HC/TC, el Tribunal reconoce el Derecho a procesos constitucionales de la libertad.

En este fallo se hace la observación de que los derechos fundamentales, debido a su mayor importancia, deben estar tutelados constitucionalmente.

En palabras de esa Corte, “el reconocimiento de los derechos fundamentales y el establecimiento de mecanismos para su protección constituyen el supuesto básico del funcionamiento del sistema democrático” (párrafo 4).

Este pronunciamiento es sin duda parte del desarrollo que se le ha dado en este país al artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por el cual toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales.

En otra sentencia, STC Exp. N.º 0008-2003-AI/TC, esta Institución se refirió a los Derechos de los consumidores y usuarios.

Constitucionalmente se habla de dichos derechos en el artículo 65, el cual se limita a señalar que:

El Estado debe defender el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Así mismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

Esta norma no especifica cuáles son los derechos de los consumidores y usuarios, por lo que fue tarea de esa Corte pronunciarse al respecto diciendo que “los derechos de acceso al mercado, a la protección de los intereses económicos, a la reparación por daños y perjuicios y a la defensa corporativa del consumidor, se erigen también en derechos fundamentales reconocidos a los consumidores y usuarios (párrafo 32).

Lo interesante en este pronunciamiento no es sólo el hecho de que el Tribunal reconociera derechos que no están en la Constitución sino que resulta más importante que les da a esos derechos la categoría de fundamentales.

En la STC Exp. N.º 2488-2002-HC/TC se materializó el derecho a la verdad por una demanda sobre un caso de desaparición forzada.

La Magistratura, siguiendo los pronunciamientos de la Corte Interamericana de derechos humanos, señala que en este tipo de eventos violentos es una obligación tanto del Estado como de los particulares responsables informar a las víctimas y sus familias la verdad de lo sucedido.

Textualmente se dijo, estos tienen derecho a saber siempre, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en que se cometió el ilícito, quién fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo, por qué se lo ejecutó, dónde se hallan sus restos, entre otras cosas (párrafos 8 - 9).

El Tribunal reconoce expresamente la existencia de unos derechos más allá de la Constitución y señala que, si bien el derecho a la verdad no tiene un reconocimiento expreso, sí es uno que forma parte de la tabla de las garantías de derechos constitucionales; por ende susceptible de protección plena a través de derechos constitucionales de la libertad, pero también a través de ordinarios existentes en nuestro ordenamiento jurídico (párrafo 20).

Así se da por sentado que el derecho a la verdad se puede incluir en los derechos que son nuevos pues no aparecen en el texto Constitucional pero que su contenido se desprende de otro u otros derechos que sí están consagrados.

Por último, veamos un pronunciamiento que es muy importante para la cuestión que nos ocupa; se trata de la STC Exp. N.º 2254-2003-AA/TC. Se llega a esta sentencia por demanda interpuesta por el señor Félix César Calderón Urtecho, miembro del cuerpo diplomático peruano, contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Este caso se originó porque el peticionario presentó los concursos requeridos para lograr el ascenso a la categoría de embajador y, a pesar de haberlos aprobado, su nombramiento nunca se hizo efectivo; ante esta situación interpuso una serie de recursos que le fueron negados.

El Tribunal, luego de hacer una serie de señalamientos sobre la negativa al derecho de petición y sobre el silencio administrativo negativo, llega a una conclusión interesante.

Declara que se violó sistemáticamente el derecho a la promoción o ascenso, derecho constitucional y fundamental, con el consiguiente perjuicio al proyecto de vida de los funcionarios diplomáticos involucrados, entre los cuales se encuentra el demandante, según se ha podido acreditar en autos (párrafo 12).

Lo cuestionable del fallo no es el hecho de que vía jurisprudencial se haya creado el derecho a la promoción o ascenso sino que ese Tribunal le dé rango de derecho constitucional y fundamental.

No compartimos esta opinión, pues se desconoce totalmente que los derechos constitucionales se consideran esenciales para el sistema político y lo que menos se tuvo en cuenta es que se trata de derechos que tienen origen constitucional, y el derecho a la promoción o ascenso no está en la Constitución peruana.

A esto se suma que no se trata de un derecho fundamental, pues debemos recordar que estos derechos son los que tenemos todas las personas por el hecho de serlo, por lo que generalmente se trata de prerrogativas indispensables para que el ser humano lleve una vida digna.

No creemos que en este caso estemos ante uno de estos derechos, pues no concebimos que el derecho a la promoción o ascenso laboral sea esencial para el desarrollo de todas las personas.

Lo que sí nos queda rondando en la cabeza es el trasfondo del asunto, porque no concebimos que un Tribunal de alta envergadura como este cometa semejante equivocación; nos parece por el contrario que en este pronunciamiento se apoya la idea de que los derechos innominados reconocidos por la jurisprudencia de las altas Cortes de los diferentes países adquieren desde su reconocimiento el rango de derechos fundamentales y constitucionales.

1.5 Venezuela

La Constitución de 1961, en el título III de los deberes, derechos y garantías, capítulo I disposiciones generales, artículo 50, consagra la cláusula así:

La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos (Constitución de Venezuela de 1961, artículo 50).

Este artículo se reprodujo sin modificaciones en el artículo 22 de la Constitución de 1999 vigente hasta el momento.

Según el doctor Brewer (2006), en el caso de las Constituciones de Colombia y Venezuela, la cláusula abierta permite la identificación de derechos inherentes a la persona humana, no sólo refiriéndose a los no enumerados en los textos constitucionales sino también a los no numerados en los instrumentos internacionales, lo que amplía el ámbito de estos derechos (p. 519).

En Venezuela, al igual que en Perú, los altos Tribunales con su jurisprudencia han creado nuevos derechos.

En un pronunciamiento que hizo la Corte Suprema de Justicia venezolana (1996), en el caso Antonio Guzmán, Lucas Omashi y otros, se reconoce el derecho a la participación política a pesar de no encontrarse en la Constitución venezolana de 1961 vigente en esa época.

Dicho reconocimiento se hizo dándoles desarrollo al artículo 50 (cláusula abierta) y obviamente a los instrumentos internacionales aludidos en este, como la Convención Americana de derechos humanos, pues el caso gira en torno a un grupo indígena al que se le niega la participación en la ley de división territorial del Estado de Amazonas.

Esa misma Corte identificó otro derecho innominado en una sentencia del 19 de enero de 1999, de la que nace el derecho a la participación política de los ciudadanos.

En 1998 Hugo Chávez Frías sube al poder y plantea la posibilidad de convocar al pueblo a un referendo para que apruebe la conformación de una Asamblea Constitucional para reformar la Constitución, mecanismo que no estaba contemplado en la constitución de 1961.

La Corte da vía libre a dicho referendo como una expresión del derecho a la participación política de los ciudadanos argumentando que si se considerara que el derecho al referendo constitucional depende de la reforma de la Constitución vigente, el mismo estaría supeditado a la voluntad del poder constituido, lo que pondría a este por encima del poder soberano.

La falta de tal derecho en la Carta fundamental tiene que interpretarse como laguna de la Constitución, pues no podría admitirse que el poder soberano haya renunciado ab initio al ejercicio de un poder que es obra de su propia decisión política (Revista de Derecho Público, N° 77-80, 1999, p. 67).

Luego de analizar estos fallos nos damos cuenta de que tanto los Tribunales venezolanos como los del resto del continente han sido gestores en sus pronunciamientos de una amplia gama de nuevos derechos no inmersos en las Constituciones.

Esto sumado a la creciente preocupación de los estamentos gubernamentales por garantizarlos y hacerlos efectivos ha arrojado consecuencias positivas en relación con la disminución del saldo de violaciones de derechos por parte del Estado y de particulares, además de un sentimiento generalizado de satisfacción en los ciudadanos que acuden a estas instituciones y obtienen la tutela efectiva de sus peticiones.

1.6 Los derechos innominados en los instrumentos del Sistema Interamericano

Observamos que las Constituciones americanas incluyen en sus textos una cláusula que amplía el compendio de derechos; pues bien, esta tendencia no podía ser ajena a la Convención Americana de Derechos Humanos, que es creación de esos Estados y que representa los ideales gubernamentales del continente.

Así tenemos que la Convención consagra:

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

El inciso b deja a salvo de limitaciones los derechos que tengan fuente en el derecho de un Estado parte o de una Convención en que sea parte ese Estado. El inciso c impide excluir derechos inherentes a la persona o derivados de la democracia. El inciso d prohíbe excluir o limitar el efecto que surge de los instrumentos internacionales allí mencionados (Bidart, p. 127).

Este artículo tiene vital importancia para los Estados que ratificaron la Convención porque incluye en sus Constituciones no sólo los derechos que se numeran en dicho instrumento sino también aquellos que se incluyan en esta por medio de este artículo.

En los otros Instrumentos que hacen parte del sistema también hallamos cláusulas semejantes: en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 5, numeral 2, se señala:

No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Así mismo, en el artículo 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se consagra una cláusula que amplía los derechos contenidos en este; su redacción es idéntica a la del artículo de la Convención antes mencionado.

Existen dos instrumentos que, aunque no tienen una norma que de manera explícita hable de ampliar los derechos en ellos contenidos de manera implícita, lo permiten.

Estos son el artículo 41 de la Convención sobre Derechos del niño y el 23 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, veámoslos:

Artículo 41

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

- a) El derecho de un Estado Parte; o

b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

Artículo 23

Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar parte de:

- a) La legislación de un Estado Parte; o
- b) Cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado.

Estas normas abren la puerta a un extenso inventario de derechos que se incluirían en estos tratados aunque no estén consagrados en ellos.

Además, abre una posibilidad más interesante aún: estos artículos, por hacer parte de los textos de tratados ratificados por países como México, Chile y Panamá, cuyas Constituciones no tienen incorporadas cláusulas abiertas de derechos, quedan incluidos en las legislaciones internas de estos países.

Como hemos observado, el tema de los derechos innominados está presente en los distintos instrumentos que hacen parte del Sistema Interamericano, pero también la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos juegan un papel importante en cuanto al desarrollo de nuevos derechos en el sistema.

Así, encontramos que estos órganos se han encargado de reconocer derechos nuevos que han ido apareciendo de acuerdo con las necesidades de los individuos que exigen la protección de sus derechos por parte de estas altas Estancias internacionales.

Uno de esos nuevos derechos desarrollados por la Comisión y la Corte es el derecho a la verdad, una garantía que ha evolucionado en los últimos años.

La Comisión reconoce por primera vez este derecho en 1995 cuando analiza el caso del señor Manuel Bolaños, quien desapareció y fue asesinado a manos de miembros del Cuerpo de Infantería de Marina de Ecuador; el gobierno de ese país nunca determinó la responsabilidad de quienes según las denuncias, torturaron y ultimaron al señor Bolaños.

Por esta razón se encontraron múltiples violaciones de derechos, entre ellas la violación del derecho de los familiares a conocer la verdad acerca de lo ocurrido al señor Bolaños, de las circunstancias de su detención y fallecimiento y de la ubicación de sus restos.

La Comisión señaló que este derecho surge de la obligación que tiene el Estado de usar todos los medios a su alcance para investigar seriamente las violaciones cometidas en su jurisdicción a fin de identificar a los responsables.

Inicialmente la Comisión sostuvo que el derecho a la verdad pertenecía a las víctimas y a sus familias, sin embargo, actualmente ha dicho que pertenece también a la sociedad en general; así lo señaló en informe N° 25/98 del 7 de abril de 1998, en el caso de Alfonso René Chanfeau Oracye y otros, al estudiar un grupo de casos de ciudadanos chilenos.

Los peticionarios de esos casos argumentaron que la constante aplicación de la ley de amnistía que perdonaba los crímenes cometidos entre 1973 y 1978, al impedir la investigación y sanción de los delitos y acordar la impunidad a sus responsables, violaba los derechos de las víctimas a que sus victimarios recibieran el castigo por los delitos cometidos.

La Comisión consideró que el Estado había violado, entre otros, el derecho de las familias de las víctimas y de la sociedad a conocer la verdad acerca de lo ocurrido; además, señaló que toda sociedad tiene el derecho inalienable de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro.

Por otra parte, en la Corte se inicia el debate sobre este derecho con el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras; en dos eventos más recientes también se estudia este derecho; se trata del caso Bámaca Velásquez, sentencia del 25 de noviembre de 2000 y del caso Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001.

En el primero se trata de la desaparición en manos del ejército guatemalteco de Efraín Bámaca Velásquez, líder de un grupo guerrillero, y en el segundo, del asalto y tiroteo a un edificio de apartamentos en Lima, Perú, en el que murieron quince personas y cuatro más resultaron heridas.

Al parecer, dicho atentado fue obra de miembros del “grupo colina”, un escuadrón de la muerte de los servicios de inteligencia del ejército peruano.

En estas dos oportunidades, la Corte consideró que se había infringido el derecho de los familiares de las víctimas a conocer la verdad acerca de las violaciones de los derechos humanos que se denunciaban.

Como vemos, de acuerdo con lo expuesto en los casos analizados antes, el derecho a la verdad es el derecho de la comunidad a obtener respuestas del Estado; es un elemento del derecho a la justicia, es el derecho a conocer el pasado para que no se cometan los mismos errores en el futuro.

Queda demostrado entonces que el derecho a la verdad es un derecho autónomo, que se configura frente a graves violaciones de los derechos humanos, y que aparece en el ámbito local de los Estados como una aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que también, como vemos, es creadora de derechos nuevos.

En sumatoria, luego de haber analizado cuál es la situación en cuanto al reconocimiento de derechos innominados en América Latina y en el sistema continental de protección de los derechos humanos podemos decir que no todo está dicho o escrito en lo que al tema se refiere; sin embargo, si hacemos un balance parcial encontramos que:

Se constituye como una característica de los textos constitucionales americanos la incorporación de un artículo que enuncie la cláusula de derechos abiertos, lo que no ocurre en otras Cartas, tales como: la Constitución francesa de 1958, la Constitución española de 1978, la Constitución italiana de 1947, entre otras.

Se evidencia que, para mantener el catálogo de derechos que contienen las diferentes Constituciones abierto, renovado y actualizado, se ha hecho necesario incluir este tipo de disposiciones que establecen que la enumeración de derechos no es taxativa.

La cláusula de los derechos no enumerados tiene su justificación en una concepción iusnaturalista de los derechos, importada de la enmienda IX que se hizo a la Constitución de Filadelfia de 1877, pero que ha sido adaptada a cada Estado a lo largo del continente.

En América Latina, los países que tienen una cláusula de derechos innominados en su Constitución son: Argentina, Uruguay, Honduras, Bolivia, Costa Rica, Paraguay, Venezuela, Ecuador, Perú y Colombia.

Podemos sostener que cualquier Estado que es parte de un Tratado que contiene artículos que incorporan derechos innominados no mencionados en su Constitución tiene que integrar en su catálogo los derechos no numerados, en la forma que lo hace la cláusula internacional que lo obliga por ser parte del Instrumento internacional.

La apertura de derechos existe en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en su vertiente regional americana, en virtud del artículo 29.c) de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 41 de la Convención sobre Derechos del niño y el 23 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 5, numeral 2.

2. HISTORIA DEL ARTÍCULO 94 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Una vez creada la Asamblea Constituyente, se determinó que le correspondería a la Comisión Primera debatir los temas y redactar los artículos relacionados con principios, derechos humanos y mecanismos de protección de estos.

Los Constituyentes Jaime Arias López y Juan C. Esguerra Portocarrero, integrantes de dicha Comisión, redactaron el informe-ponencia para primer debate en plenaria titulado “Mecanismos de Protección de los Derechos Fundamentales y del Orden Jurídico”, publicado en la Gaceta Constitucional del 20 de mayo de 1991.

En este proyecto se mostró dentro de un capítulo llamado Mecanismos de Protección de los Derechos Fundamentales un esbozo del actual artículo 94 constitucional, en los siguientes términos:

Artículo: Carácter no taxativo de la enunciación de derechos

La enunciación de los derechos y garantías contenidas en la Constitución y en los respectivos convenios internacionales vigentes no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana no figuren expresamente en ellos.

Al respecto expusieron los Constituyentes:

Esta norma tiene por objeto recalcar el carácter protector del capítulo constitucional sobre derechos y garantías, de manera tal que en ningún

caso pueda el mismo esgrimirse para desconocer un derecho que pese a no haberse enunciado expresamente, haga parte de la naturaleza de la persona humana. Se ha pretendido enunciar de manera más amplia y comprensiva los derechos humanos, pero se quiere precaver la posibilidad de que en determinadas circunstancias de hecho se le quiera dar un sentido restrictivo a la carta de derechos (Gaceta Constitucional, 20 de mayo de 1991, p. 10).

El hoy artículo 94 fue aprobado en sesión plenaria tal como se propuso en el informe de ponencia.

Posteriormente, el 27 de mayo de 1991 se publica en la Gaceta Constitucional “Artículos aprobados y concordados con la Constitución de 1886” el articulado que había sido aprobado por la Comisión primera, dentro del cual se incluyó en el título denominado Mecanismos de protección de los Derechos Fundamentales de la Buena Fe, el artículo que se había presentado en el proyecto sin sufrir ninguna modificación.

En la Gaceta Constitucional 109 del 27 de junio de 1991, denominada “Artículos de la Constitución Política de Colombia aprobados en primer debate” se introduce la primera modificación al actual artículo 94; no obstante, dicha modificación fue solo en lo que tiene que ver con la ubicación de la norma, que pasó a ser parte del articulado incluido en el Título II de los Derechos Fundamentales, las Garantías y los Deberes, Capítulo I de los Derechos Fundamentales y Libertades.

Posteriormente, en la Gaceta Constitucional 113 del 5 de julio de 1991 se incluye en el Capítulo 4 Protección, Aplicación e Interpretación de los Derechos como el artículo 95, conservando el texto original.

En la Gaceta Constitucional 114 del 7 de julio de 1991, “Promulgación de la Constitución de la República de Colombia”, se publica el artículo 94 en el título II de los Derechos, las Garantías y los Deberes, Capítulo 4 de la Protección y aplicación de los Derechos, como lo conocemos hoy.

Como observamos, el artículo que en el informe de ponencia se presentó con Carácter no Taxativo de la Enunciación de Derechos no sufrió modificaciones a lo largo de los debates, y la Comisión Redactora lo incluyó en el texto final sin cambios sustanciales, sólo de estilo.

2.1 La cláusula abierta en las Constituciones colombianas

Luego de haber analizado cuál fue el origen del artículo 94 de la Constitución de 1991, corresponde ahora determinar si este es creación inédita del Constituyente del 91, o si por el contrario existen artículos semejantes en las Constituciones anteriores; para esto miraremos el articulado sobre derechos en las principales Cartas que ha tenido el país.

La Constitución Política de 1821 no contenía un título sobre derechos de los ciudadanos y su protección; sin embargo, en la sección 2ª “de los Colombianos” se reconocen los derechos civiles y políticos de la primera generación referentes a la nacionalidad.

En el Título VIII, denominado disposiciones generales, artículo 157, se dice que los ciudadanos tienen la libertad de reclamar sus derechos ante los depositarios de la autoridad pública, con la moderación y respeto debidos; esta en ningún tiempo será impedida o limitada. No obstante, en ningún aparte de la Carta se hace una numeración así sea somera de cuáles son esos derechos.

Posteriormente, en la Carta de 1830, se observa un avance en el tema de reconocimiento de los derechos, se incluye el Título IV: De los deberes de los Colombianos y sus derechos políticos y el Título XI: De los derechos civiles y de las garantías.

En el articulado de estos dos títulos se consagra el derecho igual para elegir y ser elegido para ocupar cargos públicos y se señalan condiciones para ello; además, se sientan las bases de las incipientes protecciones y privilegios de los poderes personales dados a los ciudadanos por la ley.

Con la disolución de la Gran Colombia, el país adopta el nombre de República de la Nueva Granada y se aprueba la Constitución de 1832.

En esta hubo un retroceso en materia de derechos, pues se eliminaron los títulos que en la Constitución anterior trataban el tema, y sólo se habla sobre derechos civiles de manera muy laxa en el Título X disposiciones generales.

En el año de 1843 se proclama la Constitución Política de la Nueva Granada. En esta se retoma el carácter centralista del Estado y se introducen algunos cambios en el poder ejecutivo, el cual pasó a ser representado por el presidente.

En lo que tiene que ver con los derechos no se incluyó un título al respecto, y se conservaron las disposiciones de la Constitución de 1832 sobre derechos civiles en el Título XII disposiciones varias.

La Constitución de 1853 descentralizó el gobierno y fue la primera en afirmar que en adelante no existirían esclavos en Colombia; no contiene un listado de derechos pero a lo largo del articulado se siguen reconociendo algunos derechos civiles; es muy similar al texto de 1843.

Se garantiza a los granadinos la libertad individual, la seguridad personal como no ser arrestado sino por motivo criminal, la inviolabilidad de la propiedad, no pudiendo ser despojado de ella sino con previa y justa indemnización en el caso necesario, libertad de trabajo, profesión libre, pública o privada de la religión siempre que no afecte la sana moral ni la paz pública; respeto del domicilio, correspondencia no pudiendo ser violados sino por autoridades competentes en casos prescritos en la ley; derecho de reunirse sin armas con autoridades públicas para hacer peticiones de manera respetuosa; igualdad de todos los derechos sin reconocer distinción alguna y la erradicación definitiva de esclavos en la Nueva Granada, garantía que sigue vigente hasta nuestros días; conforman una de las primeras y de más claro compendio entre las clasificaciones de los derechos de 1^{era} 2^{da} y 3^{era} generación (Téllez, p. 4).

Luego, con la expedición de la Carta de 1858 el país adopta el nombre de Confederación Granadina; por primera vez encontramos un capítulo que se refiere a los derechos individuales (Capítulo V) una serie de prerrogativas que se les otorgan a los ciudadanos y que no pueden ser limitadas por la Confederación.

Se reconocen “los derechos de libertad individual, seguridad individual que consiste en no ser preso, ni detenido sino en virtud de hechos determinados por leyes, ni ser juzgados ni penados sin ser oídos en juicio; el derecho de obtener resolución en las peticiones dirigidas por escrito a las autoridades públicas sobre cualquier asunto de interés general o particular (Téllez, p. 8).

En realidad la única innovación respecto de lo que se había dicho sobre los derechos en otras constituciones es el rótulo del capítulo.

La Constitución de Rionegro (1863) que dio al país el nombre de Estados Unidos de Colombia proclamó libertades individuales tales

como la libertad de comercio, de opinión, de imprenta, de enseñanza, de asociación, entre otras.

En la sección 2ª garantías de los derechos individuales, se hace una numeración de algunas libertades ya mencionadas en la Carta anterior nombrándolas también como derechos individuales.

Como base esencial de la Unión entre los Estados se reconocen y garantizan los siguientes derechos: inviolabilidad de la vida humana; no ser condenados a pena corporal por más de 10 años; Libertad absoluta de imprenta y de circulación de los impresos; igualdad (sin conceder honores ni distinciones e imponer obligaciones de condición peor que los demás); libertad de poseer armas y comerciar en tiempos de paz; profesión y religión libre, pública y privada con tal que no se ejecuten hechos incompatibles con la soberanía nacional particular (Téllez, p. 6).

Por último, tenemos la Constitución de 1886, que estuvo vigente por más de un siglo; esta contiene un Título (III) sobre los derechos civiles y las garantías sociales, conserva la línea de las Cartas anteriores reconociendo las mismas libertades y limitando otras que se habían ampliado como el porte de armas, se habla del respeto recíproco de los derechos naturales que es algo nuevo en un texto Constitucional.

En materia de derechos civiles y políticos se consagran la calidad de nacional colombiano que se adquiere por nacimiento, por origen y por adopción, y se pierde por adquirir otra de país extranjero, no habrá pena de muerte por delitos políticos. (Téllez, p. 4).

En los actos legislativos N° 3 de 1910 y N°1 de 1936, que modificaron la Constitución, se garantiza el derecho a la vida, por lo que se prohíbe la pena de muerte, la propiedad privada, se reserva el ejercicio de derechos políticos sólo a los nacionales y las libertades de conciencia y enseñanza.

En suma, las Cartas Políticas anteriores a la de 1991 no tienen un amplio desarrollo en lo que a derechos se refiere; se limitan a esbozar las más importantes prerrogativas civiles y políticas que deben ser garantizadas a los ciudadanos para el correcto ejercicio de sus derechos y funcionamiento del Estado.

No contienen enumeraciones de derechos e incluso algunas no tienen un título sobre estos, lo que nos permite inferir que mucho menos

contienen una cláusula abierta que amplíe el catálogo de derechos constitucionales.

2.2 El catálogo de derechos en la Constitución de 1991

La Carta de 1991 es considerada como la Constitución de los derechos por el amplio contenido de estos a lo largo del articulado.

En el título II de los derechos, las garantías y los deberes, encontramos varios tipos de derechos: derechos fundamentales o de primera generación, derechos económicos, sociales y culturales o de segunda generación y los derechos colectivos y del medio ambiente o de tercera generación.

Para realizar su estudio procederemos en el orden enunciado, que es el que sigue nuestra Carta.

Entonces, en primer lugar encontramos los derechos fundamentales, que están consagrados en los artículos que van del 11 al 40; estos son derechos inherentes a la persona.

En el texto Constitucional figuran como derechos fundamentales los siguientes:

- Derecho a la vida (art. 11)
- Derecho a no ser sometido a desaparición forzada, torturas (art.12)
- Derecho a la igualdad (art.13)
- Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 14)
- Derecho a la intimidad personal, familiar y al buen nombre (art. 15)
- Derecho al libre desarrollo de la personalidad (art.16)
- Derecho a no ser esclavizado (art. 17)
- Derecho a la libertad de conciencia (art.18)
- Derecho a la libertad de cultos (art.19)
- Derecho a expresar y difundir pensamiento y opiniones (art.20)
- Derecho a la honra (art.21)
- Derecho a la paz (art. 22)
- Derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades(art. 23)
- Derecho a circular libremente por el territorio nacional (art.24)
- Derecho al trabajo (art. 25)
- Derecho a escoger profesión u oficio (art.26)
- Derecho de libertad de enseñanza, investigación y cátedra (art.27)
- Derecho a la libertad (art.28)

- Derecho al debido proceso en actuaciones judiciales (art. 29)
- Derecho al habeas corpus (art.30)
- Derecho a apelar o consultar sentencias judiciales (art.31)
- Derecho de cualquier persona a capturar a delincuentes sorprendidos en flagrancia (art.32)
- Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil (art.33)
- Derecho a no ser desterrado o condenado a prisión perpetua (art.34)
- Derecho de asilo (art.36)
- Derecho de reunión (art. 37)
- Derecho de asociación (art.38)
- Derecho de sindicalización (art. 39)
- Derecho a participar, conformar y ejercer el control político (art. 40)
- Derecho a conocer la Constitución en las instituciones de educación (art. 41).

Dichos derechos “son los que el Preámbulo de la Declaración Universal de 1948 llama derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (Malo, p.15).

En palabras de la Corte Constitucional:

Son los que corresponden al ser humano en cuanto tal, es decir, como poseedor de una identidad inimitable caracterizada por su racionalidad, que le permite ejercer sus deseos y apetencias libremente.

De ahí que se le reconozca una dignidad, la dignidad humana que lo coloca en situación de superior en el universo social en que se desenvuelve, y por ello, es acreedor de derechos que le permiten desarrollar su personalidad humana y sin los cuales esta se vería discriminada, enervada y aun suprimida (Sentencia T-419 de 1992, M.P. Simón Rodríguez).

El listado que de estos derechos aparece en la Constitución, no es taxativo; esa fue la voluntad del Constituyente y así lo acepta la Corte Constitucional, por lo que ha señalado:

Existen unos criterios principales por los cuales se pueden llegar a reconocer otros derechos fundamentales, estos criterios son: que el derecho sea esencial para la persona humana y que tenga reconocimiento expreso de tal, lo cual es aplicable únicamente al artículo 44 constitucional (Sentencia T-002 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Además, en Sentencia T-406 de 1992, la Corte determinó que el factor conexidad es también un criterio principal para saber si se trata de un derecho fundamental.

Así mismo, se habla de unos criterios auxiliares que son complementarios para identificar la fundamentalidad de un derecho, no obstante, estos por sí solos no bastan para decir que estamos frente a un derecho de este tipo.

Estos son: Que se trate de un derecho reconocido en un Tratado ratificado por el país, que el derecho en cuestión se halle ubicado en el Capítulo II del Título I de la Constitución, que sea un derecho de aplicación inmediata tal como lo señala el art. 85 de la Constitución o que sea un derecho que tiene un plus para su modificación.

Luego de los mencionados derechos fundamentales en el Título II, Capítulo II, encontramos los derechos sociales, económicos y culturales, en los artículos 42 al 77.

Estas son prerrogativas que posibilitan un nivel de vida adecuado para las personas y desarrollan las siguientes áreas:

- la igualdad entre hombres y mujeres
- la accesibilidad y las condiciones de empleo
- la sindicalización
- la seguridad social
- la prioridad a la familia y a la protección especial a los niños
- el disfrute de la cultura
- la alimentación
- la vivienda
- la educación
- la salud física y mental

Los DESC, como han sido llamados, han adquirido relevancia porque la Constitución de 1991 otorga un lugar central a los derechos humanos, y en las formulaciones con que se abre el texto constitucional se define a Colombia como un Estado social de derecho.

Esto proporciona un anclaje a los derechos económicos, sociales y culturales, tanto como a los civiles y políticos, e impone la responsabilidad de aplicar los conceptos de los derechos humanos en el campo económico, social y cultural (Serie estudios y perspectivas, derechos económicos, sociales y culturales, economía y democracia, 2004, pp. 9- 10).

Como vemos, con la Constitución de 1991 se avanzó en la protección de estos derechos; no obstante, se dice que estos deben llevarse a la práctica gradualmente, es decir, son de desarrollo progresivo porque la materialización de estas garantías implica que el Estado disponga de recursos económicos con los que no cuenta de manera inmediata.

Los derechos sociales, económicos y culturales que trae nuestra Carta son una reproducción de los que se reconocen en el Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, suscrito por la Asamblea General de Naciones Unidas.

También encontramos este tipo de derechos en tratados como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), por el cual se creó un órgano encargado de controlar las obligaciones que al respecto contrajeron los Estados firmantes, el Comité de DESC.

Adicional a este tenemos el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) y en el Sistema Interamericano encontramos el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que se estableció que sería una tarea de la Corte y de la Comisión velar por la protección de estos derechos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en muchas oportunidades que:

Existe una estrecha relación entre la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto ambos grupos de derechos constituyen un todo indivisible, en el que se basa el reconocimiento de la dignidad humana, razón por la cual ambos grupos de derechos requieren constante protección y promoción a fin de lograr su plena realización, y el sacrificio de algunos derechos en favor de otros nunca se puede justificar.

Siguiendo este criterio la Comisión señaló en el informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay 2001, capítulo V, que:

Con el transcurso del tiempo se ha ido reconociendo la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos.

Teniendo en cuenta esa indivisibilidad de los derechos humanos, la Comisión desea puntualizar que la violación de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente trae aparejada una violación de derechos civiles y políticos.

En efecto, una persona que no recibe adecuado acceso a la educación puede ver mermada su posibilidad de participación política o su derecho a la libertad de expresión. Una persona con escaso o deficiente acceso al sistema de salud verá disminuido en diferentes niveles, o violado de un todo, su derecho a la vida. Esta situación puede darse en diferentes grados, según la medida de la violación de los derechos económicos, sociales y culturales, pudiendo sostenerse en términos generales que a menor disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, habrá un menor disfrute de los derechos civiles y políticos.

En este contexto, una situación de máxima violación de los derechos económicos, sociales y culturales significará una máxima violación de los derechos civiles y políticos. Ello es lo que sucede cuando nos encontramos con una situación de pobreza extrema.

En consecuencia, de acuerdo con lo que han sostenido la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, este tipo de derechos clasificados como de segunda generación son importantes no sólo por tratarse de prerrogativas que abren la posibilidad a los ciudadanos de tener un mejor nivel de vida, sino también porque hoy se dice que si no se garantizan estos no se podrán hacer efectivos los derechos políticos y civiles, por lo que surge una creciente preocupación por parte de los Estados para lograr su efectividad.

Por último, en nuestra Constitución, en el Título II, Capítulo III, encontramos una serie de derechos colectivos que protegen el medio ambiente. Por el amplio articulado que se incluyó en la Constitución de 1991 al respecto, esta ha sido catalogada como una de las que más instrumentos ha brindado para la protección del medio ambiente en latinoamérica y en el mundo.

Como sabemos, los derechos colectivos son aquellos que no tienen un titular determinado o que radican en cabeza de una colectividad.

En nuestro caso, dentro de estos derechos llamados de tercera generación encontramos un solo artículo sobre derechos del consumidor, y otros cuatro que giran en torno al medio ambiente y su preservación.

Los artículos que consagran estas prerrogativas son:

Artículo 78. Control a la calidad de bienes y servicios.

Artículo 79. Derecho a gozar de un medio ambiente sano.

Artículo 80. Deber del Estado de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para un desarrollo sostenible.

Artículo 81. Prohibición sobre armas, residuos nucleares y desechos tóxicos.

Artículo 82. Deber del Estado de proteger el espacio público.

Estos artículos otorgan esas garantías a todos los colombianos, porque son prerrogativas que permiten crear un nivel de vida adecuado para los ciudadanos, por lo que se convierten en condiciones indispensables para alcanzar otros derechos, por ejemplo, el derecho a un medio ambiente sano será vital para tener una vida digna y para conservar la salud.

En este punto radica la importancia de que el texto constitucional vigente haya acogido este tipo de derechos que no tienen antecedentes en la Constitución del 86, y que permiten que estemos a la vanguardia en los temas ambientales que son preocupación de la sociedad actualmente.

Para concluir este capítulo, luego de estudiar el origen del artículo 94 constitucional que amplía el listado de derechos consagrados en las Constituciones anteriores a la de 1991 y los derechos que aparecen taxativamente en nuestra Constitución, es del caso señalar que:

- El actual artículo 94 constitucional fue redactado por los Constituyentes Jaime Arias López y Juan C. Esguerra Portocarrero, integrantes de la comisión primera, quienes provisionalmente lo llamaron carácter no taxativo de la enunciación de derechos.
- El texto que se lee hoy en día en el artículo 94 es exactamente el mismo que propusieron sus redactores; este artículo no sufrió ningún tipo de modificación a lo largo de los debates de la Asamblea Constituyente.

- La idea de incluir una cláusula abierta de derechos (art.94) en la Constitución de 1991 es original del Constituyente de esa época pues no se hallaron artículos de similar redacción en las Cartas anteriores.
- En cuanto a derechos, la Constitución de 1991 es generosa: son 72 artículos, que consagran derechos de todo tipo: fundamentales, económicos, sociales y culturales, derechos colectivos y del ambiente.
- El listado de derechos que el Constituyente estableció no es taxativo, ya que se han reconocido otros derechos que no están incluidos en este.
- La Constitución de 1991 impulsó decisivamente la protección judicial de los derechos humanos, porque es mucho más generosa en cuanto al reconocimiento de derechos que la Constitución de 1886.
- La nueva Carta de 1991 nos permitió estar en sintonía con la nueva época que exige el reconocimiento de nuevos derechos, tales como los derechos para proteger el medio ambiente.

3. LOS DERECHOS INNOMINADOS, UNA CREACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Uno de los temas que han sido ampliamente discutidos por los doctrinantes de todos los tiempos es el papel que cumple la jurisprudencia en el derecho.

Algunos autores consideran que es una fuente auxiliar; sin embargo, desde hace un tiempo se ha gestado con más fuerza una corriente que la ubica como verdadera creadora de derecho, contra la creencia de que el papel del juez no es otro que aplicar un conjunto de leyes a un caso concreto para llegar a una conclusión con la que se da respuesta al problema jurídico.

Los que comparten esta posición insisten en señalar que la rama judicial solo crea derecho cuando el aplicador jurídico llámese juez o magistrado llena las lagunas que existen en la ley.

No estamos de acuerdo con esta posición, pues resulta evidente que a nivel mundial se ha replanteado el rol de los pronunciamientos que emiten los altos tribunales; esto es más claro en el sistema anglosajón donde el precedente judicial tiene fuerza de ley o incluso es la ley en los casos donde esta no existe.

En nuestro sistema, se observa con mayor frecuencia que los jueces de menor jerarquía acogen en sus sentencias los pronunciamientos de los altos Tribunales, y así se dan los primeros pasos para crear verdaderas líneas jurisprudenciales en nuestro país.

Esto sumado a que cada día con más fuerza “la ciencia del derecho viene mostrando un creciente interés por el papel que las decisiones judiciales anteriores tienen en la solución de los casos futuros” (Moral, 2001, p. 15).

Porque, como señala Hauriou (citado en Spota, 1989), “los poderes creadores de la jurisprudencia han acrecido...los juristas, teniendo más acción sobre la jurisprudencia que sobre la legislación, han comprendido que de este lado participarían con ventaja en el poder creador del derecho” (p. 47).

Nuestra Corte Constitucional es consciente del poder creador de derecho que tiene su jurisprudencia, por lo que a través de esta ha dado un giro al derecho en nuestro país creando conceptos y teorías innovadoras e interesantes como la de los derechos innominados, que también ha sido desarrollada por los altos Tribunales de todo el continente.

Al analizar algunas sentencias de la Corte nos encontramos con que en ellas ha reconocido una serie de derechos que no se encuentran en el texto de la Constitución de 1991 ni en la ley, pero que han sido tutelados a los ciudadanos en desarrollo del artículo 94 constitucional y el artículo 2 del Decreto 2591.

En estos pronunciamientos que reconocen derechos innominados, se desenvuelven conceptos jurídicos que no han sido desarrollados con anterioridad por la ley y que corresponden en la mayoría de los casos a las situaciones particulares que se viven en el país; tal es el caso del derecho a la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios, que fue reconocido por la especial situación de peligro que viven ciertas personas debido al conflicto armado que atravesamos.

Además, en esas sentencias encontramos un acercamiento al sistema del precedente judicial, dado que la Corte aplica las llamadas subreglas que son utilizadas en lo que se conoce como reiteración de la jurisprudencia creando un precedente sobre el tema.

Esos fallos son verdaderos creadores de derecho debido a la labor interpretativa que realiza la Corte, y en el caso de los derechos innominados, que por su propia definición no están siquiera nombrados por la Constitución o por la ley, constituye una de las principales fuentes de derecho, para reconocerlos, nominarlos y perfilar su contenido, a partir de las circunstancias concretas.

Esto ha ocurrido con muchos de los nuevos derechos reconocidos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como derecho al mínimo vital, derecho a la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios, derecho a la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección constitucional, derecho a la subsistencia y derecho al olvido, entre otros.

Por ejemplo, en el caso del derecho a la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección constitucional, encontramos que nuestra Constitución sí consagra un derecho a la estabilidad laboral en el artículo 53, pero toda la nueva esfera de protección que ha surgido de este derecho para personas que pertenecen a grupos especiales de la población es una creación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Dado que esta corporación desarrolló una doctrina según la cual, dentro del marco de un Estado social de derecho se imponen las acciones afirmativas o de discriminación positiva, dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan y los ponen en situaciones de debilidad manifiesta.

Por estas razones, entre otras, la Corte ha reconocido el derecho a la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección constitucional.

Una muestra la encontramos en la Sentencia T-392/08, en la que se analizó el caso del señor Eduar Salamanca Hoyos, quien presentó acción de tutela contra la Compañía Papeles del Cauca S.A., que decidió terminar en forma unilateral y sin justa causa su contrato de trabajo porque el accionante padecía una enfermedad lumbar por la que los médicos le recomendaron realizar un trabajo que implicara un menor esfuerzo físico.

En este caso la Corte concluyó que la estabilidad laboral puede tener diversos grados, entre los que se encuentran una estabilidad reforzada a favor de sujetos que por su estado de debilidad manifiesta son merecedores de una especial protección del Estado, y que constituye un trato discriminatorio cuando se despide en forma unilateral y sin justa causa a una persona debido a su condición física, o aquella que ha sufrido una disminución en su estado de salud.

En este evento, como en muchos otros, la Corte reconoce y desarrolla un derecho que no está en la Constitución aunque tiene sustento en otras prerrogativas, tales como el artículo 13 de la Carta, que propugna que el derecho a la igualdad de las personas con limitaciones sea real y efectiva, y la Ley 361 de 1997, mediante la cual se establecieron los mecanismos de integración social de las personas con limitación.

No obstante, recalamos, en ninguna de estas normas se reconoce el derecho a la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección constitucional, lo que lo constituye en una creación de la Corte.

Por la evidente importancia que tienen esos nuevos derechos creados y reconocidos por la Corte Constitucional en el tema que estamos analizando nos compete estudiar el desarrollo de cada uno de ellos, de lo que nos ocuparemos a continuación.

3.1 Derecho al mínimo vital

El término mínimo vital tiene aplicación en el derecho laboral. La palabra mínimo significa la menor remuneración que debe percibir el trabajador y vital implica que esa remuneración debe asegurar al trabajador y a su familia la satisfacción de sus necesidades básicas.

En nuestro país, el derecho fundamental al mínimo vital fue reconocido por primera vez en 1992; la Corte sostuvo en esa ocasión:

Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital -derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario-, es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución (Sentencia T-426 de 1992).

A partir de ese primer pronunciamiento la Corte se ha referido al mínimo vital de diversas maneras: como derecho fundamental innominado que asegura los elementos materiales mínimos para garantizar al ser humano una subsistencia digna y como el núcleo esencial de derechos sociales, como el derecho a la pensión o al salario, cuya garantía resulta necesaria para la satisfacción de los derechos fundamentales, entre otras.

La Corte sostuvo en SU-111 de 1997 que el derecho fundamental al mínimo vital aun cuando no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, puede deducirse de los derechos a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social.

Además, determinó que abarca los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino también en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en lo que atañe a factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida, que no obstante su modestia, corresponde a las necesidades más elementales del ser humano.

Este derecho se garantiza de manera general a todos los trabajadores, y se ha establecido que aunque la acción de tutela no procede para exigir acreencias laborales, excepcionalmente sí es viable cuando por el incumplimiento en el pago de salarios u otros conceptos se ha violado el derecho al mínimo vital de un trabajador que no cuenta con otros ingresos para subsistir.

Esta situación se analizó en la Sentencia T-638 de 2001, que se originó por acción de tutela interpuesta por la señora Martha Lucero Rincón Becerra, docente vinculada por orden de prestación de servicios a la escuela Dios y Patria del Municipio de Cimitarra, Santander, contra el Alcalde de dicha localidad, por el no pago de los salarios correspondientes a los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de dos mil (2000).

La Corte expresó en esta oportunidad que (i) si está demostrada la mora salarial del demandado, (ii) hay indicios de que el afectado no cuenta con otros medios de subsistencia y (iii) no se ha probado lo contrario, entonces debe concederse la tutela de su derecho fundamental al mínimo vital.

Adicionalmente, estableció una presunción de afectación del mínimo vital cuando la suspensión en el pago del salario se prolonga indefinidamente.

De igual forma, la Corte precisó que si se afirma que el derecho al mínimo vital está siendo vulnerado y ello se demuestra indiciariamente, corresponde al juez de tutela determinar si en efecto se configura dicha vulneración. Ello se desprende de la especial función asignada al juez de garantizar los derechos fundamentales.

Como vemos, el desarrollo que ha alcanzado este derecho en nuestro medio es amplio; así, encontramos muchos fallos de tutela en los que la Corte protege el derecho al mínimo vital de las personas en situación de debilidad manifiesta, cuando se les ha vulnerado por situaciones como: mora en el reconocimiento y en el pago de salarios, omisión de prestar atención necesaria de seguridad social en salud, pago inoportuno de la pensión de invalidez, de la sustitución pensional y pensión de vejez.

Este último evento se discutió en la Sentencia T-458 de 1997, dado que un grupo de pensionados de la tercera edad interpuso acción de tutela contra la compañía An Son Drilling Company of Colombia S.A., que entró en concordato, razón por la cual se atrasó en el pago de las mesadas pensionales de esas personas que carecían de otra fuente de ingresos.

La Corte consideró que aunque se vieran sacrificados los derechos fundamentales de otros trabajadores a los que la empresa adeudaba salarios, las personas de la tercera edad merecían una particular protección del Estado por hacer parte de un grupo especialmente vulnerable, por tratarse de personas que por sus condiciones personales no pueden acceder al mercado de trabajo y, probablemente, no tendrán, hasta el final de sus días, otros ingresos que los provenientes de su pensión con la que satisfacen su derecho fundamental al mínimo vital.

También ha protegido la Corte el derecho al mínimo vital en otros casos, cuando hay desprotección absoluta de personas en situación de debilidad manifiesta, como es el caso de las mujeres embarazadas, por omisión de pagarles la licencia de maternidad o por despedirlas injustificadamente.

En Sentencia T-028 de 2003 se reconoció el derecho al mínimo vital de una mujer embarazada que trabajaba para el Departamento del Atlántico, quien interpuso tutela contra el Gobernador de ese Departamento, porque sin que existiera autorización previa del funcionario competente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, declaró la vacancia por abandono del cargo que ella desempeñaba, desconociendo una serie de

incapacidades médicas que habían sido otorgadas a la peticionaria por su embarazo de alto riesgo.

La Corte ordenó el reintegro de la trabajadora a su empleo tutelando su derecho a la estabilidad laboral reforzada, al trabajo y al mínimo vital; en cuanto a este, sostuvo que no sólo se vulneró a la madre sino también al recién nacido, ya que como consecuencia de su desvinculación laboral y dado que la accionante no tenía otros ingresos, con la liquidación que recibió tuvo que cubrir necesidades como cánones de arrendamiento adeudados, su alimentación de los meses anteriores y los gastos del parto.

Sumado esto a que como lo señaló la Corte, no se puede olvidar que un niño recién nacido demanda nuevos gastos y precisamente por ese motivo el mínimo vital resulta comprometido cuando la madre es desvinculada de la empresa o entidad donde prestaba sus servicios, toda vez que, como en el caso, los ingresos recibidos eran los únicos de los cuales derivaba su sustento.

Entonces, podemos asegurar que en nuestro medio el derecho al mínimo vital es garantizado a todos los trabajadores; sin embargo, se les ha dado una especial prelación a ciertas personas en situaciones especiales, tales como: personas de la tercera edad, mujeres embarazadas, discapacitados, enfermos, personas reclusas en establecimientos carcelarios.

3.2 Derecho a la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios

El derecho a la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios se reconoce como derecho autónomo en la Sentencia T-719 de 2003.

En palabras de la Corte, este derecho faculta a las personas para recibir protección adecuada por parte de las autoridades, cuando quiera que estén expuestas a riesgos excepcionales que no tienen el deber jurídico de tolerar, por rebasar éstos los niveles soportables de peligro implícitos en la vida en sociedad; en esa medida, el derecho a la seguridad constituye una manifestación del principio de igualdad ante las cargas públicas, materializa las finalidades más básicas asignadas a las autoridades por el Constituyente, garantiza la protección de los derechos fundamentales de los más vulnerables, discriminados y perseguidos, y manifiesta la primacía del principio de equidad.

Sin duda el reconocimiento de este derecho es consecuencia de la grave situación de orden público que atraviesa nuestro país, donde son

comunes las amenazas, masacres, torturas y cualquier tipo de violencia contra grupos de la sociedad, como desplazados, reinsertados, miembros de partidos políticos y movimientos cívicos, entre otros.

Ante estos hechos, para garantizar el derecho a la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios, se impone al Estado la obligación de que todas las autoridades tengan el deber particular de velar por que se respeten y promuevan los derechos de las personas a quienes la Carta dispensa un grado especial de protección, con mayor razón si acuden a las dependencias oficiales buscando ayuda para su situación.

Esto implica que las autoridades deben obrar frente a estos sujetos de manera especialmente diligente, interpretando el alcance de sus propias funciones con un criterio eminentemente protectorio, que refleje la intención del Constituyente y busque preservar, ante todo, el goce de sus derechos fundamentales (T-719 de 2003).

Además, en lo que se refiere a la garantía judicial de este derecho, la Corte ha señalado que la acción de tutela, por ser un medio de protección subsidiario, solo se puede usar para protegerlo cuando la persona se encuentra frente a un riesgo extraordinario que no está en la obligación de soportar y siempre que el riesgo sea específico, individualizado, concreto, presente, importante, serio, claro, discernible, excepcional y desproporcionado. También se exige que la persona no esté siendo protegida por las autoridades (T-719 de 2003).

Dichos requisitos se cumplieron en el caso del señor Fernando Quintero Durán, ventilado en Sentencia T-1037/06.

Esta persona, junto con sus hermanos, era coordinador de una serie de movimientos cívicos en el municipio de Ocaña (Norte de Santander), debido a problemas de seguridad por el intento de secuestro de su hermano Miguel Ángel Quintero Durán, y con ocasión de las amenazas de muerte contra miembros de su familia, por parte de grupos paramilitares, junto con su familia, se ve obligado a salir del país y ubicarse en San Cristóbal (Venezuela).

Ante la dificultad para obtener un trabajo en este lugar, solicita al gobierno nacional la protección necesaria para regresar al municipio de Ocaña, pero la única respuesta que obtiene es del ejército nacional, que le indica que la situación de orden público en dicho municipio es normal,

por lo que Eduardo Quintero Durán, hermano del accionante, decide regresar y es asesinado.

Por lo cual, el peticionario solicita protección para regresar al país a varias autoridades estatales, ante lo cual no recibe respuesta alguna, hecho que lleva a interponer acción de tutela contra la Presidencia de la República, la Oficina del Alto Comisionado para la Paz, el Ministerio del Interior y de Justicia, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –INCODER-, la Alcaldía de Ocaña (Norte de Santander) y la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional.

En esta situación la Corte indicó que:

El Estado se encuentra en la obligación de garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal de los defensores de derechos humanos, aún más, en el caso concreto encuentra que resulta claro que el riesgo al que se vieron sometidos el ciudadano Fernando Quintero Durán y su familia es concreto, presente, serio, excepcional y desproporcionado para sus derechos fundamentales, por lo que, más allá de toda consideración, las autoridades estatales deben proceder a brindar la protección adecuada y efectiva en orden a garantizar los derechos a la seguridad personal, así como a la vida e integridad, pues es incuestionable la situación de riesgo y de vulnerabilidad en que se encuentra quien se ha visto avocado a abandonar su hogar a causa de la situación de violencia originada en el conflicto armado que vive el país, como le sucedió al peticionario (T-1037/06).

Además, destaca el Tribunal que “cuando los niveles de peligro rebasan aquellos implícitos en la vida en sociedad, la obligación del Estado de garantizar la seguridad de los sujetos expuestos a riesgos excepcionales se convierte en una obligación de resultados –para efectos de responsabilidad administrativa–, no ya de medios como la que tiene en relación con la población que no se encuentra en dichas circunstancias especiales” (Tutela 1037 de 2006).

Esta diferenciación en cuanto al tipo de obligación que tiene el Estado a brindarle seguridad a personas que están en riesgo excepcional, constituye un avance importante en la garantía de este derecho, pues al tratarse en estos casos especiales de una obligación de resultado se impone al gobierno el compromiso de garantizar el resultado, es decir, de dar efectivamente a quien la necesite y requiera la protección adecuada al

caso, evitando tardanzas frustratorias, como el papeleo innecesario de una autoridad gubernamental a otra.

3.3 Derecho a la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección constitucional

En jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha desarrollado la teoría de la discriminación positiva, que fue creada para favorecer a ciertos grupos sociales que por diferentes circunstancias, como discapacidades físicas, se encuentran inmersos en situaciones de debilidad manifiesta.

Si bien el artículo 53 constitucional consagra el derecho a la estabilidad laboral, la Corte, dado que existen casos en los cuales esa estabilidad debe ser mayor o reforzada, creó el derecho a la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección constitucional, por el cual se han creado entre muchas otras prerrogativas la prohibición de despido al trabajador por causa de impedimento o discapacidad y la obligación del empleador de obtener un permiso por parte del Ministerio de la Protección Social para poder terminar unilateralmente el contrato.

De este derecho gozan exclusivamente los grupos que de acuerdo con la Constitución deben tener especial protección, estos son: los trabajadores que gozan de fuero sindical, para los cuales la estabilidad laboral es fundamental para la protección del derecho de asociación sindical, la mujer embarazada cuando es despedida por su estado de embarazo; las personas con discapacidades o con VIH-SIDA, cuando el despido tuvo como origen su condición de discapacidad o su enfermedad, las personas de la tercera edad, los desplazados.

Una de las situaciones en que la Corte se ha pronunciado sobre este derecho la contempla la Sentencia T-530-05, en que se protege el derecho a la estabilidad reforzada de las personas enfermas.

En concreto, se trata del caso de la señora Sonia del Socorro Marín, cabeza de familia, con un hijo y una madre de 77 años de edad que dependen de ella, quien padecía de una grave enfermedad que la mantuvo incapacitada por largo tiempo.

La peticionaria se desempeñaba como servidora pública hasta que su cargo fue declarado insubsistente por el Alcalde del Municipio de El Peñol, Antioquia, contra quien interpuso acción de tutela por violarle sus derechos al trabajo, a la seguridad social, a la salud y a la vida digna.

La Corte concluyó que el Alcalde Municipal de El Peñol violó la protección a la estabilidad laboral reforzada que la Constitución Política le concede a Sonia del Socorro Marín, por razón de la condición de debilidad manifiesta en que se encuentra por su estado de salud, aunada a su condición de madre cabeza de familia.

En las consideraciones se reitera lo expuesto en Sentencia T-519 de 2003 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) en los siguientes términos:

(i) en principio no existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral; sin embargo, (ii) frente a ciertas personas se presenta una estabilidad laboral reforzada en virtud de su especial condición física o laboral. No obstante, (iii) si se ha presentado una desvinculación laboral de una persona que reúna las calidades de especial protección la tutela no prosperará por la simple presencia de esta característica, sino que (iv) será necesario probar la conexidad entre la condición de debilidad manifiesta y la desvinculación laboral, constitutiva de un acto discriminatorio y un abuso del derecho.

Por lo que concluye la Corte que el Alcalde de ese municipio al declarar insubsistente el cargo que ocupaba la accionante, sabiendo que era una madre cabeza de familia que se encontraba en un grave estado de salud que prácticamente la incapacitaba para laborar, le violó los derechos antes señalados a la demandante.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con la estabilidad laboral reforzada que tienen los trabajadores con fuero sindical la Corte se pronunció en Sentencia T-285 de 2006.

Analizó la situación del señor Luis Fernando Valencia Taborda, quien hacía parte en calidad de octavo suplente de la organización sindical de trabajadores del Banco Bancafé, denominada Unión Nacional de Empleados Bancarios “U.N.E.B”.

En desarrollo de las funciones de dicho cargo la Junta Directiva Nacional de la Unión Nacional de Empleados Bancarios “UNEB” solicitó al Director de Recursos Humanos de Bancafé S.A. permiso para que algunos de sus delegados, entre ellos el señor Luis Fernando Valencia Taborda, asistieran al XXIV Congreso Nacional Extraordinario de la organización, que se llevaría a cabo entre el 10 y el 12 de marzo de 2005.

Días después de dicho evento la entidad bancaria decide dar por terminado unilateralmente el contrato del accionante por configurarse uno de los modos autónomos de terminación legal del contrato de trabajo, tal como lo señala el literal e) del artículo 61 del C.S.T., subrogado por el artículo 5° de la Ley 50/90.

Considera la Corte que está claro que el trabajador no podía ser despedido sin previo levantamiento del fuero sindical, dada su calidad de trabajador aforado, que constituye una expresión de la estabilidad laboral reforzada de la que gozan estos trabajadores.

Por lo tanto, el Gerente Liquidador del Banco Cafetero no puede sustraerse a la previa calificación del juez de trabajo si requiere dar por terminado el contrato de trabajo del actor, así fuese por justa causa, por lo que se ordena su reintegro, señalando que desmejorar a un trabajador aforado o despedirlo sin justa causa comprobada por el juez del trabajo, en periodos de estabilidad reforzada previamente convenida, constituyen conductas de discriminación antisindical y dan derecho al reintegro (T-285 de 2006).

No obstante, aclara esta Instancia que el periodo de estabilidad reforzada no comporta que los trabajadores aforados no puedan ser despedidos, desmejorados o trasladados con justa causa, sino que ésta deberá ser valorada por el juez del trabajo para resolver en consecuencia si el foro se mantiene o si el mismo permanece, con pleno respeto de las garantías constitucionales del trabajador y del patrono (T-285 de 2006).

De lo expuesto se puede concluir que el derecho a la estabilidad laboral sí esta consagrado en nuestra Constitución. Lo que la Corte ha hecho en sus distintos pronunciamientos es establecer que es una obligación del Estado en virtud de la propia Constitución, de los Tratados internacionales de los que somos parte y de los Convenios de la OIT, lograr que esa estabilidad laboral de la que gozan todos los trabajadores sea aún mayor para personas que se encuentran en circunstancias especiales que así lo ameritan, tales como: trabajadores sindicalizados, madres y padres cabeza de familia, mujeres embarazadas, etc.

3.4 Derecho a la subsistencia

En palabras de la Corte, se trata de la posibilidad de constituir un medio adecuado para el desarrollo de las potencias vitales y de la misma personalidad, es decir, es el derecho a desenvolverse en la vida.

“Este es un derecho que tienen todas las personas en condición de igualdad de oportunidades, y el Estado deberá asumirlo, cuando las personas no puedan acceder a las condiciones mínimas de existencia digna” (T-124 de 1993).

Aunque la Constitución no consagra un derecho a la subsistencia, éste puede deducirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social (T-426 de 1992).

Por esta razón, ha sido protegido en múltiples ocasiones por la Corte al reconocerlo en diferentes contextos y, tal como lo ha hecho con otros derechos, les ha dado prelación a ciertos grupos de la población como desplazados, indígenas y personas de la tercera edad.

Por ejemplo, en la T-380 de 1993, se estudió el derecho a la subsistencia para un grupo especial de la población colombiana, los indígenas.

Se estudió la situación de la Comunidad Indígena Embera-Catío afectada por las sucesivas intervenciones en el territorio indígena de Chajeradó, de una cuadrilla de máquinas, ingenieros y técnicos de la Compañía de Maderas del Darién, que arrojaron como resultado neto la explotación de 3.400 a 4.300 hectáreas de bosque húmedo tropical, que constituía la infraestructura natural de la economía de subsistencia y cultura de los nativos.

Además, esta comunidad indígena resultó perjudicada por las posteriores omisiones de la Corporación Nacional de Desarrollo del Chocó (Codechocó) que tuvo conocimiento de la extracción de madera que se venía haciendo sin permiso de la entidad y omitió, con manifiesta negligencia, velar por el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias en materia de reserva forestal.

En el caso se hizo especial énfasis en ciertas creencias propias de los grupos indígenas, por lo que se consideró que algunos grupos indígenas que conservan su lengua, tradiciones y creencias no conciben una existencia separada de su comunidad, por lo que el reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural (T-380 de 1993).

En virtud de lo anterior, se reconoció que el derecho a la subsistencia es un derecho fundamental que radica en cabeza de la comunidad indígena considerada como grupo y no como individuos aisladamente.

Cuando se trata de grupos indígenas, su cultura corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido –y a ello puede llegarse si su medio ambiente sufre un deterioro severo–, induce a la desestabilización y a su eventual extinción (T-380 de 1993).

Se aduce que la estrecha relación entre ecosistema equilibrado y sobrevivencia de las comunidades indígenas que habitan los bosques húmedos tropicales, transforma los factores de deterioro ambiental producidos por la deforestación, la sedimentación y la contaminación de los ríos en un peligro potencial contra la vida y la integridad cultural, social y económica de grupos minoritarios que, dada su diversidad étnica y cultural, requieren una especial protección del Estado (T-380 de 1993).

Por lo que la Corte encuentra que los demandados violaron algunos derechos fundamentales de este grupo indígena, en lo que se refiere al derecho a la subsistencia porque los recursos naturales a los que se les dio un mal uso constituían el principal medio que tienen los indígenas para obtener lo necesario para sobrevivir, y la posible extinción de estos acarrearía inevitablemente la desaparición de esa comunidad indígena por carecer de otros elementos para procurarse el sostenimiento.

Otro grupo especial de la población que ha sido objeto de pronunciamientos, en cuanto a este derecho, son los desplazados.

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el tiempo que debe el Estado proporcionar a los desplazados los medios necesarios para su subsistencia.

Sostiene que cuando se trata de dos tipos de desplazados, bien sea de quienes estén en situación de urgencia extraordinaria, o quienes no puedan asumir su autosostenimiento a través de un proyecto de estabilización socioeconómica, como es el caso de niños, personas de la tercera edad o mujeres cabeza de familia, el Estado debe seguir dándoles la ayuda necesaria para su subsistencia hasta cuando las más difíciles circunstancias se hayan superado, es decir, hasta que la urgencia extraordinaria haya cesado o hasta que las personas que no estén en

posibilidad de cubrir su propio sustento adquieran las condiciones para ello, o puedan suplirlas de otra manera (T-688 de 2007).

A esta conclusión, llegó al considerar entre otros casos el del señor José Alfonso Sarmiento Cardozo, que vivía junto con su esposa y sus dos hijos, en el municipio Sabana de Torres, Santander, quien por recibir una amenaza por parte de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) tuvo que desplazarse junto con su familia a Bogotá, donde se inscribió en el Registro Nacional de desplazados.

Posteriormente, pidió una prórroga de la ayuda humanitaria que el Estado le brindó, la cual le fue otorgada. Debido a que sus condiciones de vida persistieron pidió otra prórroga, la cual le fue negada, por lo que interpuso acción de tutela contra la Acción Social Territorial Bogotá.

La Corte decidió que dicha entidad sí vulneró los derechos del accionante porque la negativa a otorgar dicha prórroga estuvo fundada sólo en la temporalidad de la ayuda, y desconoció que es real su condición de desplazado, que se hallaba inscrito en el correspondiente Registro Único, y era, además, una persona discapacitada.

El derecho a la subsistencia es quizás uno de los más vulnerados en nuestro país por la situación de desempleo y de desplazamiento interno que vivimos.

A esto se suma que con una situación económica tan difícil como la nuestra, resulta casi imposible garantizarles este derecho a tantas personas que por sí mismas no pueden asegurárselo.

Por lo cual en la mayoría de los casos el Estado se queda corto. Las pocas ayudas que proporciona por ejemplo a los desplazados consisten en sumas irrisorias de dinero para mantener a una familia entera, habida cuenta de que el derecho a la subsistencia no se limita a la alimentación diaria, sino que comprende otros aspectos, como habitación, vestido, educación, asistencia médica y recreación, por lo que urge que se replantee el tema de los subsidios de desempleo en el país.

3.5 Derecho al olvido

El artículo 15 constitucional establece que: “todas las personas (...) tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se

hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”, (Constitución Política de Colombia de 1991); éste, el derecho fundamental de habeas data.

De este derecho, según la Corte, se deriva el derecho al olvido, “según el cual las informaciones negativas acerca de una persona no tienen vocación de perennidad y en consecuencia, después de algún tiempo, deben desaparecer totalmente del banco de datos respectivo” (T-414 de 1992).

Este Tribunal ha dado aplicación a este derecho no sólo en lo relacionado con la información negativa sobre actividades crediticias y financieras, sino también en cuanto a la información negativa concerniente a otras actividades, que se haya recogido en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas, como el registro unificado de antecedentes que lleva la Procuraduría General de la Nación.

Una situación sobre este registro analiza la Corte en sentencia T-713 de 2003, por acción de tutela interpuesta por Julio Ojito Palma, contra el Tribunal Superior de Santa Marta, que condenó a este servidor público a sanción de apercibimiento, la cual consiste en la reprensión por escrito hecha con motivo de falta leve, cuando la naturaleza de ésta, los motivos determinantes, etc., no ameriten sanción de multa.

Dicha sanción se le impuso dado que el accionante actuando en ejercicio de su cargo de Juez Doce de Instrucción Criminal, restituyó una embarcación en la que se transportó marihuana al abogado del dueño de la nave, sin que este hubiera sido reconocido como apoderado de la parte civil en el proceso.

En el estudio del caso, la Corte señaló que el derecho de las personas al olvido de la información negativa también se aplica al registro unificado de antecedentes disciplinarios que lleva la Procuraduría General de la Nación, y por esto indica un término razonable de caducidad, de modo que los servidores públicos, los contratistas del Estado, los particulares que ejercen funciones públicas y cualquiera persona que haya tenido alguna de tales calidades no queden sometidos indefinidamente a los efectos negativos de ese registro (T-713 de 2003).

No obstante, al analizar los hechos el Tribunal decide que para la fecha en que se interpuso la tutela la anotación hecha en los antecedentes del peticionario ya no debía existir en los archivos de la Procuraduría General

de la Nación, pues ya estaba vigente la sentencia C-1066 de 2002, en la que se estableció que las providencias ejecutoriadas que hayan impuesto sanciones dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición, aunque la duración de las mismas sea inferior o sea instantánea, se mantiene registradas hasta por ese tiempo. En el registro también se contendrá las sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes al momento en que la certificación se expida. Esto último cuando se trate de sanciones de duración continuada, como la inhabilidad general, que puede ser de 10 a 20 años; pero no cuando se trate de sanciones instantáneas como la amonestación por escrito o, para el caso en estudio, el apercibimiento.

Entonces, se decide que la tutela no es procedente porque si actualmente la notación no existe, no se violan los derechos del peticionario, además señala la Corte que como el señor Palma no ha sido postulado para recibir ascensos, estímulos o distinciones en la rama judicial, que le hayan sido negados por la mencionada anotación en sus antecedentes, en lo que se siente amenazado el accionante son meras expectativas y no derechos.

Por otra parte, al observar el panorama general no se puede desconocer la importancia que tiene el reconocimiento de este derecho, especialmente para aquellas personas que en muchos casos por circunstancias ajenas a su voluntad, como los codeudores, se veían condenados a estar reportados de por vida en las centrales de riesgo.

Este nuevo derecho también ofrece beneficios para la mayoría de los colombianos que permanecían largo tiempo reportados en las bases de datos negativas por sumas de poca monta que ya habían cancelado, lo que les impedía solicitar respaldo crediticio; a estos ciudadanos se les abre nuevamente la puerta del mundo financiero con la protección de su derecho al olvido; en estos casos creemos que es muy acertada su tutela. Sin embargo, en cuanto a la aplicación de este derecho a los registros que lleva la Procuraduría General de la Nación consideramos que el tema no es tan sencillo, pues los funcionarios públicos son personas a las que se les debe exigir a lo largo de toda su carrera una conducta intachable por las calidades especiales que su cargo les otorga, por lo que no deberían ser borradas las faltas graves de conducta que estos cometan.

Para concluir la exposición de este tema y el análisis que hemos hecho de los derechos reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional podemos decir que:

Sin lugar a dudas la mayor parte de los nuevos derechos que tenemos en nuestro ordenamiento jurídico ha sido creación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La Constitución de 1991 erigió a la Corte Constitucional como Tribunal supremo de esta jurisdicción, encargándole entre muchas otras funciones la de ser guardián de la Carta Magna y su intérprete por excelencia, en ejercicio de dicha actividad le corresponde definir cuáles son los derechos innominados a los que se refiere el artículo 94 constitucional, su alcance, contenido y limitaciones.

La Corte ha reconocido como derechos implícitos: el derecho al mínimo vital, el derecho a la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios, el derecho a la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección constitucional, el derecho a la subsistencia y el derecho al olvido, entre otros.

En la mayoría de los casos el reconocimiento de nuevos derechos se da porque estos son necesarios para preservar ciertas condiciones que permiten llevar una vida digna, por lo cual pueden ser considerados como derechos propios e innatos de la persona humana.

4. LINEA JURISPRUDENCIAL

4.1 Metodología

La metodología que seguiremos para desarrollar nuestra línea jurisprudencial es la propuesta por el Dr. Diego Eduardo López Medina en su libro El Derecho de los Jueces.

En esta técnica para iniciar la construcción de nuestra línea jurisprudencial el primer paso a realizar es plantear un problema jurídico, que se debe proponer como una pregunta.

En general, el tema que se estudia es el de los derechos innominados; estos han sido reconocidos en numerosas sentencias de la Corte Constitucional por lo que es un tema de amplia producción jurisprudencial y resulta inapropiado abordarlo de manera tan extensa. Entonces, se delimita el problema jurídico en los siguientes términos:

¿La jurisprudencia de la Corte Constitucional reconoce los derechos innominados como derechos fundamentales?

Luego de plantear el problema jurídico establecemos que las posibles respuestas son: 1. Sí, los reconoce, 2. No los reconoce y 3. No los reconoce en sí mismos, sino solamente cuando existe conexidad con un derecho fundamental.

El segundo paso consiste en hallar lo que se conoce como el punto arquimédico de apoyo o sentencia arquimédica que debe ser lo más reciente posible; en nuestro caso tomamos como sentencia arquimédica la T-012 de 2009, porque es uno de los más recientes fallos de la Corte Constitucional, que reconoce como fundamental el derecho al mínimo vital; en ella se reiteran los principales pronunciamientos que ha hecho esta Corporación sobre este derecho y las razones por las cuales es un derecho innominado fundamental.

El tercer paso es construir la ingeniería de reversa, que consiste en realizar un análisis dinámico y estático de las sentencias que hacen parte de la línea jurisprudencial; se debe analizar la sentencia que tomamos como sentencia arquimédica (T-012 de 2009) y extraer de ella las referencias que hace la Corte de decisiones anteriores que tratan el tema.

Una vez realizado este proceso se llega al cuarto paso llamado la telaraña, y consiste en elaborar un cuadro donde se incluya cada una de las sentencias y extraer las sentencias que a su vez estas citan.

Sin embargo, en nuestro caso, por tratarse de un problema jurídico que se resuelve analizando varias sentencias en las que se reconocen distintos derechos, las sentencias sólo nos proporcionarán los pronunciamientos anteriores en los que se reconoce como fundamental el determinado derecho que se analiza en cada pronunciamiento, por lo que nos resulta más conveniente para hallar los pronunciamientos de la Corte en los que se reconocen como fundamentales derechos innominados usar el motor de búsqueda de la página Web de la Corte Constitucional. (www.corteconstitucional.gov.co)

Este nos arrojó una serie de sentencias que tratan el tema organizadas en orden cronológico desde el año 1992 hasta la fecha; de estas sólo se analizarán aquellas que sean relevantes por dar una respuesta clara al

problema jurídico y por haber marcado un cambio en la tendencia que maneja la Corte; las que son meramente confirmatorias de la regla o las que no desarrollan el tema a profundidad sólo se ubicarán en el gráfico con la finalidad de observar la confirmación de la tendencia.

4.2 Análisis dinámico de las sentencias

El análisis dinámico de las sentencias que hacen parte de la línea consiste en enunciar el tipo de sentencia y organizarlas en orden cronológico para facilitar a los posteriores interesados el estudio de las mismas.

Sentencias unificadoras

1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
							99										
							5										

Sentencias de tutela

1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
42	38	55			45	37	14	96			71					43	01
6	0	1			8	3	0	9			3					4	2
41											71					35	
4											9					2	
52											40						
7											0						

4.3 Análisis estático de las sentencias

Para realizar el análisis estático de las sentencias, luego de recopilarlas y leerlas cuidadosamente, se extrajo de ellas la ratio decidendi relacionada con el interrogante que se pretende resolver, recordando que este concepto corresponde al argumento principal que da la Corte para tomar la decisión, es “la formulación más general, impersonal, abstracta, lógica, que contiene el fallo, más allá de las particularidades irrelevantes del mismo” (López, 2002, p. 220).

Además, se sacaron algunas reglas dogmáticas que “son los argumentos o razones de segundo rango de importancia que en algunos casos apoyan la ratio decidendi para fundamentar la decisión de la Corte “(Peña, 2009, p. 4).

4.3.1 Sentencia T-426-92 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Ratio decidendi

Aunque la Constitución no consagra un derecho a la subsistencia, éste puede deducirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o a la seguridad social. La persona requiere de un mínimo de elementos materiales para subsistir. La consagración de derechos fundamentales en la Constitución busca garantizar las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad.

Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital - derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario-, es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución. Este derecho constituye el fundamento constitucional del futuro desarrollo legislativo del llamado “subsidio de desempleo”, en favor de aquellas personas en capacidad de trabajar pero que por la estrechez del aparato económico del país se ven excluidos de los beneficios de una vinculación laboral que les garantice un mínimo de condiciones materiales para una existencia digna.

Reglas dogmáticas

En el proceso de determinación de lo que constituye el núcleo esencial de un derecho fundamental, el juzgador dispone de técnicas jurídicas complementarias. Visto desde la perspectiva de los derechos subjetivos, el contenido esencial de un derecho fundamental consiste en aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose. Por otra parte, la jurisprudencia de intereses ha diseñado una fórmula según la cual el núcleo esencial del derecho fundamental es aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este

modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

La teoría del núcleo esencial tiene una estrecha conexión con la reserva de ley para regular los derechos. Esta última persigue que sólo puede ser el legislador el órgano llamado a limitar ciertos derechos fundamentales como garantía de su integridad. No obstante, cuando el legislador haga uso de sus facultades expresas para restringir o limitar ciertos derechos fundamentales debe respetar el valor de la decisión constituyente en torno a la fundamentalidad de un derecho, esto es, su núcleo esencial.

Comentarios: Esta es la primera sentencia en la que la Corte reconoce derechos innominados, por lo que la consideramos fundacional en el tema.

Aparece en el ámbito jurídico el derecho a la subsistencia y al mínimo vital a pesar de no estar expresamente en el texto constitucional, sin embargo, se puede decir que su nacimiento no es autónomo dado que se reconocen en el caso del derecho a la subsistencia por derivarse de derechos fundamentales como la vida, el trabajo, la asistencia o a la seguridad social y en lo que al derecho al mínimo vital se refiere se reconoce por derivarse de principios como la dignidad humana y el Estado Social de Derecho que aparecen en la Constitución.

Debemos anotar que la Corte se limita a reconocer estos derechos pero no les otorga el carácter de derechos fundamentales.

4.3.2 Sentencia T-527-92 (M.P. Fabio Morón Díaz)

Ratio decidendi

El carácter programático de la “especial asistencia y protección” que el Estado debe brindar durante el embarazo y después del parto; así como la ubicación de la norma contentiva de este predicado (art. 43) dentro del capítulo 2 del título II referente a los derechos sociales, económicos y culturales, indican perfectamente el carácter no fundamental del derecho que se pretende hacer valer.

La protección de la mujer puede lograrse mediante la aplicación de remedios jurídicos ya previstos y eficaces y merced a la implementación

de medidas contenidas en la Carta Fundamental cuya concreción gradual, atacará los factores de discriminación, elevando cada vez más mediante su acción protectora la posición de la mujer hasta cristalizar en la práctica, la igualdad real de derechos y deberes entre los dos sexos.

Reglas dogmáticas

La contemplación de una serie de derechos de carácter programático, de acceso gradual, pendientes de su concreción y desarrollo en la medida en que las instancias estatales competentes orienten en tal sentido la definición de sus políticas sociales; tal acontece, por ejemplo, con la asistencia y protección que según el artículo 43 debe dispensar el Estado durante el embarazo y después del parto, así como con el subsidio alimentario previsto para la mujer grávida que estuviere desempleada o desamparada; propósitos éstos, cuya eficacia depende de que se instrumenten los medios necesarios a su operatividad, y que se inscriben dentro del marco del Estado Social de Derecho cuyo contenido asistencial impone de acuerdo con las voces del artículo 13 la promoción de las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados y la protección de “aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiestas.

Comentarios: Aunque en esta sentencia la Corte no analiza directamente el derecho a la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección y en concreto de la mujer embarazada, sí estudia en conjunto los derechos que se derivan de la especial asistencia y protección que el Estado debe brindar durante el embarazo y después del parto a las mujeres, de la que se desprende el derecho antes mencionado, razón por la que incluimos este fallo en nuestro análisis para poder observar cómo la Corte en sentencias posteriores cambia de parecer sobre la fundamentalidad de estos derechos.

En esta oportunidad se concluye que la protección a la mujer que se desprende del artículo 43 no es un derecho fundamental, dado que este no se encuentra ubicado en la Constitución en el capítulo que consagra esos derechos, de lo que se puede deducir que ningún derecho que sea una concreción de dicha protección es fundamental; por ende el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada no lo es.

4.3.3 Sentencia T-380-93 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Ratio decidendi

Entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución.

La cultura de las comunidades indígenas, en efecto, corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido -y a ello puede llegarse si su medio ambiente sufre un deterioro severo-, induce a la desestabilización y a su eventual extinción.

Reglas dogmáticas

La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser “sujeto” de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a “la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”.

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental. Algunos grupos indígenas que conservan su lengua, tradiciones y creencias no conciben una existencia separada de su comunidad. El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural.

Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos.

Comentarios: En esta sentencia la Corte analiza el derecho a la subsistencia para un grupo especial de la población, los indígenas.

Observamos un cambio en la jurisprudencia ya que se otorga el carácter de fundamental a este derecho por derivarse del derecho a la vida. Aunque en la primera sentencia que reconoció este derecho (T-426-92) también se dijo que se deriva del derecho a la vida, en esa oportunidad no se dijo que era fundamental; creemos que en este caso se le otorga dicho carácter dadas las condiciones especiales que rodean a las comunidades indígenas, las cuales poseen unas creencias especiales a las que están sometidos sus medios de supervivencia.

4.3.4 Sentencia T-713-03 (M.P. Jaime Araujo Rentería)

Ratio decidendi

Del derecho fundamental de habeas data se ha derivado el derecho al olvido o a la caducidad del dato negativo, en virtud del cual las sanciones o informaciones negativas acerca de una persona no tienen vocación de “perennidad”, sino que transcurrido un tiempo razonable el dato debe desaparecer del registro y cesar cualquier efecto.

¿Cuál es el núcleo esencial del habeas data? A juicio de la Corte, está integrado por el derecho a la autodeterminación informática y por la libertad, en general, y en especial económica.

Existe, además, el derecho a la caducidad del dato negativo, no consagrado expresamente en el artículo 15 de la Constitución, pero que se deduce de la misma autodeterminación informática, y también de la libertad.

Reglas dogmáticas

Corresponde al legislador, al reglamentar el habeas data, determinar el límite temporal y las demás condiciones de las informaciones. Igualmente corresponderá a esta Corporación, al ejercer el control de constitucionalidad sobre la ley que reglamente este derecho, establecer si el término que se fije es razonable y si las condiciones en que se puede suministrar la información se ajustan a la Constitución.

Es claro, pues, que el término para la caducidad del dato lo debe fijar, razonablemente, el legislador.

Pero, mientras no lo haya fijado, hay que considerar que es razonable el término que evite el abuso del poder informático y preserve las sanas prácticas crediticias, defendiendo así el interés general.

Si bien los pronunciamientos de esta corporación sobre el derecho al olvido de la información negativa se han planteado básicamente con respecto a la relación de las personas con entidades financieras y de crédito, en la Sentencia C-1066 del 3 de diciembre del 2002 (M. P. Jaime Araújo Rentería), la Corte estimó que, con base en el artículo 15 constitucional, los criterios que la corporación ha sentado sobre la caducidad del dato negativo para actividades financieras, son igualmente aplicables a la información recogida en bancos de datos y en archivos de entidades públicas o privadas relativas a otro tipo de actividades.

Comentarios: Aunque la Corte ya se había pronunciado en sentencias anteriores sobre la existencia del derecho al olvido, analizamos este pronunciamiento por ser más importante para resolver el problema jurídico planteado.

Ya que este fallo nos permite desvirtuar la hipótesis de que los derechos innominados por derivarse de un derecho fundamental adquieren tal carácter, esto es evidente pues en este caso aunque la Corte establece que el derecho al olvido proviene del derecho al habeas data, que es un derecho fundamental, no se reconoce como un derecho fundamental, lo que sí se confirma es la tendencia que existe en la Corte de reconocer derechos innominados cuando se deducen de derechos fundamentales; en este caso se reconoce el derecho al olvido como un contenido implícito del derecho fundamental al habeas data pues para este Tribunal el núcleo esencial del habeas data está integrado por el derecho a la autodeterminación informática y por la libertad, de los cuales se deduce el derecho al olvido.

El anterior reconocimiento se da como la determinación del contenido de un derecho fundamental, es decir, por desarrollo de su significado (porque la norma constitucional solo menciona el derecho de manera genérica, sin describir sus alcances). Dicho significado puede referirse solo a la definición de su contenido, principalmente el esencial, o a la configuración de un derecho autónomo como integrante de un derecho enunciado mayor que parece ser el caso del derecho al olvido.

En lo que se refiere a las otras consideraciones que se hacen en esta sentencia es importante hacer resaltar que la Corte establece que el

derecho al olvido también se aplica en los archivos de antecedentes disciplinarios que lleva la Procuraduría General de la Nación.

4.3.5 Sentencia T-352-08 (MP. Mauricio González Cuervo)

Ratio decidendi

A partir de una interpretación sistemática de la Constitución Política (preámbulo, arts. 2º, 5º, 13, 44), esta Corporación ha estimado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, ostenta el estatus de fundamental, razón por la cual carece de eficacia jurídica el despido que se realice de una trabajadora durante el período de gestación, o durante los tres meses posteriores al parto, sin la autorización previa de la autoridad administrativa competente, presupuesto que, de no cumplirse, obliga a pagar no solamente la indemnización sino que, además, deviene en que el despido se tendrá como ineficaz.

Reglas dogmáticas

El artículo 43 de la Constitución Política establece: La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

De acuerdo con lo anterior, y con fundamento en el artículo 13 de la Carta, la Corte Constitucional ha considerado a la mujer embarazada y en período de lactancia, como un sujeto de especial protección constitucional, ya que es deber del Estado garantizar que la igualdad sea real y efectiva, protegiendo especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta. Así mismo el Estado se encargará de sancionar los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Existen, además, distintos pronunciamientos internacionales que han señalado que no es posible una verdadera igualdad entre los sexos, si no concurre una protección reforzada a la estabilidad laboral de la mujer embarazada.

Si bien en reiterados pronunciamientos la Corte Constitucional ha señalado que en principio es la jurisdicción ordinaria la vía adecuada para reclamar el derecho de la mujer embarazada a la estabilidad laboral, puesto que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario (art. 86 CP), si el solicitante demuestra un perjuicio irremediable, la acción procederá como mecanismo transitorio.

Los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional, que permiten la viabilidad de la protección tutelar para la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, son: (i) que el despido o la desvinculación se ocasione durante el embarazo o dentro del período de lactancia; (ii) que la desvinculación se produjo sin los requisitos legales pertinentes para cada caso; (iii) que el empleador conozca o deba conocer el estado de embarazo de la empleada o trabajadora; (iv) que el despido amenace el mínimo vital de la actora o que la arbitrariedad resulta evidente y el daño que aparea sea devastador, y que (v) que al momento del retiro de la trabajadora embarazada subsistan las causas del contrato de trabajo y no haya una causal objetiva o relevante que justifique el retiro.

Comentarios: En esta sentencia se retoman otros pronunciamientos hechos con anterioridad por la Corte, los cuales no abordamos por considerar que en este se recogen todos y se expone el tema con mayor claridad.

De acuerdo con lo expuesto en este fallo, se observa que esa Corporación cambió de parecer pues en un primer pronunciamiento sobre los derechos que se derivan de la especial asistencia y protección que el Estado debe brindar durante el embarazo y después del parto a las mujeres se dijo que no se trataba de derechos fundamentales; por el contrario, en este fallo se dice que la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección en el caso específico de la mujer embarazada sí constituye un derecho fundamental porque con su vulneración se violan otros derechos fundamentales, tales como la igualdad real y efectiva de la mujer y al trabajo entre otros.

Sobre la regla dogmática llama la atención que se decide que la acción de tutela a pesar de ser subsidiaria pueda ser utilizada para reclamar el reintegro al empleo de la mujer que ha sido despedida por su estado de gravidez, cuando el peticionario demuestre que se le ocasionó un perjuicio irremediable y logre probar una serie de requisitos que parecen ser muy adecuados para que el juez pueda establecer que el despido se dio por el estado de gravidez de la mujer.

4.3.6 Sentencia T-496-08 (MP. Jaime Córdoba Triviño)

Ratio decidendi

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

Además de manifestarse como un derecho humano fundamental de todas las personas, el derecho a la seguridad personal adquiere especial importancia en el caso de ciertos sujetos que, dada su condición o su contexto, han recibido especial protección tanto por la Carta como por otras fuentes de derecho internacional vinculantes para Colombia.

Estimó la Corte que “el derecho fundamental a la seguridad personal opera para proteger a las personas de los riesgos que se ubican en el nivel de los riesgos extraordinarios, que el individuo no tiene el deber jurídico de soportar”.

Reglas dogmáticas

El derecho a la seguridad personal está incorporado al ordenamiento jurídico colombiano en virtud de los artículos de la Constitución citados e interpretados a la luz de los instrumentos de derechos humanos ratificados por Colombia que crean obligaciones internacionales para el país (artículos 93 y 94 de la Constitución).

A fin de establecer si un riesgo puesto en conocimiento de las autoridades tiene una intensidad suficiente como para ser extraordinario, el funcionario competente debe analizar si confluyen en él algunos de los siguientes atributos: específico e individualizable (es decir que no debe tratarse de un riesgo genérico), concreto (basado en acciones o hechos particulares y manifiestos, y no en suposiciones abstractas), actual (en el sentido de que no debe ser remoto o eventual), importante (que amenace con lesionar bienes o intereses jurídicos valiosos para el sujeto, por lo que no puede tratarse de un riesgo menor), serio (de materialización probable por las circunstancias del caso, por lo cual no puede ser improbable), claro y discernible (no debe

tratarse de una contingencia o peligro difuso), excepcional (no se trata de un riesgo que deba ser soportado por la generalidad de los individuos), desproporcionado (teniendo como parámetro de comparación los beneficios que deriva la persona de la situación por la cual se genera el riesgo), además de grave e inminente.

Además se establecieron cinco niveles de riesgo: (i) un nivel de riesgo mínimo (se trata de un nivel en el cual la persona sólo se ve amenazada en su existencia e integridad por factores individuales y biológicos); (ii) un nivel de riesgo ordinario, soportado por igual por quienes viven en sociedad (Se trata de los riesgos ordinarios, implícitos en la vida social); (iii) un nivel de riesgo extraordinario, que las personas no están obligadas a soportar; (iv) un nivel de riesgo extremo que amenaza la vida o la integridad personal (este es el nivel de los riesgos que, por su intensidad, entran bajo la órbita de protección directa de los derechos a la vida e integridad personal); y (v) un nivel de riesgo consumado (este es el nivel de las violaciones a los derechos, no ya de los riesgos, a la vida e integridad personal: la muerte, la tortura, el trato cruel, inhumano o degradante, representan riesgos que ya se han concretado y materializado en la persona del afectado).

Comentarios: La Corte ya se había pronunciado anteriormente sobre el derecho a la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios; sin embargo, analizamos este pronunciamiento que es uno de los más recientes porque recopila todo lo esbozado sobre el tema y, además, porque desde los primeros fallos la Corte no ha cambiado su posición de reconocerlo como fundamental.

En este fallo se dice que este derecho adquiere tal categoría dadas las especiales condiciones de orden público que vive el país; además, se hace alusión a que en la Constitución existen múltiples referencias a la garantía del derecho a la seguridad personal, las cuales comportan a su vez diversas dimensiones de la misma, como el artículo 2° superior, que establece el deber primordial de protección en cabeza del Estado; las autoridades colombianas están instituidas para brindar protección a las personas, resguardando su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades.

De acuerdo con esa dimensión, ha señalado la jurisprudencia que el énfasis principal de la labor protectora de las autoridades ha sido la de proveer de manera efectiva las condiciones mínimas de seguridad que posibilitan la

existencia de los individuos en sociedad, “sin estar expuestos a riesgos extraordinarios de recibir daños en su persona” (T-496-08).

Así mismo, se dice que el reconocimiento y protección del derecho a la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios deriva de obligaciones internacionales para el Estado colombiano dado que esta especial protección está consagrada en instrumentos de derechos humanos ratificados por Colombia las cuales reconocen que dicha garantía adquiere especial importancia en el caso de ciertos sujetos que, dada su condición o su contexto, deben recibir especial protección.

De lo anteriormente expuesto concluimos que en esta ocasión la Corte reconoce este derecho como fundamental basándose en apartes de la Constitución que se refieren de manera general al derecho a la seguridad personal, y en la referencia expresa que existe sobre el derecho a la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios en tratados internacionales que hemos ratificado.

En lo que tiene que ver con la regla dogmática, era preciso que se delimitara cuando se está frente a un riesgo extraordinario fundamento para que se reconozca este derecho, pues dada la situación de conflicto por la que atravesamos todos los ciudadanos estamos eventualmente en situación de riesgo pero es claro que para algunos este se torna extraordinario e insoportable.

4.3.7 Sentencia T-012-09 (MP. Rodrigo Escobar Gil)

Ratio decidendi

La Corte Constitucional ha sido consistente en considerar el mínimo vital como un derecho fundamental, el cual se deriva de manera directa del Estado Social de Derecho y se relaciona estrechamente con la dignidad humana como valor fundante del ordenamiento jurídico y con la garantía del derecho a la vida misma, al trabajo y a la seguridad social. En palabras de esta Corporación, el derecho fundamental al mínimo vital “constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional.

La jurisprudencia constitucional ha indicado que el contenido del derecho al mínimo vital no se reduce a la satisfacción de las necesidades mínimas de la persona o de su grupo familiar, que simplemente le provean lo relacionado con la mera subsistencia. Por el contrario, este derecho tiene un contenido más amplio, de tal manera que comprende lo correspondiente a la satisfacción de las necesidades básicas de la persona o de su grupo familiar para su subsistencia, como también lo necesario para garantizarle una vida en condiciones dignas, lo cual implica la satisfacción de necesidades tales como la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación entre otras, que vistas en conjunto, constituyen los elementos para la construcción de una calidad de vida aceptable para cada ser humano.

Reglas dogmáticas

El derecho al mínimo vital requiere ser dimensionado correctamente, es decir, debe ser considerado frente a una situación de hecho específica, sin que pueda ser objeto de análisis en abstracto, lo cual implica una valoración cualitativa y no cuantitativa de su contenido para cada persona de cara a su caso concreto, conforme con sus condiciones personales, sociales y económicas. Ello significa que le corresponde al juez frente a un caso concreto desarrollar una actividad valorativa de las particulares circunstancias que rodean a una persona y a su grupo familiar, a sus necesidades, y a los recursos que requiere para satisfacerlas de tal forma que pueda determinar, si vista la situación fáctica, se está ante una amenaza o afectación del derecho al mínimo vital, y por ello se hace necesario que se otorgue de manera urgente la protección judicial solicitada a través de la acción de tutela.

La jurisprudencia constitucional ha señalado unos requisitos que deben estar presentes en un caso concreto; indican que el derecho fundamental al mínimo vital de un trabajador o pensionado está siendo objeto de amenaza o vulneración, como son: que (i) el salario o mesada sea el ingreso exclusivo del trabajador o pensionado o existiendo ingresos adicionales sean insuficientes para la cobertura de sus necesidades básicas y que (ii) la falta de pago de la prestación genere para el afectado una situación crítica tanto a nivel económico como psicológico, derivada de un hecho injustificado, inminente y grave.

Comentarios: La Corte ha analizado el derecho al mínimo vital en su jurisprudencia desde 1992 en la Sentencia T-426, pero en esa ocasión

se limitó a hacer un planteamiento general de este y se equiparó con el derecho a la subsistencia.

En posteriores pronunciamientos se desarrolla el concepto y su alcance; además de establecer que se trata de un derecho fundamental, esta posición se ha mantenido en todas las sentencias razón por la que tomamos un fallo proferido en la época actual para analizar las razones por las que se ha considerado como un derecho fundamental.

Al igual que en fallos anteriores, se observa que dicho reconocimiento se hace teniendo en cuenta que la vulneración de este derecho acarrea la de derechos fundamentales de gran relevancia como el derecho a la vida; además, se expone que en el caso específico del mínimo vital se trata de un derecho que también se deriva del Estado social de derecho.

En lo que tiene que ver con las reglas dogmáticas, era importante que el Tribunal señalara que el juez debe valorar cada caso en concreto teniendo en cuenta si el salario constituye la única fuente de ingresos del trabajador y su familia, así como las especiales circunstancias que pueden rodear a una persona, pues, si bien el mínimo vital es un derecho fundamental que se les garantiza a todos los trabajadores, no se puede desconocer que las circunstancias varían, ya que existen casos en los que un trabajador posee otros ingresos de los cuales deriva su mantenimiento.

4.3.8 Ratio decidendi de otras sentencias de la línea

Se trata de pronunciamientos que se incluyen en la línea porque contienen los argumentos expuestos en las sentencias analizadas; estos no se tratan a fondo a pesar de ser en muchos casos fallos anteriores a los estudiados, porque en ellos la Corte realiza un análisis superficial del problema jurídico.

4.3.9 Sentencia T-414-92 (M.P. Ciro Angarita Barón)

Ratio decidendi

Los datos tienen por su naturaleza misma una vigencia limitada en el tiempo la cual impone a los responsables o administradores de bancos de datos la obligación ineludible de una permanente actualización a fin de no poner en circulación perfiles de “personas virtuales” que afecten negativamente a sus titulares, vale decir, a las personas reales.

De otra parte, es bien sabido que las sanciones o informaciones negativas acerca de una persona no tienen vocación de perennidad y, en consecuencia, después de algún tiempo, tales personas son titulares de un verdadero derecho al olvido.

4.3.10 Sentencia T-551-94 (M.P. José Gregorio Hernández)

Ratio decidendi

Se reitera lo expuesto en la Sentencia T-414-92

4.3.11 Sentencia T-458-97 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Ratio decidendi

La Constitución Política consagra unos sujetos privilegiados en razón de sus condiciones de debilidad manifiesta, dentro de los cuales se encuentran las personas de la tercera edad, quienes deben merecer, por parte de los poderes públicos, una especial protección (C.P. artículos 1º, 13, 46, 48 y 53). Adicionalmente, la Carta establece la defensa prioritaria de una serie de derechos fundamentales, uno de los cuales es el derecho al mínimo vital (C.P. art. 1, 11 y 16). En estas condiciones, debe afirmarse que el Estado-legislador, el Estado-administración y el Estado-juez, están obligados, en primerísima instancia, a defender las pensiones de los ancianos, como una forma de obedecer los imperativos constitucionales antes mencionados. Efectivamente, no sobra reiterar, una vez más, que esta Corporación ha considerado, de manera unánime, que las mesadas pensionales tienen la función de satisfacer el derecho fundamental al mínimo vital de quienes, por sus condiciones personales, constituyen un colectivo sujeto a especial protección.

4.3.12 Sentencia T-373-98 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

Ratio decidendi

Una interpretación del artículo 13 de la Carta, a la luz de los artículos 43 y 53 del mismo texto, permite afirmar que la mujer embarazada tiene el derecho constitucional fundamental a no ser discriminada en el campo laboral por razón de su estado de gravidez, lo que apareja, necesariamente, el derecho fundamental a no ser despedida por causa del embarazo, es decir, a una estabilidad laboral reforzada o a lo que se ha denominado el “fuero de maternidad”. Agregó la Sala que más allá

de los principios de igualdad y de protección a la vida, el respeto a la dignidad de la mujer exige su tutela reforzada, puesto que el estado de gravidez no puede pasar desatendido sin ignorar a la persona humana, lo que se presentaría si el orden jurídico omite tomar en cuenta dicho estado con el objeto de conceder a la mujer un trato jurídico positivo o si permanece indiferente ante su desconocimiento. En ambos casos, se produce minusvalía de género, que atenta contra la dignidad humana en su más alta expresión.

4.3.13 Sentencia SU-995-99 (M.P. Carlos Gaviria Díaz)

Ratio decidendi

La figura de la retribución salarial está directamente relacionada con la satisfacción del derecho fundamental de las personas a la subsistencia, reconocido por la Corte Constitucional como emanación de las garantías a la vida, a la salud, al trabajo, y a la seguridad social; pero no se agota en la satisfacción de las necesidades de mera subsistencia biológica del individuo, pues debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador.

4.3.14 Sentencia T-140-99 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra)

Ratio decidendi

Aunque nuestra Carta Política no consagra la subsistencia como un derecho fundamental, este sí puede derivarse de los derechos a la vida, a la salud, y a la asistencia o a la seguridad social, como quiera que todos los ciudadanos requieren un mínimo de elementos materiales para subsistir.

En efecto, esta Corporación ha señalado: La consagración de derechos fundamentales en la Constitución busca garantizar las condiciones económicas necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de la personalidad.

4.3.15 Sentencia T-969-00 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)

Ratio decidendi

La mujer embarazada tiene el derecho constitucional fundamental a no ser discriminada en el campo laboral por razón de su estado de gravidez,

lo que aparece, necesariamente, el derecho fundamental a no ser despedida por causa de embarazo”, pues en caso de despido, se presenta una manifestación clara de trasgresión de los derechos a la igualdad y al trabajo, los cuales son derechos fundamentales. Esto muestra que la terminación unilateral de los contratos laborales por causa de embarazo rebasa los límites legales para adquirir un rango constitucional, por ende susceptible de protección directa por parte del juez constitucional.

4.3.16 Sentencia C-400-03 (M.P. Jaime Córdoba Triviño)

Ratio decidendi

El concepto de mínimo vital, desarrollado por la Corte, encuentra una doble naturaleza: De un lado, es un verdadero derecho fundamental, entendido como la necesidad que tiene toda persona a gozar de unos elementos materiales mínimos que garanticen su subsistencia, y de otro, es un presupuesto para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

En cuanto a lo primero, si bien no está consagrado expresamente en el texto constitucional un derecho a la subsistencia, “éste puede colegirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o seguridad social, ya que las personas requieren de un mínimo de elementos materiales para subsistir. La consagración de derechos fundamentales en la Constitución, busca garantizar las condiciones económicas necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de la personalidad” (Sentencia T-015-95). Concurren, entonces, fuertes argumentos derivados de los análisis de los derechos y garantías señalados en la Constitución para concluir la existencia del derecho al mínimo vital como requisito indispensable para la realización de la vida en condiciones dignas.

4.3.17 Sentencia T-719-03 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

Ratio decidendi

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

4.3.18 Sentencia T-434-08 (M.P. Jaime Córdoba Triviño)

Ratio decidendi

Cuando uno de los extremos de la relación laboral está compuesto por un sujeto para quien el constituyente consagró un deber especial de protección; o, cuando se trata de una persona que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, el derecho a la estabilidad laboral adquiere el carácter de fundamental, en virtud de diversas razones de carácter constitucional:

Así, (i) la existencia de mandatos de protección especial vinculantes para todos los actores sociales y el Estado, (ii) el principio de solidaridad social y de eficacia de los derechos fundamentales, y (iii) el principio y derecho a la igualdad material, que comporta la adopción de medidas afirmativas en favor de grupos desfavorecidos, o de personas en condición de debilidad manifiesta (art. 13, incisos 2º a 4º), han llevado a la Corte a considerar que un despido que tiene como motivación -explícita o velada- la condición física del empleado, constituye una acción discriminatoria, y un abuso de la facultad legal de dar por terminado unilateralmente un contrato de trabajo.

4.3.19 Sentencia T-496-02 (M.P. Jaime Córdoba Triviño)

Ratio decidendi

Con base en los mandatos constitucionales mencionados, en los instrumentos internacionales que vinculan al estado colombiano, y en el desarrollo jurisprudencial que ha tenido la protección de la seguridad de las personas en nuestro ordenamiento jurídico, la Corte ha concluido que “la seguridad personal, en el contexto colombiano, es un derecho fundamental de los individuos. Con base en él, pueden exigir, en determinadas condiciones, medidas específicas de protección de parte de las autoridades, con el objetivo de prevenir la materialización de cierto tipo de riesgos extraordinarios contra su vida o integridad personal, que no tienen el deber jurídico de soportar, y que las autoridades pueden conjurar o mitigar”.

4.4 Gráfico de la línea jurisprudencial

El gráfico que se propone a continuación contiene el problema jurídico planteado anteriormente y las respuestas al mismo que son contrarias; en este se ubica cada sentencia de acuerdo a la posición que adopta la Corte.

¿La jurisprudencia de la Corte Constitucional reconoce los derechos innominados como derechos fundamentales?

<p>No los reconoce en sí mismos, sino solamente cuando existe conexidad con un derecho fundamental.</p>	<p>*T-426/92 (D.S)</p> <p>*T-414/92 (D.O)</p> <p>*T-527/92 (D.E.L.R.E)</p> <p>*T-380/93 (D.S.)</p> <p>*T-551/94 (D.O)</p> <p>*T-458/97 (D.M.V)</p> <p>*T-373/98 (D.E.L.R)</p> <p>*SU-995/99 (D.S)</p> <p>*T-140/99 (D.S)</p> <p>*T969/00 (D.E.L.R)</p>	<p>No los reconoce</p>
---	--	------------------------

	*T-719/03 (D.S)	*T-713/03 (D.O)	
	*T-400/03 (D.S)		
	*T-434/08 (D.E.L.R)		
	*T-352/08 (D.E.L.R)		
	*T-496/08 (D.S.P.F.R.E)		
	*T-012/09 (D.M.V)		

4.5. Análisis de las sentencias desde otros enfoques

Las líneas jurisprudenciales se pueden analizar desde diferentes enfoques, entre ellos: el punto de vista que sobre determinado tema tiene el magistrado ponente y magistrados que salvaron voto en las sentencias.

En nuestro caso sólo podemos hacerlo desde el punto de vista que sobre determinado tema tiene el magistrado ponente porque las sentencias analizadas no tienen salvamento de voto o bien si lo tienen en estos no se trata el tema en cuestión.

Entonces, para analizar las sentencias desde este enfoque tomamos el gráfico de la línea jurisprudencial presentado anteriormente y colocamos en este sólo el nombre de los ponentes, así:

¿La jurisprudencia de la Corte Constitucional reconoce los derechos innominados como derechos fundamentales?

<p>No los reconoce en sí mismos, sino solamente cuando existe conexidad con un derecho fundamental.</p>	<p>*Eduardo Cifuentes</p> <p>*Ciro Angarita</p> <p>*Eduardo Cifuentes *Fabio Morón Díaz</p> <p>*Eduardo Cifuentes *José Gregorio Hernández</p> <p>*Eduardo Cifuentes</p> <p>*Carlos Gaviria</p> <p>*Alfredo Beltrán Cierra</p> <p>*Alejandro Martínez Caballero</p> <p>*Manuel José Cepeda</p> <p>*Jaime Córdoba Triviño *Jaime Araujo Rentería</p> <p>*Jaime Córdoba Triviño</p> <p>*Jaime Córdoba Triviño</p> <p>*Rodrigo Escobar Gil</p>	<p>No los reconoce</p>
---	---	------------------------

El gráfico nos muestra que existen dos grupos de magistrados: un grupo que reconoce que los derechos innominados son fundamentales, y otro, que no lo hace.

Al primer grupo pertenecen los magistrados: Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Alfredo Beltrán Sierra, Alejandro Martínez Caballero, Manuel José Cepeda y Eduardo Cifuentes.

Sobre estos se puede decir que reconocen derechos innominados como fundamentales siempre que se trata de derechos implícitos en derechos fundamentales en los que encuentran sustento, sin embargo, les dan un contenido y configuración propios.

Esta congregación de magistrados también deriva la fundamentalidad de los derechos innominados de la interpretación de un enunciado constitucional de cuya lectura no encuentra ningún derecho constitucional, debido a que no declara ni reconoce algún derecho, sino que se llega a través de una interpretación de la finalidad y sentido del dispositivo. Tal es el caso del mínimo vital que se deriva del Estado social de derecho y de la dignidad humana como valor fundante del ordenamiento jurídico.

En ese grupo se distinguen los magistrados Eduardo Cifuentes y Jaime Córdoba Triviño como los que han proferido un mayor número de fallos en los que reconocen derechos innominados fundamentales.

En otro grupo, el de los magistrados que no reconocen derechos innominados como fundamentales tenemos a: Fabio Morón Díaz, Jaime Araújo Rentarías, José Gregorio Hernández y Ciro Angarita.

Sólo un magistrado ponente inicialmente se pronunció declarando como no fundamental un derecho innominado, el derecho a la subsistencia, pero posteriormente cambió su opinión; este fue el magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

Para concluir, luego de recopilar y analizar desde diferentes enfoques los pronunciamientos de la Corte Constitucional proferidos entre los años 1992 a 2009, se puede observar que:

- Si bien esta Corporación ha sido la encargada de desarrollar con su jurisprudencia la teoría de los derechos innominados en el país, no ha reconocido derechos innominados como fundamentales por sí mismos sino en conexidad con otros derechos fundamentales, lo cual deja ver

que nuestra Corte no es tan progresista como la de otros países, sino que en la jurisprudencia sobre el tema ha sido bastante conservadora, al preferir reconocer derechos innominados como fundamentales por conexidad con otros o simplemente decir que no se trata de derechos que tengan tal calidad.

- La Corte Constitucional en sus primeros pronunciamientos reconoce el derecho a la subsistencia sin declararlo como fundamental, pero posteriormente cambió su jurisprudencia y esta tendencia se mantiene; lo mismo ocurrió con respecto al derecho a la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección en el caso concreto de la mujer embarazada.
- La Corte Constitucional ha mantenido su jurisprudencia en el sentido de declarar que el derecho al olvido no es fundamental aunque se derive del derecho al habeas data que sí lo es.
- Los magistrados Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Alfredo Beltrán Sierra, Alejandro Martínez Caballero, Manuel José Cepeda y Eduardo Cifuentes han reconocido derechos innominados como fundamentales.
- Los magistrados Fabio Morón Díaz, Jaime Araújo Rentarías, José Gregorio Hernández y Ciro Angarita reconocen la existencia de derechos innominados pero no consideran que los analizados por ellos sean fundamentales.
- El primer Tribunal Constitucional, llamado Corte Constitucional Transitoria, con una ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz inicia sus pronunciamientos reconociendo derechos innominados sin darles el rango de derechos fundamentales; posteriormente con una ponencia del mismo magistrado cambia esta posición.
- La segunda Corte Constitucional ha mantenido la tendencia de reconocer derechos innominados como fundamentales, excepto el derecho al olvido.

5. CONCLUSIONES

- Se constituye como una característica de los textos constitucionales americanos la incorporación de un artículo que enuncie la cláusula

de derechos abiertos, lo que no ocurre en otras Cartas, tales como la Constitución francesa de 1958, la Constitución española de 1978, la Constitución italiana de 1947.

- Se evidencia que para mantener el catálogo de derechos que contienen las diferentes Constituciones abierto, renovado y actualizado se ha hecho necesario incluir este tipo de disposiciones que establecen que la enumeración de derechos no es taxativa.
- La cláusula de los derechos no enumerados tiene su justificación en una concepción iusnaturalista de los derechos, importada de la enmienda IX que se hizo a la Constitución de Filadelfia de 1877, pero que ha sido adaptada a cada Estado a lo largo del continente.
- En América Latina los países que tienen una cláusula de derechos innominados en su Constitución son: Argentina, Uruguay, Honduras, Bolivia, Costa Rica, Paraguay, Venezuela, Ecuador, Perú y Colombia.
- Podemos sostener que cualquier Estado que es parte de un Tratado que contiene artículos que incorporan derechos innominados, pero que carece de ella en su Constitución, tiene que integrar a su catálogo derechos no numerados en la forma que lo hace la cláusula internacional que lo obliga por ser parte del Instrumento internacional.
- La apertura de derechos existe en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en su vertiente regional americana, en virtud del artículo 29.c) de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 41 de la Convención sobre Derechos del niño y el 23 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 5, numeral 2.
- El que actualmente es el artículo 94 constitucional fue redactado por los Constituyentes Jaime Arias López y Juan C. Esguerra Portocarrero, integrantes de la comisión primera, quienes provisionalmente lo llamaron carácter no taxativo de la enunciación de derechos.
- El texto que se lee hoy en día en el artículo 94 es exactamente el mismo que propusieron sus redactores; este artículo no sufrió ningún tipo de modificación a lo largo de los debates de la Asamblea Constituyente.

- La idea de incluir una cláusula abierta de derechos (art.94) en la Constitución de 1991 es original del Constituyente de esa época, pues no se hallaron artículos de similar redacción en las Cartas anteriores.
- En cuanto a derechos, la Constitución de 1991 es generosa. Son 72 artículos que consagran derechos de todo tipo: fundamentales, económicos, sociales y culturales, derechos colectivos y del ambiente.
- El listado de derechos que el Constituyente estableció no es taxativo, ya que se han reconocido otros derechos que no están incluidos en este.
- La Constitución de 1991 impulsó decisivamente la protección judicial de los derechos humanos, porque es mucho más generosa en cuanto al reconocimiento de derechos que la Constitución de 1886.
- La nueva Carta de 1991 nos permitió estar en sintonía con la nueva época que exige el reconocimiento de nuevos derechos, tales como el de protección del medio ambiente.
- Sin lugar a dudas, la mayor parte de los nuevos derechos que tenemos en nuestro ordenamiento jurídico han sido creación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.
- La Constitución de 1991 erigió a la Corte Constitucional como Tribunal supremo de esta jurisdicción, encargándole entre muchas otras funciones el ser guardián de la Carta Magna y su intérprete por excelencia; en ejercicio de dicha actividad le corresponde definir cuáles son los derechos innominados a los que se refiere el artículo 94 constitucional, su alcance, contenido y limitaciones.
- La Corte ha reconocido como derechos implícitos: el derecho al mínimo vital, el derecho a la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios, el derecho a la estabilidad laboral reforzada de sujetos especial protección constitucional, el derecho a la subsistencia y el derecho al olvido, entre otros.
- En la mayoría de los casos, el reconocimiento de nuevos derechos se da porque estos son necesarios para preservar ciertas condiciones que permiten llevar una vida digna, por lo que pueden ser considerados como derechos propios e innatos de la persona humana.

- Si bien la Corte Constitucional ha sido la encargada de desarrollar con su jurisprudencia la teoría de los derechos innominados en el país, no ha reconocido derechos innominados como fundamentales por sí mismos sino en conexidad con otros derechos fundamentales, lo cual deja ver que ese Tribunal no es tan progresista como el de otros países, sino que en la jurisprudencia sobre el tema ha sido bastante conservador, al preferir reconocer derechos innominados como fundamentales por conexidad con otros o simplemente decir que no se trata de derechos que tengan tal calidad.
- La Corte Constitucional en sus primeros pronunciamientos reconoce el derecho a la subsistencia sin declararlo como fundamental; pero posteriormente cambió su jurisprudencia, y esta tendencia se mantiene; lo mismo ocurrió con respecto al derecho a la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección, en el caso concreto de la mujer embarazada.
- La Corte Constitucional ha mantenido su jurisprudencia en el sentido de declarar que el derecho al olvido no es fundamental, aunque se derive del derecho al habeas data que sí lo es.
- Los magistrados Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Alfredo Beltrán Sierra, Alejandro Martínez Caballero, Manuel José Cepeda y Eduardo Cifuentes han reconocido derechos innominados como fundamentales.
- Los magistrados Fabio Morón Díaz, Jaime Araújo Rentarúa, José Gregorio Hernández y Ciro Angarita reconocen la existencia de derechos innominados pero no consideran que los analizados por ellos sean fundamentales.
- El primer Tribunal Constitucional, llamado Corte Constitucional Transitoria, con una ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz inicia sus pronunciamientos reconociendo derechos innominados sin darles el rango de derechos fundamentales; posteriormente con una ponencia del mismo magistrado cambia esta posición.
- La segunda Corte Constitucional ha mantenido la tendencia de reconocer derechos innominados como fundamentales, excepto el derecho al olvido.

6. REFERENCIAS

Constitución Política de Colombia 1821,1830,1832,1843,1853,1858,1863,1886, 1991.

Constitución de Nicaragua (1987)

Constitución de Uruguay (1997)

Constitución de Honduras (1982)

Constitución de Bolivia (2007)

Constitución de Paraguay (1992)

Constitución de Ecuador (2008)

Constitución de Venezuela (1961)

Constitución de Perú (1993)

Constitución de Costa Rica (1999)

Convención Americana de Derechos Humanos

Convención sobre los derechos del niño

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires (1860).

Brewer A. (2006). La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno: Estudio de derecho constitucional latinoamericano. Extraído el 07 de agosto de 2009, desde: http://biblioteca.universia.net/html/_bura/ficha/params/id/44783517.html.

Bidart G. (s.f.). Los derechos no enumerados en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional. Extraído el 08 de agosto de 2009, desde: <http://www.bibliojuridica.org./libros/1/342/6.pdf>.

Guzmán, A. & Omashi L. (1996). Revista de Derecho Público N° 67-68. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Gross H. (s. f.). Los derechos humanos no enunciados o no numerados en el constitucionalismo americano y el artículo 29.c de la Convención Americana sobre derechos humanos. Extraído el 3 de agosto de 2009, desde: <http://www.>

ucu.edu.uy/Facultades/Derecho/areasydepartamentos/_constitucional_ddhh/Programayobjetivosde%20DerechoConstitucionalI.pdf.

Legón, F. & Medrano, F. (1953). Las Constituciones de la República. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica.

Téllez, Y. (s. f.). Derechos humanos en las constituciones de Colombia: Grupo derechos humanos red de derechos humanos- investigaciones jurídicas y socio jurídicas. Derecho Internacional Público y DH. Extraído el 22 de septiembre de 2009, desde: <http://www.unilibrebaq.edu.co/pdhulbq/publicaciones/publiyaninatellez2c.doc>

Malo, M. (s. f.). Derechos Fundamentales: Serie de textos de divulgación N° 11, Defensoría del pueblo .Bogotá: Tercer Mundo Editores.

Moral, L. (2001) El precedente judicial. Madrid: Marcial Pons Ediciones.

Serie estudios y perspectivas (2004): Derechos económicos, sociales y culturales, economía y democracia, Oficina de la Cepal en Bogotá. Extraído el 13 de septiembre de 2009 desde: <http://www.cepal.org/> o <http://www.eclac.org>.

Spota, A. (1989). El juez, el abogado y la formación del derecho a través de la *jurisprudencia*. 1ª edición, 2ª reimpresión. Buenos Aires: Depalma.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Jurisprudenciales

Corte Constitucional Colombiana. Sentencias T-419 de 1992, T-002 de 1992, T-406 de 1992, T-426 de 1992, T-414 de 1992, T-527 de 1992, T-124 de 1993, T-380 de 1993, T-551 de 1994, SU-111 de 1997, T-458 de 1997, T-458 de 1997, T-373 de 1998, SU-995 de 1999, T-140 de 1999, T-969 de 2000, T-028 de 2003, T-719 de 2003, T-719 de 2003, T-713 de 2003, T-519 de 2003, T-400 de 2003, T-530 de 2005, T-1037 de 2006, T-285 de 2006, T-434 de 2003, T-352 de 2008, T-496 de 2008, T-012 de 2009.

Tribunal Constitucional Peruano. Sentencias Exp. N° 895-2001-AA/TC, Exp. N. ° 1230-2002-HC/TC, Exp. N. ° 0008-2003-AI/TC, Exp. N. ° 2488-2002-HC/TC Exp. N. ° 2254-2003-AA/TC. Extraído el 13 de septiembre de 2009 desde: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00895-2001-AA.html>.

Gaceta Constitucional, Colombia. Números 109, 113, 114 de 1991.

Corte Suprema de Justicia de Venezuela. Sentencia del 19 de enero de 1999.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Badeni, G. (2006). *Tratado de derecho constitucional*. Buenos Aires: La ley.
- Baptista, R. (s. f.). Derechos humanos: *¿Individuales o colectivos? Propuestas para la nueva Constitución desde diferentes miradas*. Extraído el 07 de agosto de 2009, desde: <http://www.defensor.gov.bo/defensor/userfiles/file/REVISTA2.pdf>.
- Caballero, G. & Anzola, M. (1995). *Teoría constitucional*. Bogotá: Ediciones Temis s.a.
- Carpio, E. (2000). *El significado de la cláusula de derechos no enumerados*. Extraído el 07 de agosto de 2009, desde: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/3/art/art1.pdf>.
- Chinchilla, T. (1999). *Qué son y cuáles son los derechos fundamentales*. Bogotá: Editorial Temis s.a.
- Fernández, D. (2008). Protección de datos personales: *Derecho al olvido*. Extraído el 07 de agosto de 2009, desde: www.hfernandezdelpech.com.ar/Trabajo%20Derecho%20al%20olvido.pdf
- Fioravanti, M. (1996). *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Trotta.
- Gómez, L. (2008). *Hermenéutica Jurídica: La interpretación a la luz de la Constitución*. Bogotá: Ediciones doctrina y ley ltda.
- Jiménez, M. (1997). *La pluralidad científica y los métodos de interpretación jurídico constitucional*. Costa Rica: Mundo Gráfico s.a.
- Moreno, F. (2002). *La jurisprudencia constitucional como fuente del derecho*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Olano, H. (2008). *Historia constitucional comparada de Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pérez, J. (2004). *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Ediciones Temis s.a.
- Rubio, F. (1995). *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Barcelona: Editorial Ariel s.a.
- Velásquez C. (2004). *Derecho constitucional*. Bogotá: Ediciones Temis s.a.
- Wróblewski, J. (2001). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas ediciones s.l.
- Younes, D. (2004). *Panorama del derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez ltda.

CUADERNOS DE DERECHO PÚBLICO
NORMAS DE PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

1. Cuadernos de Derecho Público publica artículos de las áreas de Derecho, Ciencia Política y Ciencias Sociales en general.
2. Se deberá remitir el artículo, en medio magnético, al correo electrónico del director de los Cuadernos camilo.guzman@usa.edu.co
3. Los artículos deben presentarse en el programa Microsoft Word® (versiones 97 en adelante), letra Palatino Linotype de 12 puntos, tamaño carta, interlineado doble, márgenes de 3 cm, a cada lado. La paginación del manuscrito estará ubicada en el extremo derecho del encabezado de cada una de las páginas.
4. Los artículos descritos en el anterior numeral no podrán exceder las 50 páginas. El Comité Editorial podrá aceptar otro tipo de artículos como notas, comunicaciones, ponencias, resúmenes de contribuciones, reseñas bibliográficas, críticas o comentarios jurisprudenciales, los cuales no deberán superar las 25 páginas.
5. Por tratarse de una publicación con arbitraje, el Comité Editorial designará evaluadores para el artículo y decidirá, con fundamento en el concepto de los evaluadores y en criterios de rigor científico, sobre su publicación. El Comité tiene la facultad para: aceptar el artículo, solicitar modificaciones o rechazarlo para su publicación.
6. El Comité Editorial otorga prelación a la publicación de artículos que se caractericen por consistir en resultados de investigación con un fuerte referente teórico; ser producto de reflexiones teóricas; o constituir revisiones críticas sobre el estado de la cuestión objeto de estudio.
7. Por tratarse de una publicación de carácter internacional, se aceptan artículos en otros idiomas.
8. Los artículos deben ir acompañados de un documento remitario en el que se incluya un resumen en el idioma original, en inglés y en español (acompañado del título en el idioma respectivo); se indique la naturaleza del documento (si es un producto de investigación, una reflexión, o una revisión de un tema), el objetivo general del documento (lo que pretende el documento), la(s) metodología(s) de investigación utilizada(s) y la principal conclusión o evidencia del documento con una extensión máxima de 200 palabras; se deben incluir, así mismo, las palabras clave que describan su contenido, preferiblemente en número de 4 a 6, en los idiomas mencionados.
9. El título del artículo deberá ir seguido del nombre del autor.
10. Las referencias bibliográficas y de otro orden se consignarán en pie de página, y su enumeración será continua a lo largo de todo el artículo (no debe ser por capítulos).
11. En la parte final del artículo se incluirán la bibliografía y demás fuentes utilizadas, en orden alfabético por autor o, en su defecto, por título.

12. Se recomienda a los autores consultar y referenciar en sus artículos los Cuadernos de Derecho Público, el Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales, la Revista Civilizar, los Cuadernos de Derecho Penal, los artículos digitales de la Escuela, y la Revista Crónica Universitaria, disponibles en la biblioteca de la Universidad Sergio Arboleda y en los siguientes links:
http://www.usa.edu.co/estudios_constitucionales/index.htm
http://www.usa.edu.co/civilizar/revista_electronica.htm
http://www.usa.edu.co/derecho_penal/
<http://www.usa.edu.co/derecho/articulos.htm>
13. Para los Cuadernos de Derecho Público el envío de un artículo indica que el(los) autor(es) certifica(n) y acepta(n): (1) que éste no ha sido publicado, ni aceptado para publicación en otra revista; (2) que no se ha reportado la publicación de una versión previa como working paper (o 'literatura gris') o en un sitio web, y que en caso de ser aceptada su publicación, lo retirarán de los sitios web y que allí solo dejarán el título, el resumen, las palabras clave y el hipervínculo a la Revista.
14. Al enviar los artículos para su evaluación, el(los) autor(es) acepta(n) igualmente que transferirá(n) los derechos de autor a los Cuadernos de Derecho Público, para su publicación en versión impresa y electrónica.
15. Respecto de las reseñas de la sección bibliográfica, deben tenerse en cuenta las siguientes reglas:
 - 15.1 El texto objeto de reseña debe caracterizarse por su novedad, carácter científico, importancia, crítica y aporte al Derecho. Estos elementos, sin ser excluyentes de otros, deben ser tenidos en cuenta por el autor para realizar la reseña en esta publicación.
 - 15.2 Las reseñas de textos se realizarán bajo la modalidad de ensayo-reseña, con el fin de realizar un aporte a los lectores que quieran acercarse a un determinado texto.
 - 15.3 El ensayo-reseña se referirá al libro escogido. El autor de la reseña deberá no solamente presentar una mención de los capítulos de los que se compone el texto, sino también aportar a los lectores un marco referencial para abordarlo.
 - 15.4 El ensayo-reseña debe mostrar las líneas de fuerza o hipótesis centrales del texto reseñado, con el fin de poder hacer la recomendación que se considere pertinente al lector.
16. Los autores cuyos artículos se publiquen recibirán tres (3) ejemplares de la revista en que resulte publicado su trabajo.