



Derechos fundamentales y derechos humanos: categorías diferenciales en el estado constitucional*

Andres Felipe Roncancio Bedoya

Institución Universitaria de Envigado (IUE), Envigado, Colombia
afroncancio@iue.edu.co
<https://orcid.org/0000-0002-1257-3813>

John Fernando Restrepo Tamayo

Universidad de Medellín, Medellín, Colombia
jfrestrepo@udemedellin.edu.co
<https://orcid.org/0000-0002-4561-3041>

Mariana Restrepo Marulanda

Institución Universitaria de Envigado (IUE), Envigado, Colombia
mrestrepo1@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-6845-4883>

RESUMEN

En la teoría jurídica constitucional hablar sobre derechos no solo supone hablar de condiciones normativas del sistema jurídico, sino que se convierte en una discusión sobre el núcleo del Estado constitucional. El constitucionalismo contemporáneo puede entenderse en la medida en que su construcción no solo responde a un criterio amplio de normas que consagran garantías, sino que se desarrollan a partir de una doble visión, tanto de orden político como jurídico, donde a través de la existencia y operación del Estado se

establece cuáles son las contraprestaciones a las que puede acceder todo sujeto. Tales contraprestaciones se presentan en una doble categoría: derechos humanos y derechos fundamentales. Este trabajo, mediante el uso de una metodología cualitativa y análisis descriptivo, se propone señalar los aspectos coincidentes y diferenciales entre una categoría y otra.

Palabras clave: estado de derecho; estado constitucional; orden jurídico constitucionalizado; derechos humanos; derechos fundamentales.

* Cómo citar: Roncancio Bedoya, A., Restrepo Tamayo, J. F. y Restrepo Marulanda, M. (2022). Derechos fundamentales y derechos humanos: categorías diferenciales en el estado constitucional. *Ciencias Sociales y Educación*, 11(21), 82-101. <https://doi.org/10.22395/csye.v11n21a4>

Recibido: 8 de mayo de 2021.

Aprobado: 1 de septiembre de 2021.

Fundamental Rights and Human Rights: Differential Categories in the Constitutional State

ABSTRACT

In constitutional legal theory, talking about rights not only means talking about the normative conditions of the legal system, but it also becomes a discussion about the core of the constitutional State. Contemporary constitutionalism can be understood to the extent that its construction not only responds to a broad criterion of norms that establish guarantees but also develops from a double vision, both of a political and legal order, where the State, through its existence and operation,

establishes the considerations to which any subject can access. Such considerations are presented in a double category: human rights and fundamental rights. This work, through the use of a qualitative methodology and descriptive analysis, aims to point out the coinciding and differential aspects between one category and another.

Keywords: rule of law; constitutional state; constitutional legal order; human rights; fundamental rights.

Direitos fundamentais e direitos humanos: categorias diferenciais no estado constitucional

RESUMO

Na teoria jurídica constitucional descobrir sobre direitos não significa apenas falar de normas do sistema jurídico, mas se torna em uma discussão sobre o núcleo do Estado constitucional. O constitucionalismo contemporâneo pode ser compreendido na medida em que a sua construção não só responde a uma critério amplo de normas que consagram garantias, senão que se desenvolvem a partir e uma dupla visão, já seja de ordem política como jurídica, onde através da existência e operação do Estado é estabelecida quais são as contraprestações

as quais pode aceder todo sujeito. Dessas contraprestações são apresentadas em uma dupla categoria: direitos humanos e direitos fundamentais. Esta pesquisa, através do uso de uma metodologia qualitativa e análise descritiva, propõem indicar os aspectos coincidentes e diferenciais entre uma categoria e outra.

Palavras-chave: estado de direito; estado constitucional; ordem jurídica constitucionalizada; direitos humanos; direitos fundamentais.

Introducción

El Estado constitucional (Häberle, citado en Asensi, 2003) debe concebirse como perfeccionamiento del Estado legal de derecho (Uprimny, 2013), es decir, incorpora principios al sistema normativo (Portela, 2009) y comporta una nueva visión a través de la cual se concibe al Estado contemporáneo en clave constitucional. El Estado de derecho se orienta por el principio de legalidad (Rubio, 1993); atiende la supremacía de la ley y esta prevalece sobre los demás actos estatales.

En el interior del Estado constitucional, la constitución deja de ser considerada como simple institución política que se limita a enunciar “unos derechos fundamentales y la división de poderes” (García Pelayo, 1991) y se convierte en una norma jurídica plena y primera (Petzol, 2012). A esta tendencia se suma la consideración de hablar del principio de constitucionalidad bajo el entendido de que este no niega ni sustrae el principio de legalidad, pero sí lo condiciona y lo subordina a sus formas.

La constitución goza de un carácter prevalente sobre las leyes y las actuaciones estatales (Silva, 2010). Este principio supone que “la constitución, en tanto conjunto de principios y de valores condiciona y determina la existencia jurídica y política del Estado” (Restrepo, 2018). En el tránsito del Estado legal de derecho al Estado constitucional se advierte como condición necesaria la instalación de una jurisdicción constitucional (Nohlen, 2007), que no solo entienda la constitucionalidad de las leyes y los demás actos dentro de la función estatal, sino que sirva como garante efectivo de los derechos más relevantes en favor de todos los asociados.

Este trabajo analiza el lugar de los derechos en el interior del orden constitucional. De tal suerte que encuentra dos categorías que son intrínsecas en el lenguaje moral, pero disponen de una naturaleza jurídica disímil: los derechos humanos y los derechos fundamentales son dos categorías plenamente diferenciables. Este trabajo se concentra en mostrar de qué manera trazar tal diferencia es importante, porque en la medida en que se tenga plena claridad sobre el uso, goce y responsabilidad que tiene el Estado con respecto a los derechos fundamentales, podremos identificar una mejor forma de concebir el desarrollo, la legitimidad y la vigencia del Estado constitucional. El método empleado en este trabajo es cualitativo con un enfoque descriptivo y comparativo, al cual se llega mediante el registro de material bibliográfico sobre los fundamentos teóricos de los derechos humanos y de los derechos fundamentales.

Estructura normativa del Estado constitucional

El Estado constitucional no se reduce al Estado que está dotado de una constitución vigente, que se limita a definir la distribución del poder y uno que otro derecho fundamental, sino que se refiere a un Estado que, además de consagrar su constitución como norma jurídica primera, posee unas características específicas de sometimiento total del poder al derecho. Estas tienen que ver con la “existencia de ciertos contenidos (los derechos fundamentales) que limitan o condicionan la producción, la interpretación y la aplicación del derecho” (Atienza, 2003). Así, este reconocimiento de los derechos fundamentales refuerza la tendencia de una constitución normativa que los entiende como fundamento y fin de la realización estatal (Zagrebelky, 1999).

La existencia de una jurisdicción constitucional hace las veces de guardián de los derechos básicos de todo sujeto en el interior del Estado (Hesse, 2005). Desde el campo jurídico, esta jurisdicción está investida en los tribunales constitucionales que asumen la obligación de permitir la preservación y la ampliación de los derechos fundamentales a partir de la interpretación constitucional y, a su vez, de los instrumentos en materia internacional, es decir, haciendo uso de la convencionalidad (Cárdenas, 2017). Además de ese papel activo en la defensa de los derechos fundamentales, esta jurisdicción concentra el deber de defensa, guardián y supremo intérprete de la constitución.

En ese orden de ideas, Manuel García Pelayo concilia unos elementos comunes que, según la doctrina, integran y configuran el Estado constitucional:

(i) La división de poderes, que si bien ya era un supuesto básico en el Estado de Derecho, con el Estado constitucional se vale de ciertos matices que le son esenciales. Por ejemplo, la diferencia fundamental lleva a la división del poder constituyente y el poder constituido, a lo que surge la constitución como la garantía que le da racionalidad a ambos poderes y que delimita su diferenciación. Así, la admisibilidad de que las decisiones del legislativo ya no serán absolutas, pues su validez estará definida por su concordancia con la constitución.

(ii) Primacía jurídica de la constitución. Esto conlleva una reelaboración de fuentes dentro de la teoría del derecho, pues ya no será la ley la que prevalece, sino que la constitución se elevará a un nivel superior sobre las demás normas jurídicas.

(iii) Sumisión de todos los poderes públicos a la constitución, pues ella define las competencias y los límites a la misma. En este sentido, procura que dichos poderes siempre actúen dentro del ámbito en el que legalmente puede moverse el Estado. Se tiene la necesidad de que exista justiciabilidad constitucional como garantía en favor de todos los sujetos y como exigencia del Estado

constitucional. Esta jurisdicción tendrá como función primigenia la defensa del cuerpo constitucional.

Surge entonces la necesidad de analizar esa relevancia que adquiere el desarrollo de los derechos fundamentales dentro del Estado constitucional, pues esta categoría de derechos y su efectiva realización es el fin más elevado que debe perseguir el Estado (Fioravanti, 2009). Dicha determinación, dentro del plano teórico, supone un relacionamiento de lo jurídico y lo político que lleva a una cuestión de orden teórico y metodológico, en donde se hace necesario determinar bajo qué condiciones o cuáles son los elementos a los que se obliga un Estado cuando se propone desarrollar la constitución. A priori, dicha caracterización podría reconocerse en la categoría de los derechos humanos, en la medida que su reconocimiento liberal trae consigo un desarrollo estructural de las obligaciones institucionales. Por esta consideración es necesario revisar si, en el marco del Estado constitucionalizado, hablar de estas dos categorías requiere no solo una diferenciación teórica, sino una revisión estructural sobre la determinación que cumplen ambas categorías para dar cuenta del alcance funcional de los propósitos que cumplen en el interior del Estado constitucional.

El proceso de constitucionalización del Estado ha sido decisivo para que los derechos fundamentales se conviertan en criterios importantes dentro de la construcción del Estado constitucional, por su especial dedicación a los intereses más fundamentales de los seres vivos. En este sentido, estos se toman como valor fundador y base a la dignidad de todo sujeto, por lo que permiten la existencia, la integridad y el desarrollo individual y colectivo. Los derechos fundamentales aseguran un margen básico de dignidad, supervivencia y autodeterminación en favor de todo sujeto. Por ello, no basta con la consagración o enunciación de los derechos de categoría fundamental, sino que es necesario que la garantía y la exigibilidad de los derechos fundamentales represente un imperativo dentro del Estado constitucional.

En el marco jurídico de un Estado constitucional (Guastini, 2003), la presencia de una constitución rígida se convierte en un elemento inescindible para hablar de un Estado que asume los procesos de constitucionalización. Una constitución así no vista como un cuerpo de carácter exclusivamente político, sino con fuerza normativa donde su reforma exigirá un procedimiento especial y más complejo que el procedimiento ordinario, de ahí su carácter supralegal. En materia de derechos fundamentales esto es de suma importancia, puesto que “la historia de los derechos fundamentales está inexorablemente ligada al surgimiento del Estado constitucional” (Carbonell, 2014). Derechos fundamentales y derechos humanos suelen ser confundidos o apreciados como sinónimos. Pero en su alcance, los efectos jurídicos que generan, las fuentes que los inspiran, los

titulares y los destinatarios sobre quienes recaen, así como los instrumentos destinados para su protección guardan significativas diferencias.

Derechos humanos y naturaleza jurídica

La evolución de los derechos humanos llega a su máxima expresión a través de las declaraciones burguesas del siglo XVIII (Sepúlveda, 2001), que marcaron una época importante para poder hablar del nacimiento de los derechos civiles. Pero esto seguía siendo objeto de algunas problemáticas, pues las declaraciones no contaban con una naturaleza jurídicamente vinculante; no existían mecanismos de implementación; y el círculo de destinatarios seguía siendo de sumo reducido. Estas declaraciones, a pesar de su valor político, permitieron establecer un punto de partida. Y como respuesta se fueron añadiendo los derechos políticos como el derecho al voto, libertad de prensa, de reunión y asociación.

Una de las principales problemáticas a la hora de abordar los derechos humanos es que no contaba con instrumentos jurídicos idóneos para hacerlos eficaces. Su valor resultó estrictamente político. En un primer momento se desarrollan bajo el manto de los derechos morales, y no como verdaderos derechos legales, pues no se contaba con un mecanismo jurídico eficaz para su implementación. Hoy la protección de los derechos humanos a nivel internacional es un hecho, pero superar el espectro nacional para concebirlos como derechos que pueden trascender las fronteras de los Estados fue todo un desafío y representó una evolución del orden jurídico internacional. Esto se debe a que el derecho internacional, desde una visión clásica, solo contemplaba las relaciones dadas entre los Estados. En este sentido, no comprendía como sujeto titular al individuo, dado que se interesaba más por “considerar al Estado como único sujeto del derecho internacional, en tanto esta disciplina jurídica era resultado de la voluntad estatal y el individuo era solamente sujeto de derecho interno” (Pérez, 2008). Esa era la posición dominante para el derecho internacional clásico. Esa evolución significativa del derecho internacional, que pone de centro a la persona, no se consiguió de manera repentina. De hecho, ha sido en parte producto de experiencias concretas, desafortunadamente de violaciones e injusticias a los derechos de la persona en su vida e integridad. Estas experiencias han contribuido a fortalecer el contenido y el alcance de los derechos humanos, lo que explica el por qué en muchos momentos los derechos humanos han sido tenidos como respuesta determinante a experiencias de injusticia. Son entonces varios los precursores que impulsaron la internacionalización y la trascendencia de los derechos humanos: la lucha contra la esclavitud, la protección al sector de los trabajadores, la protección de las minorías, entre otros. Por ello, contar hoy con derechos humanos representa una conquista, pues estos surgen de un proceso complejo de “luchas sociales que contienen

intereses, racionalidades, utopías y también desgarramientos, enfrentamientos, destrucción y muerte” (Gallardo, 2010).

Se necesitaban respuestas a estas problemáticas y no era suficiente atenderlas desde una dimensión interna, sino que se requería una protección especial. Para conseguirlo era necesario librar una lucha internacional que culmina con la puesta de la persona a nivel de preocupación del orden jurídico internacional y permitió que se definieran mecanismos internacionales de vigilancia en el área de derechos humanos. Todo esto, más que significar la relativización de la soberanía de los Estados, implica reconocer que la persona y sus derechos más elementales no solo deben ser protegidos desde el ámbito nacional, sino que también se deben prever mecanismos internacionales que velen por su protección. De ahí que los derechos humanos se vayan ampliando con el paso del tiempo y se ajusten a las circunstancias que el contexto histórico exija.

Los derechos humanos son prerrogativas que permiten a su titular exigir el cumplimiento de un derecho; son la potestad normativa a través de la cual un sujeto puede reclamarle a otro una acción o una omisión. Para el caso de derechos humanos esa relación implica dos partes: un titular que sería el individuo que se beneficia del derecho y un destinatario, que sería el Estado, como el primer llamado a proteger y a garantizar los derechos de los asociados de su territorio. La razón de que sean tenidos como derechos subjetivos es porque los derechos humanos surgen como derechos morales, es decir, no surgen precisamente del orden jurídico, sino del derecho natural. Según Nino (2007) este es considerado como un

sistema normativo que se caracteriza por el hecho de que el criterio según el cual ciertas normas pertenecen a él, no está basado en actos contingentes de dictado o reconocimiento por parte de ciertos individuos, sino en su justificación intrínseca.

Los derechos humanos como derechos morales se rigen bajo la concepción de ser derechos inalienables. En tanto le pertenecen al individuo, son derechos que se entienden avalados desde la moral y la ética que trasciende el orden jurídico.

A pesar de que los derechos humanos hayan visto la luz como derechos morales y no como verdaderos derechos legales, cuando se van insertando en las Constituciones y se codifican en los ordenamientos, se perfecciona la idea de un régimen jurídico que los proteja para que no se queden solo en la categoría de derechos morales. Debido a la protección del orden jurídico se convierten en derechos con un alto margen de efectividad. Así, esa convergencia entre derechos morales y legales completa la integralidad de los derechos subjetivos y constituye la fuerza particular de los derechos humanos, que ya no serán simples reclamos, sino derechos verdaderamente exigibles.

Todo ese proceso de internacionalización de los derechos humanos, consolida otra de las principales características de los derechos humanos: su protección a cargo del derecho internacional. Esto se debe a que este guarda como principal finalidad la protección de los intereses más fundamentales de las personas, y esto lo hace como protección adicional de los derechos ofrecidos a nivel nacional.

De ahí se conecta la idea de que los derechos humanos sean subsidiarios respecto de las garantías dispuestas por los sistemas jurídicos nacionales, posean un estándar mínimo y complementen la protección nacional de los derechos fundamentales, pues no siempre habrá garantías análogas a los derechos humanos en las constituciones nacionales. Estas pueden disponer, desde un plano cuantitativo, una lista más generosa de derechos, y las garantías que dispone pueden ir más allá que la de los derechos humanos. A pesar de esto no puede negarse que los derechos que se positivizan en el orden jurídico interno se han servido de los derechos humanos y se han inspirado de sus instrumentos de protección.

Siguiendo con la protección de los derechos humanos a cargo del derecho internacional, en esos términos se pretende que este represente la estructura que implemente los mecanismos idóneos para la protección de los derechos cuando hayan sido vulnerados. Un instrumento definitivo para el reconocimiento de la importancia de los mecanismos de implementación de los derechos humanos es la Resolución 41/120 de 1986, donde se resalta que los derechos humanos deben estar acompañados de mecanismos eficaces, así como se exhorta a los Estados miembros a dar prevalencia a la aplicación de las normas internacionales vigentes relativas a los derechos humanos. En esta resolución la Asamblea reafirma: “la utilidad de que prosigan los esfuerzos encaminados a individualizar aspectos concretos donde se requieran medidas internacionales ulteriores para desarrollar el marco jurídico internacional vigente en materia de derechos humanos” (Resolución 41/120, 1986).

Otra distinción importante acerca de los derechos humanos es que su razón de ser está dedicada a la protección de los intereses más fundamentales de las personas. Los derechos humanos comportan una exigencia de carácter cualitativo, por lo que no todos los derechos humanos pueden ser entendidos como de categoría fundamental. Los derechos humanos se entienden inherentes a la persona humana y le pertenecen por el solo hecho de existir. Son intereses que están inseparablemente ligados a la dignidad humana y que son necesarios para asegurar su existencia, desarrollo e integridad.

Para cerrar la dedicación al concepto de los derechos humanos, y ya conocidos todos los procesos que afrontaron para adquirir reconocimiento internacional y una protección específica en cabeza del derecho internacional de los derechos humanos, se puede sistematizar lo siguiente: (i) su aparición solemne en

las declaraciones del siglo XVIII; (ii) el tránsito de ser meros derechos de reclamo o morales a constituirse como verdaderos derechos exigibles; (iii) el proceso de internacionalización que lleva a que se consagren normativamente en instrumentos jurídicos internacionales con fuerza vinculante; (iv) su carácter de complementariedad respecto de las garantías dispuestas en los órdenes nacionales; (v) su especial interés en la protección de los intereses más fundamentales de la persona humana, por lo que se traslada al individuo como el principal titular de los derechos humanos y como sujeto especial de derecho internacional; y (vi) la institución de mecanismos de control dispuestos para asegurar el debido respeto de estos derechos individuales.

Derechos fundamentales y naturaleza jurídica

Para hablar de derechos fundamentales hay que saber que, tal como sucede con los derechos humanos, de estos se desprenden derechos subjetivos. De hecho, un autor los trabaja desde una doble connotación, primero como derechos públicos subjetivos y, segundo, como valores objetivos sobre los que se sustenta el orden constitucional (Vila Casado, 2009). Esa significación como derechos subjetivos es porque le pertenecen a los individuos y a las colectividades, y son oponibles de manera general siempre y cuando estén respaldados por una norma jurídica que así lo exprese. Esto representa un deber de acción o abstención por parte del poder estatal o de terceros. En esos términos, la idea del derecho subjetivo se perfecciona cuando una norma jurídica otorga facultades a un sujeto para que haga exigible la realización de una conducta o de una abstención cuando sus garantías de dignidad, supervivencia y autodeterminación estén ante una inminente amenaza.

Desde un plano interpretativo, los derechos fundamentales han sido definidos por la Corte Constitucional colombiana, en reiterada jurisprudencia, como “aquellos que (i) se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad; (ii) pueden traducirse o concentrarse en derechos subjetivos y, (iii) encuentran consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario sobre su fundamentalidad” (Sentencia C-415/12, 2012). Esta definición ya contempla la orientación de los derechos fundamentales como subjetivos. De ahí que su búsqueda por la realización de la dignidad sea su base y que, finalmente, admita que son derechos fundamentales siempre y cuando sean reconocidos como tal.

Desde el estudio del derecho, las discusiones que circunscriben a los derechos fundamentales son numerosas. Varios lo explican desde corrientes positivistas, mientras que otros los abarcan desde la teoría del derecho o incluso son analizados desde el campo de la filosofía política. Como ya se ha visto, una

manera general de describir o relacionar los derechos fundamentales es con la caracterización de que están “adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables” (Ferrajoli, 2006).

A pesar de ello, y de que muchas de las definiciones sobre el concepto de los derechos fundamentales suelen ser muy amplias, Luigi Ferrajoli ofrece desde la filosofía política una serie de conceptos que procuran dejar en claro qué son los derechos fundamentales. Deben ser considerados como fundamentales los derechos en los que su garantía represente un nexo para alcanzar la paz, cuya garantía represente márgenes de igualdad respetando las diferencias propias de cada persona y, como último criterio, admite que los derechos fundamentales fungan como leyes del más débil. Lo último es importante puesto que significa espectros de protección efectivos frente a las estructuras que ostentan el poder, es decir, se faculta al administrado para que reclame la acción, sea negativa o positiva del Estado, en tanto este deberá abstenerse o emprender una acción para garantizar la protección de un derecho vulnerado o que está en peligro de amenaza.

La garantía de los derechos fundamentales dentro del Estado constitucional impone dos deberes a su cargo: una obligación negativa y otra positiva. Una obligación negativa del Estado representa una omisión estatal, es decir, los derechos fundamentales son tenidos como derechos de resistencia o defensa. Implican en el ejercicio del poder estatal una limitación en su campo de acción. De esta manera, protegen a sus titulares del poder arbitrario que pueda ejercer el Estado. De ahí que se pongan “límites al Estado para asegurar espacios individuales de libertad” (Arango, 2012). El contenido de los derechos fundamentales es cambiante y dinámico como el derecho mismo, e incluso puede ir más allá de disposiciones que ordenen obligaciones de carácter negativo. De ahí que se conciba la idea de que los derechos fundamentales también representan obligaciones con carga positiva al Estado. Ya no se habla exclusivamente de un deber de abstención, sino de un deber a cargo del Estado de hacer, una acción positiva, un derecho a hacer algo desde el plano de lo fáctico o lo normativo. Estos derechos son tratados más complejos que los de defensa, que solo requieren una omisión. Sin embargo, estos se han visto complementados por los derechos de prestación que comprende una serie de derechos, los cuales Robert Alexy (2007) divide en: (i) derechos de protección; (ii) de organización y procedimiento; y (iii) de prestación respecto de los derechos sociales.

Esa categoría de derechos, que implica acciones positivas, se denomina derechos de prestación, que para el caso del ordenamiento jurídico colombiano son reconocidos por la misma Corte Constitucional (Sentencia T-207/95, 1995)

como aquellos derechos programáticos que exigen un esfuerzo o una respuesta por parte del Estado. Son derechos que gradualmente pueden adquirir condiciones de eficacia que hace posible que de ellos surja un derecho subjetivo.

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos que configuran la posibilidad de exigir la realización de una conducta o la omisión de la misma. Representan dos tipos de deberes a cargo del Estado: acciones positivas o negativas. En este sentido, los derechos fundamentales no pueden entenderse como absolutos, pues en determinados casos cabe la posibilidad de que estos sean limitados y esa forma de coartarlos sea perfectamente amparada por los preceptos constitucionales siempre y cuando sea una limitación racional y proporcional.

No existe una definición definitiva de derechos fundamentales. Robert Alexy y Carlos Bernal sostienen que debe buscarse una estructura integrativa de los derechos fundamentales, pues a su juicio hay una serie de concepciones que definen la estructura básica y el fin de los derechos fundamentales. La interpretación respecto de los derechos fundamentales estará condicionada dependiendo del contexto y de las corrientes predominantes. Esas categorías son, según Alexy y Bernal (1993): (i) la teoría del Estado de derecho; (ii) la teoría institucional de los derechos fundamentales; (iii) la teoría axiológica de los mismos; (iv) la teoría democrática/funcional y, (v) la teoría del Estado Social. A la hora de analizar los derechos fundamentales, todas estas categorías son importante, pues han permitido que estos se transformen y se amplíen gracias a las cargas interpretativas que los perfeccionan conforme el prototipo de Estado que los crea y transforma.

El orden jurídico colombiano no es ajeno a comprender los derechos fundamentales a partir de la dignidad de los seres vivos. La Constitución de 1991 en su artículo 1, además de trazar la forma de organización política, afirma que Colombia es un Estado fundado en el respeto de la dignidad. La Constitución se convierte en un instrumento que cuantitativamente contiene numerosos derechos fundamentales; sin embargo, no puede permitirse el equívoco de asimilar que la lista de derechos fundamentales es taxativa, pues “el carácter fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro de un texto constitucional, sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona” (Sentencia T-406/92, 1992).

El poder judicial dentro de un Estado constitucional deja de ser tímido y las cargas argumentativas en el ejercicio del derecho se hacen imperantes. De ahí que los jueces ocupen un lugar preeminente dentro de la construcción del Estado constitucional, pues ya no está limitado a la mera aplicación exegética de la norma, sino que puede ser creador de derechos fundamentales y puede darle a un derecho la condición de fundamental a través de interpretaciones motivadas.

El juez constitucional emerge históricamente para asegurar los derechos fundamentales y sancionar su violación al ser quien goza de una posición que le permite concretar el contenido mismo de esos derechos. En este sentido, afirma López (2011): “La función del juez constitucional no debe limitarse a la de ser un aplicador mecánico del derecho. Él debe ser un creador de la norma, aún en detrimento de la seguridad jurídica”.

Dentro del orden jurídico interno, la constitución el primer instrumento idóneo para que de él emanen derechos fundamentales es. Los derechos fundamentales también pueden emanar de otras entidades, dado que un derecho fundamental es una declaración normativa (convencional, constitucional, legal, judicial, o administrativa), a través de la cual se faculta a un sujeto para exigir o reclamar unos atributos materiales que aseguren una esfera básica de autodeterminación, dignidad o supervivencia.

Distinción de derechos

Ya formada una idea respecto de los derechos humanos y los derechos fundamentales —sabiendo que los primeros sirven de inspiración a los últimos— es procedente tomar lo hasta ahora trabajado para poner en paralelo estas dos categorías de derechos e identificar las diferencias entre ambos derechos para no recurrir al equívoco de analizarlos como dos categorías iguales. Criterios como el alcance, titularidad, efectos jurídicos e instrumentos de protección, se pueden extraer diferencias muy representativas que serán enriquecedoras para la discusión.

Es menester iniciar quizás con una de las diferencias más obvias: el alcance de cada uno de esta categoría de derechos. Para el caso de los derechos humanos tenemos un alcance universal, que va a la par con otra característica y es su inalienabilidad. Los derechos humanos, desde su génesis así como desde las primeras declaraciones en las que fueron reconocidos, han aspirado a la universalidad con acciones afirmativas que demuestran que los derechos humanos le pertenecen a los seres humanos por el mero hecho de existir en un plano material sin ningún tipo de discriminación o distinción. En parte, esto se debe a la gran influencia del derecho natural sobre la inspiración de los derechos humanos. De ello se presumía que este tipo de derechos debían ser reconocidos a todas las personas de la naturaleza humana y, por tanto, no son susceptibles de ser disponibles ni por su mismo titular u otros sujetos, ni siquiera por el imperioso poder del Estado.

Contrario a lo que sucede con los derechos humanos, el alcance de los derechos fundamentales se encuentra limitado por las fronteras del Estado. Los derechos fundamentales se reducen a un estrecho círculo de titulares, por eso

su alcance es nacional, pues están definidos y creados por el mismo Estado a través de la norma suprema. De ahí que sean asimilados como derechos constitucionales, así como por la labor proactiva de los jueces que fungen dentro del Estado constitucional, quienes gozan de una posición privilegiada pues no solo son intérpretes de los derechos fundamentales, sino que pueden crearlos. Así, los derechos fundamentales, como derechos cuyo contenido es del más alto nivel jerárquico dentro del ordenamiento jurídico, se circunscriben a asegurar márgenes mínimos de vida digna a los asociados y su cumplimiento depende del Estado y de los mecanismos que este disponga para su implementación. Por lo tanto, están fuera del alcance del derecho internacional, encargado de la protección de los derechos humanos.

Los derechos humanos tienen origen en los tratados internacionales, mientras que los derechos fundamentales encuentran su sustento normativo en la constitución. La principal fuente de reconocimiento de los derechos humanos, en el plano internacional, son los tratados internacionales, pues están pensados para elaborar sistemas de protección de estos derechos. Sin duda, esto implicó un avance en materia de derechos humanos, dado que, como afirma Nikken (1994):

El camino para avanzar en el desarrollo de un régimen internacional de protección imponía la adopción y puesta en vigor de tratados internacionales a través de los cuales las partes se obligaran a respetar los derechos en ellos proclamados y que establecieran, al mismo tiempo, medios internacionales para su tutela en caso de incumplimiento. (pp. 20-21)

El círculo de beneficiarios de las garantías derivadas de los derechos humanos está conformado por la persona humana, independiente de su nacionalidad u otras condiciones que le sean propias —raza, sexo, religión, entre otros— debido a que el desarrollo de los derechos humanos está inseparablemente vinculado a la persona. Para el caso de los derechos fundamentales, cada orden jurídico es libre de ampliar el contenido y el círculo de destinatarios sobre los cuales recaigan estos derechos, y eso sucede porque los derechos fundamentales no son tan reduccionistas cuando de titulares del derecho se trata. Por ejemplo, en el caso colombiano, la jurisprudencia se ha esforzado por ampliar el alcance de los derechos fundamentales al otorgar la titularidad de estos a seres vivos no precisamente humanos. Un ejemplo de ello es la Sentencia T-622 (2016) que marca un hito en la protección del medio ambiente, al reconocer al río Atrato como merecedor de derechos. En esta sentencia la Corte va más allá de lo pretendido y afirma que “la justicia con la naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano y debe permitir que la naturaleza pueda ser sujeto de derechos” (Sentencia T-622/16, 2016). Todo ese fundamento termina por ser determinante a la hora de fallar, pues la Corte Constitucional declara que el río Atrato es sujeto de derecho, lo que implica su protección, mantenimiento y conservación.

Desde el punto de vista de la obligatoriedad es evidente que existe una meridiana diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales. Para el caso de los derechos humanos es evidente que los órganos destinados para su protección de los derechos “por sí solos no tienen la capacidad de implementar las transformaciones necesarias para la garantía absoluta de los derechos” (Kletzel y Barreto, 2015). Esto quiere decir que estos derechos pueden estar enumerados en diversos instrumentos, pero no se convierten en derechos con fuerza vinculante hasta que exista “un reconocimiento social y promulgación legal del derecho igual de todas las personas” (Rabossi, 1990). Es necesario que esa obligatoriedad esté ratificada por la normativa para que pasen de ser reclamos morales a verdaderos derechos. Pueden existir largas enunciaciones de derechos humanos, pero hasta que no sean avalados normativamente no gozan de fuerza jurídica vinculante. Para el caso de los derechos fundamentales, al ya encontrarse vinculados al sistema jurídico mediante los instrumentos dispuestos para ello, gozan de la posibilidad de ser exigibles, pues están protegidos por el mismo sistema jurídico y sus instituciones. Fueron creados por el mismo orden jurídico a través de expresiones explícitas del constituyente o la discrecionalidad judicial, porque se prevé que están dispuestos los mecanismos para ser implementados. Pero lo que hay que saber es que esa exigibilidad de los derechos fundamentales no puede trascender la esfera nacional, pues estos, a pesar de ser derechos individuales, en primer lugar “son sólo exigibles respecto del Estado en que la persona es ciudadano” (Nogueira, 2009).

Con relación a los instrumentos de protección, encontramos que en favor de los derechos humanos opera la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de la que se desprenden dos tipos de órganos principales para la protección y promoción de los derechos humanos: los creados por la carta de la ONU que incluye a la Comisión de Derechos Humanos; y los creados en virtud de tratados internacionales, tales como el Comité de Derechos Humano (CCPR), Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), Comité contra la Tortura (CAT), entre otros. Para el caso de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico colombiano, un desarrollo importante en materia de derecho constitucional es el nacimiento de la acción de tutela que se desarrolla normativamente mediante el Decreto 2591 (1991) como un mecanismo judicial autónomo que permite a los habitantes del territorio la protección más inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos hayan sido vulnerados o se encuentren ante un peligro de inminente amenaza. Es un mecanismo muy accesible que se sustrae de los tecnicismos y formalidades propias de otros tipos de procesos. Esto puede atribuirse en gran medida a que la existencia de derechos fundamentales plantea la necesidad de medios de protección más expeditos. Como se sabe, los derechos fundamentales deben ir acompañados de mecanismos de implementación realistas y eficaces, por lo que no

basta con que exista una lista de derechos sin la acción de tutela, por ejemplo. A pesar de esta combinación exitosa, no puede dejarse de lado la importancia de los jueces constitucionales que intervendrán en esa dualidad —derechos, acción de tutela—, pues una y otra coexisten de manera cierta y necesaria, y el juez pasa a ser el mediador entre ellas

Los derechos humanos son preexistentes al orden jurídico (Vidal, 2005). Sin embargo, no puede decirse lo mismo sobre los derechos fundamentales (Prieto Sanchís, 2014). En efecto, estos no son preexistentes ni al Estado ni al ordenamiento jurídico (Carbonell, 2011). La existencia de los derechos fundamentales está condicionada a una norma jurídica que determine su naturaleza y le otorgue titularidad a los destinatarios. Los derechos fundamentales son producto del reconocimiento, de la relevancia de los derechos humanos, pero ya positivizados. Así, para Miguel Carbonell (2014), “los Derechos Fundamentales son derechos humanos constitucionalizados”. Previo a un derecho fundamental hay un derecho humano que lo antecedió e inspiró, cuyo resultado es el reconocimiento normativo dentro de determinado ordenamiento. En conclusión, hablar de derechos humanos implica reconocer una serie de esfuerzos que históricamente cedieron paso a los derechos fundamentales.

Los derechos humanos están concebidos para complementar las garantías nacionales estructuradas para la defensa de los derechos fundamentales. Ambos derechos están unidos por una relación de subsidiariedad y complementariedad, pues uno de los firmes propósitos de los derechos humanos es el de reforzar la protección normativa de los derechos fundamentales.

Conclusiones

Del desarrollo del presente estudio es claro que se determinan diferencias del orden estructural, teórico, metodológico y teorético en la medida que su construcción plantea diferencias marcadas que fijan dos dimensiones de un propósito común para el Estado constitucional. Esto se debe a que se reconoce que la visión del constitucionalismo se nutre tanto de una dimensión política como de una dimensión jurídica, lo que refleja que se puede construir una modelación con las siguientes diferencias (tabla 1):

Tabla 1. Estructura y diferencia entre derechos

Categorías	Derechos humanos	Derechos fundamentales
Alcance	<p><u>Universal</u>. La influencia del derecho natural sobre la inspiración para la formación de los derechos humanos supone que a todo integrante de la naturaleza humana deben ser reconocidos estos derechos sin tener en cuenta distinción de ninguna índole. Son derechos indisponibles tanto para su titular como respecto a otros sujetos. Representan una abstención frente al poder del Estado.</p>	<p><u>Local</u>. Son derechos creados desde el plano nacional, donde su alcance está definido por el mismo Estado, y es este quien debe velar principalmente por hacerlos cumplir.</p> <p>En el plano nacional, los jueces gozan de una posición privilegiada no solo en la interpretación de estos derechos, sino que pueden fungir como creadores de derechos fundamentales. A través de la interpretación, se define su alcance.</p>
Fuentes que inspiran su creación	<p><u>Los tratados internacionales</u> son la principal fuente para el reconocimiento de los derechos humanos, ya que tienen como objeto elaborar sistemas de protección para los mismos. En el orden interno sirven de inspiración para las futuras consagraciones de nuevos derechos dentro del orden jurídico.</p>	<p><u>La constitución</u> es el instrumento encargado dentro del orden jurídico de enunciar los derechos fundamentales; delimitándolos y fijando los elementos subjetivos y objetivos que les son propios. El hecho de que haya una consagración expresa de un derecho fundamental en la constitución política, le otorga de manera inmediata una esfera especial de protección.</p>
Sujetos	<p><u>La persona humana</u>. Esta conforma el círculo de beneficiarios de las garantías de los derechos humanos, de la que se sustrae cualquier tipo de distinción o discriminación por razón de sexo, raza o religión. El desarrollo de estos derechos está inseparablemente ligado a la persona humana; son derechos inherentes a su dignidad y por tanto son inenajenables.</p>	<p><u>Sujetos de derecho</u>. Los derechos fundamentales pueden ser más amplios frente a los titulares. Para ese caso, los ordenamientos son libres de determinar el conjunto de titulares sobre los cuales recaiga. En efecto, es menos reduccionista que cuando se habla de derechos humanos. Así, la jurisprudencia ha liderado la discusión y ha afirmado que los derechos deben ir más allá del escenario humano, para permitir que otros seres vivos no humanos sean acreedores de derechos y tengan una especial protección en el interior del Estado.</p>

Categorías	Derechos humanos	Derechos fundamentales
<i>Efectos jurídicos</i>	<p>Los órganos con los que cuenta para su protección no aseguran la fuerza suficiente, por sí mismos, para asegurar la garantía absoluta de los derechos humanos. A pesar de que se enumeren derechos en declaraciones o instrumentos, no contarán con fuerza vinculante hasta que no haya un reconocimiento social y una norma jurídica que así lo determine (teoría de la validez). Esta es la ruta para asegurar que los derechos humanos dejen de ser un reclamo moral y se conviertan en verdaderos derechos legales.</p>	<p>Los derechos fundamentales se entienden como derechos ya incorporados dentro del ordenamiento jurídico interno. Por tanto, cuentan con los instrumentos y las instituciones dispuestas para asegurar su protección e implementación; son derechos que pueden exigirse. El problema de la validez se resuelve, pues se entiende que hay un reconocimiento social y se sabe que los derechos fundamentales positivados pasaron por un procedimiento debido, fueron autorizadas por otra norma y ya pertenecen al sistema jurídico. Por tanto, cuentan con fuerza vinculante. Tal fuerza vinculante no trasciende la esfera nacional, pues solo son exigibles dentro del Estado que les dio existencia jurídica.</p>
<i>Instrumentos destinados para su protección</i>	<p><u>Organización de las Naciones Unidas (ONU)</u>. De ella se desprenden dos órganos principales para la protección de los derechos humanos: (i) creados por la Carta de la ONU, y (ii) los instrumentos de protección creados a través de tratados internacionales.</p>	<p><u>Acciones constitucionales</u>. Para el caso colombiano, es un instrumento de suma importancia relativo a la defensa y la protección de los derechos fundamentales, nace normativamente con la configuración de mecanismos de tutela judicial efectiva a través de la jurisdicción constitucional. También es de destacar la importancia de los jueces que serán quienes intervengan en esa relación entre derechos fundamentales y tutela judicial efectiva.</p>
<i>Dimensión temporal</i>	<p>Preexistentes al orden jurídico. Se parte de que son derechos inherentes al ser humano. Sin embargo, esos derechos son tomados y pueden positivarse de manera que sean reconocidos y sean expresados normativamente a través de principios y valores.</p>	<p>Son condicionados por la existencia de una norma jurídica. No se entienden como preexistentes al ordenamiento, sino que, por el contrario, su existencia está sujeta a una norma jurídica y les determine los límites de su alcance.</p>
<i>Dinamización institucional</i>	<p>Obedece a un orden político que se construye sobre la esfera pública. En este sentido, se determina la importancia de alentar la acción de gobierno y la intervención estatal y de buscar generar cambios o concesiones en términos estructurales de la sociedad y el Estado.</p>	<p>Obedece a un orden jurídico que se construye sobre las instituciones, en la medida que generan ámbitos de exigibilidad de los derechos. La positivización de los mismos determina los retos y los alcances de garantía de protección.</p>

Fuente: elaboración propia.

De la construcción de las mismas, lejos de generar una simple diferenciación, es importante dar cuenta de que su construcción tiene implícita una condición de aplicabilidad frente a los estándares y las condiciones sociales del proceso de constitucionalización de los Estados. En esta medida la construcción de la idea de constitución prevé una dimensión aspiracional que, desde lo político, plantea que los derechos humanos son una construcción inmaterial, que tiene un papel sobre la discusión pública, sobre las tareas pendientes en el plano político de la ciudadanía y los Estados.

Mientras que, en un valor fundamental, los derechos fundamentales tienen una representación que se plantea sobre la discusión institucional, esta tesis articulada a la visión de derecho subjetivo presupone reconocer que, en la medida que los Estados y los sistemas jurídicos reconocen la presencia de derechos fundamentales, los mismos permiten plantear cómo se materializa la Constitución efectivamente. Esta tesis plantea que la construcción positiva del derecho no limita la dimensión de la Constitución, sino que, en un sentido diferencial, la amplía dando un margen de aplicación efectiva sobre las garantías.

Entre estas dos categorías, existe un relacionamiento implícito que consolida la idea del Estado constitucional y, con ello, posibilita la constitucionalización del ordenamiento jurídico, puesto que su construcción establece un impulso constante que no ofrece soluciones sobre los casos difíciles, sino que propone los puntos funcionales que dan fortaleza y consolidan la idea del constitucionalismo. Frente a estos es necesaria su distinción y relacionamiento.

Referencias

- Alexy, R. (2007). Sobre los derechos constitucionales a protección. En R. García, (coord.), *Derechos sociales y ponderación* (pp. 45-84). Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Alexy, R. y Bernal, C. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Arango, R. (2012). *El concepto de los derechos sociales fundamentales*. Legis Editores.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1986, 4 de diciembre). *Resolución 41/120. Establecimiento de normas internacionales en materia de derechos humanos*. <https://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/41/120>
- Asensi, J. (2003). Reseña: Häberle, P., El Estado constitucional. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones Jurídicas, 2001. *Teoría y realidad constitucional*, (10-11), 741-749. <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6593>
- Atienza, M. (2003). Argumentación jurídica y Estado constitucional. *Anales de jurisprudencia*, (261), 353-369. <https://bit.ly/3t6WmaE>
- Carbonell, M. (2014). *Una historia de los derechos fundamentales*. Porrúa.
- Carbonell, M. (2011). *Aproximación al derecho constitucional*. Tirant lo Blanche

- Cárdenas, J. (2017). *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*. UNAM.
- Corte Constitucional (2016, 10 de noviembre). Sentencia T-622/16 (Jorge Iván Palacio Palacio, M.P.). <https://bit.ly/3zIjpwM>
- Corte Constitucional (2012, 6 de junio). Sentencia C-415/12 (Mauricio González Cuervo, M.P.). <https://bit.ly/3zEIWgJ>
- Corte Constitucional (1995, 12 de mayo). Sentencia T-207/95 (Alejandro Martínez Caballero, M.P.). <https://bit.ly/3kPDuJA>
- Corte Constitucional (1992, 5 de junio). Sentencia T-406/92 (Ciro Angarita Barón, M.P.). <https://bit.ly/3yOXWQ1>
- Ferrajoli, L. (2006). Sobre los derechos fundamentales. *Cuestiones constitucionales*, (15), 113-136. <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24484881e.2006.15.5772>
- Fioravanti, M. (2009). *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Trotta.
- Gallardo, H. (2010). Teoría crítica y derechos humanos. Una lectura latinoamericana. *Revista de derechos humanos y estudios sociales*, 2(4), 57-89. <https://bit.ly/3mX3SnM>
- García Pelayo, M. (1991). Estado legal y Estado constitucional. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, (82), 32-45. <https://bit.ly/3yEdiq8>
- Guastini, R. (2003). *La constitucionalización del orden jurídico: el caso italiano*. Trotta.
- Hesse, K. (2005). La jurisprudencia y la jurisdicción constitucional. *Revista Iberoamericana Procesal Constitucional*, (4), 157-168.
- Kletzel, G. y Barreto, C. (2015). El desafío de complementariedad en la nueva arquitectura institucional en derechos humanos de América Latina. En M. Rojas (ed.), *Desafíos del sistema interamericano de derechos humanos. Nuevos tiempos, viejos retos* (pp. 20-61). Colección DeJusticia. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=738891>
- López, G. (2011). El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces? *Cuestiones constitucionales*, (24), 169-193. <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24484881e.2011.24.5949>
- Nikken, P. (1994). El concepto de derechos humanos. En R. Cerdas y R. Nieto (comps.), *Estudios Básicos de Derechos Humanos. Tomo I* (pp. 15-37). Instituto Interamericano de Derechos Humanos. <https://bit.ly/2WIpfhU>
- Nino, C. (2007). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Astrea.
- Nogueira, H. (2009). Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano. *Estudios constitucionales*, 7(2), 143-205. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200007>
- Nohlen, D. (2007). Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia. En A. Ofiate (ed.), *Tribunales constitucionales y consolidación de la democracia* (pp. 3-51). Suprema Corte de Justicia de la Nación (México).
- Pérez, J. (2008). El individuo como sujeto de derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 8, 599-642. <https://bit.ly/3DEAwQJ>

- Petzol, M. (2012). Noción de supremacía constitucional: justicia y jurisdicción constitucional. *Frónesis: revista de filosofía jurídica, social y política*, 19(3), 372-387.
- Portela, J. (2009). Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo. *Dikaion*, 18, 33-54. <https://bit.ly/3BBwJSt>
- Presidencia de la República de Colombia. (1991, 19 de noviembre). Decreto <Ley> 2591 de 1991. Diario Oficial n.º 40.165. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2591_1991.html
- Prieto Sanchís, L. (2014) *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta.
- Rabossi, E. (1990). La teoría de los derechos humanos naturalizada. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (5), pp 159-175. <https://bit.ly/3zLOs9u>
- Restrepo, J. (2018). *Estructura constitucional del estado colombiano*. Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Rubio, F. (1993). El principio de legalidad. *Revista española de derecho constitucional*, 13(39), 9-42. <https://bit.ly/3t8iC45>
- Sepúlveda, I. (2001). Revoluciones burguesas y triunfo del Estado liberal (1815-1870). En J. Avilés (ed.). *Historia política y social moderna y contemporánea* (279-308). UNED.
- Silva, L. (2012). La supremacía constitucional: fundamento y límite de su garantía por el Tribunal Constitucional. En J. Couso (ed.), *Anuario de derecho público 2012* (pp. 615-629). Universidad Diego Portales. <https://bit.ly/2VaeY6N>
- Uprimny, R. (2013). Estado de derecho. *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, (5), 168-176. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2176>
- Vidal, J. (2005) *Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas*. Legis.
- Vila Casado, I. (2009). *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*. Legis.
- Zagrebelsky, G. (1999). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta.