

Sociedad y derecho



Editores

Andrea Johana Aguilar-Barreto
Valmore Bermúdez-Pirela
Yurley Karime Hernández Peña

 UNIVERSIDAD
SIMÓN BOLÍVAR

BARRANQUILLA Y CÚCUTA - COLOMBIA | VIGILADA MINEDUCACION



Res. 23095, del MEN

Sociedad y derecho

Editores

Andrea Johana Aguilar-Barreto

Valmore Bermúdez-Pirela

Yurley Karime Hernández Peña

Sociedad y derecho

Editores

Andrea Johana Aguilar-Barreto
Valmore Bermúdez-Pirela
Yurley Karime Hernández Peña

Autores

Andrea Johana Aguilar-Barreto
Yurley Karime Hernández Peña
Carlos Efrén Largo Leal
Carlos Fernando Hernández Morantes
Clara Paola Aguilar Barreto
Claudia Eufemia Parra Meaury
Deisy Marcela Caballero Flórez
Diego Alexander Jaimes Monsalve
Edison Giovanni Medina Ramírez
Elizabeth Pérez García
Erika Nathalia Ordóñez Mahecha
Ever Santafé Prada
Gladys Shirley Ramírez Villamizar
Javier Antonio Alba Niño
José Iván Silva Rincón
Karol Stephanie Cabrera Poveda
Leidy Yasmin Quintero Ortega
Leonardo Yotuhel Díaz Guecha
Linda Katherine Murcia Sanabria
Martha Isabel Jáuregui Hernández
Michael Javier Guerrero González
Nereyda Johana Quintero Bayona
Oscar Leonardo Medina González
Paola Sánchez Jiménez
Peter Jesús Niño Villegas
Reynaldo Guarín Roa
Samuel Leonardo López Vargas
Sandra Bonnie Flórez Hernández
Viviana Andrea Botello Pradilla
Yonatan Alejandro Aguilar Bautista



Sociedad y derecho

Editores

©Andrea Johana Aguilar-Barreto
©Valmore Bermúdez-Pirela
©Yurley Karime Hernández Peña

Autores

©Andrea Johana Aguilar-Barreto
©Yurley Karime Hernández Peña
©Carlos Efrén Largo Leal
©Carlos Fernando Hernández Morantes
©Clara Paola Aguilar-Barreto
©Claudia Eufemia Parra Meaury
©Deisy Marcela Caballero Flórez
©Diego Alexander Jaimes Monsalve
©Edison Giovanni Medina Ramirez
©Elizabeth Pérez García
©Erika Nathalia Ordóñez Mahecha
©Ever Santafé Prada
©Gladys Shirley Ramírez Villamizar
©Javier Antonio Alba Niño
©José Iván Silva Rincón
©Karol Stephanie Cabrera Poveda
©Leidy Yasmin Quintero Ortega
©Leonardo Yotuhel Díaz Guecha
©Linda Katherine Murcia Sanabria
©Martha Isabel Jáuregui Hernández
©Michael Javier Guerrero González
©Nereyda Johana Quintero Bayona
©Oscar Leonardo Medina González
©Paola Sánchez Jiménez
©Peter Jesús Niño Villegas
©Reynaldo Guarín Roa
©Samuel Leonardo López Vargas
©Sandra Bonnie Flórez Hernández
©Viviana Andrea Botello Pradilla
©Yonatan Alejandro Aguilar-Bautista

Sociedad y derecho / editores Andrea Johana Aguilar-Barreto, Valmore Bermúdez-Pirela, Yurley Karime Hernández Peña; Carlos Efrén Largo Leal [y otros 29] -- Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2018.

206 páginas; ilustraciones, tablas.
ISBN: 978-958-5533-36-3 (Versión electrónica)

1. Responsabilidad médica 2. Arbitraje y laudo 3. Arbitraje Internacional 4. Emigración e inmigración -- Aspectos socio-jurídicos 5. Derechos Humanos 6. Derecho ambiental -- Análisis jurisprudencial 7. Acuerdos de Paz -- Análisis histórico -- Colombia 7. Delitos informáticos -- Análisis jurídico -- Colombia I. Aguilar-Barreto, Andrea Johana, editor II. Bermúdez-Pirela, Valmore, editor III. Hernández Peña, Yurley Karime, editor IV. Largo Leal, Carlos Efrén V. Hernández Morantes, Carlos Fernando VI. Aguilar Barreto, Clara Paola VII. Parra Meaury, Claudia Eufemia VIII. Caballero Flórez, Deisy Marcela IX. Jaimes Monsalve, Diego Alexander X. Medina Ramirez, Edison Giovanni XI. Pérez García, Elizabeth XII. Ordóñez Mahecha, Erika Nathalia XIII. Santafé Prada, Ever XIV. Ramírez Villamizar, Gladys Shirley XV. Alba Niño, Javier Antonio XVI. Silva Rincón, José Iván XVII. Cabrera Poveda, Karol Stephanie XVIII. Quintero Ortega, Leidy Yasmin XIX. Díaz Guecha, Leonardo Yotuhel XX. Murcia Sanabria, Linda Katherine XXI. Jáuregui Hernández, Martha Isabel XXII. Guerrero González, Michael Javier XXIII. Quintero Bayona, Nereyda Johana XXIV. Medina González, Oscar Leonardo XXV. Sánchez Jiménez, Paola XXVI. Niño Villegas, Peter Jesús XXVII. Guarín Roa, Reynaldo XXVIII. López Vargas, Samuel Leonardo XIX. Flórez Hernández, Sandra Bonnie XXX. Botello Pradilla, Viviana Andrea XXXI. Aguilar Bautista, Yonatan Alejandro XXXII. Tit.

340 S678 2018 Sistema de Clasificación Decimal Dewey 21ª edición

Universidad Simón Bolívar – Sistema de Bibliotecas

Grupos de investigación

Altos Estudios de Frontera (ALEF), Universidad Simón Bolívar, Colombia
Rina Mazuera Arias

ISBN: 978-958-5533-36-3

Impreso en Barranquilla, Colombia. Depósito legal según el Decreto 460 de 1995. El Fondo Editorial Ediciones Universidad Simón Bolívar se adhiere a la filosofía del acceso abierto y permite libremente la consulta, descarga, reproducción o enlace para uso de sus contenidos, bajo una licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional. <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



© Ediciones Universidad Simón Bolívar

Carrera 54 No. 59-102

<http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co/edicionesUSB/dptopublicaciones@unisimonbolivar.edu.co>
Barranquilla y Cúcuta

Producción Editorial

Conocimiento Digital Accesible. Mary Barroso, Lisa Escobar

Urb. San Benito vereda 19 casa 5. Municipio Santa Rita del Estado Zulia- Venezuela. Apartado postal 4020. Teléfono: +582645589485, +584246361167. Correo electrónico: marybarroso27@gmail.com, conocimiento.digital.a@gmail.com

Diciembre del 2018

Barranquilla

Made in Colombia

Como citar este libro

Aguilar-Barreto, A.J., Bermúdez-Pirela, V. y Hernández Peña, Y.K. (Eds.) (2018). Sociedad y derecho. Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar

DOI:

6

DERECHOS FUNDAMENTALES INNOMINADOS: EVOLUCIÓN, CONCEPTO Y APLICACIÓN

Samuel Leonardo López-Vargas

Abogado en formación, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta, E-mail: leonarsamuellopez@gmail.com

Elizabeth Pérez García

Abogado en formación, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta, E-mail: perez.elizabeth1603@gmail.com

Erika Nathalia Ordóñez Mahecha

Abogado en formación, Universidad Simón Bolívar Sede Cúcuta, E-mail: erika_nathalia@outlook.com

Clara Paola Aguilar-Barreto

Abogada, Universidad Libre. Especialista en Derecho Contencioso Administrativa, Externado de Colombia. Maestrante en derecho Público, Externado de Colombia. Docente Investigador Universidad Simón Bolívar, Colombia. Orcid: <http://org/0000-0003-1185-5154>

Andrea Johana Aguilar-Barreto

Abogada, Universidad Libre. Administradora, ESAP. Licenciada en Lengua Castellana, Universidad de Pamplona. Doctora en Educación, UPEL. Postdoctora, innovación educativa y TIC. Especialista en Orientación de la conducta, Universidad Francisco de Paula Santander. Especialista en Administración Educativa, UDES. Docente Investigador de Universidad Simón Bolívar, Colombia. Orcid: <http://org/0000-0003-1074-1673>

Resumen

En el presente escrito se asume una discusión respecto a la noción de derecho fundamental innominado, partiendo desde su fundamentación epistemológica en cuanto a la naturaleza del ser persona y su relación con aquellos derechos inherentes que guardan relación directa con su dignidad, lo que exige determinar su axiología directa con el iusnaturalismo y su transformación a derecho humano mediante las diferentes revoluciones acontecidas durante la edad moderna. Para lograr este objetivo, se utiliza un método hermenéutico desde diferentes

corrientes del derecho como el iusnaturalismo e ius-positivismo para analizar el recorrido histórico-filosófico de la noción de derecho innominado, además, del razonamiento jurídico en la sistematización de ciertas facultades jurídicas no positivizadas por parte de los precedentes de la Corte Constitucional colombiana, mediante la ponderación de principios constitucionales.

Palabras clave: Derecho innominado – derecho natural – derecho humano - derecho fundamental

Innominate fundamental rights: evolution, concept and application

Abstract

This paper discussion is assumed about the notion of the innominate fundamental rights, starting from his foundation epistemology in terms of the nature of a person and his relationship with those rights inherent to the human being, that a hold a direct relationship with his own dignity, which helps to identify a direct axiology with the natural law and the transformation to a human right through the different revolutions that occurred during the modern age. To achieve this goal, we start use hermeneutics method from different currents of law such as iusnaturalism and iuspositivism to analyze the historical-philosophical journey of the notion of unnamed law, in addition, the legal argumentation for the systematization of certain rights not positivized by the jurisprudence of the Colombian constitutional court through the weighing of constitutional principles.

Keywords: Innominate rights - Natural right - human rights - Fundamental rights

Introducción

Entender el concepto de *derecho fundamental*, su epistemología en la dignidad personal y el poder, conlleva realizar una reflexión histórica y filosófica del mismo concepto. Antropológicamente esta noción parte del iusnaturalismo como aquellas facultades que eran intrínsecas de la persona por su condición de vida, donde los reyes y monarcas merecían el poder por su origen real, mientras que el pueblo debía ser oprimido, de lo anterior según como describe Castro (2015), nace “*un esquema dualístico del poder*” entre quien domina y los dominados, permitiendo establecer que la historia humana es una sucesión de violencia entre quien ostenta la autoridad y su resistencia por obtener el poder y derechos. (Foucault, 1981).

Mediante las revoluciones de los siglos XVIII al XX, se reconceptualiza la noción de iusnaturalismo en donde no importa el origen que tenga una persona, las facultades son otorgadas a los seres humanos por el hecho de haber nacido; mediante estos sucesos, los dominados adquieren derechos, los cuales deben ser respetados y acatados por el dominante, quedando estas facultades establecidas en instrumentos internacionales como: la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789) y la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948), mutando de esta forma del iusnaturalismo a la noción de derecho humano.

En el trascurso del siglo XX, fueron apareciendo las constituciones políticas y con ellas la positivización de los *derechos humanos* en los acápite de *derechos fundamentales*, siendo esta la esencia del presente artículo de investigación. El renacer del iusnaturalismo en Ronald Dworking (Neoiusnaturalismo), permitió que la metafísica vuelva a ser el centro para el derecho, permitiendo que las facultades de las personas se puedan establecer desde la norma positiva como de la natural; por esta razón, los Estados Sociales de Derecho, han introducido dentro de su constitución, una cláusula especificando que la mención de las facultades en las constituciones no niegan otros derechos que son inherentes a la persona, aunque estos no se establezcan dentro de ellas, ejemplo de lo anterior es el artículo 94 de la carta política colombiana o la enmienda novena de la constitución política de los Estados Unidos, de la anterior premisa se instauran los *derechos fundamentales innominados*, que no son otra cosa que aquellas facultades que no fueron positivizadas dentro del acápite de *derechos fundamentales* pero que son intrínsecas a la persona.

Metodología

Se analizó epistemológicamente y axiológicamente la noción de derechos mediante la evolución del iusnaturalismo, su transcurrir por el concepto de *derecho humano* hasta llegar a su positivización en *derecho fundamental* mediante las diferentes corrientes del derecho, abordando el paradigma dialógico de Sandoval (2002) donde “la subjetividad y la

intersubjetividad se conciben, entonces, como los medios e instrumentos por excelencia para conocer las realidades humanas” (p.29).

Se desarrolló, una interpretación desde un enfoque hermenéutico (Sandoval, 2002) para comprender la importancia que tiene los *derechos innominados* en la salvaguarda de la dignidad humana, principio fundamental en los Estados sociales de derecho por esto, la técnica de recolección de información fue el análisis del discurso por ser un factor que intercede en la “*constitución de la realidad social. Es lo que se conoce como la concepción activa del lenguaje, que le reconoce la capacidad de hacer cosas y que, por lo mismo, nos permite entender lo discursivo como un modo de acción*” (Santander, 2011).

En correspondencia con la técnica abordada, se construyeron protocolos de información en las siguientes condiciones: primero, la matriz de análisis documental (MAD), tendiente a recolectar e interpretar las diferentes posturas jurídico-filosóficas de la historia, que han hecho inferencia en la concepción de derechos inherentes al ser humano; segundo, se maneja la matriz de análisis jurisprudencial (MAJ), con ella se enlazan las tesis tenidas en cuenta por la Corte Constitucional para garantizar la prevalencia de ciertos *derechos fundamentales innominados* que por su naturaleza o analogía deben ser considerados como fundamentales.

Fundamentación teórica

Concepción sobre los derechos humanos.

La característica fundamental que define a los *derechos humanos*, consiste en la afirmación de que todas las personas, por solo haber nacido; son titulares de algunos derechos que nunca podrán ser vulnerados por la sociedad; estos tipos de derecho son intrínsecos al ser humano,¹ no se justifican por su nacionalidad, cultura, religión, entre otras circunstancias

¹ Por tratarse de derechos intrínsecos al ser humano, los Derechos Humanos forman parte del Derecho Natural.

para ser reconocidos. Son de carácter *universal* porque se predicán a toda persona en el planeta; *inviolables* partiendo que deben ser respetados por todas las personas al igual que los Estados; de forma *imprescriptible* dado que es improbable perderlos, ni se pueden adquirir pasado el tiempo; de contenido *inalienable* teniendo en cuenta que es imposible renunciar a ellos; son *indivisibles* debido que no hacen distinción entre clases; por último, *absolutos* puesto que están por arriba de cualquier otra norma y su límite radica en donde empieza las facultades y la dignidad de las demás personas (Escobar, 2011; Pérez y Aguilar-Barreto, 2017).

Los *derechos humanos* o *derechos del hombre*, más allá de la polémica nacida por su concepción como derecho subjetivo, se asemejan en su “*anterioridad e independencia de la norma positiva*” (Suarez, 2016); así, el núcleo básico del derecho humano nace desde un contexto marcado por guerras civiles que permitieron el reconocimiento personal, social y político de los sujetos frente al Estado; como fue el caso de la *Carta Magna de Inglaterra (1215)*, siendo tal vez el primer Estado donde se sancionó los derechos del hombre libre frente al poder del Rey, quedando excluidos la mayoría del pueblo por ser siervos o esclavos; igual que el *Bill of Rights de Inglaterra (1689)*, donde el Rey renunciaba a su origen divino acatando las órdenes del Parlamento y se comprometía a respetar ciertos derechos a los ciudadanos; *la revolución francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)*, este documento se enfatizó en el pensamiento burgués, afirmando que “*el poder reside en el pueblo*”; consecuentemente a estos acontecimientos, sobresalieron las revoluciones liberales en Europa y la independencia de América, permitiendo así, la creación de la *Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)*, dicha norma supranacional tiene como fin exponer como los Estados trabajando mancomunadamente con las personas logran la edificación de un orden social de carácter internacional, haciendo que las facultades proclamadas en este documento sean efectivas a todos las personas del planeta.

El cambio paradigmático de la noción de iusnaturalismo como una potestad divina de los monarcas por ser los representantes de Dios en la tierra, a la facultades que debe tener todo individuo por el hecho de

existir, desde una perspectiva humana², se da gracias a tres elementos estructurales según Ferreres (2011) primero, el origen de la supremacía constitucional en los recientes Estados de derecho; segundo, la relación entre regla y principio constitucional; y tercero, el activismo judicial de los modelos continentales europeos y el control norteamericano, lo cual permitió avanzar en la idea de un órgano que se encargasen de la interpretación, alcance y argumentación de la norma constitucional. Lo anterior, partiendo que al *derecho fundamental* se le debe atribuir un significado concreto y así poder proyectar solución a diversos problemas que surgen en las sociedades contemporáneas.

Mediante estos sucesos conceptuales e históricos de los *derechos humanos*, se pudo concluir una nueva categorización a partir de generaciones, teniendo en cuenta los decálogos constitucionales emergentes en los Estados, al igual que, el avance científico, económico, social y ambiental en el contexto social; autores como Escobar (2011) reconoce cuatro tipos de generaciones:

Primera generación. En esta generación se abarcan los derechos civiles y políticos, los cuales tienen como origen la disputa en contra del abuso al poder, estos derechos obligan a los Estados el respetar las facultades y libertades de sus habitantes; esta primera generación se plasmó en instrumentos tales como *el pacto internacional de derechos civiles y políticos*, donde se ven reflejados derechos tales como la vida, integridad física y moral, libertades, igualdad, justicia, participación política, entre otros.

Segunda generación. En ellos se agrupan derechos sociales y económicos, dirigidos a optimizar la calidad del vivir de los ciudadanos, donde los Estados juegan un importante papel en la satisfacción de

² A partir de las ideas humanista que se fueron concretando en Europa en el renacimiento y luego en América durante el periodo colonial, las clases medias empezaron a exigir el reconocimiento de ciertos derechos civiles, los cuales redujeron el poder de los monarcas; ejemplo de ello fue lo acontecido en Inglaterra durante el siglo XVII y XVIII.

necesidades y prestación de servicios; esta categoría de derechos es frecuente en las *Constituciones de Estados Sociales de Derecho*, donde se encuentran derechos como la seguridad social, el trabajo, salario justo, sindicatos, salud, entre otros.

Tercera generación. Conocidos también como derechos de pueblos o derecho de solidaridad, ellos nacen de problemas de carácter internacional como réplica a la necesidad de cooperar con diferentes Estados; el derecho de tercera generación, refiere a la preservación del ambiente natural, al igual que el desarrollo de los pueblos y su determinación; documentos tales como *la declaración de Estocolmo, la carta mundial para la naturaleza o la convención de Río de Janeiro*, son ejemplos de esta categorización.

Cuarta generación. Estos derechos engloban a todo individuo en una sola familia, para el fin, que entre todos busquen su bienestar general, así como la plena integración de la humanidad en el disfrute total de sus derechos, sin distinción por nacionalidad, orientación sexual, opción política, entre otros; de la forma anterior se deben identificar a estos derechos como supranacionales.

Derecho humano a derecho fundamental.

A finales del siglo XX, el contorno jurídico estuvo subyugado por el iuspositivismo mediante las nacientes teorías jurídicas, esta doctrina empezó a perder su posición frente a los nuevos ideales del derecho que intentaban explicar de forma concreta los diferentes problemas jurídicos-sociales; la crítica más notable al iuspositivismo tuvo lugar en la década del sesenta, formulada por Dworkin, en contra de Hart, el argumento vinculante a esta sátira recae en que puntualizar al derecho como el conjunto de normas formales y auxiliares resultaba improcedente (Suarez, 2016), para Dworkin el derecho no está integrado por reglas jurídicas, y por principios, estos tipos de normas se identifican porque su fuerza jurídica no está atada a actos institucionales de poder para volverse vinculantes, a contrario sensu, dependen de su propio contenido, puesto que sus mandatos son jurídicos y por ende deben ser cumplidos, como en los principios, los cuales se definen como *“un mandato de optimización”*

(Bernal- Pulido, 2009) es decir, los principios no establecen taxativamente lo que debe hacerse, simplemente son una guía para que las cosas se hagan lo mejor posible, de acuerdo a posibilidades existentes.

La crisis del iuspositivismo, condescendió la modificación de una vertiente jurídica anterior a esta; el neo-naturalismo jurídico, consintió en entender que el derecho debe estar formado por normas positivas y naturales, las primeras creadas por las realidades sociales, las segundas, son independientes a la voluntad del ser humano, teniendo en cuenta que son inherentes a la persona, lo que para el pensamiento contemporáneo denomina como *derechos humanos o derechos del hombre*, sin embargo, este tipo de derecho no se compensa con ser abstracto a los ordenamientos jurídicos, por su esencia exigen su positivización, es decir, conglomerarse en la diversidad de sistemas normativos (Suarez, 2016) de esta forma permite que los órdenes jurídicos tengan una mayor unidad y estabilidad respecto al método de mantener protegidos los principios y valores constitucionales.

La positivización de *derechos humanos*, admite el origen de *derechos fundamentales*, siendo estas normas positivas las que reconocen facultades jurídicas fundamentales a las personas Como expresa Robert Alexy, (citado por Bernal-Pulido, 2003) diversos fenómenos pueden ser catalogados bajo la expresión de derechos, sin embargo, la noción de *derecho fundamental* es el "*derecho a algo*", por consiguiente, existe una relación normativa entre el titular, el destinatario y el objeto de las facultades jurídicas, estableciendo un derecho exigible por parte del titular y una obligación relacional al derecho; la noción de *derecho fundamental* puede también definirse en tres sentidos diferentes: sentido formal, sentido material y sentido procedimental. Desde un sentido formal, *derecho fundamental* se concibe como todos aquellos catalogados como tales dentro de una constitución.

En sentido material, se establece mediante la relación intrínseca que guarda con los *derechos humanos*, los cuales, en ocasiones, se transforman en derecho constitucional positivo. De lo anterior, es de resaltar que no todo *derecho fundamental* se encuentra explícitos en la carta política

(Derecho positivo) existen ciertos derechos que, aunque no se establezcan dentro de la Constitución, son inherentes a la persona, a estos tipos de facultades, se les denomina como *derecho fundamental innominado*.

Finalmente, en coherencia con García, Ibañez y Aguilar-Barreto (2017) un *derecho fundamental* puede también verse desde un sentido procedimental, desde esta perspectiva, limitan el proceso democrático, al establecer que son vinculante también para el legislativo, es decir, el congreso o parlamento, al momento de crear la norma jurídica, no puede desconocer los derechos intrínsecos de la persona, teniendo en cuenta que los derechos constitucionales regulan aspectos necesarios en el desarrollo de la vida digna, por esta razón, una vez dada la positivización, deben ser respetados por el legislador (Cainciardo, 2001) de aquí, nace como pregunta ¿Quién y de qué manera tiene competencia para decidir sobre los *derechos fundamentales*? El encargado de establecer la norma es el poder constituyente.

Ni siquiera su interpretación vinculante definitiva puede dejarse en manos de la mayoría parlamentaria, dado que esta, en todo caso, debe estar vinculada por los derechos fundamentales... por consiguiente, la idea de una jurisdicción constitucional está ya implícita en el concepto de derecho fundamental. (Bernal pulido, 2003)

La jurisdicción constitucional, puede entonces considerar que cierto derecho pueda ser o no positivizado en la Carta Política, dependiendo de su trato e importancia con la dignidad del ser humano; en caso de aquellas facultades que no fueron introducidos en la Constitución, no es excusa para no adquieran esta categoría por acceso de la jurisprudencia. (Cecilia, 2012). El desarrollo del pensamiento de los *derechos fundamentales*, parte de reconocer históricamente las realidades sociales, pero no desde una mirada abstracta, sino como la forma de entender y poder satisfacer las necesidades de los individuos que habitan un territorio, cuanto que esto constituye la base fundamental del Estado.

En América Latina, alrededor de los años ochenta, se originó un fuerte retorno de las democracias representativas, conllevando el restablecimiento del constitucionalismo latinoamericano. Este proceso

se llevó adelante por medio de reformas constitucionales, identificándose por la incorporación de cantidad de facultades y herramientas jurídicas que permitieran proteger integralmente estos derechos; consintiendo en este sentido una transformación en las estructuras de los Estados que se evidencia en la reducción del poder, la tipificación de *derechos humanos*, permitiendo su ampliación a dimensiones como lo social, económico y cultural, además, la afiliación de tratados internacionales y la consolidación de la jurisdicción constitucional (Landa, 2002).

Resultados y discusión

Noción de derecho innominado y su relación con los derechos fundamentales en el Estado colombiano.

No todos los *derechos humanos* están claramente reconocidos por el ius-positivismo, pues su sustento no depende en la positivización como derecho fundamental, pese a ello, es cierto que los derechos naturales son tan significativos para las personas, que dificultosamente pueden ser excluidos del catálogo de *derechos fundamentales*; de tal manera, establece una relación estrecha entre los conceptos de *derecho humano* y *derecho fundamental*, permitiendo concluir que, aunque se puedan instituir diferencias entre estos conceptos, comparten características que permiten hablar de un florecimiento de la noción de iusnaturalismo. (Suarez, 2016)

Derecho fundamental innominado es aquel que no está positivizado como tal en la constitución, sin embargo, ha sido reconocido por instituciones jurídicas como fundamental por estar inmerso en el ámbito de amparo de principios constitucionales; por medio de los precedentes de la Corte Constitucional, se han acogido varios derechos fundamentales innominados que expresamente no están en la Carta Política o en la ley³, pero son vinculantes a las personas dentro del Estado colombiano, según

³ Como es el caso del derecho a la salud, a partir de la Constitución de 1991, la salud en el Estado colombiano se entiende como un derecho del catálogo de aquellos que son sociales, económicos y culturales, sin embargo, mediante la ley estatutaria 1755 de 2015, la salud se transforma en derecho fundamental en Colombia.

lo establece la Asamblea Nacional Constituyente (1991) en el artículo 94 superior⁴ y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (1991) en el artículo 2 del Decreto 2591⁵.

En los precedentes de la Corte Constitucional, es recurrente la aseveración de que la dignidad de una persona se concierne como el cimiento que da fuerza a los *derechos fundamentales* tanto innominados como positivizados, es aquí donde la ponderación juega un papel importante para el afirmación y desarrollo de los derechos constitucionales por parte de esta jurisdicción, así la Corte constitucional (1992) en Sentencia T-401, M.P. Eduardo Cifuentes, establece que la dignidad “*Más que derecho en sí mismo*” se debe entender como eje central de todas las facultades y garantías jurídicas contempladas en la carta política, ejemplo, la Corte constitucional (1996) en Sentencia T-645, M. P. Alejandro Martínez, da cuenta de la conexidad entre el derecho de la integridad física con la facultad jurídica de la vida, las cuales tienen una “*manifestación directa del principio de la dignidad humana*” a contrario sensu, la Corte constitucional (1996) Sentencia T-472, M.P. Eduardo Cifuentes, limita la dignidad de las personas jurídicas al establecer que ellas no pueden disfrutar de la titularidad de ciertas facultades jurídicas como la honra y el buen nombre.

Buena parte de las facultades innominadas reconocidas y desarrolladas por el Estado colombiano, han sido mediante la jurisdicción constitucional, mediante la ponderación de principios se ha consolidado un conjunto de argumentos sólidos para la estipulación de ciertas sub-reglas constitucionales que permitan mediante la irradiación del principio de la dignidad de la persona, el amparo de derechos inherentes y no positivizados del individuo para su desarrollo

⁴ Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

⁵ Artículo 2o. Derechos protegidos por la tutela. La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una decisión de tutela se refiere a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión.

pleno como persona. Algunos de estos derechos innominados son:

Derecho al mínimo vital. Este derecho innominado, cobija diversas prestaciones, como es el salario y la seguridad social; si bien, la Asamblea Nacional Constituyente (1991) en el artículo 53 constitucional, contempla la facultad jurídica que tiene todo trabajador a percibir una “remuneración mínima vital y móvil” como contraprestación por su trabajo, no es el único que desarrolla este derecho, se ha reiterado mediante el precedente de la Corte Constitucional, que el mínimo vital es una facultad jurídica fundamental atada con la dignidad humana, dado que compone la guarda de los ingresos que serán presupuestados a la subvención de las necesidades indispensables para lograr que la persona viva en dignidad. (Corte constitucional, 2011, sentencia T-211, M.P.: Juan Henao).⁶

De igual forma, la noción de *mínimo vital* no puede verse solo desde un enfoque cuantitativo, por el contrario, ha de verse desde lo cualitativo, considerando que su naturaleza depende de las circunstancias particulares; así, el *mínimo vital* no se asemeja al salario mínimo que percibe mensualmente el trabajador, en cambio, depende del entorno personal y familiar de cada individuo, partiendo directamente del status socioeconómico que la persona alcanzó a lo largo de su existencia (Corte constitucional, 2012, sentencia T-378, M.P.: María Guillen)⁷

Derecho a la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios. Se ha desarrollado mediante el tiempo, una amplia jurisprudencia, en relación a los individuos que pueden hallarse expuestos a inseguridades extraordinarios contra su vida o integridad personal, por tal razón, son *sujetos de especial protección*; estos hechos, ha destacado el órgano constitucional, debe revestir características específicas para que estas

⁶ Este enunciado, se puede encontrar también en sentencia SU-995/99, M.P.: Carlos Gaviria.

⁷ Este enunciado, se puede encontrar también en sentencias T-184/09, M.P.: Juan Carlos Henao.

personas, puedan ser parte de la protección de la facultad jurídica de la seguridad personal.

Debe tratar un nivel de inseguridades extraordinarios, el cual, las personas no están jurídicamente forzadas a soportar, en consecuencia, tienen derecho a recibir amparo especial a sus derechos por parte de las autoridades frente a estos hechos. La corte Constitucional en la sentencia T-719/2003 (M.P.: Manuel Cepeda), detalla características para establecer si un riesgo tiene la intensidad suficiente para ser extraordinario:

(i) debe ser específico e individualizable, es decir, no debe tratarse de un riesgo genérico; (ii) debe ser concreto, es decir, estar basado en acciones o hechos particulares y manifiestos, y no en suposiciones abstractas; (iii) debe ser presente, esto es, no remoto ni eventual; (iv) debe ser importante, es decir, que amenace con lesionar bienes o intereses jurídicos valiosos para el sujeto, por lo cual no puede tratarse de un riesgo menor; (v) debe ser un riesgo serio, de materialización probable por las circunstancias del caso, por lo cual no puede ser improbable; (vi) debe tratarse de un riesgo claro y discernible, no de una contingencia o peligro difuso; (vii) debe ser un riesgo excepcional, en la medida en que no es uno que deba ser soportado por la generalidad de los individuos; y (viii) debe ser desproporcionado, frente a los beneficios que deriva la persona de la situación por la cual se genera el riesgo. (Corte Constitucional, 2003)

Cuando estas características asistan, determina la corte que se debe fijar si es un riesgo que no es necesario que una persona tolere, en consecuencia, será ajustable la facultad jurídica de la seguridad personal. Entre mayor sean las características confluyentes, mayor debe ser el nivel de amparo por las autoridades a la seguridad personal del afectado.

Esta regla se ha aplicado, entre otras circunstancias, a miembros de diferentes partidos políticos como fue el caso de un integrante del Partido Comunista y de la Unión Patriótica estudiado por la corte, el cual fue víctima de agresiones contra su vida por parte de corporaciones del Estado; por ello, solicitó el amparo a la vida de él y de su familia, dicha solicitud se basaba en el hecho que estas agresiones se hacía presente en situaciones de conflicto armado entre

la fuerza pública y los grupos armados al margen de la ley, el Estado debe ser considerablemente sensitivo con sus intervenciones, con el fin de poder preservar una moderación política y social, mediante el amparo a grupos minoritarios. (Corte constitucional, 1992, sentencia T-439, M.P.: Eduardo Cifuentes)

Derecho al olvido. A partir del derecho fundamental de *habeas data*, se desprende el *derecho al olvido o a la caducidad del dato negativo*, consistente que, las sanciones o informaciones negativas de un individuo no tienen disposición de perpetuidad, sino que, transcurrido un lapso de tiempo razonable, la información negativa de las personas debe desaparecer de registros y cesar cualquier efecto. A diferencia de otros Estados, en Colombia, la facultad jurídica del *habeas data* está positivizado de acuerdo con la Asamblea Nacional Constituyente (1991) en el artículo 15 constitucional, en él, se consagra el derecho que tiene toda persona a su intimidad y al buen nombre, de igual modo establece que el sujeto tiene la facultad de actualizar y rectificar las informaciones que existan en las bases de datos; siendo este el argumento jurídico del *habeas data*, el cual, cuenta con un núcleo básico compuesto por el derecho a la independencia informática y por la libertad; de igual forma, existe la facultad jurídica de la caducidad del dato negativo, no positivizado expresamente en el artículo 15 de la Constitución, pero se deriva de la misma independencia informática, y también de la libertad. (Corte constitucional, 2010, sentencia T-168, M.P.: Gabriel Mendoza.)⁸

El insolvente tiene derecho a que la información personal se actualice, que contenga los hechos nuevos que le beneficien, por ello, se debe fijar un término sensato para eliminar información negativa de los sujetos, pues no es lógico, ni tampoco justo que el buen comportamiento de los últimos años por parte de las personas, no borrasen la mala conducta pasada; la persona, después de pagar sus deudas, con su buen comportamiento por un lapso determinado y razonable ha creado un buen nombre, una buena fama, que en el pasado no tuvo (ibíd.); el término establecido por

⁸ Este enunciado también se puede encontrar en sentencia T-713/03, M.P.: Jaime Araujo.

la ley para la caducidad del dato negativo es de cuatro (4) años, según lo establece el Congreso de la República (2008) con el artículo 13 de la ley estatutaria 1266⁹.

Importancia de los derechos innominados

Los ordenamientos jurídicos de los Estados sociales de derecho, son conglomerados de normas que deben obedecer al principio de constitucionalidad, por consiguiente, sus postulados no pueden ir en contra de su carta política; en ella, se agregó un catálogo detallado de facultades jurídicas y libérrales fundamentales; sumariamente, los órdenes jurídicos internos guardan respaldo en las normas internacionales de *derechos humanos* que introducen facultades de las personas en el ordenamiento de un Estado, también, cobija con el *“mismo valor y jerarquía”* con que disfruta los derechos enunciados en la constitución (Carpio, 2000).

En las normas positivas se intenta acoger la mayor cantidad de facultades jurídicas fundamentales de la persona, sin embargo, varios derechos acordes a la naturaleza humana quedan por fuera de los decálogos constitucionales, es aquí donde los innominados se priorizan, teniendo en cuenta que la exposición de derechos en las constituciones no se debe entender como negación de otras facultades de la persona que le son inseparables; los innominados remiten a la dignidad del ser humano y trasciende la normatividad y hermetismo de los Estados, permite solucionar vacíos jurídicos por el método de la analogía cuando se promedian con otros de su mismo entorno (morir con dignidad – vida digna) o se entrelazan con los principios y valores de un Estado (mínimo vital – trabajo).

Con las nuevas vertientes del derecho, especialmente el

⁹ **Artículo 13. Permanencia de la información.** La información de carácter positivo permanecerá de manera indefinida en los bancos de datos de los operadores de información.

... El término de permanencia de esta información será de cuatro (4) años contados a partir de la fecha en que sean pagadas las cuotas vencidas o sea pagada la obligación vencida.

neoconstitucionalismo, pensamiento que realza los principios de la carta política por encima de cualquier otra norma jurídica mediante la ponderación de principios constitucionales, trabajo que le es atribuido expresamente al órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, el cual, mediante sus precedentes, esboza un marco normativo para brindar jurídicamente a los *derechos fundamentales innominados* que por naturaleza o analogía se entiende que son facultades fundamentales, de esta forma reconociendo, que el derecho contemporáneo sigue la vertiente de la filosofía del iusneoconstitucionalismo, porque se compone por normas positivas y naturales cuya fundamentación debe ser la salvaguarda de la dignidad humana.

Conclusiones

La historia de las facultades jurídicas inherentes a la persona, ha estado marcada por la disputa de poder entre dominantes y dominados según como expresa Michel Foucault (citado por Castro, 2015) es por medio de las revoluciones por el poder que se adquirió derechos sociales, además de reconceptualizar el significado de derecho natural; con la aparición de los *derechos humanos* y su positivización en los acápites de *derechos fundamentales*, varias facultades inherentes del sujeto quedaron sin plena representación en las constituciones, por consiguiente, el término de *derecho fundamental innominado* tomó valor en los diferentes órdenes jurídicos.

La ponderación, como método de análisis y aplicación en casos concretos de los principios constitucionales de un Estado, ha permitido, mediante el discurso jurídico de la Corte, y por medio de la irradiación de la dignidad humana, reconozca distintas facultades jurídicas innominadas desde un sentido material; este órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, le fue atribuida la función de guardar la integridad y supremacía de la constitución¹⁰ (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) mediante dicha función, tiene la potestad de legislar por medio de sub-

¹⁰ Artículo 241 de la constitución política.

reglas constitucionales el reconocimiento y protección de facultades jurídicas innominadas en casos concretos, además de definirlos y establecer su alcance (Aguilar-Barreto y otros, 2018).

El reconocimiento de la dignidad de la persona, parte de la protección de aquellas facultades que son inherentes a los sujetos, entre estos derechos se encuentran un gran catálogo de normatividad naciente desde el ámbito jurídico internacional, como son las declaraciones de *derechos humanos*, al igual que en el contorno nacional con la positivización de estas facultades del hombre en *derechos fundamentales*, desde un sentido formal dentro de la constitución y desde un sentido material, germinando facultades fundamentales innominadas mediante la creación de sub-reglas constitucionales en los precedentes de la corte constitucional.

Como citar el capítulo

López-Vargas, S., Pérez García, E., Ordóñez Mahecha, E., Aguilar-Barreto, C.P., y Aguilar-Barreto, A.J. (2018). Derechos Fundamentales Innominados: Evolución, Concepto y Aplicación. En A.J. Aguilar-Barreto, V. Bermúdez-Pirela y Y.K. Hernández. (Eds.), *Sociedad y derecho*. (pp. 113-131). Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

DOI:

Referencias bibliográficas

- Aguilar-Barreto, A.J., Rodríguez, G. y Aguilar-Barreto, C.P. (2018). Gestión de políticas públicas educativas: Una caracterización en Norte de Santander. *Revista Espacios*, 39 (30). Pág. 11. Venezuela. Recuperado en: <http://www.revistaespacios.com/a18v39n30/18393005.html>
- Bernal Pulido, C. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Universidad Externado de Colombia
- Bernal-Pulido, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Externado de Colombia.
- Cainciardo, J. (2001). Los límites de los derechos fundamentales. *Dikaion*. 15(10), 53-73.
- Carpio, E. (2000). El significado de la cláusula de los derechos no enumerados. *Cuestiones constitucionales*. Núm. 3. pp. 3-25.

-
- Castro, S. (2015). *Historia de la gubernamentalidad I: razón de estado, liberalismo y neoliberalismo en Michel Foucault*. Siglo de hombre editores.
- Cecilia, M. (2012). Derechos fundamentales innominados como parte de las garantías del derecho a la salud. El caso colombiano. *Salud y derecho*. Vol. 148. pp. 406-410.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente (1991, 20 de julio). Constitución Política de 1991. Gaceta Constitucional No. 116, del 21 de julio de 1991.
- Colombia. Congreso de la República (2008). Ley estatutaria 1266. Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 47.219 de 31 de diciembre de 2008.
- Colombia. Corte Constitucional. (2 de julio de 1992) Sentencia T-439. [MP Cifuentes, E]
- Colombia. Corte Constitucional. (20 de agosto de 2003) Sentencia T-719. [MP Cepeda, M]
- Colombia. Corte Constitucional. (22 de mayo de 2012) Sentencia T-378. [MP Guillen, M]
- Colombia. Corte Constitucional. (24 de septiembre de 1996) Sentencia T-472. [MP Cifuentes, E]
- Colombia. Corte Constitucional. (26 de noviembre de 1996) Sentencia T-645. [MP Martínez, A]
- Colombia. Corte Constitucional. (28 de marzo de 2011) Sentencia T-211. [MP Henao, J]
- Colombia. Corte Constitucional. (3 de junio de 1993) Sentencia T-401. [MP Cifuentes, E]
- Colombia. Corte Constitucional. (8 de marzo de 2010) Sentencia T-168. [MP Mendoza, G]
- Colombia. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. (1991). Decreto 2591. por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Diario Oficial No. 40.165 de 19 de noviembre de 1991.
- Escobar, R. (2011). Los Derechos Humanos: concepto, visión Y recorrido histórico. *Revista Republicana*. Número 11. pp. 85 – 100.
- Ferreres, V. (2011). *Una defensa del modelo Europeo de control de Constitucionalidad*. Editorial Macial Pons.

- Foucault, M. (1981). *“no al sexo rey” en un dialogo sobre poder*. Alianza.
- García, K., Jaimes, P. y Aguilar-Barreto, A.J. (2017). La teoría de “inconstitucionalidad por sustitución”: a la luz de jurisprudencia de la corte constitucional colombiana. En Graterol-Rivas, M., Mendoza-Bernal, M., Graterol-Silva, R., Contreras-Velásquez, J., y Espinosa-Castro, J. (Ed.), *Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica* (pp.493-508). Maracaibo, Venezuela: Publicaciones Universidad del Zulia. Recuperado en: <http://bonga.unisimon.edu.co/handle/123456789/2097>
- Landa, C. (2002). Teorías de los derechos fundamentales Cuestiones Constitucionales. *Universidad Nacional Autónoma de México*. (6), 17-48.
- Pérez, C. y Aguilar-Barreto, A.J. (2017). Verdad judicial: aproximación filosófica a su concepto en los criterios jurisprudenciales de la corte constitucional colombiana. En Graterol-Rivas, M., Mendoza-Bernal, M., Graterol-Silva, R., Contreras-Velásquez, J., y Espinosa-Castro, J. (Ed.), *Derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica* (pp.356-378). Maracaibo, Venezuela: Publicaciones Universidad del Zulia. Recuperado en: <http://bonga.unisimon.edu.co/handle/123456789/2097>
- Sandoval, C. (2002). *Investigación Cualitativa*. Santafé de Bogotá: Icfes.
- Santander, P. (2011). Por qué y cómo hacer análisis del discurso. *Revista Cinta de Moebio*, 41, 207 – 224.
- Suarez, J. (2016). Derechos naturales, humanos y fundamentales. *Díkaion*, 25(2), 157-159.

El Derecho como disciplina humanística que tiene por objeto el estudio la interpretación, integración y sistematización de un ordenamiento jurídico para su justa aplicación; que atendiendo a este propósito desde el ejercicio investigativo como un campo laboral no explorado, los procesos de investigación formativa que se adelanta en la Universidad Simón Bolívar tienden al análisis teórico, analítico y crítico de distintas situaciones que alteran el orden justo, y por ende la dinámica de la sociedad; así este libro presenta resultados de estudios que permiten comprender la relación entre “Sociedad y Derecho”. Cada uno de sus capítulos muestra los resultados desde la reflexión investigativa de un grupo de excelentes profesionales, que apoyando a los abogados en formación y experiencia ofrecen nuevas perspectivas del Derecho, desde su trascendencia frente a las diferentes problemáticas sociales. Así, esta obra se muestra un conjunto de saberes que evidencian intereses comunes e investigativos, los cuales han sido revisados por especialistas en el área, dando origen a los diferentes capítulos, donde se encuentran problemáticas de gran impacto en la actualidad, como lo son cáncer gástrico, migración, derecho ambiental, arreglos de paz, infracciones informáticas en Colombia, derechos fundamentales y laudos de arbitraje internacional.