

**DERECHOS FUNDAMENTALES INNOMINADOS: EVOLUCIÓN, CONCEPTO Y  
APLICACIÓN.**

**Samuel Leonardo López Vargas  
Erika Nathalia Ordóñez Mahecha  
Elizabeth Pérez García**



**UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR SEDE CUCUTA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS SOCIALES  
PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO  
SAN JOSÉ DE CUCUTA  
2018-2**

**DERECHOS FUNDAMENTALES INNOMINADOS: EVOLUCIÓN, CONCEPTO Y  
APLICACIÓN.**

**Samuel Leonardo López Vargas  
Erika Nathalia Ordóñez Mahecha  
Elizabeth Pérez García**

*Producto de Trabajo de investigación presentado como prerrequisito para optar título de  
Abogado*

Docente:  
**Dra. Andrea Aguilar Barreto.**

**UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR SEDE CUCUTA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS SOCIALES  
PROGRAMA ACADEMICO DE DERECHO  
SAN JOSE DE CUCUTA  
2018-2**

## CONTENIDO

	<b>Pag.</b>
<b>TITULO.....</b>	<b>4</b>
<b>RESUMEN.....</b>	<b>5</b>
<b>1. PROBLEMA.....</b>	<b>6</b>
1.1 Planteamiento y Formulación del Problema.....	6
1.2 Justificación .....	7
<b>2. MARCO REFERENCIAL.....</b>	<b>8</b>
2.1. Estado del arte.....	8
2.2. Marco Conceptual.....	8
<b>3. OBJETIVOS.....</b>	<b>14</b>
3.1. Objetivo General.....	14
3.2. Objetivos Específicos.....	14
<b>4. METODOLOGÍA.....</b>	<b>15</b>
<b>5. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>16</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>23</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>25</b>

**TITULO**

**DERECHOS FUNDAMENTALES INNOMINADOS: EVOLUCIÓN, CONCEPTO Y  
APLICACIÓN.**

## RESUMEN

En el presente escrito se asumió 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 exigió 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 utilizó 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.

Autores: *Samuel Leonardo López Vargas*  
*Erika Nathalia Ordóñez Mahecha*  
*Elizabeth Pérez García*

Fecha: 25 de noviembre de 2018

**Palabras Claves:** Derecho innominado – derecho natural – derecho humano - derecho fundamental

## 1. PROBLEMA

### 1.1 Planteamiento y Formulación del Problema

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 el 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 acápites de *derechos fundamentales*, siendo esta la esencia del presente artículo de investigación. El renacer del iusnaturalismo en Ronald Dworking (Neoiusnaturalismo), permitió que la metafísica vuelve 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.

## 1.2 Justificación

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 termino 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

## 2. MARCO REFERENCIAL

### 2.1 Estado del arte

Se anexa matriz de análisis documental (anexo 1).

### 2.2 Marco Conceptual

#### ***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,<sup>1</sup> no se justifican por su nacionalidad, cultura, religión, entre otras circunstancias 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)

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 las 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

---

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

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 facultas que debe tener todo individuo por el hecho de existir, desde una perspectiva humana<sup>2</sup>, se da gracias a tres elementos estructurales según Ferreres (2011) primero, El origen de la supremacía constitucional en los recientes Estados de derecho; segundo, 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 las 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:

---

<sup>2</sup> 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.

**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 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 Rio 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 ius-positivismo 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 ius-positivismo 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 ius-positivismo, 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 a la 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, 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).

### 3. OBJETIVOS

#### 3.1 Objetivo General

Analizar la aplicación de los derechos innominados en el sistema jurídico colombiano

#### 3.2 Objetivos Específicos

- Comprender el concepto de derecho innominado.
- Establecer la relación entre derecho innominado y derecho fundamental mediante la jurisprudencia de la Corte Constitucional.
- Inferir la importancia que tienen los derechos innominados en el sistema jurídico colombiano.

#### 4. METODOLOGIA

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.

## 5. RESULTADOS DE LA INVESTIGACION

### *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 ciertos 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 ley<sup>3</sup>, pero son vinculantes a las personas dentro del Estado colombiano, según lo establece la Asamblea Nacional Constituyente (1991) en el artículo 94 superior<sup>4</sup> y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (1991) en el artículo 2 del Decreto 2591<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

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 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 un 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).<sup>6</sup>

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)<sup>7</sup>

***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 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*

---

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

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

*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 otros 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, en el Estado debe ser considerablemente sensitivo con sus intervenciones, con 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 el, 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.)<sup>8</sup>

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 termino establecido por la ley para la caducidad del dato negativo es de cuatro (4) años, según lo establece el Congreso de la Republica (2008) con el artículo 13 de la ley estatutaria 1266<sup>9</sup>.

### ***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

---

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

<sup>9</sup> **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.

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 misma 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 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 termino 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 constitución<sup>10</sup> (Asamblea Nacional Constituyente, 1991) mediante dicha función, tiene la potestad de legislar por medio de sub-reglas constitucionales el reconocimiento y protección de facultades jurídicas innominadas en casos concretos, además de definirlos y establecer su alcance.

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.

---

<sup>10</sup> Artículo 241 de la constitución política.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- 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*. Vol. 15, núm. 10. pp. 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, 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.
- Colombia. Congreso de la Republica (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. Asamblea Nacional Constituyente (1991, 20 de julio). Constitución Política de 1991. Gaceta Constitucional No. 116, del 21 de julio de 1991.
- 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]
- 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 MacialPons.
- Foucault, M. (1981). “no al sexo rey” en un dialogo sobre poder. Alianza.
- Landa, C. (2002). Teorías de los derechos fundamentales Cuestiones Constitucionales. *Universidad Nacional Autónoma de México*. núm. 6. pp. 17-48.
- Sandoval, C. (2002). Investigación Cualitativa. Santafé de Bogotá: Icfes.
- Santander, P. (2011). Por qué y cómo hacer análisis del discurso. *Revista Cinta de Moebio*, número 41, pp. 207 – 224.
- Suarez, J. (2016). Derechos naturales, humanos y fundamentales. *Dikaion*, vol. 25, núm. 2. pp. 157-159.

## ANEXOS.

### ANEXO 1. Matriz de análisis documental.

Autor.	Año.	Nombre del documento.	Referencia.	Objetivo del documento.	Ideas principales del documento.	Conclusiones del documento.
Cesar Landa.	2002	teorías de los derechos fundamentales	Landa, C. 2002). Teorías de los derechos fundamentales Cuestiones Constitucionales. <i>Universidad Nacional Autónoma de México</i> . núm. 6. pp. 17-48.	la dogmática y la justicia constitucionales deben revisar sus fuentes doctrinarias para otorgar a los derechos fundamentales un papel prioritario en el fortalecimiento del Estado constitucional latinoamericano.	<p><b>renovación del constitucionalismo latinoamericano.</b>            En América Latina a partir de la década de los ochenta, después de casi dos décadas de dictaduras militares, se produjo un masivo retorno de las democracias representativas, lo que supuso el restablecimiento renovado del constitucionalismo latinoamericano. Este proceso se llevó adelante mediante reformas totales o parciales de las constituciones, que se caracterizaron básicamente por la incorporación de la protección de los derechos fundamentales.</p> <p>Desde entonces, este cambio en los diferentes países latinoamericanos ha significado una gran transformación, en la medida que, matizadamente, tiene como común denominador: la racionalización del poder, el reconocimiento de un catálogo de derechos humanos ampliándolos a los de carácter socioeconómico, la incorporación de los tratados internacionales como derecho nacional, el establecimiento de la jurisdicción constitucional de la libertad mediante el control concentrado o difuso, entre otros. (p. 50)</p> <p><b>como nace el pensamiento de D. fundamental.</b>            el desarrollo del pensamiento constitucional de los derechos fundamentales, debe partir de reconocer las necesidades históricas de libertad y justicia de cada realidad, como fuente de objetivos a realizar; pero no de manera abstracta e intemporal, sino como necesidades concretas y particulares de los hombres y las sociedades, en tanto constituyen la base de todo Estado constitucional y democrático, en su forma avanzada o tradicional. (p.52)</p> <p><b>relación D. fundamental - teorías Constitucionales</b>            A partir de que la Constitución dejó de ser entendida como un sistema de garantías, para convertirse en un sistema de valores fundamentales, con principios de justicia social y derechos económicos y sociales, se dio lugar al desarrollo de una rica jurisprudencia de los tribunales constitucionales europeos y en particular el alemán, sobre el contenido concreto de los derechos fundamentales; el cual ha estado alimentado por viejas y nuevas teorías constitucionales, que han incidido en el fortalecimiento del Estado constitucional. (p.57)</p> <p><b>Teoría de los valores</b>            La teoría axiológica de los derechos fundamentales tiene su origen en la teoría de la integración de la entreguerra; para la cual “los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución... este es el pilar en que debe apoyarse toda interpretación de los derechos fundamentales”.</p> <p>El Estado se desarrolla en un proceso dinámico de integración nacional de una comunidad cultural de valores. Por ello, los derechos fundamentales están condicionados históricamente y otorgan legitimidad al ordenamiento jurídico positivo. En este sentido, se busca evitar los formalismos del positivismo jurídico, prescindiendo del texto literal de la norma jurídica en favor del contenido material, es decir que se busca el sentido esencial del derecho fundamental en cuestión, y se relaciona o integra el derecho fundamental con la totalidad del orden de vida y los valores constitucionales vigentes. (p.59)</p> <p>La teoría de los valores subordina el método jurídico a los contenidos axiológicos de la sociedad sobre los derechos fundamentales; dejando abierta la pregunta acerca de cómo identificar los valores supremos o superiores de la comunidad. Al parecer, corresponde aplicar el método de las ciencias del espíritu para conocer la jerarquía de la</p>	la realidad constitucional latinoamericana está caracterizada básicamente por la necesidad de desarrollar o de ajustar la dogmática de los derechos fundamentales a las demandas y desafíos contemporáneos; proceso en el cual, el perfeccionamiento de la jurisdicción de la libertad con base en la mirada atenta a la realidad y también a la dogmática europea, ayudará a la recuperación del sentido de la teoría y de la práctica de los derechos fundamentales para el fortalecimiento del Estado democrático constitucional. De lo contrario, los derechos fundamentales quedarán reducidos a un ejercicio semántico de los mismos y sometidos a los poderes fácticos de turno, experiencia propia de los Estados neoliberales en América Latina. (p. 71)

					<p>conciencia valorativa de la comunidad; que es alcanzable como una evidencia preferentemente intuitiva intuitive Vorzugsevidenz,<sup>36</sup> o mediante el juicio de valor cultural y moral del momento, que no está exento de un juicio de valor superior frente a otro inferior. (p. 60)</p> <p><b>Teoría de la garantía procesal</b></p> <p>La teoría según la cual los derechos fundamentales son garantías procesales, proviene del interés de otorgar eficacia en la aplicación y protección concreta de los derechos humanos; pero, profundizando y avanzando más allá del status activus processualis planteado por Häberle.<sup>78</sup> En efecto, desde una perspectiva práctica, los derechos fundamentales son valiosos en la medida que cuentan con garantías procesales, que permiten accionar no sólo ante los tribunales, sino también ante la administración. La tutela de los derechos fundamentales a través de procesos, conduce necesariamente a dos cosas: primero, que se asegure la tutela judicial efectiva de los ciudadanos y, segundo, que se garantice el debido proceso material y formal. (p. 69)</p> <p>De esta manera, la tutela judicial y el debido proceso se incorporan al contenido esencial de los derechos fundamentales como elementos del núcleo duro de los mismos. Permitiendo de esta manera que a un derecho corresponda siempre una acción y que una acción suponga siempre un derecho. En consecuencia:</p> <p><i>Las garantías de los derechos fundamentales dan la oportunidad material de ejercer el derecho contra el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, no sólo en un sentido formal. En tal entendido, los derechos fundamentales como garantías procesales están vinculados con una amplia concepción del proceso.</i></p> <p>En efecto, plantearse los derechos fundamentales como garantías procesales materiales o sustantivas, supone actualizar las garantías procesales con el fin de proteger los propios derechos fundamentales; sin embargo, esto no supone crear una estructura organizacional determinada, en tanto que ya existe el Tribunal Constitucional, los tribunales ordinarios y hasta los tribunales administrativos, que también cautelán parcelas de los derechos fundamentales, sino traspasar adecuadamente institutos, elementos y principios del derecho procesal a los procesos constitucionales. En tal sentido, los derechos fundamentales como garantías procesales, se convierten tanto en derechos subjetivos como en derechos objetivos fundamentales.</p> <p>Pero la teoría de la garantía procesal no se reduce a los procesos constitucionales, judiciales y administrativos; sino que también se extiende al proceso parlamentario. Si bien la seguridad procesal de las partes y del proceso son valores fundamentales en la protección de los derechos humanos, éstas adquirirán toda su potencialidad en la elaboración de las propias normas procesales del legislador democrático, quien en el proceso parlamentario también debe respetarla, incorporándola a la práctica parlamentaria, como una garantía procesal y como una garantía democrática de los derechos fundamentales de la participación de las minorías políticas y de la oposición parlamentaria. (p. 70)</p>	
Edgar Fabián Garzón Buenaventura	2016	Derechos innominados en el sistema interamericano	Garzon – Buenaventura, E. (2016). Derechos innominados en el sistema interamericano. <i>Derecho Constitucional</i> . doi: <a href="http://dx.doi.org/10.16925/di.v18i24.1520">http://dx.doi.org/10.16925/di.v18i24.1520</a>	<p>estudiar el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el surgimiento de los derechos humanos innominados, como prevención a la masiva violación de los Estados americanos a la responsabilidad internacional por violación de los mismos.</p>	<p><b>Definición de bloque de constitucionalidad</b></p> <p>estudiará el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el surgimiento de los derechos humanos innominados, como prevención a la masiva violación de los Estados americanos a la responsabilidad internacional por violación de los mismos (p. 13)</p> <p>Así, la recepción del bloque de constitucionalidad ha permeado un sistema coherente e integral en las diferentes fuentes innominadas de las normas, forjando un orden global funcionalista, el cual permite extrapolar al intérprete jurídico un análisis sistemático de un derecho comparatista. Esto, si se toma como ejemplo el ordenamiento jurídico colombiano en la norma constitucional de 1991, Artículos 4, 9, 53, 93, 94, 102 y 214.</p> <p><b>Núcleo esencial de los Derechos Humanos</b></p> <p>De esta manera, el núcleo esencial de los derechos humanos es una concepción histórica y materialista: “Los derechos humanos están marcados por sangre y es un reconocimiento personal y social hacia el Estado que tiene su fragmento en la guerra”.</p> <p>Sin embargo, este giro copernicano se da gracias a la influencia de tres elementos estructurales: 1. El nacimiento de la supremacía constitucional; 2. Relación entre reglas y principios constitucionales; y 3. El activismo judicial de los modelos continentales europeos y el control norteamericano. (p.15)</p>	<p>Así, se puede decir que bajo el imperio de la convencionalidad, el derecho de la educación pasa de ser una articulación del Protocolo de San Salvador, a establecer un diálogo con la orientación sexual como un derecho humano, que pasa de lo ajeno de los criterios sospechosos y no aceptados por los Estados americanos, en cuanto a interpretación</p>

				<p><i>A fin de explicar los trasfondos de la internacionalización del Derecho, es necesario apartarse de sus dos contenidos: 1. Neoconstitucionalismo transformador; 2. Globalización del derecho.</i></p> <p><b>1. Neoconstitucionalismo transformador</b></p> <p>Al distinguir el primero como el resurgimiento en los ordenamientos constitucionales occidentales del acápite de los derechos humanos, con la descripción formal de los derechos fundamentales se hace necesario repensar el texto constitucional, no solo como una norma programática de producción normativa y jerárquica que irradia las diferentes materias del Derecho, sino a su vez como la interpretación constitucional en la que la capacidad deductiva de los jueces lleva a la solución de los casos difíciles (reglas, principios, valores y directrices), por medio de la herramienta del test de proporcionalidad. (p. 15)</p> <p><b>2. Globalización del derecho.</b></p> <p>Esto sobrepasa una relación en torno a una teoría de los derechos fundamentales en la que, de acuerdo con el maestro italiano, “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, ciudadanos o de personas con capacidad obrar”.</p> <p>Esta teoría tiene un doble componente que se sincroniza con los derechos humanos, lo cual genera uno de los efectos en la globalización del Derecho en el plano teórico, entendiéndose esta globalización como un proceso en cuyo despliegue intervienen, tanto las grandes transformaciones que se han presentado en las sociedades, como la influencia que han ejercido ciertos actores, de manera que constituye un fenómeno activo y organizado especialmente de largo tiempo— que no representa un fenómeno externo a las sociedades, sino una dinámica transversal que rebasa las fronteras y posibilita complejas compenetraciones. (p. 16)</p> <p><b>Importancia de la Corte interamericana en la aplicación de derechos humanos</b></p> <p>En el sistema interamericano, el funcionamiento jurisdiccional de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha permitido —a través de la figura del control de convencionalidad—, el reconocimiento de derechos cuando es insuficiente la justicia local nacional. Por tanto, se puede decir que es una acción procesal y un derecho de contenido sustancial, el cual permite determinar y garantizar los derechos humanos de escala internacional a una escala nacional. (p. 16 – 17)</p> <p>...</p> <p>Gracias a esto, podríamos decir que es una acción destinada a un control efectivo de los derechos humanos, mediante tres ideas operantes: 1. Aplicación coactiva del precedente del sistema interamericano a la justicia nacional de los Estados americanos; 2. Diálogo interjudicial que permite armonizar los derechos humanos en la jurisdicción local; 3. Interpretación y creación jurídica de derechos innominados. (p. 17)</p> <p><b>Precedente vinculante.</b></p> <p>Así, la idea del diálogo interjudicial surge con ocasión de los estudios de Derecho comparado; con ella se pretende describir el creciente uso de la jurisprudencia extranjera e internacional por parte de los jueces como referente para justificar o reforzar sus decisiones.</p> <p>La herramienta fundamental para lograr una globalización del Derecho es el diálogo entre los jueces que buscan respuestas comunes a problemas comunes. Es posible distinguir tres tipos de diálogos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Vertical: entre jueces nacionales e internacionales.</li> <li>• Horizontal: entre jueces nacionales de diferentes Estados.</li> <li>• Mixta: entre jueces de uno y otro escenario.</li> </ul> <p>Atendiendo a este marco teórico y en el contexto que se describe en el escenario interamericano se adelanta un diálogo de naturaleza formal y vertical, esto es, un uso mutuo de las normas y la jurisprudencia como resultado de la plena convicción que tienen, tanto los jueces nacionales, como el juez regional, de un objetivo compartido y un marco jurídico de referencia común que debe leerse conjuntamente y los obliga a articularse.</p> <p>Las mayores pruebas de este diálogo se encuentran en la jurisprudencia resultado del ejercicio del control de constitucionalidad—, o de los mecanismos de protección de los derechos humanos-fundamentales. Por otra parte,</p>	<p>interamericana, constituyéndose en una fuente formal y material del Derecho, tanto de accesibilidad, como de adaptabilidad y de no discriminación. Este precedente exhorta a una aplicabilidad directa y a un diálogo interjurisdiccional en un compromiso formal de Derecho.</p> <p>Por esto, socorrer desde teorías neoconstitucionalistas hasta globalizadores del Derecho (judicial), permiten la creación de un corpus interamericano en razón del ius cogens, en el propósito de irradiar y cumplir el compromiso social de una justicia distributiva material.</p>
--	--	--	--	--	--

				<p>y como consecuencia de lo anterior, el proceso de adaptación ha visto incrementados sus resultados y, con ello, la eficacia del andamiaje de protección se ha fortalecido y ampliado. (P.20 -21)</p> <p>La Corte Interamericana no ha sido ajena a construir una teoría en el eje de los derechos innominados, al proponer líneas jurisprudenciales —desde las convenciones hasta las sentencias—, en el propósito de equilibrar un corpus iuris interamericano, pasando de ser un órgano receptor, a un órgano de juez legislador convencional, de manera que abarca desde derechos individuales, hasta derechos de contenido social. (p.21)</p> <p><b>Definición derechos innominados.</b> Son aquellos derechos que, si bien se encuentran implícitos en el ámbito de protección de distintas disposiciones jurídicas fundamentales, no se encuentran textualmente enunciados en ellas. Se mencionaba que el neoconstitucionalismo se entiende como la forma moderna de aplicación del Derecho, desde el ámbito de la separación de poderes del Estado y la garantía de los derechos de los hombres. En este sentido, concede a la jurisprudencia un giro especial al momento de reconocer la materialización intervencionista del Estado para satisfacer el cumplimiento de la protección de los derechos que rezan en la constitución e, incluso, a su vez emerge como criterio para salvaguardar derechos que, si bien no están taxativamente enunciados en la carta magna como tales, por su contenido y naturaleza se entienden como fundamentales. (p.21)</p>	
José Julián Suarez Rodríguez	2016	Derechos naturales, derechos humanos y derechos fundamentales	Suarez, J. (2016). Derechos naturales, humanos y fundamentales. <i>Dikaion</i> , vol. 25, núm. 2, pp. 157-159	<p>La comprensión de la naturaleza y modo de ser de las exigencias independientes de los derechos positivos a las que llaman derechos humanos.</p> <p><b>La crisis del positivismo</b> La renovación de una idea de antigua y reconocida tradición: la existencia de una serie de exigencias jurídicas anteriores e independientes de cualquier hecho social, la existencia de una especie de derecho distinto y anterior al derecho positivo, por ellos los antiguos llamaron a estas existencias derecho natural. El derecho vigente es una determinada comunidad política que está compuesta por exigencias políticas y naturales, las exigencias políticas provienen de una fuente social con capacidad jurídica y las segundas anteriores e independientes de la voluntad humana. (P. 157)</p> <p><b>Filosofía contemporánea del derecho</b> Los derechos humanos o derechos del hombre. Más allá de la discusión acerca del origen histórico del concepto de derechos humanos, y de la ya larga polémica en torno a su concepción como derechos subjetivos, es cierto que existe una cierta semejanza entre aquello a lo que se referían los antiguos con la expresión “derechos naturales” y aquello a lo que se refieren los modernos con la expresión “derechos humanos”. hay algo en ambas expresiones que resulta tener una cierta Similitud. Al menos coinciden en esta anterioridad e independencia de la norma positiva, de la razón y la voluntad humana y, por tanto, se constituyen en un criterio del juicio de corrección del derecho positivo. (P.158)</p> <p><b>Positivización del derechos naturales y humanos</b> la inclusión en los diferentes y disímiles ordenamientos jurídicos vigentes, no porque requieran de ello para su existencia (los derechos naturales y los derechos humanos existen con independencia de su positivización), sino porque si el ordenamiento jurídico vigente ha de tener cierta unidad y completitud debe reconocer y concretar estas exigencias, para saber cómo y bajo qué condiciones pueden ser realizados en cada situación particular y concreta, y cómo pueden ser mejor garantizados y protegidos. Estos derechos exigen su realización plena y efectiva, y ello solo puede hacerse a través del derecho positivo, que delimita el derecho para hacerlo exigible de una mejor manera en las circunstancias concretas. Esto no quiere decir que sin la mediación del derecho positivo no sean exigibles los derechos naturales, pero sí es verdad que sin ella tal cosa se hace más difícil. La positivización de los derechos humanos da lugar al concepto de derechos fundamentales. Son derechos positivos que reconocen exigencias de derechos humanos incluidas en el ordenamiento jurídico-positivo de una comunidad política determinada, y ello por su expresa disposición o querer. No todos los derechos humanos / naturales deben estar expresamente reconocidos por el derecho positivo; su existencia no depende de este reconocimiento, pero sí es verdad que hay ciertos derechos humanos / naturales que son tan importantes para toda comunidad política y para su viabilidad y persistencia, que difícilmente pueden ser excluidos del catálogo de los derechos fundamentales. (p. 158 -159)</p>	<p>La conexión entre los conceptos de derechos naturales, derechos humanos y derechos fundamentales nos permite aducir que, aunque se puedan determinar ciertas diferencias entre ellas, pero también comparten ciertas notas características que han permitido a muchas personas hablar ahora de una especie de renacimiento del concepto de derecho natural. (p. 159)</p>

<p>German J. Bidart Campos</p>	<p>2002</p>	<p>los derechos “no enumerados” en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional</p>	<p>Bidart, G. (2002). Los derechos “no enumerados” en su relación con el derecho constitucional y derecho internacional. <i>Instituto de Investigaciones Jurídicas</i> - Universidad Autónoma de México. P.p. 103 – 113.</p>	<p>Promover los derechos humanos en el rubro de los innominados, revalorizar el plexo implícito para darle presencia también a las constituciones que, como la de México, carecen de una clausula alusiva y sacudir los apegos a lo que se llamaría “positivismo de la normatividad escrita”.</p>	<p><b>Funcionalidad de los derechos fundamentales escritos y no escritos en la norma.</b>  Reafirmación de que en un Estado democrático no es imprescindible que los derechos consten por escrito, porque hacen a su esencia constitutiva (p. 103).  Cuando nuestra seguridad reclama que nuestros derechos se hallen reconocidos en las normas de la Constitución para que no nos sean negados ni violados, debemos consentir que ella los incorpore y los enuncie. una conclusión y una reserva: tratemos de consignar los derechos del mejor modo posible para promover su funcionalidad efectiva, pero a la vez reivindicemos con ahínco el principio elemental que reconoce y admite derechos innominados. En definitiva, queremos decir que hay derechos “con normas” y “sin normas” porque los derechos no se agotan en el catálogo escrito. Fuera de él, la Constitución les depara hospedaje en la medida que su sistema axiológico sea democráticamente generoso.  La lección constitucional que rescatamos nos enseña por ende a no clausurar los derechos en casilleros rígidamente cerrados, porque el ritmo creciente de las necesidades y las valoraciones sociales demanda la movilidad de continuas añadiduras complementarias. Para darles respuesta, los derechos nuevos y los contenidos nuevos en derechos viejos precisan que la interpretación de la Constitución y la integración de sus lagunas normativas escarben en profundidad y sin hermetismo las implicitudes de la constelación de principios y de valores (p.104).  <b>Derechos no enumerados.</b>  Doble implicitud: la de los derechos que no tienen norma de constancia, y la de muchos contenidos que confieren desarrollo a derechos enumerados, y que van sumándose a los contenidos tradicionalmente conocidos (p.104).  El tema de los derechos implícitos como un capítulo del sistema axiológico se combina con el de los valores implícitos y los principios implícitos.  Principios que las más de las veces también permanecen implícitos pueden ser: el principio pro homine, el principio pro actione, el principio non laedere (no dañar a otro), el principio del favor debilis, etc. El ligamen de estos principios con muchos de los derechos que suelen estar enumerados vuelve a mostrarnos las bisagras que unen lo implícito con lo explícito, y los valores y principios con los derechos. Todo en la unidad coherente del sistema axiológico (p. 105).  <b>Derechos innominados en el derecho internacional.</b>  Con varios los tratados que también incluyen cláusulas fácilmente enrolables como de derechos implícitos. De un tenor o de otro según la fórmula que emplean, hacen reenvíos hacia fuera de sus textos para que por virtud de tal dispositivo queden reconocidos y a salvo otros derechos que ellos no contienen en su articulado, o que contienen con menor amplitud.  Cuando un tratado queda abierto a mejores derechos que surgen de otra fuente internacional o del derecho interno de un Estado, también está significando que en su articulado valora como implícitos los derechos que se sitúan fuera de él. En suma, lo explícito de las dos fuentes (interna e internacional) alimenta lo implícito también en las dos, componiendo un mismo conjunto de derechos. Esto nos ayuda a corroborar que los derechos que cuentan con norma explícita han de interpretarse de tal modo que no signifiquen negación de los que carecen de normativa propia (p.106).  Ejemplos como el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 29, inc. B, c y d), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 5) o la Convención sobre Derechos del Niños (artículo 41). Todo este bagaje normativo es sumamente expresivo, porque disipando toda interpretación reduccionista da albergue a un posible arsenal de derechos que no están enumerados en el respectivo tratado sino que surgen de una fuente ajena a él, pero que él mismo acoge como implícitos en su sistema (p. 108).  Todo este bagaje normativo es sumamente expresivo, porque disipando toda interpretación reduccionista da albergue a un posible arsenal de derechos que no están enumerados en el respectivo tratado, sino que surgen de una fuente ajena a él, pero que él mismo acoge como implícitos en su sistema.  Hay que buscar siempre en las dos fuentes la norma más beneficiosa y favorable, y ello aun en el supuesto de que los instrumentos internacionales de derechos humanos no posean el mismo rango de la Constitución. Valga también imaginar todavía que, a falta de una norma expresa sobre derechos implícitos en la Constitución, hay que ingeniarse</p>	<p>Si todo debiera estar escrito en el orden normológico acumularíamos atrasos y carencias. Los derechos innominados son —por eso— una válvula que da entrada a la oxigenación progresista y maximizadora. Hemos de saber aprovecharlos con valoraciones fecundas. Hace falta una buena y amplia cosmovisión filosófico- política en el plano constitucional e internacional. El catálogo declarado normativamente ha de dar por verdad que no todo puede estar ni está dicho o escrito, lo que deja en claro que el ámbito residual de derechos no enumerados responde a un principio cardinal y básico de no exclusión: los derechos que cuentan con norma no excluyen (no niegan) a otros que quedan en silencio, sin nombre. Pero se trata, por cierto, de un silencio normativo, no silencio axiológico.</p>
--------------------------------	-------------	---	--	---	--	---

				<p>para fundamentar la idea de que su existencia ha de tenerse como implícita. De ser así, la ausencia constitucional de una cláusula de admisión de derechos innominados se superaría al considerar que está implícita en el sistema axiológico (p.110).</p> <p><b>Validez de derechos sin la incorporación en la constitución.</b>  La validez del sistema de derechos no resiste esta atadura a la positividad como explicación única. Si los derechos consisten solamente y esencialmente en normas, corremos además un riesgo fáctico (más allá del error filosófico), porque entonces identificamos al sistema jurídico con el derecho estatal y lo hacemos maleable a decisión del poder. Y al valor justicia lo degradamos con un relativismo escéptico desprovisto de todo parámetro objetivo, porque la última respuesta a los derechos la estamos dando desde dentro del Estado mismo (p.111).</p> <p><b>Derechos con norma, sin norma y que no están en la norma.</b>  Derechos sin normas son derechos no enumerados o innominados, que tienen recepción constitucional e internacional a pesar de que el orden de normas sea allí lagunoso, que no lo es el sistema axiológico del Estado democrático cuando remonta más allá y fuera de lo que está escrito. Derechos que no están en las normas (tanto si hay normas como si no las hay) son derechos que, a la manera como lo refieren las cláusulas constitucionales sobre derechos implícitos, reenvían a la dignidad humana, a la personalidad humana, a la naturaleza humana, a la forma democrática de Estado, fundamentos todos que trascienden a la normatividad, al voluntarismo político al hermetismo estatal.</p> <p>Como la serie de los derechos implícitos carece de norma, la integración de ese vacío normológico consigue colmarlo por distintas vías: puede ir a la analogía, como lo hace la Constitución de la República Dominicana de 1994 cuando, en alusión a los derechos no enumerados, remite a los que son de igual naturaleza que los enumerados, puede recurrir a los principios y valores del sistema constitucional; y si ninguna de ambas vías le aporta solución, ha de emigrar de la positividad al plexo de valores, solución ésta que vuelve a ratificarnos que fuera del ordenamiento hay “ algo” (valores) con entidad independiente y con cierta objetividad trascendente (p. 112).</p>	
Juan Cianciardo	2015	Los límites de los derechos fundamentales	Cianciardo, J. (2015). los límites de los derechos fundamentales. Universidad de la sabana. Num. 10. Pp 54-73	<p>Aspectos sobre los límites de derecho y su conceptualización en la jurisprudencia y la doctrina, y el papel en el derecho constitucional y en la teoría del derecho.</p> <p><b>Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional Alemán</b>  La ley fundamental de Bonn (LF) reconoce los derechos fundamentales de dos modos distintos, de un lado derechos sometidos a una reserva específica de limitación por el legislador y del otro derecho reconocidos sin reserva. Los derechos con reserva de limitación tienen dos clases, que son los límites directos que surgen de la propia LF y los indirectos creados por el legislador en uso de la reservas específicas establecidas en el texto constitucional. Los límites inmanentes deben tener por justificativo la necesidad de proteger otros derechos fundamentales y los límites que el legislador crea admite al menos hipotéticamente, su establecimiento en tutela de derechos y bienes infraconstitucionales. Existe unanimidad de criterios al afirmar que todos los límites creados por el legislador para aquellos derechos sometidos a reserva, esto es tanto los internos como externos, tiene como límite a su vez, el respecto de la máxima de proporcionalidad y del contenido esencial de los derechos fundamentales. (P. 57,60)</p> <p><b>Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español</b>  Se distingue de un lado los límites internos y externos y de otro, entre los necesarios, directos e indirectos. La constitución española (CE), consagra una reserva de regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, a la que se une, además, la facultad legislativa de desarrollar los derechos fundamentales y las libertades públicas. Otros que si tienen reserva como como el derecho a la información y el derecho a la huelga. El concepto de límite iusfundamental en la jurisprudencia del tribunal constitucional empieza con la STC 5/1981, que distingue entre límites necesarios, que resultan de la propia naturaleza, de los derechos, límites que se producen por su articulación con otros derechos, y límites establecidos por el legislador, respetando siempre el contenido esencial. Para el derecho español los derechos fundamentales no son absolutos, por el contrario tienen diferentes límites. Los límites directos son los que se encuentran directamente en la constitución, los indirectos son aquellos que se derivan de la necesidad de articular los derechos fundamentales entre sí y con otros bienes constitucionales protegidos, solo son lícitos como indirectos los que se dirigen a proteger otros derechos fundamentales expresamente consagrados en la CE. La doctrina española sobre los límites se encuentra dividida en dos posiciones, una mayoritaria, la cual es la postura sostenida por el tribunal constitucional y la minoritaria ha sido la de I. de Otto. (P. 63,64 y 65).</p>	El túnel hermenéutico que es la norma iusfundamental, cuyo escape se da en el derecho fundamental, surge brillar desde antes por el derecho fundamental mismo, con sus exigencias, entre otro objeto, de respecto de su relacionalidad. Esto implica argumentar que es cierto que existe desacuerdo de normas iusfundamentales, pero que jamás, en ningún caso, se encuentran auténticos desacuerdos de derechos. Lo anterior accede a una moderación de la teoría externa. No aparece razonable afianzar que las condiciones no tienen

					<p><b>Recapitulación: teoría externa y teoría interna de los límites de los derechos fundamentales</b>  La teoría externa distingue claramente entre delimitación, limitación y configuración de los derechos fundamentales. Una vez delimitado el contenido del derecho, habría que determinar cuáles son sus límites externos, tanto directos como indirectos. Según I de Otto, la tarea inicia que debe llevarse a cabo al interpretar un derecho fundamental es la delimitación conceptual de su contenido. (p. 66-67)</p> <p><b>Crítica de los límites iusfundamentales</b>  La teoría externa parte de una comprensión de los derechos fundamentales como ilimitados, para sus sostenedores, los derechos carecen en sus génesis de todo límite. La vida social sin embargo exige una coordinación de los distintos derechos entre sí y con otros bienes. Poco importa que se trate de límites constituidos por el constituyente o el legislador: lo decisivo, lo que hay que llevar a cabo, es una articulación de los derechos en juego que los salve de la importancia. La teoría externa procura maximizar las teorías constitucionales frente a la legislativa: todas las restricciones impuestas por el legislador, al ser auténticos límites se encuentran sujetas a las garantías del principio de proporcionalidad y del contenido esencia. En la teoría interna los derechos serían desde su génesis limitados e ilimitables, las limitaciones deben ser descubiertas, para esta posición dentro de la constitución. El razonamiento de la teoría interna se asienta sobre un dogma probablemente falso, el de la autosuficiencia del texto constitucional y el de las disposiciones iusfundamentales. Además esta teoría priva al litigante de las garantías del principio de proporcionalidad y del contenido esencial en aquellos casos en que pueda considerarse que el legislador no ha limitado un derecho fundamental, sino que ha explicitado su contenido. Por lo tanto la teoría externa cae en el conflictivismo, y la interna en su afán de superar a la anterior, en la ilusión de pensar que todas las soluciones constitucionales se encuentran en la constitución. Pero ambas posiciones tienen algo en común, que las esteriliza como propuesta: identificar el derecho fundamental con la norma iusfundamental. La consecuencia jurídica de una norma se produce cuando se cumplen todas las condiciones. El cumplimiento de todas las condiciones se da una vez que se ha satisfecho el supuesto de hecho stricto sensu y no se han satisfecho las restricciones. El contenido de la norma para esta posición nace ilimitado, desde otra perspectiva dogmática las restricciones son siempre externas a la norma iusfundamental y no tienen en principio nada que ver con ella. Más que en el respecto de la constitución, se encuentra en el carácter relacional del fenómeno jurídico y en la unidad interna de los bienes humanos y de la naturaleza humana. (P. 69-72)</p>	nada que ver con las normas que las condicionan, que sean externas a ellas. Muy por el contrario, existe entre ambas una conexión ajustada, que proviene del carácter coexistencial del derecho fundamental del que la norma es sustentadora – sustentada. (P.73)
Luigi FERRAJOLI	2016	Sobre los derechos fundamentales	Ferrajoli, L. (2016). Sobre los derechos fundamentales. <i>Cuestiones Constitucionales</i> . núm. 15. pp. 113-136.	<p>considera que los derechos que por su importancia deben ser garantizados son aquellos cuya defensa es necesaria para la paz, los derechos de igualdad de las minorías que garantizan un pleno multiculturalismo y los derechos que protejan a los débiles frente al más fuerte.</p>	<p><b>EL CONSTITUCIONALISMO COMO NUEVO PARADIGMA DEL DERECHO POSITIVO</b>  Podemos concebir el constitucionalismo como un sistema de vínculos sustanciales, o sea de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y los derechos fundamentales en ellas establecidos, a todos los poderes públicos, incluso al legislativo. La garantía jurídica de efectividad de este sistema de vínculos reside en la rigidez de las constituciones, asegurada a su vez, en las cartas constitucionales de la segunda posguerra, por un lado por la previsión de procedimientos especiales para su reforma, y por otro por la creación del control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes. El resultado es un nuevo modelo de derecho y de democracia, el Estado constitucional de derecho, que es fruto de un verdadero cambio de paradigma respecto al modelo paleopositivista del Estado legislativo de derecho: un cambio, creo, del que la cultura jurídica y política no ha tomado todavía suficiente conciencia y del que, sobre todo, estamos bien lejos de haber elaborado y asegurado sus técnicas de garantía.</p> <p>El constitucionalismo no es por tanto solamente una conquista y un legado del pasado, quizá el legado más importante del siglo XX. Es también, y diría que sobre todo, un programa normativo para el futuro. En un doble sentido. En el sentido de que los derechos fundamentales establecidos por las constituciones estatales y por las cartas internacionales deben ser garantizados y concretamente satisfechos: el garantismo, en este aspecto, es la otra cara del constitucionalismo, en tanto le corresponde la elaboración y la implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos. Y en el sentido de que el paradigma de la democracia constitucional es todavía un paradigma embrionario, que puede y debe ser extendido en una triple dirección: antes que nada hacia la garantía de todos los derechos, no solamente de</p>	

				<p>los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; en segundo lugar frente a todos los poderes, no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a los poderes privados; en tercer lugar a todos los niveles, no sólo en el derecho estatal sino también en el derecho internacional.</p> <p>Frente a los desafíos de la globalización no tenemos alternativas a un futuro de guerras y de violencia, fuera del desarrollo, en estas tres direcciones, del paradigma constitucional heredado de la tradición. Este paradigma, como sabemos, nació en tutela solamente de los derechos de libertad, y ha sido conjugado sólo como sistema de límites frente a los poderes públicos y no frente a los poderes económicos y privados que el pensamiento liberal ha confundido con los derechos de libertad, y ha permanecido anclado solamente a los confines del Estado-nación. El futuro del constitucionalismo jurídico, y con él el de la democracia, está por el contrario confiado a esta triple articulación y evolución: hacia un constitucionalismo social, junto al liberal; hacia un constitucionalismo de derecho privado, junto al de derecho público; hacia un constitucionalismo internacional, junto al estatal.</p> <p><b>¿CUÁLES SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?</b></p> <p>La primera respuesta es la que ofrece la teoría del derecho. En el plano teórico-jurídico la definición más fecunda de los “derechos fundamentales” es desde mi punto de vista la que los identifica con los derechos 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. Esta respuesta no nos dice “cuáles son”, sino solamente “qué son” los derechos fundamentales. Es de hecho la definición de un concepto teórico que, en cuanto tal, no puede decirnos nada sobre los contenidos de tales derechos, es decir, sobre las necesidades y sobre las inmunidades que son o deberían estar establecidas como fundamentales, sino que puede identificar la forma o estructura lógica de esos derechos que convenimos en llamar “fundamentales”. Nos dice, lo cual no es poco, que si queremos garantizar un derecho como “fundamental” debemos sustraerlo tanto a la disponibilidad de la política como a la del mercado, formulándolo en forma de regla general, y por tanto confiriéndolo igualmente a “todos”.</p> <p>La segunda respuesta es la que ofrece el derecho positivo, es decir la dogmática constitucional o internacional. Son derechos fundamentales, en el ordenamiento italiano o alemán, los derechos universales e indisponibles establecidos por el derecho positivo italiano o alemán. Son derechos fundamentales, en el ordenamiento internacional, los derechos universales e indisponibles establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en los pactos internacionales de 1966 y en las demás convenciones internacionales sobre los derechos humanos.</p> <p>La tercera respuesta, que intentaré formular en las páginas que siguen, es la que ofrece la filosofía política, y se refiere a la pregunta de “cuáles derechos deben ser garantizados como fundamentales”. Se trata de una respuesta de tipo no asertivo sino normativo. Por esto debemos formular, para fundarla racionalmente, los criterios meta-éticos y meta-políticos idóneos para identificarlos. Sumariamente, me parece, pueden ser indicados tres criterios axiológicos, sugeridos por la experiencia histórica del constitucionalismo, tanto estatal como internacional.</p> <p>El primero de estos criterios es el del nexo entre derechos humanos y paz instituido en el preámbulo de la Declaración Universal de 1948. Deben estar garantizados como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria para la paz: el derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad, pero también, en un mundo en el que sobrevivir es siempre menos un hecho natural y cada vez más un hecho artificial, los derechos sociales para la supervivencia.</p> <p>El segundo criterio, particularmente relevante para el tema de los derechos de las minorías, es el del nexo entre derechos e igualdad. La igualdad es en primer lugar igualdad en los derechos de libertad, que garantizan el igual valor de todas las diferencias personales —de nacionalidad, de sexo, de lengua, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales, como dice el artículo 3 párrafo primero de la Constitución italiana— que hacen de cada persona un individuo diferente a todos los demás y de cada individuo una persona igual a todas las otras; y es en segundo lugar igualdad en los derechos sociales, que garantizan la reducción de las desigualdades económicas y sociales.</p> <p>El tercer criterio es el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil. Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: en primer</p>	
--	--	--	--	--	--

					<p>lugar el derecho a la vida, contra la ley de quien es más fuerte físicamente; en segundo lugar los derechos de inmunidad y de libertad, contra el arbitrio de quien es más fuerte políticamente; en tercer lugar los derechos sociales, que son derechos a la supervivencia contra la ley de quien es más fuerte social y económicamente.</p>	
Martha Cecilia Paz	2012	Derechos fundamentales innominados como parte de las garantías del derecho a la salud. El caso colombiano	Paz, M. (2012). Derechos fundamentales innominados como parte de las garantías del derecho a la salud. El caso colombiano. Salud y derecho. P.p. 406-410.	<p>A partir de las vertientes manejadas por la Corte Constitucional para justificar el amparo del derecho a la salud, se estudiará si otros derechos, sin ser fundamentales, pero aun así están atados a valores constitucionales como el derecho a un diagnóstico médico o a conocer las historias clínicas, hacen parte de las garantías del derecho a la salud o son derechos con aire propio y entidad definida constitucionalmente.</p>	<p><b>Transito de derechos por conexión a derechos fundamentales</b> El tránsito de la tesis de la conexidad a la de la fundamentalidad tuvo como soporte la égida de dos postulados: a) que un derecho es fundamental cuando esté funcionalmente dirigido a lograr la dignidad humana, y b) que un derecho prestacional se transmuta en un derecho subjetivo cuando se define de forma concreta y clara su contenido.</p> <p><b>El diagnóstico médico como derecho fundamental innominado</b> La jurisprudencia se inclinó, entonces, por señalar que, cuando las entidades encargadas de prestar los servicios de salud niegan a sus afiliados la posibilidad de ser diagnosticados, se infringen los derechos fundamentales a la salud, vida digna e integridad personal, pues se dilata sin razón la determinación de una enfermedad y el inicio del tratamiento médico a tiempo. La afectación de los derechos constitucionales por la negación del derecho al diagnóstico no solo ocurre cuando este se niega, sino también en las hipótesis de demora y dilación. En ambas situaciones la consecuencia de negarlo o dilatarlo afecta gravemente a la dignidad humana, poniendo al paciente a sufrir de manera interminable las afecciones propias de una enfermedad.</p> <p>Siendo el diagnóstico un componente esencial en la realización efectiva del derecho a la salud, debe protegerse en cada caso concreto, en la medida en que se desconozca al paciente sobre la práctica de todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras. (p.407)</p> <p><b>Consentimiento informado para proteger el derecho a la dignidad, a la autonomía y a la salud</b> La jurisprudencia constitucional en Colombia ha previsto que el paciente tiene el derecho a conocer, de manera preferente y de manos de su médico tratante, la información concerniente a su enfermedad, a los procedimientos y/o a los medicamentos que podrán ser empleados para el mejoramiento de su estado de salud, con el fin de que pueda contar con los suficientes elementos de juicio que le permitan, en uso de sus derechos a la libertad, a la autodeterminación y a la autonomía personal, otorgar o no su asentimiento acerca de las actuaciones médicas que incidirán en su salud y en su propia vida. Como una exigencia constitucional, como un derecho fundamental, como parte del ámbito de protección del derecho a la dignidad y a la salud, como un derivado de la autonomía y el pluralismo que rigen una sociedad democrática, ha sido señalada esta prerrogativa del paciente y a su vez el deber del grupo médico.</p> <p>En materia de juicios de tutela o de amparo constitucional referidos a tratamientos, intervenciones médicas, diagnósticos o suministro de fármacos, la exigencia del consentimiento informado es parte de la protección a la salud, un plus en las órdenes que emite la Corte Constitucional colombiana en estas materias, una garantía que claramente se sitúa en el ámbito de protección del derecho a la dignidad, a la autonomía y a la salud, y que igualmente apunta a la salvaguarda de la dignidad de la persona, según las voces del artículo 94 de la Constitución colombiana. (p. 408-409)</p> <p><b>Historia clínica no solo como un derecho a la intimidad sino como un derecho fundamental innominado</b> El artículo 34 de la Ley 23 de 1981, reguladora en Colombia de la profesión médica, dispone: «La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud de un paciente. Es un documento privado sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos en la ley». En un fallo de 2006, esta Corporación señaló que la imposibilidad para los familiares y terceros interesados en tener acceso a la historia clínica del paciente fallecido no era absoluta, menos aun cuando del estudio del caso se arribaba a la conclusión de que la información requerida era necesaria para iniciar un proceso de responsabilidad civil contractual o extracontractual contra las entidades bajo cuyo cuidado estuvo la persona fallecida. En efecto, en dicha oportunidad, la Corte, haciendo acopio de la interpretación por armonización concreta de derechos, consideró que, frente a la reserva legal de la historia clínica de quien había fenecido, se encontraban diferentes derechos contrapuestos: por un lado, el derecho del occiso a la intimidad, y por otro, el de sus familiares y terceros interesados a la información y acceso a la administración de justicia. (p. 409)</p>	<p>Para el año 2008 la Corte reconoció el derecho a la salud como un derecho autónomo y fundamental, siendo este un paso de la conexidad a lo fundamental, sin embargo se han visto una serie de derechos que a pesar de no ser fundamentales, están relacionados estrechamente con valores constitucionales, lo cual los eleva un rango de este nivel, como lo son el derecho al diagnóstico médico, al consentimiento informado y a la historia clínica, debido a que si las entidades encargadas de prestar el servicio de salud se niegan ante cualquiera de estos derechos mencionados, estarían afectando la aplicación integral y oportuna del derecho fundamental a la salud, por ende, estarían yendo en contra de derechos de rango constitucional. Por lo tanto, estos “otros derechos” resultan siendo derechos fundamentales de carácter innominado por su ausencia literal en la Constitución, pero gozando de esta misma categoría de fundamental.</p> <p>Para el Estado Social de Derecho se convirtió en</p>

					<p>La imposibilidad para acceder a la información contenida en la historia clínica del paciente no tiende, exclusivamente, a proteger el derecho a la intimidad de quien muere, sino la de todo su núcleo familiar; cuestión que permite desvirtuar el carácter de documento privado sometido a reserva legal frente a sus familiares más próximos con el fin de garantizarles sus derechos fundamentales al libre acceso a la administración de justicia, a la información, intimidad familiar y a la verdad. derecho a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que murió su ser querido y el derecho a la vida en condiciones dignas, en el sentido de tranquilidad moral y mental. (p. 110)</p>	<p>un compromiso dar apertura al elenco de los derechos fundamentales a el reconocimiento de nuevos derechos y la posibilidad de que se extiendan las garantías de los que gozan de fundamento constitucional.</p> <p>Se ha querido demostrar, en este artículo, que, en materia de salud, específicamente, así no esté consagrado un derecho como fundamental autónomo, el juez constitucional se obliga a interpretarlo haciendo uso del marco categorial, esto es, desde los derechos vecinos a su protección, como son, en este caso, la salud, la dignidad, la autonomía y la libertad.</p> <p>Cuando, por un razonamiento axiológico, el juez constitucional concluye que se trata de un derecho encaminado a realizar valores como la dignidad, la igualdad y la convivencia, advierte que está ante un derecho fundamental y debe actuar, por lo tanto, con coherencia en la interpretación y eficacia para su concreción frente a eventos específicos. (p. 410)</p>
--	--	--	--	--	--	--