

# CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA VIVIENDA EN COLOMBIA

Lizandro Alfonso Cabrera Suárez<sup>1</sup>. Abogado. Coordinador Centro Investigaciones.  
Universidad Cooperativa Colombia Cali.

Recibido agosto 30 de 2014 – Aceptado septiembre 25 de 2014

<http://dx.doi.org/10.18566/puente.v8n2.a11>

**Resumen** — La vivienda, como una permanente e imperiosa necesidad del ser humano, independiente del momento histórico que se viva, constituye un motivo de preocupación, investigación y disquisición en las Sociedades. Estas situaciones han sumergido al hombre en muchos debates respecto del sentido en que ha de tomarse la propiedad y la vivienda, como parte integrante del concepto sociedad, de tal manera que este tema siempre ha constituido un asunto problemático. El cómo adquirir la vivienda frente a los temas de la tenencia de la tierra, y la distribución de la riqueza es una cuestión compleja habida cuenta de la evidente desigualdad entre los que tienen y los que no tienen, pues siempre habrá unos individuos que poseyendo los medios de producción tratarán de aventajar a otros que pretendiendo acceder a ellos, generan una constante confrontación que se ha conocido históricamente como lucha de clases.

**Palabras Claves**— Vivienda, Estado, Estado Social De Derecho, Derecho Fundamental.

**Abstract**— Housing as a permanent and vital need of human beings, regardless of the historical moment to be alive, is a matter of concern, research and disquisition on societies. These situations have submerged man in many discussions regarding the direction it has taken ownership and housing concept as an integral part of society, so that this matter has always constituted a problem area. How to become homeowners, compared with the themes of possession of land and sharing of wealth, is a complex issue given the apparent disparity between those who have and those who have not, because there will always be some individuals who possess the means of Production will try to outdo others claiming access them, they generate a constant confrontation that has been known as class struggle.

**Keywords** — Housing, State, Social State Of Right, Fundamental Right.

## PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y METODO

La investigación se ocupa de la cuestión jurídica: ¿el contrato mercantil de mutuo en Colombia cumple

con los fines esenciales de nuestro estado social de derecho en materia de adquisición de vivienda?

Se usa como basamento teórico a Austin (2005) [1] y a Ortiz Uribe, Frida Gisela y María Del Pilar García (2001) [2]

## I. INTRODUCCION

La vivienda ha sido, es y será una necesidad esencial aun cuando no un derecho fundamental [3] (pues así se ha considerado en Colombia) del ser humano, independiente del momento histórico que se viva. Esa historia ha enrolado al hombre en unos debates respecto del sentido en que ha de tomarse la propiedad [4] y la vivienda, como parte integrante de este concepto, no es ajena a este tema. Siempre ha constituido un asunto problemático para el hombre el cómo adquirir la vivienda puesto que la repartición de la tierra, de la riqueza ha sido y es desigual y en consecuencia, habrá unos que poseyendo los medios de producción [5] y otros que pretendiendo acceder a ellos, generen la lucha de clases [6]. La estructura del marco teórico se edifica a partir de encontrar un criterio claro que constituya la esencia sobre la cual las sociedades han decantado su concepto de vivienda, a través de: la teoría del Estado, la teoría de los Derechos humanos, los Derechos fundamentales,

## II. PLANTEAMIENTO

La vivienda en nuestro medio, tratada como un derecho que está catalogado como de gran importancia (de mérito), permite la cimentación del llamado núcleo de la sociedad: la familia. Por ello, los estudiosos de la materia han generado sus análisis a partir de teorías tales como: Estado de necesidad [7], contrato social [8], el derecho a la propiedad [9] y teoría de la seguridad [10] todas ellas imbuidas genéricamente dentro de las orientaciones del capitalismo y del socialismo. Estas teorías nos dejan, cognitivamente, unos planteamientos interesantes, así:

### 1. El Estado de necesidad

Es aquella situación en la que se daña un bien jurídico protegido, incurriendo en un tipo penal, pero

<sup>1</sup> Lizandro Alfonso Cabrera Suárez. Profesor investigador. Abogado. Coordinador centro investigaciones. UCC Cali. Email: lizandrocabrera@hotmail.com.

descartando la antijuridicidad de la acción, debido precisamente, a la presencia de la figura justificante.

Partiendo de las consecuencias del estado de necesidad, cabe añadir que su fundamentación gira en torno a la posibilidad que el derecho otorga al particular para dañar o poner en peligro un bien jurídico determinado, con el objetivo de salvar otro bien jurídico de igual o mayor trascendencia jurídica. Hay que añadir que existen dos doctrinas mayoritarias que explican los efectos del estado de necesidad, y sobre todo, que justifican la aplicación:

*a) La Doctrina de diferenciación.*

Esta teoría, originariamente germana, distingue la existencia de dos supuestos distintos dentro del estado de necesidad: en primer lugar estará el estado de necesidad justificante, el cual consiste en que una persona salvando un bien determinado, sacrifica otro de menor valor (se aplica el criterio de ponderación de bienes) como es el caso de la persona que para salvar su integridad física comete un allanamiento de morada. En este primer supuesto, la acción no sólo no se considera antijurídica, sino que se estima valorada positivamente por el ordenamiento jurídico.

Por otro lado tendremos el estado de necesidad exculpante que busca salvar un determinado bien sacrificando otro bien de igual valor. En este caso, la acción no se considera positiva por parte del derecho. No obstante, tampoco se cree razonable la existencia de responsabilidad penal (principio de no exigibilidad de un comportamiento distinto) del sujeto, con lo que la conducta estará meramente disculpada (excluyendo la culpabilidad pero no la antijuridicidad del hecho), pese al desvalor existente por el daño de bienes iguales en importancia. Sin embargo del art.20.5 C.P español y en similar sentido otros códigos de habla hispana no se desprende este tratamiento dualista del estado de necesidad, por lo que es fruto de la dogmática. Se considera la doctrina dominante.

*b) La Doctrina unitaria o del mal jurídico.*

Esta doctrina parte de la consideración unitaria, tanto de la relación entre bienes iguales como de la relación entre bien superior e inferior. De esta manera, considera que ambas categorías suponen un desvalor en el resultado, y que por ello, ninguna de ellas podrá considerarse positiva o negativamente. Así, ambas tienen un mero papel justificante, siendo indiferente el hecho de que el

bien dañado sea igual o inferior al bien salvado.

Cabe señalar que hoy en día es la doctrina mayoritaria.

*2. El Contrato Social*

Comprende el conjunto de decisiones, normas y principios considerados razonables de acuerdo al tipo de organización de la sociedad en general, o en su caso, de acuerdo a un colectivo social determinado. Comprende el tipo de objetivos colectivos que deben ser perseguidos, defendidos y sostenidos, así como el tipo de relaciones sociales consideradas admisibles o deseables, de manera que describan un estándar de justicia legítimo. Un estándar de justicia sería aquello que se considera más razonable para una situación dada; "razonable" significa que, determinada acción es defendible ante los demás con relativa independencia de sus intereses u opiniones personales, esto es, desde una perspectiva imparcial; así, para justificar algo hay que dar razones convincentes que los demás puedan compartir y comprender. Para hablar de un contrato social, se requiere, entonces, contar con varios elementos esenciales para el desarrollo de esta idea, dentro de los cuales se encuentra la justicia social [11] que es un término utilizado para referirse a las condiciones necesarias para que se desarrolle una sociedad relativamente igualitaria en términos económicos. Comprende el conjunto de decisiones, normas y principios considerados como razonables para garantizar condiciones de trabajo y de vida decentes para toda la población. Alejandro Korn sostiene que la justicia social es un ideal que solo puede definirse a partir del hecho concreto de la injusticia social.

Algunos estudiosos, sostienen que el concepto «justicia social» se corresponde con el de «justicia distributiva» de Aristóteles, en tanto que la noción de «justicia conmutativa» del estagirita, corresponde a la idea clásica de justicia. En las sociedades modernas, históricamente el concepto de justicia social aparece como una respuesta directa a lo que en el siglo XIX se llamó la "cuestión social", es decir, el creciente malestar y reclamo de los trabajadores. El término "justicia social" fue utilizado por primera vez por el cura siciliano Luigui Taparelli en Inglaterra a fines del siglo XIX, entre los socialistas Fabianos ingleses, a partir de un fuerte componente ético: "convicción racional e inspirada por el impulso ético para realizar la justicia social" (1890). El concepto pasó al partido laborista inglés, y fue aceptado y retomado por el gobierno liberal a través de su emergente el ministro de comercio David Lloyd George, cuyo objetivo manifiesto era "lograr la justicia social" (1903). En la

misma época, en Francia, el partido socialista a través de Jean Jaurés, adopta el concepto de justicia social como parte de su socialismo ético. En 1919 se crea la OIT [12] y se redacta su constitución que comienza diciendo: "considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social...". En 1931 el papa Pío XII utiliza el término en la encíclica cuadragésimo año. Años más tarde se constituía en Argentina el primer partido político basado íntegramente en esta justicia, el partido justicialista, acaudillado por Juan Domingo Perón.[13]

La aparición del constitucionalismo social, el estado de bienestar y el derecho laboral, son cuestiones que rápidamente se vincularon con las ideas de justicia social. Así se ha dicho que la llamada justicia "conmutativa" es la que corresponde entre iguales, en tanto que la justicia "social" es la que corresponde entre desiguales.

La defensa de los principios de justicia se realiza normalmente por la vía de la argumentación racional, con base a cuatro tipos de argumento: práctico, por analogía, ético y de identidad.

El tratamiento del término justicia social por las ciencias sociales se encuentra en r. I. cohen, tomado de justice, social en el 'dictionary of sociology' (Oxford). En Internet puede ubicarse como social justice. En cuanto a la filosofía y la teología el término es relativamente reciente, aunque está implícito en la producción de filósofos de la edad moderna: Hobbes[14], Rousseau [15],Locke [16], Kant [17], Malthus [18], Thomas Hill Green[19], y como filosofía política en: Friederich Hayek[21], John Rawls [22], entre otros.

Otra fuente es el pensamiento de Joaquín Ruiz Jiménez [23] en español. Es especial y profusamente tratado en la doctrina social católica (encíclicas sociales) con el referente de la dignidad humana y en la tradición cristiana por estar vinculado a su concepto del amor al prójimo.

Otras fuentes son: el movimiento sindical,[24] los partidos socialistas democráticos [25] y los movimientos de derechos humanos [26].

La idea de justicia social late en el "estado de naturaleza" o posición original propios del contractualismo del que tratan Rousseau, así como en el equilibrio reflexivo de los principios de justicia de Rawls: libertades básicas, principio de diferencia [27] y la acción afirmativa como discriminación positiva,

basada en la justicia entendida como equidad[28], cuestión que ha sido discutida y parcialmente resuelta por el principio de igualdad de oportunidades, pero no ha sido desarrollada hasta las acciones y consecuentes legislaciones de los movimientos humanistas en torno a la discriminación, la libertad y las encíclicas sociales[29] la distribución de los frutos del desarrollo y la dignidad humana. La lucha contra la distribución desigual[30] de bienes que son de todos, la solicitud o preocupación por el bien común, la idea de que justicia equivale a paz y la conciencia de ello en los individuos son todos componentes de un sistema social justo.

El balance de las desigualdades sociales en beneficio de los menos favorecidos, dando a la justicia la categoría de equidad, como preocupación social para el desarrollo humano y de la sociedad, ya define la nueva situación de estas cuestiones en la humanidad. Este tipo de problemas favorece la tentación del uso de la violencia para combatir situaciones consideradas socialmente injustas; los problemas principales señalados como ejemplos son vivienda y desempleo y cuestiones internacionales de calado, que posee un carácter progresista (acumulativo) y una fundamentación empírica y racional, desarrollando una doctrina social basada en estos puntos: desarrollo, solidaridad, dignidad humana e identidad de cada comunidad.

Como teología moral [31], su definición llega más allá del contrato social: 'los bienes de este mundo están originalmente destinados a todos', que forma un conjunto de principios, criterios de juicio y directrices de acción, 'un compromiso para la justicia según la función, vocación y circunstancias de cada uno', (solicitud rei socialis, Juan Pablo II pp [32]). Se ha construido ya un modelo de filosofía moral para la sociedad civil y se ha incorporado a la estructura social a través de las ciencias sociales, es decir, con aportaciones y puntos de vista de técnicas multidisciplinarias.

### 3. El Derecho De Propiedad

Lo integran ciertos derechos sobre bienes y servicios que proporcionan "utilidad" al consumirse. Las transacciones de bienes y servicios consisten en el intercambio de derechos de propiedad, así: Ius utendi:(uso) el derecho a utilizar lo que se ha comprado (p.e. un carro, una casa). Ius fruendi: (usufructo) el derecho de usar el bien o servicio para sacar una ganancia (p.e. arrendar una bodega después de comprarla). Ius Abutendi: (Libre disposición) el

derecho de hacer del bien o servicio lo que se quiera dentro de ciertos límites legales y constitucionales.

#### 4. *La teoría de la seguridad humana*

Los avances en la teoría de la seguridad han permitido la inclusión de nuevos aspectos señalados como posibles amenazas que ameritan ser considerados dentro de la óptica de seguridad. En esta perspectiva, el tema de seguridad humana cobra fuerza y permite un análisis multidimensional incluyendo aspectos como la seguridad económica y la seguridad ambiental. En este nuevo marco, la vivienda puede encontrar un espacio para complementar el análisis de inseguridad económica, asociado a la pobreza y calidad de vida y al análisis de inseguridad ambiental vinculada a los desastres naturales y el entorno en que se ubican las viviendas. Frente a esto, es posible pensar que las políticas públicas de vivienda hagan un movimiento hacia la securitización reconociendo la amenaza potencial derivada de a) la falta de vivienda; b) un entorno favorable donde se habite; o c) de derechos de propiedad seguros. Estos tres elementos se pueden asociar al concepto de seguridad humana pues su carencia o mal estado puede ser una amenaza contra las necesidades de los hombres y una amenaza contra la libertad de decidir. La vivienda es un componente para la vida y desarrollo de las personas. La vivienda insegura puede asociarse a dos componentes de la seguridad humana: la *seguridad económica* y la *seguridad ambiental*.

### III. TEORIAS SOBRE LOS ESTADOS

#### *Estado de Derecho*

El Estado de derecho [33] es aquel, en donde sus autoridades se rigen, permanecen y están sometidas a un derecho vigente, en lo que se conoce como un Estado de derecho formal o material. Este se crea cuando toda acción social y estatal encuentra sustento en la norma; es así que el poder del Estado queda subordinado al orden jurídico vigente por cumplir con el procedimiento para su creación y eficaz cuando se aplica en la realidad con base en el poder del Estado a través de sus órganos de gobierno, creando un ambiente de respeto absoluto del ser humano y del orden público. Sin embargo, no basta con que exista una autoridad pública sometida a derecho, para estar en presencia de un verdadero y auténtico Estado de derecho, sino que el ordenamiento jurídico del respectivo Estado, debe reunir una serie de características, lo que da origen a un Estado de derecho real o material. Estos requisitos son:

Deben crearse diferentes órganos de poder del Estado entregándole a cada uno de ellos una de las funciones de gobierno. Esos órganos de poder del Estado deben actuar autónomamente unos de otros. Es decir, sus dictámenes o decisiones no pueden ser invalidados, modificados o anulados por el otro órgano. Debe estar establecida la forma en que se nombran los titulares del respectivo órgano, y las solemnidades y procedimientos para poner término a sus cargos.

El poder debe estar institucionalizado y no personalizado, vale decir, debe recaer en instituciones jurídico-políticas y no en autoridades específicas, las cuales son detentadores temporales del poder mientras revisten su cargo.

Tanto las normas jurídicas del respectivo Estado, como las actuaciones de sus autoridades al aplicar dichas normas jurídicas, deben respetar, promover y consagrar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza de las personas y de los cuerpos intermedios que constituyen la trama de la sociedad.

#### *Estado social de derecho*

El artículo 1° de la Constitución erige al Estado Social de Derecho como principio fundamental de la organización política Colombiana. El concepto de Estado Social de Derecho nació en Europa en la segunda mitad del siglo XX, como una forma de organización estatal encaminada a “realizar la justicia social y la dignidad humana mediante la sujeción de las autoridades públicas a los principios, derechos y deberes sociales de orden constitucional” [34]. En esa medida, el presupuesto central sobre el cual se construye este tipo de organización política es el de una íntima e inescindible interrelación entre las esferas del “Estado” y la “sociedad”, la cual se visualiza ya no como un ente compuesto de sujetos libres e iguales en abstracto –según ocurría bajo la fórmula clásica del Estado liberal decimonónico–, sino como un conglomerado de personas y grupos en condiciones de desigualdad real [35]. El papel del Estado Social de Derecho consiste, así, en “crear los supuestos sociales de la misma libertad para todos, esto es, de suprimir la desigualdad social” [36] según lo ha señalado esta Corporación, “con el término ‘social’ se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar

las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales.[37]

De esta forma, el principio de Estado Social de Derecho contrasta con el Estado de Derecho liberal en cuanto a sus fines: el Estado Social de Derecho ya no se limita solamente a asegurar la vida, la propiedad y la libertad mediante la protección contra el fraude, el hurto, el incumplimiento contractual o los daños ocasionados por terceros, funciones típicas del Estado gendarme. Sus fines tienen mayor alcance e incluyen, entre otros, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación y asegurar la vigencia de un orden justo (art. 2° de la C.P.). Para ello, el Estado cuenta con facultades amplias de intervención en la economía, las cuales han de estar orientadas a lograr los fines generales del Estado y los fines especiales de la intervención económica enunciados principalmente en el artículo 334 de la Constitución. Entre estos fines especiales se destacan el de “asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos” (art. 334 de la C.P., inc. 2°).

El alcance del principio de Estado Social de Derecho respecto de la relación entre las autoridades y la persona individualmente considerada es bastante amplio, y se ve reforzado por los principios fundamentales de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad (art. 1° de la C.P.) y la igualdad (art. 13 de la C.P.). Bajo el primer principio fundamental, la dignidad humana, las autoridades públicas no pueden tratar al ser humano como una cosa o mercancía, ni ser indiferentes frente a situaciones que ponen en peligro el valor intrínseco de la vida humana, entendida ésta no ya como el derecho a no ser físicamente eliminado sino como el derecho a realizar las capacidades humanas y a llevar una existencia con sentido, en un ambiente libre de miedo frente a la carencia de lo materialmente necesario e indispensable para subsistir dignamente.

El principio fundamental del trabajo sobre el que igualmente se funda el Estado Social de derecho (art. 1° de la C.P.) justifica, entre otras, la intervención del Estado en la economía, como ya se anotó, “para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y

servicios básicos” (artículo 334 inciso 2 C.P.). De esta forma, el Estado Social, por medio de la política económica y social adoptada por las autoridades competentes, pasa a ser agente de estímulo a la creación de empleo en el mercado laboral, todo ello dentro del marco constitucional de protección especial al trabajo (artículos 25 y 53 C.P.).

La solidaridad, como tercer pilar del Estado Social de Derecho, es un principio fundamental del que se derivan múltiples principios –por ejemplo, los de equidad y progresividad tributaria (artículo 363 C.P.)–, derechos –por ejemplo, a la seguridad social (artículo 48)– o deberes –por ejemplo, a obrar con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, todos ellos aplicables tanto al Estado como a los particulares.

El principio y derecho fundamental a la igualdad – en sus múltiples manifestaciones, incluyendo la igualdad de oportunidades, la igualdad real y efectiva o las acciones afirmativas a favor de grupos discriminados o marginados y de personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (artículo 13, C.P.)–, representa la garantía más tangible del Estado Social de derecho para el individuo o para grupos de personas expuestos a sufrir un deterioro de sus condiciones de vida como sujetos de una sociedad democrática –donde todas las personas merecen la misma consideración y respeto en cuanto seres humanos. Es a partir precisamente del artículo 13, en concordancia con los artículos 1, 2, 11 y 85 de la Constitución que la jurisprudencia constitucional ha reconocido desde un principio el derecho fundamental al mínimo vital, el cual adquiere especial relevancia en el contexto de la intervención del Estado en la economía, en virtud del artículo 334 Superior.

Como consecuencia de lo anterior, las medidas adoptadas por las autoridades en el marco de un Estado Social de Derecho han de consultar la realidad fáctica sobre la cual habrán de surtir efectos, con miras a materializar la finalidad primordial adscrita por esta fórmula política a las instituciones públicas: promover condiciones de vida dignas para la totalidad de la población.

Ello es especialmente predicable de las leyes en materia económica, y mucho más de las disposiciones tributarias, según lo ha precisado la Corte Constitucional en varias oportunidades. Así, por ejemplo, en la sentencia C-925 de 2000 se estableció que, en virtud de la existencia de un deber constitucional general de las personas consistente en

“contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad” (art. 95-9 C.P.), el Legislador, al adoptar las normas tributarias en virtud de las cuales se hará efectivo dicho deber, tiene que partir del hecho de que “no todos los asociados pueden ni deben tributar exactamente igual, sino que a la ley corresponde medir y distribuir las cargas. Y ello, según las capacidades y de acuerdo con la posición y necesidades de los distintos sectores sociales, teniendo en cuenta también la magnitud de los beneficios que cada uno de ellos recibe del Estado y las responsabilidades que, según su actividad, deben asumir; es la propia ley la de encargada de señalar la cobertura de las normas tributarias y de establecer la mayor o menor medida en que cada uno tribute.” En esa medida, se estableció en la misma providencia que compete al legislador tributario “evaluar, junto con los objetivos del recaudo, la equidad de las obligaciones que impone, la progresividad de las contribuciones y las distintas situaciones en que pueden encontrarse los contribuyentes”.

La Corte también ha precisado, en relación con las medidas tributarias adoptadas por el Legislador, que los principios de eficiencia, equidad y progresividad que, según el artículo 363 Superior, rigen el sistema tributario, se derivan directamente de la configuración de Colombia como un Estado Social de Derecho, en el marco del cual la hacienda pública cumple un propósito claramente redistributivo, “que se busca a través del diseño de instrumentos y políticas que procuren una mejor redistribución de la renta global del país, y del logro de una mejora relativa en los segmentos más pobres de la sociedad, a través del incremento cualitativo y cuantitativo de los servicios públicos.[38]

*Los derechos humanos en el estado social de derecho.*

La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, los cuales éste o tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de proteger son los que hoy se conocen como derechos humanos.

Los derechos humanos han tenido un gradual desarrollo durante la historia del hombre, pues a medida que pasa el tiempo, la sociedad cambia y los derechos toman matices diferentes, ya que están estrechamente vinculados con la realidad política,

económica y social del momento, un ejemplo de ello es el surgimiento de los derechos y su clasificación en las diferentes generaciones, que aunque están enmarcadas en épocas diferentes surgen de necesidades históricas complementarias.

La situación anterior, permite afirmar que el modo de realización de los derechos humanos depende de la situación social, política y cultural de los grupos humanos que los ejercen, defienden y reivindican. Este aspecto es trascendente en el tema de investigación pues permite ubicar el desarrollo de las diferentes clases de derechos, según su aparición en el tiempo, así como también determinar si el surgimiento en los diferentes contextos históricos es determinante al momento de realizar un análisis de cada derecho. En el caso del derecho a la salud, es importante tener claro el momento de su aparición, las condiciones que influenciaron socialmente su consolidación hasta nuestros tiempos, su catalogación entre los derechos económicos, sociales y culturales y los elementos que constituyen los derechos humanos, para saber si es posible abordar su estudio como derecho fundamental, en razón a sus características básicas.

#### IV. NOCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

La abundancia de conceptos análogos definidos de diferentes formas y los distintos nombres otorgados a los “Derechos Humanos”, tales como derechos del hombre [39] libertades públicas[40] derechos fundamentales [41] derechos morales, derechos personalísimos [42] garantías individuales [43], derechos esenciales[44] derechos innatos [45], entre otros [46], provocan una enorme vaguedad conceptual respecto de esta expresión, lo que se traduce, en la constante dificultad de precisar su alcance y naturaleza. El desacuerdo es tal, que incluso algunos autores [47] consideran que este término es inconveniente, pues afirman que es en sí mismo tautológico y desde una perspectiva técnico jurídica puede que no sea la expresión más adecuada, sin embargo, ellos mismos reconocen que es el vocablo preferible entre todos los existentes, pues es el generalmente aceptado por la doctrina y la legislación, hace parte del lenguaje cotidiano y es reconocido por todos los Estados y todos los pueblos, por eso, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, párrafo 8° del Preámbulo, aparecen aquellos, bajo esa denominación, como “...el ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse...”

La terminología referente a los Derechos Humanos se mueve en un ámbito de equivocidad y confusión por la abundancia de expresiones y denominaciones que poseen, lo cual desencadena aún más dificultades al momento de intentar definirlos. El Curso Sistemático de Derechos Humanos de IEPALA siguiendo al tratadista Antonio E. Pérez Luño considera que se pueden señalar tres tipos de definiciones de Derechos Humanos:

*A. Tautológicas:* No aportan ningún elemento nuevo que permita caracterizar tales derechos. Una definición tautológica muy repetida en la doctrina es la que afirma que "los derechos del hombre son los que le corresponden al hombre por el hecho de ser hombre".

*B. Formales:* No especifican el contenido de los derechos, limitándose a alguna indicación sobre su estatuto deseado o propuesto. Una definición formal es la que afirma que "los derechos del hombre son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hombres, y de los que ningún hombre puede ser privado".

*Teleológicas.* En ellas se apela a ciertos valores últimos, susceptibles de diversas interpretaciones. Una definición teleológica es la que dice que "los derechos del hombre son aquellos que son imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona humana, para el progreso social, o para el desarrollo de la civilización". A ellas podríamos añadir un tipo más de definición:

La explicativa o definición descriptiva. Una definición que pretende ser descriptiva, aunque tiene una fuerte carga teleológica, y que ha sido generalmente aceptada por la doctrina, es la que propone Pérez Luño, quien entiende que los Derechos Humanos son "un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional"[48]

Las definiciones entorno al concepto de derechos humanos hacen parte de los múltiples esfuerzos realizados por diversos autores para encontrar una idea clara y precisa de lo que son, pues aunque se coincide en la trascendencia de su consagración, no sucede lo mismo con su definición. El Profesor Mexicano José Antonio García Becerra, considera que estos intentos de conceptualización se pueden dividir en dos grandes grupos o tendencias: una

positivista y otra ius naturalista dependiendo de la consideración de estos como derechos derivados de la consagración normativa contenida en el orden jurídico o, como anteriores o superiores a este [49].

La definición propuesta anteriormente por Pérez Luño es considerada bajo una tendencia Ius positivista, pues para esta postura los derechos surgen con su consagración en la norma jurídica de derecho positivo. Por otro lado, a La tendencia Ius naturalista, se circunscriben autores como Harold H. Lasky quien afirma: "los derechos, son en realidad, las condiciones de vida social, sin las cuales no puede ningún hombre perfeccionar y afirmar su propia personalidad. Puesto que el Estado existe para hacer posible esta tarea, solo manteniendo esos derechos puede mantener su fin. Los derechos por consiguiente son anteriores a la existencia del Estado, en el sentido que, reconocidos o no, son la fuente de donde deriva su validez legal"; y como José Castán Tobeñas quien define los Derechos Humanos como "aquellos derechos fundamentales de la persona humana- considerado tanto en su aspecto individual como comunitario- que corresponden a ésta por razón de su propia naturaleza (de esencia, al mismo tiempo, corpórea, espiritual y social) y que nos deben ser reconocidos y respetados y respetados por todo poder y autoridad y toda norma jurídica positiva, cediendo, no obstante, en su ejercicio a las exigencias del bien común."

La proliferación de nociones que dicen definir los Derechos Humanos, hace necesario tener una que permita compendiar sus elementos estructurales, pues sólo si se llega a un acuerdo básico sobre el contenido de los derechos humanos, resultará posible establecer su efectividad y garantía. Bajo estas circunstancias resulta pretencioso, proponer una definición exhaustiva, sin embargo es fundamental tener una, en la cual se apoye el resto de la investigación y que proporcione bases acerca de lo que son los derechos Humanos, por lo tanto se propone tomando como criterio orientador la presentada por la Defensoría del Pueblo de Colombia en la obra ¿Que son los Derechos Humanos? [50], la presentada por el doctor Antonio E. Pérez Luño[51] y la expuesta en el Curso Sistemático de Derechos Humanos[52], la siguiente:

Los derechos humanos son exigencias de libertades, facultades o prestaciones, directamente sustentadas en la dignidad humana, que revelan lo que en cada momento histórico es necesario para una convivencia justa y pacífica, son congruentes con los

valores sociales fundamentales ampliamente compartidos por la comunidad internacional y por esto mismo consideradas merecedoras de protección jurídica en la esfera interna y en el plano internacional.

La definición anterior intenta tomar los Derechos Humanos como concepto histórico, pues estos al provenir del hombre, poseen una ubicación real en el mundo y en el desarrollo de la sociedad, no surgen simplemente de premisas metafísicas abstractas, sino una concreta especificación histórica, sino por el contrario de situaciones y necesidades que se manifiestan con el crecimiento del ser humano [53]. También busca que se tenga como eje central de cualquier definición, el valor supremo de la dignidad, el cual constituye el soporte moral de todos los derechos, al desprenderse del un conjunto de restricciones y normas en el trato hacia las personas, que incluyen la abstención de cualquier trato cruel o degradante, la prohibición de reducir un ser humano al rango de simple instrumento al servicio de fines ajenos, y su reconocimiento como un sujeto de necesidades que merecen ser atendidas. Y por último pretende establecer una definición formal que pueda ser referida a cualquier momento histórico y pueda responder coherentemente a los planteamientos metodológicos sustentados a lo largo de la investigación.

## V. DERECHOS FUNDAMENTALES

### *Antecedentes*

Este tema se enfoca en los hechos y circunstancias cercanos a la consagración constitucional en Colombia de los derechos fundamentales y al empleo del concepto a través de cada uno, para lo cual se toman la Constitución de 1886 y la Asamblea Nacional Constituyente, como instrumento para la consolidación del contenido de estas garantías.

#### *a) Constitución de 1886*

El título III de la Constitución de 1886[54] comprendía principios generales, libertad, seguridad e inmunidad, propiedad, religión, educación, imprenta, correspondencia, industria y profesiones, derecho de petición, reunión asociación, disposiciones sobre personas jurídicas, estado civil de las personas, responsabilidad por violación de las garantías y reproducción de ese título en el código civil, derechos todos agrupados bajo el nombre “De los Derechos Civiles y Garantías Sociales”, pues el criterio de

derecho fundamental, no fue manejado en ese entonces por el constituyente.

La Constitución de 1886 tuvo múltiples reformas, entre las cuales sobre salen las de 1936, 1945 y 1968, las cuales de una u otra forma pretendían darle un carácter social al reconocimiento de los derechos. Pese a este esfuerzo por nutrirla, la Carta se había quedado corta en la materia. Un caso en que esta situación se evidencia, es en la no consagración del derecho a la vida, pues a pesar de su importancia, en el texto de 1886 está no era tratada como un derecho, sino como un fin del Estado, lo cual dificultaba la comprensión de su contenido esencial, pues era vinculada respecto a las autoridades del Estado de la siguiente manera: “Las Autoridades de la Republica están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”

El derecho a la igualdad, presenta una situación similar a la anterior, pues no se reconoce bajo ese nombre, sino que debe presumirse en una labor interpretativa por el uso, por ejemplo del término “todas las personas”, incluido en el artículo 19 de la norma. La jurisprudencia también dedujo el derecho a la igualdad de varias disposiciones constitucionales. “El Consejo de Estado anuló con base en él normas desde 1971, cuando se pronunció sobre un decreto que prohibía la venta de un plaguicida menos tóxico que otros cuya comercialización si estaba autorizada. Y la Corte Suprema de Justicia hizo lo propio desde 1931 cuando declaró inconstitucional que se exigieran distintos tipos de requisitos para que se acreditara la capacidad para ejercer la abogacía.”[55]

El profesor Eustorgio Sarria, opina que esta Constitución “recoge los principios individualistas de la Constitución de Río Negro, mutilando el ejercicio de la libertad en aspectos fundamentales”[56] pues aunque en ella se consagran derechos, se preocupaba más por la autoridad que por la libertad. Rafael Nuñez lo expresó claramente, ante el Consejo de Delegatarios el 11 de Noviembre de 1885: “Las Repúblicas deben ser autoritarias, so pena de incidir en permanente desorden y aniquilarse en vez de progresar”[57] Una muestra de ello puede ser, lo referente a los credos religiosos, pues aunque en el artículo 13 se garantiza la libertad de conciencia y la libertad de culto, en el mismo lo limita a la “moral cristiana”, circunstancia no deja de ser paradójica.

La Constitución de 1886, presentaba una insuficiente regulación de los derechos, pues no ofrecía a los jueces elementos textuales para

desarrollar los derechos, por el contrario había más instrumentos para restringirlos. Esta pobreza conceptual en palabras del Doctor Manuel José Cepeda “no ofrecía la posibilidad para crear por vía judicial derechos completamente nuevos, porque no tenía elementos textuales que permitieran a los jueces desarrollar con el dinamismo de la realidad colombiana los derechos protegidos y porque el predominio de las reglas sobre atribución de competencias y separación de poderes opacaban la sensibilidad de los derechos.”[58]

#### *b) Asamblea Nacional Constituyente de 1991*

El concepto de derechos fundamentales, posee pocas referencias en la Asamblea Nacional Constituyente, según los diferentes debates consignados en las Gacetas Constitucionales, sin embargo la Corte Constitucional en la sentencia T-406 de 1992 se refiere a importantes debates efectuados en torno a esta denominación:

“Sobre el concepto de derecho fundamental debatido en la Asamblea Nacional Constituyente hay pocas referencias. Casi todo el tema fue tratado bajo la rúbrica de los derechos humanos. Así se desprende de la ponencia de la subcomisión segunda de la comisión primera, cuando afirma: "para determinar los derechos que deben figurar en nuestra Carta constitucional se tuvo en cuenta la evolución del concepto de derechos fundamentales propiciada por las circunstancias históricas y políticas y por el desarrollo de los principios humanitarios"; Todo ello para tratar el tema bajo la clásica división de las tres generaciones de derechos humanos.

Otra forma de determinar el carácter de fundamental de un derecho debatido en la Asamblea fue la del concepto de aplicación inmediata. Esta vía fue defendida en la intervención hecha por el Ministro de Gobierno Humberto de la Calle Lombana en la sesión del 6 de Marzo ante la comisión primera al presentar el proyecto de gobierno: "... en nuestra opinión no se trata de establecer una escala de valores que discrimine unos derechos frente a otros, ... lo que el gobierno quiere señalar es que hay unos derechos que son de aplicación inmediata, que no requieren la intermediación de la norma legal para que ellos tengan vigencia y por lo tanto permiten la utilización inmediata de los elementos de protección de los derechos...". Según esto el derecho de tutela sólo podía ser aplicado frente a la violación de alguno de estos derechos considerados como de aplicación inmediata. Pero fue en las sesiones plenarias donde se aclaró el punto: La aplicación inmediata no agotaba la

lista de los derechos fundamentales. Para llegar a esta conclusión es necesario conocer el debate en plenaria sobre el artículo 85 de la Constitución. En sesión plenaria de junio 29 la comisión codificadora sometió a discusión un texto que hacía referencia a la acción de tutela, únicamente para aquellos derechos que se habían determinado como de aplicación inmediata, entre ellos la vida, la integridad personal, la honra, la igualdad, etc. Una vez finalizada la lectura se presentaron las interpelaciones en contra, por parte de algunos constituyentes; así expresó su inconformidad el Dr. Alvaro Echeverry Uruburu: "La comisión codificadora incurrió en una gravísima confusión; de suerte que confundió aplicación inmediata de los derechos que quiere decir que hay derechos que simplemente basta su consagración en la Constitución para que tengan operancia y efectividad; que no necesitan ley que los reglamente,...y eso es una cosa distinta con el amparo o con el derecho de tutela como aquí se ha llamado, que obviamente está prescrito para unos derechos fundamentales, pero obviamente el error partió de allí, porque dice la comisión que se amparan con tutela, esos derechos de aplicación inmediata, es decir que no hay tal ley reglamentaria y otra cosa es que se diga cuales derechos van a ser amparados por la tutela que esos si pueden ser reglamentados en la ley estatutaria respectiva...".

Es precisamente en este punto donde es necesario entrar a establecer si realmente se quiso, por parte de los constituyentes, establecer un catálogo taxativo de derechos fundamentales, o, por el contrario, fue apenas una enunciación susceptible de ser ampliada a otros derechos que, a pesar de no ser tenidos bajo el título de fundamentales, pueden serlo por una interpretación que de ella se haga. Un gran número de constituyentes pensaban que la carta de derechos fundamentales no podía ser taxativa, tema este que se debatió cuando se estaba votando el artículo referente a la acción de tutela. Se transcribe a continuación la intervención del Dr. Juan Carlos Esguerra en la sesión plenaria del 29 de junio: "...

En el artículo de tutela que viene a continuación se estableció que a través de ese mecanismo se protegerían los derechos fundamentales, entonces, deliberadamente no incluimos allí una relación de los derechos fundamentales, porque la verdad es que quizá lo conveniente es dejarle esa labor al legislador más bien que al constituyente; hoy se reputan fundamentales algunos derechos que quizá mañana no lo sean, como mañana pueden llegar a tener ese carácter algunos que hoy no hemos imaginado, entonces yo sería partidario y así se lo sugerí al

doctor Pérez Rubio, de que en esta norma corremos el riesgo de equivocarnos como ocurre con toda enumeración taxativa a nivel constitucional, se dejara que lo haga la ley... de manera... que la reglamentación debería comenzar por la determinación de cuáles son los derechos que van a ampararse a través de ese mecanismo y no correr el riesgo de petrificar una serie de derechos, cerrando la posibilidad de que el día de mañana aparezcan otros; donde la ley podría determinar cuales tienen el carácter de fundamentales para efectos de la tutela..."

Posición está respaldada por el constituyente Fernando Carrillo quien expresó: "Respaldo la posición del Dr. Esguerra, porque si hay algún artículo que debe caracterizarse por la flexibilidad es precisamente este, dentro de las recomendaciones que hace la Comisión codificadora se encuentra además este criterio, que dice textualmente "no se excluye que la ley amplíe la tutela a otros derechos", pero el texto sugerido por ellos no se encuentra la expresión que permitiera la extensión de esa garantía a este tipo de derecho".

El constituyente Otty Patiño también respaldó la propuesta, agregando que sin embargo era una obligación consagrar constitucionalmente alguno de esos derechos. Por otra parte el Dr. Jesús Pérez señaló: "aclaro lo siguiente, que en ninguna parte la comisión codificadora pretendió enviar a la ley a que reglamente nada, simplemente se permite que la ley extienda a otros derechos la protección del recurso de tutela..."

Así mismo otra forma para determinar la no taxatividad de los derechos fundamentales es aquella de dejarle al juez de tutela que determine, en últimas, si un derecho es fundamental o no. Frente a este tema encontramos alguna referencia hecha por el Constituyente Juan Carlos Esguerra al hacer su presentación sobre la protección de los Derechos Constitucionales cuando expresó: "La calificación de los derechos debe ser una prerrogativa del juez, y no de la Constitución Nacional..." (Gaceta Constitucional No 24)[59]

### *Concepto*

La sentencia T- 008 de 1992 de la Honorable Corte Constitucional [60] trae una excelente apreciación sobre este tema, por lo tanto se transcriben algunos apartes de ella a continuación:

"...Según una doctrina muy prestigiosa, en primer término, tienen el carácter de fundamentales los

derechos de la primera generación. La legislación Internacional igualmente utiliza la expresión Derechos Fundamentales para identificarlos con esos mismos derechos, según se lee por ejemplo en el PREAMBULO, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, del siguiente tenor:

"Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,... considerando que los Estados miembros se han comprometido a asegurar en Cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto Universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales del hombre".

El contexto transcrito lleva a la conclusión, según está autorizada fuente, que el concepto de derechos fundamentales se refiere a los de la primera generación. Pero no sólo se producen jerarquizaciones en las Constituciones Contemporáneas, con el fin de precisar la naturaleza de los Derechos Humanos, sino que también con el propósito de establecer grados de eficacia se consagran distinciones entre los derechos que buscan determinar aquellos que pueden aplicarse sin que medie ley que los desarrolle; así, es preciso señalar el artículo 85 de la C. N. que introduce lo que denomina una serie de derechos de aplicación inmediata.

De otra parte, el derecho interno de los Estados se ha visto, ante las necesidades de la reglamentación de las distintas categorías de Derechos Humanos, en la obligación de establecer una jerarquía entre ellos, situando en el plano más privilegiado a los denominados "Fundamentales". Así ocurre por ejemplo en la Constitución Política de Colombia que, en su artículo 50. consagra "la primacía de los derechos inalienables de la persona", y en su artículo 86 estatuye la procedencia de la "acción de tutela" a fin de garantizar "la protección inmediata de sus Derechos Constitucionales Fundamentales", al tiempo que en el artículo 214 numeral 2 de la Carta Política, limita el ejercicio de las facultades propias de los Estados de Excepción, en el sentido de que "No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales", con lo cual queda claro que se les sitúa en un nivel de protección mucho más alto que el de las demás garantías constitucionales, excepción hecha, de acuerdo con

lo previsto en el mismo numeral, de "las reglas del derecho Internacional Humanitario".

La Carta Política de Colombia contiene una clasificación en su Título II De los Derechos, Las Garantías y los Deberes, en "Derechos Fundamentales" (Capítulo 1, de los artículos 11 al 41), "Derechos Sociales, Económicos y Culturales" (Capítulo 2, de los artículos 42 a 77) y "Derechos Colectivos y del Medio Ambiente" (Capítulo 3, de los artículos 78 al 82). De suerte que esta clasificación, por la titulación de los capítulos del Título II, permitiría adelantar, desde un punto de vista formal, una interpretación de acuerdo con la cual son derechos fundamentales en Colombia, con todos sus efectos en el ordenamiento jurídico, en la Sociedad y en el Estado, los consagrados en el Capítulo 1 del citado Título de la Constitución. Sin embargo, desde un punto de vista material, por el contenido o la naturaleza de esos derechos, así titulados por la Carta Política, en criterio de la Sala, aquella interpretación impone ser ponderada, a más de que se ha concluido, por investigación llevada a cabo en los documentos de la Asamblea Nacional Constituyente, que los títulos de tal Capítulo sólo tienen un carácter indicativo, y no un efecto vinculante porque fueron incorporados por la Comisión Codificadora, sin que hubieran sido aprobados por el pleno de la Corporación en el segundo debate.

En efecto, del análisis de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, publicadas en la Gaceta Constitucional, se concluye en relación con el artículo 39 del Reglamento, que la Comisión Codificadora entregó los textos por asuntos y materias (Títulos y Capítulos), pero que tal tarea no fue aprobada en segundo debate, en los términos consagrados en el artículo 44 cuando dice "Proclamación del texto final: aprobado el texto final de las reformas y su codificación, la Presidencia citará a una sesión especial...".

"...En este orden de ideas la interpretación formal según la cual los derechos fundamentales en la Constitución Política Colombiana son los contenidos en su Título II, Capítulo 1o., salvo la anotación que ya se hizo anteriormente en cuanto al valor indicativo del nombre de los títulos y capítulos, debe ser complementada y ponderada, en razón de que la misma amplía el número de los derechos de esa naturaleza, es decir, los inherentes a la persona humana, a otros artículos que no aparecen en el mencionado Capítulo 1o., como es el caso de los consagrados en el artículo 44 (derechos fundamentales del Niño) y en el artículo 229 (el derecho de toda persona para acceder a la

administración de justicia), y que además en el artículo 94 se postula la regla de que la enunciación de los derechos 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, principio que tiene su claro origen en la IX Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América.

Pero además, el artículo 2o. del Decreto 2591 dispone que "La acción de tutela garantiza los derechos 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 de esta decisión". Es decir que, en último término, el problema de la interpretación de los derechos constitucionales fundamentales queda a cargo de la Corte Constitucional, teniendo en cuenta el valor indicativo que tiene el Capítulo I del Título II de la Constitución en donde están contenidos la mayoría de esos derechos, sino también el punto de vista material del concepto que lleva a identificarlos en otros preceptos de la Carta, así como en "los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción" y que "prevalecen en el orden interno", según lo consagra el artículo 93 del Estatuto Fundamental. Así, pues, el Juez de la Tutela debe analizar el asunto en cada caso con los diversos criterios que se han señalado anteriormente, y en todo caso al hacer la revisión de las sentencias de tutela corresponde a la Corte Constitucional un papel decisivo, para cumplir su misión de guardiana de la integridad y supremacía de la Carta Política.

Todo lo cual quiere decir que sobre esta materia de suyo difícil y trascendente quizá sea lo más conveniente adoptar una posición flexible y abierta, sin comprometerse en una definición cerrada y excluyente de los derechos fundamentales, para dejar al dominio de la interpretación constitucional, frente a cada situación o caso, determinar si se incorporan los valores inherentes a la persona humana en un derecho cuya defensa o salvaguardia se discute, con motivo de su ejercicio, lo que permitiría atribuirle, fuera de los casos ya clasificados y conocidos, el carácter fundamental. Es una solución que tiene en cuenta el carácter evolutivo y dinámico que tiene de suyo la interpretación constitucional." [61]

La sentencia T-008 de 1992 de la Corte Constitucional, permite dilucidar que el uso de la expresión “derecho fundamental”, obedece a cuestiones de carácter más técnico que filosófico, en tanto que el constituyente en aras de crear una jerarquización y una prevalencia normativa, para evitar confusiones interpretativas, catalogó una serie de derechos de esta manera, no queriendo decir que estos, fueran los únicos considerados fundamentales, sino simplemente marcando una pauta para identificarlos.

El término “derechos fundamentales”, hace hincapié pues, en el carácter primigenio de estos derechos, dado que resultan ser básicos y esenciales para el hombre y su realización plena. Bajo este entendido, los derechos fundamentales tienen un carácter historicista de tal medida, que pueden mutar, disminuir o aumentar, de acuerdo al desarrollo y necesidades humanas, así lo que hoy no se considera derecho fundamental, mañana quizás si lo sea y viceversa, por tal razón, en palabras de la Corte “es conveniente adoptar una posición flexible y abierta” frente a esta denominación, pues de lo contrario se podrían dejar por fuera derechos que en determinadas condiciones, tendrían esta naturaleza, dado el carácter evolutivo de la hermenéutica jurídica. Además, hay que tener en cuenta que los derechos constitucionales fundamentales es, como los denomina la doctrina, un concepto jurídico indeterminado [62] por lo tanto, un derecho puede ser o no ser al mismo tiempo fundamental o tener simultáneamente dicha naturaleza u otra, pero siempre su sentido se define bajo las circunstancias de tiempo, modo y lugar. Esta situación abre la puerta a la consideración de la vivienda como derecho fundamental en la medida en que no solo son “fundamentales”, los derechos denominados expresamente por la Carta, también pueden serlo aquellos que por sus características propias, su relación con la dignidad de las personas, con la seguridad humana o las necesidades cambiantes lo sean.

## VI. CRITERIOS IDENTIFICADORES

La doctrina ha considerado diversos criterios para determinar la fundamentalidad de un derecho, uno de ellos es un concepto estrictamente formalista y exegético que afirma que solo pueden ser considerados derechos constitucionales fundamentales, los que están comprendidos en el Título II Capítulo I de la Constitución, es decir los consagrados en el artículo 11 a 41 de la Carta Política. En esta línea de pensamiento estuvo el

Consejo de Estado por algún tiempo, pero la entidad en la actualidad ya ha moderado su concepto al respecto.[63] Dicho criterio es inadecuado, pues deja por fuera a otros derechos catalogados expresamente como fundamentales, como son los derechos fundamentales de los niños consagrados en el artículo 44 de la Constitución, y además excluye derechos que sin ser denominados expresamente fundamentales por su contenido esencial lo son.

El profesor Pedro Pablo Camargo maneja otra teoría según la cual, son Derechos Fundamentales, no solo los citados en el título II Capítulo I de La Constitución Política sino también “todos aquellos que están dentro de la Constitución Nacional” así como los previstos en tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso de la República.[64] Pero esta catalogación es tan amplia y superflua que incluye derechos que por sus calidades no podrían considerarse derechos fundamentales.

El doctor Jorge Arenas Salazar[65], por su parte sostiene que los derechos fundamentales de la Constitución Política de Colombia son de tres clases: 1. Los comprendidos en el Título II, Capítulo I de la C. P. ; 2. los no comprendidos en el grupo anterior, pero que expresamente se denominan “fundamentales” y 3. todos los demás que se encuentran en la Constitución que por su esencia lo son, independientemente de su denominación o nomenclatura, así como ocurre según el autor con el derecho a la dignidad, a la ciudadanía, a la nacionalidad, a la educación y a la salud. Este punto de vista es muy importante para la investigación, pues sirve como elemento para establecer a la Salud no como un Derecho social solamente basados en el criterio de la ubicación en la Carta, sino también como un derecho fundamental respecto a su contenido mínimo.

El encontrar unas reglas que sirvan para identificar los derechos fundamentales, es algo muy importante para la interpretación constitucional, pero no es una tarea fácil. Sin embargo la Corte Constitucional en una de sus decisiones instituye dos tipos de criterios no concurrentes entre sí, para determinar la fundamentalidad de un derecho: Los criterios principales y los subsidiarios, los cuales tras su aparición en 1992, se constituyen en el derrotero a seguir por todos los jueces del país.[66] La Corte tiene por Criterios Principales: la persona humana y el reconocimiento expreso y por Criterios Auxiliares o subsidiarios: Los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, los derechos de aplicación inmediata, los derechos que poseen un plus para su

modificación y los derechos fundamentales por su ubicación y denominación. Dichos criterios se transcriben a continuación para mayor claridad:

#### *Criterios Principales*

Los criterios principales para determinar los derechos constitucionales fundamentales según la sentencia T-002/92 [67] son dos: la persona humana y el reconocimiento expreso. El primero contiene una base material y el segundo una formal.

#### *a) Los derechos esenciales de la persona*

El primer y más importante criterio para determinar los derechos constitucionales fundamentales por parte del Juez de Tutela consiste en establecer si se trata, o no, de un derecho esencial de la persona humana.

El sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana. No es pues el individuo en abstracto, aisladamente considerado, sino precisamente el ser humano en su dimensión social, visto en la tensión individuo-comunidad, la razón última de la nueva Carta Política. Los derechos constitucionales fundamentales no deben ser analizados aisladamente, sino a través de todo el sistema de derechos que tiene como sujeto a la persona.

Es a partir del ser humano, su dignidad, su personalidad jurídica y su desarrollo (artículos 14 y 16 de la Constitución), que adquieren sentido los derechos, garantías y los deberes, la organización y funcionamiento de las ramas y poderes públicos. Los valores y principios materiales de la persona, reconocidos por la Constitución, están inspirados en el primer inciso del Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que dice: "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;". Y en otro considerando afirma que: "Los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres;".

Los valores y principios materiales de la dignidad, la personalidad jurídica y su libre desarrollo, así como los criterios de la esencialidad, la inherencia y la

inalienabilidad, son atributos propios de la persona, reconocidos en la Constitución, así:

El Preámbulo de la Carta contiene los valores de la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz; y en el cuerpo de la Constitución figuran además la moral social, la riqueza natural y el pluralismo expresado en la diversidad política, étnica y cultural. En los artículos 1o. y 2o. de la Constitución se establece así mismo que Colombia es un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana; y dentro de sus fines esenciales está el garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. En este sentido, con el fin de verificar si un derecho constitucional fundamental se deriva del concepto de derecho esencial de la persona humana, el Juez de Tutela debe investigar racionalmente a partir de los artículos 5o. y 94 de la Constitución, como se procede a continuación.

El artículo 5o. de la Carta establece: "El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad".

El artículo 94 de la Constitución determina que: "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". Esta disposición tiene como antecedente la enmienda novena de la Constitución de los Estados Unidos, aprobada en 1791. Ambos artículos se interpretan a la luz de la Convención Americana de los Derechos del Hombre (norma interpretativa constitucional según el artículo 93 de la Carta). En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", fue aprobada por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, ratificado el 31 de julio de 1973 y entró en vigencia el 18 de julio de 1975. Ella es por tanto una norma jurídica vinculante en el derecho interno. Allí se encuentra la idea de que son los atributos de la persona humana lo determinante para establecer la esencialidad de un derecho, cuando en el Preámbulo se dice: "Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos"(subrayas fuera del texto).

Entonces, se pregunta, Qué es inalienable, inherente y esencial? Podría responderse que inalienable es: "que no se puede enajenar, ceder ni transferir"; inherente: "que constituye un modo de ser intrínseco a este sujeto"; y esencial: "aquello por lo que un ser es lo que es, lo permanente e invariable de un ser".

Estos términos "inalienables" e "inherentes" deben ser entendidos así: algo es inalienable por ser inherente y algo es inherente por ser esencial. Ahora bien, una característica de algunos de los derechos constitucionales fundamentales es la existencia de deberes correlativos. En el artículo 95 de la Constitución Política se encuentran los deberes y obligaciones de toda persona. La persona humana además de derechos tienen deberes; ello es como las dos caras de una moneda, pues es impensable la existencia de un derecho sin deber frente a sí mismo y frente a los demás.

Concluyendo se advierte que, como definía Emmanuel Kant, en su libro *Fundamento de la Metafísica de las Costumbres*, ser persona es ser fin de sí mismo.

#### *b) El reconocimiento expreso del Constituyente*

La Constitución en un único caso, concretamente en el artículo 44, determinó en forma expresa unos derechos fundamentales, al referirse a los niños, así: "Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social...".

En ningún otro artículo se encuentra tal referencia tan precisa y por lo mismo no ofrece dificultad en su interpretación, como se observará en el punto 2.2 ordinal d), denominado "los derechos fundamentales por su ubicación y denominación.

Este derecho ha sido desarrollado por distintos Pactos Internacionales entre los cuales se destacan: la Declaración de los Niños de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de diciembre de 1959, la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Organización de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989 y aprobada por la Ley 12 de 1991; y los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; de Derechos Civiles y Políticos; los Convenios de la O.I.T. número 52, 29, 62; los Convenios de Ginebra números 1 y 2; y la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros.

#### *Criterios Auxiliares*

Si bien los criterios principales son suficientes y vinculantes para efectos de definir los derechos constitucionales fundamentales, se reseñan a continuación algunos criterios auxiliares cuyo fin primordial es servir de apoyo a la labor de interpretación del Juez de Tutela, pero que por sí solos no bastan.[68]

#### *a) Los Tratados internacionales sobre derechos humanos*

El artículo 93 de la Carta es el único criterio interpretativo con rango constitucional expreso. Dicho artículo dice: "Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". Así se reitera en el artículo 4o. del Decreto 2591 de 1991.

En este sentido, considera Bobbio que "el fundamento de los derechos humanos, a pesar de la crisis de los fundamentos, está, en cierto modo resuelto, con la proclamación de común acuerdo de una Declaración Universal de los Derechos del Hombre. Se trata de un fundamento histórico y, como tal, no absoluto: pero el histórico del consenso es el único fundamento que puede ser probado factualmente".

#### *b) Los derechos de aplicación inmediata*

Nos ocupan ahora el estudio de los derechos establecidos en el artículo 85 de la Constitución. Este artículo enumera los derechos que no requieren de previo desarrollo legislativo o de algún tipo de reglamentación legal o administrativa para su eficacia directa y que no contemplan condiciones para su ejercicio en el tiempo, de modo que son exigibles en forma directa e inmediata. En realidad la especificidad de estos derechos es un fenómeno de tiempo: el hombre llega a ellos de manera directa, sin necesidad de la mediación de un desarrollo legislativo. Es pues, un criterio residual para los efectos que nos ocupan.

Para que el artículo 85 de la Constitución no sea inocuo debe leerse como una norma que no condiciona a la mediatización de una ley, la aplicación de los derechos allí enumerados.

#### *c) Derechos que poseen un plus para su modificación*

El artículo 377 de la Constitución es una guía para el Juez de Tutela; en él se establece que unos

derechos poseen más fuerza que otros, otorgándoles un plus, cuando dice: "Deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran éstas a los derechos reconocidos en el Capítulo 1, Título II y sus garantías..., si así lo solicitan dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo un cinco por ciento de los ciudadanos que integran el censo electoral...".

Este capítulo de derechos tiene una "supergarantía" que le permite condicionar eventualmente su reforma, lo que hace pensar en la naturaleza especial de tales derechos, siguiendo en esto la orientación de la Constitución Española de 1978 en su artículo 168 (a su vez inspirado en el artículo 79-3 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949).

*d) Los derechos fundamentales por su ubicación y denominación*

Otro criterio auxiliar de interpretación es la ubicación y denominación del texto para determinar su significado. Es lo que se denomina por la doctrina, para efectos de la interpretación sistemática, los argumentos "sede materiae" y "a rúbrica".

El significado de la norma se puede determinar por su ubicación (sede materiae) y/o por su título (a rúbrica). La Constitución está organizada en títulos y capítulos que agrupan temas afines y permiten su estudio.

Ahora bien, qué efectos jurídicos tienen los títulos y capítulos en que se divide y denomina la Constitución Política de Colombia? Ante esta pregunta hay dos posibles respuestas. Primera, la que considera que se trata de un criterio principal para la determinación de los derechos constitucionales fundamentales; y la segunda, que acoge los criterios de ubicación y denominación pero sólo les otorga un valor indicativo para el intérprete.

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional, para resolver este punto, procede a consultar la voluntad del Constituyente a través del método subjetivo. Para ello se acude al Reglamento de la Asamblea Nacional Constituyente que preveía un procedimiento para adoptar normas jurídicas (artículos 40 y 63) y otro trámite distinto para la codificación de dichas normas (39, 43 y 44). Los artículos del Reglamento que consagran el procedimiento para aprobar normas jurídicas, tienen el siguiente contenido:

Artículo 40: "Temas nuevos o negados. Durante el segundo debate, la Asamblea podrá ocuparse de asuntos que no fueron considerados en el primer debate o que fueron negados. En tal caso, la aprobación del texto o textos nuevos requerirá el voto favorable de los dos tercios de los miembros de la Corporación".

Artículo 63: "Número de votos requeridos. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 40 sobre temas nuevos o negados en primer debate, las decisiones de la Asamblea sobre reformas constitucionales se tomarán con el voto favorable de la mayoría de los miembros que la componen. Las decisiones sobre otros asuntos solamente requerirán la mayoría de los presentes".

Y el trámite para la codificación tiene el siguiente contenido:

Artículo 39: Ponencia para segundo debate. La Presidencia nombrará, no más tarde del 3 de mayo de 1991, una comisión especial que codificará los textos aprobados por la Asamblea en primer debate, los integrará por asuntos y materias y elaborará ponencia para segundo debate. En la ponencia que deberá ser entregada antes del 5 de junio de 1991, la comisión explicará con detalle las modificaciones que sugiera".

"Artículo 43: Texto único de la Constitución Nacional: La Asamblea ordenará la compilación de sus decisiones en un solo texto de Constitución Nacional que expedirá al terminar el periodo de sesiones".

"Artículo 44: "Proclamación del texto final: Aprobado el texto final: Aprobado el texto final de las reformas y su codificación, la Presidencia citará a una sesión especial en la cual dicho texto se proclamará, pero esta sesión no será indispensable para que entre en vigencia la Reforma en la fecha que así se hubiera dispuesto al aprobarla. La sesión de proclamación y la de clausura podrán ser una sola".

Este criterio recoge la tradición colombiana en la materia ya que fue el utilizado en las reformas a la Constitución de 1886 en los años de 1936 (artículo 35 transitorio) y en la de 1945 (artículo E transitorio), donde el Constituyente facultó expresamente al Gobierno Nacional para hacer la codificación de las disposiciones, previo dictamen del Consejo de Estado.

Del análisis de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, publicadas en la Gaceta Constitucional, se concluye, en relación con el artículo 39 del Reglamento, que la Comisión

Codificadora entregó los textos por asuntos y materias -títulos y capítulos-, pero que tal tarea no fue aprobada en conjunto, en los términos consagrados en el artículo 44, cuando dice: "Aprobado el texto final de las reformas y su codificación, la Presidencia citará a una sesión especial en la cual dicho texto se proclamará...".

Es decir la propia Constituyente tenía claro que una cosa era hacer normas (con fuerza vinculante) y otra la organización y titulación de dichas normas (fuerza indicativa). Fue pues voluntad del Constituyente de 1991 conferir un efecto indicativo a la ubicación y titulación de las normas constitucionales y en consecuencia, ello es una información subsidiaria dirigida al intérprete.

Como se podrá observar, el Constituyente no determinó en forma taxativa cuáles eran los derechos constitucionales fundamentales, a diferencia de algunos textos constitucionales de otros países, como es el caso de la Constitución española de 1978 - artículos 14 a 29 y 30.2- y de la Constitución alemana -artículos 2o. al 17 de conformidad con el apartado 3 del artículo 1o.-.

En otros países, como por ejemplo en la Constitución de Guatemala de 1985[69], en el artículo 20, relativo a las disposiciones transitorias, se establece que los epígrafes que preceden a los artículos de la Constitución no tienen validez interpretativa y no pueden ser citados con respecto al contenido y alcance de las normas constitucionales.

Fuerza concluir que el hecho de limitar los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la Constitución Política bajo el título "de los derechos fundamentales" y excluir cualquier otro que ocupe un lugar distinto, no debe ser considerado como criterio determinante sino auxiliar, pues él desvirtúa el sentido garantizador que a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos otorgó el Constituyente de 1991.

Ahora bien, al no existir una definición constitucional clara en materia de derechos fundamentales, el Legislador en el artículo 2o. del Decreto 2591 de 1991 dispuso:

"La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una decisión de tutela se refiera 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 de esta decisión". (subraya y negrilla fuera del texto).

El Legislador, en relación con el artículo 2o. del Decreto 2591 de 1991, se fundamentó en lo establecido por el artículo 241 numeral 9o. de la Constitución, que obliga, como una de las funciones de la Corte Constitucional, revisar en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales, sin definir los derechos objeto de la Acción de Tutela.

¿Es inocua o gratuita esta omisión del Constituyente? Se responde, siguiendo a Bobbio que, "el problema grave de nuestro tiempo respecto a los derechos fundamentales no es el de su justificación sino el de su protección". "No se trata de saber cuántos y cuáles son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados".

## VII. DETERMINACIÓN

La Constitución Política en su Capítulo I Título II (artículo 11 a 41), bajo la rúbrica de "Derechos fundamentales" cataloga una serie de garantías, las cuales vale aclarar, no son las únicas considerables fundamentales, dado que esa ubicación es de carácter meramente indicativo para el intérprete sin efectos vinculantes, pues la esfera jurídica y la circunstancias de modo, tiempo y lugar, pueden modificar la fundamentalidad de un derecho. Sin embargo para conocer el contexto constitucional, es necesario referirse a este título e identificar los derechos consagrados en él. Por lo tanto, a continuación estos son enunciados:

Derecho a la vida (Art. 11)

Derecho a la integridad personal (Art. 12)

Derecho a la libertad, a la igualdad y la no discriminación (Art. 13)

Derecho a la personalidad jurídica (Art. 14)

Derecho al buen nombre, a la intimidad, habeas data (Art. 15)

Derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16)

Derecho a no ser esclavo, ni objeto de trata (Art. 17)

Derecho a la libertad de conciencia (Art. 18)

Derecho a la libertad de cultos (Art. 19)

Derecho a la libertad de expresión, de pensamiento, de opinión (Art. 20)  
 Derecho a la honra (Art. 21)

Derecho a la paz (Art. 22)  
 Derecho de petición (Art. 23)  
 Derecho a la libre circulación (Art. 24)  
 Derecho al trabajo (Art. 25)  
 Derecho a la libertad de escoger libre profesión u oficio (Art. 26)  
 Derecho a la libertad de enseñanza (Art. 27)  
 Derecho a la inviolabilidad del domicilio (Art. 28)  
 Derecho al debido proceso (Art. 29)  
 Derecho al habeas corpus (Art. 30)  
 Derecho de apelación (Art. 31)  
 Flagrancia e inviolabilidad de domicilio (Art. 32)  
 Derecho a no ser obligado a declarar contra si mismo (Art. 33)  
 Prohibición del destierro, prisión perpetua y la confiscación (Art. 34)  
 Extradición (Art. 35)  
 Derecho de asilo (Art. 36)  
 Derecho de reunión (Art. 37)  
 Derecho de libre asociación (Art. 38)  
 Derecho de asociación sindical (Art. 39)  
 Derechos políticos (Art. 40)  
 Estudio de la Constitución (Art. 41)

### VIII. DERECHOS FUNDAMENTALES: ¿LA VIVIENDA?

La definición del término vivienda ha sido ampliamente debatida tanto en los círculos académicos como entre los encargados de implementar las políticas públicas, así como en muchos otros ámbitos cognitivos. Las ideas van desde los cuestionamientos a las implicaciones éticas y morales de lo que se debe considerar “vivienda digna” hasta las de carácter operativo, que se refieren a cómo registrar el inmueble llamado vivienda. Dentro de esta gama de ideas se encuentran diversos puntos intermedios sobre los aspectos funcionales que debe cubrir la casa-habitación.

La primera función de la vivienda es proporcionar un espacio seguro y confortable para resguardarse. El clima condiciona, en gran medida, tanto la forma de la vivienda como los materiales con que se construye y hasta las funciones que se desarrollan en su interior. Los climas más severos exigen un mayor aislamiento del ambiente exterior mientras que, por otra parte, se tiende a realizar el mayor número posible de actividades en el entorno controlado y confortable de la vivienda; por el contrario, en climas más benignos

las exigencias de climatización son mucho más reducidas y, además, gran parte de las actividades cotidianas se realizan fuera de la vivienda.

Generalmente se suele admitir que cada vivienda es ocupada por una familia, pero esta presuposición debe matizarse: hay distintos tipos de familia (familia extensa, familia nuclear, etc.) y hay viviendas que son ocupadas por varias familias. En el mundo desarrollado occidental se habla de vivienda colectiva, frente a vivienda unifamiliar, para referirse a edificios que albergan varias viviendas, cada una de las cuales es habitada por una única familia. Hoy por hoy, y debido a la situación económica, existen las denominadas viviendas compartidas, que son utilizadas de forma comunitaria por varias personas sin ninguna clase de afección familiar.

Otro aspecto reseñable, ya que condiciona en gran medida las diversas formas de la vivienda en las diferentes culturas, es el conjunto de funciones que se desarrollan en su interior o aledaños. Tareas como la preparación y el cocinado de los alimentos, el lavado de la ropa, el aseo personal o el cuidado de niños y enfermos, y la forma y los medios que se emplean para realizarlas condicionan en gran medida la vivienda. En la vivienda moderna occidental gran parte de estas funciones se han mecanizado mediante los denominados electrodomésticos, de forma que se ha sustituido por consumo energético la necesidad de espacios amplios y la dedicación exclusiva de una o varias personas a estas tareas domésticas. El último paso en esta tendencia lo constituye la domótica que pretende automatizar el mayor número de elementos de la vivienda.

Tradicionalmente, en el mundo rural eran los propios usuarios los responsables de construir su vivienda, adaptándolas a sus propias necesidades a partir de los modelos habituales de su entorno; por el contrario, en las ciudades, era más habitual que las viviendas fueran construidas por artesanos especializados. En los países occidentales desarrollados, el diseño de las viviendas ha pasado a ser competencia exclusiva de los arquitectos, mientras que su construcción es realizada por empresas y profesionales específicos, bajo la dirección técnica del arquitecto y/u otros técnicos, por consiguiente, en las concentraciones urbanas donde se agrupan la mayor cantidad de seres humanos, la construcción de la vivienda se ha constituido en todo un emporio de comercialización, pues quienes se dedican a ello las presentan en variadas cantidades, formas, colores, etc., pues con ello están buscando, no solo trabajo, sino una utilidad para poder subsistir, ganancias

exageradas que no solo les permiten la subsistencia, sino que los torna en verdugos de los más necesitados. Es evidente entonces que la adquisición de vivienda, bajo estas condiciones, se logra con un muy buen recurso económico y, quien no disponga de él, tendrá inconvenientes para lograrlo, es decir, no puede adquirir vivienda, a menos que acuda a los grupos económicos quienes mediante la intermediación facilitan la adquisición de vivienda pero bajo condiciones que, pensándolo bien, tampoco resuelven el problema, pues con los procedimientos, exigencias, requisitorias y condiciones que imponen, resulta ser peor el remedio que la enfermedad, valiéndose, eso sí, de postulados “legales” para adelantar su nefasto comercio, situación está que adelante se analizará en detalle para evidenciar la triste realidad que sobre el particular se vive en Colombia.

Rápidamente se capta que, la vivienda es un elemento o exigencia del ser humano inherente a su condición de tal, independientemente de que se encuentre solo o acompañado. No podríamos afirmar categóricamente que ese condicionamiento sea esencial para su existencia, puesto que sin la vivienda el hombre podría sobrevivir, pero... ¿en qué condiciones?

El Hombre, definido desde su ámbito natural no se concibe sin su ropaje humanístico y desde ese punto, la dignidad le exige la vivienda como prolongación de su excelsa cualidad.

Tal posición, es la aprovechada por el mismo ser humano, para empezar su actividad oportunista y mediática de ofertar, a quien no tiene vivienda, la posibilidad de adquirirla y ello nos introduce en otro concepto que surge de esa naturaleza humana, a saber: la economía.

Indudablemente hablar de vivienda y de su adquisición, nos lleva a hablar de medios para hacerlo cayendo en temáticas como: medios de producción, tenencia de la tierra, intermediación, etc., siendo éstas las barreras que tenemos que superar puesto que, en la práctica, son estos aspectos los que han enrarecido y dificultado, en la mayoría de los Países, el desenvolvimiento de algo que siendo un derecho, pareciera que no lo fuera, justo porque quienes están al frente de esta intermediación, han hecho de la necesidad un punto de partida para el montaje de un complejo negocio que parece desconocer el significado de la vivienda para el ser humano.

Reflexionando sobre lo anterior, es bueno preguntarse: ¿dónde quedan, entonces, los argumentos que plantean la defensa del derecho a la vivienda como garantía de la seguridad del ser humano? ¿Estarán por encima de esa necesidad imperiosa de adquirir vivienda por la dignidad humana, los intereses de quienes aprovechándose de la misma elevan cada vez más sus “ganancias” dejando de lado o mejor, jugando con la dignidad humana?

## IX. CONCLUSIONES.

Partiendo de la Teoría del estado de necesidad, se afianza el postulado de entender la vivienda, no como un bien suntuoso sino como un elemento que requiere, que necesita ese ser humano para ejercitar su existencia dignamente, llegando a pensarse que, la connotación de nuestra Corte constitucional se queda un poco corta en la calificación del derecho a la vivienda al expresar que se trata de un “derecho de mérito” y no de un “derecho fundamental”, puesto que están demostradas las exigencias para considerarlo como tal.

La organización de los Estados, preconizada por las diversas teorías bosquejadas en el presente marco teórico, conducen indefectiblemente a que el hombre requiere, para su convivencia, una organización en todos los aspectos de su relación interpersonal, dentro de la cual los ingredientes son: las normas jurídicas (estado de derecho), la consideración del principio social que mueve al estado (estado social de derecho), la valoración de la condición humana (Derechos Humanos), todos ellos con diversos matices que han permitido la evolución conceptual en torno a esa pretendida organización del hombre para su convivencia. Pues estos ingredientes, traen inmerso en sus planteamientos y bosquejos, las ideas de consideración privilegiada que tiene el hombre, como es obvio, por ser el centro de la sociedad y por ello, todo apunta a que los esfuerzos satisfagan sus necesidades sin el menor entorpecimiento.

El Ser colectivo, por naturaleza, debió considerar dentro de la organización de la colectividad las posesiones de los bienes que utiliza, de todos aquellos de los cuales se sirve para mitigar sus necesidades, es decir, pensó en la propiedad como derecho inherente a su condición de ser social y ello conlleva necesariamente a poder discurrir sobre el concepto de vivienda, como uno de los bienes que utiliza el ser humano como

respuesta inmediata a su urgente requerimiento de protección para él y sus congéneres, lo cual implica analizar suficientemente estas teorías para determinar la posición que la vivienda ocupa dentro del mentado Derecho de propiedad.

En el devenir analítico de nuestro tema se apunta el mismo desde la propuesta cognitiva que trae la posición ilustrativa de la “seguridad humana”, con la cual se soporta, aún más, la fuerza que tiene la adquisición de la vivienda como urgente necesidad que permite contemplarla como un derecho fundamental y no como un simple derecho de mérito, aspectos que desentrañará a lo largo de este trabajo de investigación.

El hecho de que no se cuente el derecho a la vivienda digna como un derecho fundamental, no obsta para que podamos incursionar en argumentos que conlleven al cambio de paradigma, contando para tal fin con las tímidas posiciones que ha ido tomando la Corte Constitucional y que permiten abrir camino en tal sentido, todo lo cual abre la puerta para contemplar la incoherente posición de quienes han hecho del proceso de adquisición de la vivienda un, cada vez más, floreciente negocio que arruina a quienes acceden a los ofrecimientos de aquellos, vulnerando su condición de asociados a un estado, tal como se expone en las distintas teorías citadas.

## REFERENCIAS

- [1] AUSTIN M. TOMÁS " GUÍA No 3. MARCO TEÓRICO". 19 de julio de 2005. Metodología de la investigación: el proceso y sus técnicas. [Disponible en] <http://server2.southlink.com.ar/vap/MARCO%20TEORICO.htm>; México: Limusa, 2003. 84-85;
- [2] SAAVEDRA R., MANUEL S. Metodología de la investigación: el proceso y sus técnicas. [Disponible en] <http://server2.southlink.com.ar/vap/MARCO%20TEORICO.htm> México. México, D.F.
- [3] Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-423-92 Bogotá, junio 24 de 1992 Mp. Vladimiro Naranjo Mesa
- [4] Artículo 58, modificado por el acto legislativo 01 de 1999, artículo 1
- [5] Gerencia y Negocios. [Disponible en] [www.gerenciaynegocios.com/canales/produccion.HomePage](http://www.gerenciaynegocios.com/canales/produccion.HomePage). Fecha de consulta: 29 de febrero de 2008;
- [6] Escuela Ideologica De Filosofía, Historia Y Economía Política. [Disponible en] [www.escuelaideologica.org/?sec=revista/736HomePage](http://www.escuelaideologica.org/?sec=revista/736HomePage). Fecha de consulta: el 29 de febrero de 2008
- [7] P. MICHAEL. El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad. [Disponible en] <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4553407HomePage>. Fecha de consulta: 28 de febrero de 2008.
- [8] M. J. VILLAVERDE RICO. El contrato social Jean-Jacques Rousseau. Ediciones Istmo, 2004. [Disponible en] <http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=251393>
- [9] A. APARISI MIRALLES. Derecho de propiedad y seres humanos. [Disponible en] <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1993683>
- [10] N. CUERVO.(2012), “Los avatares de la vivienda en la investigación urbana y regional latinoamericana (1990-2012)”, en *Territorios 27*, pp. 47-70.
- [11] Hayek señala otro defecto de las teorías de la justicia social del siglo XX. La mayoría de los autores afirman que lo utilizan para designar una virtud (una virtud moral, según ellos).
- [12] O. de DIOS ALBERTO e I. BOIVIN. La Comisión de Expertos de la OIT y el progreso de las legislaciones nacionales. [Disponible en] <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2214433>
- [13] ¿Movimiento o Partido? El Peronismo [Disponible en] [cepa.newschool.edu/het/profiles/hobbes.htm](http://cepa.newschool.edu/het/profiles/hobbes.htm).HomePage Fecha de consulta: 28 de febrero de 2008.
- [14] T. HOBBS. (2014). [Disponible en] The Biography.com website. Retrieved 12:05, Dec 04, 2014, [Disponible en] [www.biography.com/people](http://www.biography.com/people).
- [15] J. J. ROUSSEAU. (2014). [Disponible en] The Biography.com website. Retrieved 12:05, Dec 04, 2014, [www.biography.com/people](http://www.biography.com/people)
- [16] E. KANT. (2014). [Disponible en] The Biography.com website. Retrieved 12:05. 2014
- [17] T. MALTHUS.. (2014). [Disponible en] The Biography.com website. Retrieved 12:05, Dec 04, 2014, [www.biography.com/people](http://www.biography.com/people)
- [18] T. GREEN. (2014). [Disponible en] The Biography.com website. Retrieved 12:05, Dec 04, 2014, [www.biography.com/people](http://www.biography.com/people)
- [19] F. HAYEK. (2014). [Disponible en] The Biography.com website. Retrieved 12:05, Dec 04, 2014, [www.biography.com/people](http://www.biography.com/people)
- [20] J. RAWLS. (2014). [Disponible en] The Biography.com website. Retrieved 12:05, Dec 04, 2014, [www.biography.com/people](http://www.biography.com/people)
- [22] J. RAWLS. [Disponible en] [www.biography.com/peoplewww.uia.mx/actividades/publicaciones/iberoforum/2/pdf/francisco\\_caballero.pdf](http://www.biography.com/peoplewww.uia.mx/actividades/publicaciones/iberoforum/2/pdf/francisco_caballero.pdf) -.HomePage. Fecha de consulta: 28 de febrero de 2008.
- [23] J. RUIZ JIMENEZ [Disponible en] <http://www.artehistoria.jcyl.es/historia/personajes/7433.htm> HomePage consultada el 28 de febrero de 2008.
- [24] El movimiento sindical. [Disponible en] [www.el-sindicato-el-sindicato.HomePage](http://www.el-sindicato-el-sindicato.HomePage) Fecha de consulta: 28 de febrero de 2008.
- [25] Ciudad Política. [Disponible en] [www.ciudadpolitica.com/modules/news/article.php?storyid.HomePage](http://www.ciudadpolitica.com/modules/news/article.php?storyid.HomePage). Fecha de consulta: 28 de febrero de 2008
- [26] Movimiento de los Derechos Humanos. [Disponible en] [www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm](http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm).HomePage Fecha de consulta: 28 de febrero de 2008.
- [27] Libertades Básicas. [Disponible en] [www.laplazadigital.cl/modules/cartaaldirector/ver\\_carta.HomePage](http://www.laplazadigital.cl/modules/cartaaldirector/ver_carta.HomePage). Fecha de consulta: el 28 de febrero de 2008
- [28] Bantaba: Recursos para el desarrollo humano, la educación global y la participación ciudadana. [Disponible en] [www.bantaba.ehu.es/obs/ocont/eq/.HomePage](http://www.bantaba.ehu.es/obs/ocont/eq/.HomePage). Fecha de consulta: 28 de febrero de 2008.
- [29] Libertad Digital: Noticias y opinión en la red. [Disponible en] [www.libertaddigital.com/suplementos/papajuablo/enciclicas.htm](http://www.libertaddigital.com/suplementos/papajuablo/enciclicas.htm).HomePage. Fecha de consulta: 28 de febrero de 2008
- [30] Colombia Médica. [Disponible en] [www.colombiamedica.univalle.edu.co/Vol37No3/pdf/cm37n3a8.pdf](http://www.colombiamedica.univalle.edu.co/Vol37No3/pdf/cm37n3a8.pdf).HomePage. Fecha de consulta: 28 de febrero de 2008.
- [31] Teología Moral. [Disponible en] [www.enciclopediacatolica.com/t/teologiamoral.HomePage](http://www.enciclopediacatolica.com/t/teologiamoral.HomePage). Fecha de consulta: 28 de febrero de 2008.

- [32] Sollicitudo Rei Socialis. Juan Pablo II [Disponible en] [http://www.vatican.va/holy\\_father/special\\_features/hjp\\_ii\\_xxv\\_s\\_p.htm](http://www.vatican.va/holy_father/special_features/hjp_ii_xxv_s_p.htm). HomePage. Fecha de consulta: 28 de febrero de 2008.
- [33] El término estado de derecho tiene su origen en la doctrina alemana (Rechtsstaat). El primero que lo utilizó como tal fue Robert von Mohl en su libro Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates
- [34] Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-1064 Bogotá Octubre 10 de 2001, Mp. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño (S.V., Magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Rodrigo Escobar Gil y Clara Inés Vargas Hernández).
- [35] Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-566, Bogotá 30 de Noviembre de 1995, M.p. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- [36] Böckenförde Ernst Wolfgang. Estudios sobre Estado de Derecho y democracia, ED. Trotta, Madrid 2000, p. 37.
- [37] Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU-747 Bogotá, Diciembre 2 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- [38] Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-080 Bogotá Febrero 29 de 1996. M.p. Fabio Morón Díaz
- [39] Biblioteca Jurídica Virtual. [Disponible en] [www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1460/4.pd](http://www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1460/4.pd). Consulta en línea: Noviembre 21 de 2014
- [40] [www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-71195\\_recurso\\_1.pdf](http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-71195_recurso_1.pdf). Consulta en línea Noviembre 21 de 2014
- [41] Constitución Y Justicia Constitucional. [Disponible en] [www.cc.gob.gt/documentoscc/constitucionyjusticia.pdf](http://www.cc.gob.gt/documentoscc/constitucionyjusticia.pdf). Consulta en línea Noviembre 21 de 2014
- [42] Derechos personalísimos: Aceptación que comprende los derechos relativos a los atributos físicos y morales de la persona.
- [43] Democracia Y Derechos Humanos – Redalyc [Disponible en] [www.redalyc.org/redalyc/media/redalyc\\_n/acerca.../Documento13.pdf](http://www.redalyc.org/redalyc/media/redalyc_n/acerca.../Documento13.pdf). Fecha de consulta: Noviembre 21 de 2014
- [44] Resumen Los derechos fundamentales son todos aquellos [Disponible en] [unilibrepereira.edu.co/.../los%20derechos%20fundamentales%20ensay](http://unilibrepereira.edu.co/.../los%20derechos%20fundamentales%20ensay). Fecha de consulta: 2 de noviembre 2014
- [45] Democracia y Derechos Humanos - Redalyc [www.redalyc.org/redalyc/media/redalyc\\_n/acerca.../Documento13.pdf](http://www.redalyc.org/redalyc/media/redalyc_n/acerca.../Documento13.pdf). Fecha de consulta: Noviembre 21 de 2014
- [46] Red de Promotores de Derechos Humanos. Defensoría del pueblo. ¿Qué son los derechos humano . Bogotá d. c. 2001
- [47] Curso sistemático de derechos humanos. Disponible en: [www.iepala.es/curso\\_ddhh/ddhh33.html](http://www.iepala.es/curso_ddhh/ddhh33.html)
- [48] A. PEREZ LUÑO. Delimitación conceptual de los Derechos Humanos en la obra colectiva: Los Derechos Humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema, Ediciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979, pp. 14-15. Citado por curso sistemático de derechos humanos. [Disponible en] [www.iepala.es/curso\\_ddhh/ddhh33.html](http://www.iepala.es/curso_ddhh/ddhh33.html)
- [49] J. A. GARCÍA BECERRA. Teoría de los derechos Humanos. Universidad Autónoma de Sinaloa. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Maestría en Ciencias Jurídico Penales. Primera Edición de la UAS. Culiacán, Sinaloa, México. 1991.
- [50] Red de promotores de derechos humanos. Defensoría del pueblo. ¿Red son los derechos humanos"? Bogotá d. c.
- [51] A. E. PÉREZ LUÑO. Delimitación conceptual de los derechos humanos en la obra colectiva: los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema, ediciones de la universidad de Sevilla, Sevilla, 1979, pp. 14-15. citado por curso sistemático de derechos humanos. [Disponible en] [www.iepala.es/curso\\_ddhh/ddhh33.html](http://www.iepala.es/curso_ddhh/ddhh33.html)
- [52] Curso sistemático de derechos humanos. [Disponible en] [www.iepala.es/curso\\_ddhh/ddhh33.html](http://www.iepala.es/curso_ddhh/ddhh33.html)
- [53] Curso sistemático de derechos humanos. [Disponible en] [www.iepala.es/curso\\_ddhh/ddhh33.html](http://www.iepala.es/curso_ddhh/ddhh33.html)
- [54] Constitución Colombiana De 1886 [Disponible en] Enciclopedia Jurídica... [leyderecho.org/constitucion-colombiana-de-1886/](http://leyderecho.org/constitucion-colombiana-de-1886/)
- [55] M. J CEPEDA. Introducción a la constitución de 1991: hacia un nuevo constitucionalismo. Presidencia de la república. Consejería para el desarrollo de la constitución. Santa fe de Bogotá..
- [56] [ Citado de Monroy Cabra, Marco Gerardo. "Los derechos humanos". Editorial Temis librería. Bogotá. 1980
- [57] Citado de Cepeda, Manuel José. Introducción a la constitución de 1991: Hacia un nuevo constitucionalismo. Presidencia de la república. Consejería para el desarrollo de la constitución. Santa fe de Bogotá.
- [58] M. J. Cepeda. Introducción a la constitución de 1991: hacia un nuevo constitucionalismo. Presidencia de la república. Consejería para el desarrollo de la constitución. Santa fe de Bogotá.
- [59] Proyecto reformatório de la Constitución Política de Colombia No.82, Protección de los Derechos Constitucionales Constituyente: Juan Carlos Esguerra
- [60] Sentencia T-008 de 1992, el magistrado Fabio Morón Díaz
- [61] Corte Constitucional. Sentencia no. T-008/92. m.p. Fabio Morón Díaz
- [62] Corte Constitucional. Sentencia t-002/92. m. p. Alejandro Martínez caballero.
- [63] J. ARENAS SALAZAR. La tutela una acción humanitaria. Segunda edición. Ediciones doctrina y ley. Bogotá d. c. 1993
- [64] J. ARENAS SALAZAR. La tutela una acción humanitaria. Segunda edición. Ediciones doctrina y ley. Bogotá d. c. 1993
- [65] J. ARENAS SALAZAR. La tutela una acción humanitaria. Segunda edición. Ediciones doctrina y ley. Bogotá d. c. 1993
- [66] Corte Constitucional Colombiana. Sentencia t-002/92. m. p. Alejandro Martínez Caballero.
- [67] Corte Constitucional Colombiana. Sentencia t-002/92. m. p. Alejandro Martínez Caballero.
- [68] Corte Constitucional Colombiana. Sentencia t-002/92. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- [69] CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA [Disponible en] [www.quetzalnet.com/Constitucion.html](http://www.quetzalnet.com/Constitucion.html) Home page consultada el 3 de Marzo de 2.008.

## BIOGRAFÍA



Lizandro Alfonso Cabrera Suarez Maestro de formación en Licenciatura de Ciencias Sociales con énfasis en Historia de la Universidad Santiago de Cali. Abogado con especializaciones en Derecho Privado. Estudios Postgraduales además en Docencia Superior Universitaria y también en Educación y Desarrollo Intelectual y Educación. Magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Investigador Junior según Colciencias y director grupo de investigación Hernando Devis Echandia. Estudios de tercer Ciclo, suficiencia Investigativa de la Uned De Madrid. Doctorado en Realidad Política de América Latina en curso. Tesis sobre EL Desplazamiento Forzado en Colombia. En la actualidad se desempeña como Coordinador del centro de investigación de la Facultad de derecho de la UCC Cali