

CAPÍTULO 2

REFLEXIONES SOBRE JUSTICIABILIDAD Y LA IMPORTANCIA DE ENTENDER LOS DERECHOS HUMANOS COMO CATEGORÍA ÚNICA DE DERECHOS

Gustavo Luis Illidge Maldonado



REFLEXIONES SOBRE JUSTICIABILIDAD Y LA IMPORTANCIA DE ENTENDER LOS DERECHOS HUMANOS COMO CATEGORÍA ÚNICA DE DERECHOS¹

Gustavo Luis Illidge Maldonado²

Palabras clave

Justiciabilidad,
Derechos Humanos,
categoría única de
derechos.

RESUMEN

La justiciabilidad no debe seguir siendo pensada desde una posición estática y neutral en la que los Códigos contienen disposiciones con principios o reglas que imponen, limitan, prohíben o permiten conductas ya que, esta visión del derecho limita la justiciabilidad. Esta propuesta aborda una idea simple y subversiva frente a los principales paradigmas del derecho en Iberoamérica: las categorías de derechos limitan la justiciabilidad en un estado Social de Derecho. Por eso, esta investigación aborda el tema de la justiciabilidad desde varios flancos en los que las reglas, los principios y los procedimientos son vistos como una triada que muestra solo una cara de la justiciabilidad, y los derechos, más allá de las categorías, son la otra cara de la justiciabilidad y merecen ser discutidos por fuera de toda categorización que no contemple los derechos como Derechos Humanos, ya que las vías de justiciabilidad de los Derechos Humanos representan garantías jurisdiccionales donde todos los procesos deben siempre pasar el filtro de la norma constitucional, y por lo tanto, de los Derechos Humanos.

-
1. Este capítulo se desprende del Proyecto de titulado “Justiciabilidad del “nuevo derecho” en Colombia: evolución histórica de los problemas estructurales del constitucionalismo colombiano (1810-1991)” el cual fue aprobado en marzo del 2019, bajo la tutoría de la Dra. Mireya Camacho Celis y el Dr. Juan Carlos de Los Ríos Castiblanco, adscritos al grupo de investigación “Derecho, Justicia y Estado Social de Derecho” de la Corporación Universitaria Americana, Sede Barranquilla, Colombia.
 2. Egresado del Programa de Derecho, Corporación Universitaria Americana, Sede Barranquilla, Colombia; Integrante del Semillero de Investigación “Derecho, Justicia y Estado Social de Derecho”, adscrito al Grupo de Investigación “Derecho, Justicia y Estado Social de Derecho” de la Corporación Universitaria Americana, Sede Barranquilla, Colombia. E-mail: gustavoillidge@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8281-9973>

Keywords

Justiciability, human rights, single category of rights

ABSTRACT

Justiciability should no longer be thought of from a static and neutral position in which the Codes contain provisions with principles or rules that impose, limit, prohibit or allow conduct, since this view of the law limits justiciability. This proposal addresses a simple idea that is subversive of the main paradigms of law in Latin America: the categories of rights limit justiciability in a Social State governed by the rule of law. Therefore, this research addresses the issue of justiciability from several sides in which rules, principles and procedures are seen as a triad that shows only one side of justiciability, and rights, beyond the categories, are the other side of justiciability and deserve to be discussed outside any categorization that does not contemplate rights as human rights, since the ways of justiciability of human rights represent jurisdictional guarantees where all processes must always pass the filter of the constitutional norm, and therefore, of human rights.

INTRODUCCIÓN

Se abordarán las principales posturas doctrinales que describen cada uno de los elementos que conforman esta idea (derechos, principios, procesos, justiciabilidad) y se demuestra porque las categorías limitan la justiciabilidad de los derechos. Es menester aclarar que esta postura no es novedosa, pero merece ser discutida a profundidad para que se consideren las ventajas que ofrece entender los derechos más allá de las categorías como Derechos Humanos y las virtudes que le representa esto a la justiciabilidad.

APROXIMACIÓN A LA UNIFICACIÓN DE CRITERIOS PARA GARANTIZAR LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Una de las claves del desarrollo en la hermenéutica y dogmática jurídica es la distinción entre reglas y principios. Esta diferenciación no solo permite abordar los problemas centrales que se desarrollan en torno a los derechos fundamentales, a su vez, gestan la evolución y progreso en materia de positivización de, por ejemplo, derechos innominados (como se verá más adelante). Todo esto surge gracias a esa distinción entre principios y reglas.

Así pues, cuando el Profesor Robert Alexy propone entender “las reglas como comandos definitivos” ya que la subsunción es su mapa de tura, y a los principios como “mandatos de optimización” -donde Alexy incluye los derechos fundamentales- que permiten balancear debido a circunstancias particulares

donde, por ejemplo, puedan entenderse esas expresiones máximas del derecho más allá de meras muletillas retóricas y se empiece a entender un derecho fundamental como mandato necesario y obligatorio para cumplir los cometidos del Estado en la mayor medida de lo posible más allá de toda categoría; entonces, es donde podemos plantearnos diversos debates en torno a que derechos, principios o reglas, deben entenderse más allá de las categorías reconocidas en la actualidad siempre y cuando se logre caracterizar el núcleo de un derecho fundamental.

Todo esto es consecuencia de los procesos que atravesó el constitucionalismo en América Latina, por una parte, la transformación del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho y por otra la evolución de categoría de derechos por generaciones a la actual aglutinación de estas en una sola clasificación (Derechos Humanos) son parte de los debates actuales en torno al paradigma del Neoconstitucionalismo y, en consecuencia, representan un elemento fundamental para satisfacer el objeto del presente escrito. En primer lugar, la transformación del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho es bien explicada por Marín, J. & Trujillo, J., así:

Desde el punto de vista jurídico-político el Estado de Derecho [hasta 1886 en Colombia] se presentó como el paradigma de organización social, política, jurídica y económica, con base en el cual se desarrollaron, por un tiempo considerable, las principales tareas estatales. (...) la propuesta del Estado de Derecho si bien significó un avance importante -paradigma- en torno a la limitación del poder estatal,

el establecimiento de la separación de poderes y de una serie de libertades políticas, dejó a un lado el fondo de las cuestiones (lo sustancial o material), en cuanto a las necesidades básicas de la población que no tiene los medios ni los mecanismos para alcanzar un nivel siquiera mínimo de satisfacción de aquellas. Esta crisis del Estado Liberal provocó el surgimiento de propuestas alternativas que en el caso colombiano se afianzaron con la consagración del principio del Estado Social de Derecho, contenido en el artículo 1 de la Constitución de 1991. (pp. 55-56)

Por otro lado, los derechos y sus distintas categorías o generaciones han mutado a un punto en que las nuevas discusiones apuntan a consolidar una sola idea: las categorías de derechos son cosa del pasado, en la actualidad, todos los derechos son Derechos Humanos. Esta postura doctrinal estudiada en esta propuesta y supone un exceso favorable de Garantismo Jurídico que encuadra en los postulados del Estado Social de Derecho, especialmente, en lo que a “la limitación del poder estatal, el establecimiento de la separación de poderes y de una serie de libertades políticas” que, en resumen, recogen las categorías de derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales o derechos colectivos y del medio ambiente tradicionalmente concebidos para diferenciarlos.

Ahora bien, identificar el contenido, la esencia o el espíritu de cualquier clase de derechos resulta en un reto per se dada la complejidad o ambigüedad que, por ejemplo, reviste a los Derechos Humanos ya que

su origen atiende a traumas históricos que dificultan de alguna forma hurgar en el fondo del asunto si no existe un contexto puntual o un caso concreto que permita puntualizar como entender X derecho en Y circunstancia; hacerlo con los derechos fundamentales es una tarea aún más delicada si se parte de la garantía convencional y no constitucional. Sin embargo, las nuevas corrientes del derecho constitucional y del Derecho Procesal Constitucional han dedicado una parte de sus estudios a la caracterización o determinación de los derechos fundamentales.

Lo que resulta importante en la determinación del contenido de un derecho es entender que “el reconocimiento constitucional de un derecho no sólo puede ser expreso, sino que puede ser igualmente tácito”. En Colombia a estos son los llamados Derechos Innominados que, por su contenido, van a ser considerados como derechos constitucionales al margen de ser expresamente reconocidos o no, siempre y cuando cumplan una serie de características que la Corte Constitucional ha esgrimido, por ejemplo, (i) la naturaleza jurídica del derecho invocado, (ii) su relación con los principios fundantes del Estado Social de Derecho o cualquier otro enunciado constitucional que permita invocar la protección de tal postulado que no ha sido desarrollado tácitamente en la Constitución. Esto les representa a los derechos fundamentales constitucionales innominados una dimensión subjetiva y objetiva que están estrechamente ligadas con la justiciabilidad de tal derecho; es decir, por una parte, existe una protección constitucional -expresa o tácita- que el Estado debe garantizar y una serie de directrices o valores positivizados en la Carta Política que les sirven

a las autoridades como mapa de ruta para cumplir esas garantías.

Así mismo, es necesario entender que “el contenido constitucional de un derecho es aquel contenido que se define en función del texto constitucional, y que es limitado, ilimitable y delimitable”. Esto consiste en perfilar cada derecho, las características particulares que permiten identificar el mismo; son esas diferencias las que nos permiten -en abstracto- entender que el derecho a la salud y a la vida (aunque conexos) son dos derechos completamente diferentes. Luis Castillo-Córdoba lo explica así:

Que es limitado significa que todo derecho fundamental tiene sus propios límites, límites inmanentes o internos, los cuales definen el contenido esencial del derecho y por lo que ese derecho es identificable como tal derecho. [...] Que es ilimitable significa que ni el legislador ni nadie puede desconocer esas fronteras inmanentes o internas, esas fronteras vinculan de modo fuerte al poder quien no puede transgredirlas restringiendo, limitando o sacrificando el contenido constitucional del derecho fundamental que se trate. [...] Que es delimitable significa que el legislador, el órgano ejecutivo y el órgano judicial van perfilando con sus normas, actos y sentencias el contenido constitucional del derecho fundamental en cada caso concreto; la labor del poder político –en todo caso– es ir perfilando y sacando a la luz esos contornos o fronteras internas e inmanentes del contenido de los derechos fundamentales (Castillo (2005)

Por lo tanto, se deben tener en cuenta tres criterios a saber: (i) Acudir al concreto dispositivo constitucional que recoge el derecho, es decir, identificar el derecho correspondiente en la constitución, pues, no puede existir derecho alguno que no esté contenido –expresa o tácitamente- en una ley fundamental; (ii) Acudir a otros dispositivos constitucionales (normas, principios y valores) relacionados con el que se reconoce el derecho, esto comprende la interpretación armónica de la Constitución y, finalmente, (iii) Acudir a la norma internacional sobre Derechos Humanos vinculante -por ejemplo, para Colombia- por cuanto los Derechos Humanos son el punto de partida y, en la actualidad, fundamento principal de cualquier derecho, acción constitucional o mecanismo de participación ciudadana.

Es menester resaltar un cuarto punto que merece una mención especial: la finalidad del derecho. Luis Cantillo-Córdoba recuerda que no solo importa el texto constitucional para identificar el contenido de un derecho, pues, la naturaleza del derecho en cuestión es la esencia, la finalidad de este; Esa misma naturaleza puede verse en las acciones constitucionales y los mecanismos de participación ciudadana. Por ejemplo, la naturaleza de la acción de tutela es la protección inmediata de un derecho fundamental, la naturaleza del derecho a la educación comprende que todas las personas puedan adquirir conocimiento, y la revocatoria de mandato, pretende despojar del poder a aquellos delegatarios de la voluntad soberana por no cumplir eficazmente con la labor delegada por el pueblo.

Así las cosas, hacer una distinción entre Derechos Humanos y derechos fundamentales en un Estado moderno resulta en gran parte dispendioso, pues, las diferentes categorías de derechos tienden a encarnar, de una u otra forma, la esencia misma de todos los Derechos Humanos como los “derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición” (ACNUDH, 2018) y sus principios fundamentales como lo son la universalidad, interdependencia, indivisibilidad, igualdad y no discriminación para que así los Estados, en su obligación de proteger-respetar-realizar los Derechos Humanos, puedan satisfacer las necesidades básicas de todos sus habitantes.

No se pretende a continuación abordar un análisis respecto de los distintos niveles de los derechos fundamentales, el autor habla de cuatro niveles de los derechos fundamentales:

Uno histórico-sociológico donde se analizan las generaciones de derechos, eficacia, evolución histórica, vigencia y eficacia; un segundo nivel dogmático que se concentra en las normas que confieren derechos, su interpretación y conflictos entre los mismos; un tercer nivel filosófico-político que procura la justificación moral o política de los derechos; y un cuarto nivel teórico –quizá el que se aproxime más a la idea esbozada en el presente capítulo, que aborda el concepto, estructura y tipología de los derechos que permite construir modelos de la realidad jurídica. (pp.85-86).

Más bien se pretende dar paso a la idea de los derechos –en términos generales incluidos los Derechos Humanos- como fundamentales sin distinciones entre si más allá de su contenido, el cual será abordado más adelante.

En razón de lo expuesto, esta propuesta entiende que los Derechos Humanos han sido establecidos en el ordenamiento interno de los Estados gracias a las instituciones jurídicas a nivel internacional por los diversos pactos, declaraciones, tratados y acuerdos; en la Constitución de 1991 se incluyeron bajo la idea del concepto antes mencionado (derechos inherentes al ser humano) y su contenido, más allá de sus diversas acepciones, no depende del ordenamiento jurídico que los contenga, sino, del desarrollo mismo o el estatus que se le dé, por ejemplo, en la Constitución. Esto quiere decir que los Derechos Humanos entonces, en la Constitución de Colombia, son en primera medida, los derechos fundamentales, y de ahí en adelante, cualquier otro derecho humano positivizado más allá de la connotación que se le dé, será revestido de la misma importancia. Al respecto de esto, Aguilar (2009, pp.23-24) citando a Pérez (2006, pp.235-236) sostiene que ambas nociones de derechos, por muy estrecha que sea su relación, guardan importantes diferencias ya que mientras unos tienen una insoslayable dimensión deontológica y deben ser reconocidos por el ordenamiento jurídico (Derechos Humanos), los otros son esa positivización de los primeros pues cumplen la función fundadora del ordenamiento jurídico (derechos fundamentales). Así mismo, Pérez (2013) sostiene que “se puede entender que derechos fundamentales son aquellos Derechos Humanos garantizados por el orden jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su

normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada” (p.46).

En esa misma línea, algunos autores aluden a que la diferenciación recae en una serie de móviles políticos o morales que reaccionan a la avanzada internacional en lo que al reconocimiento de ciertas garantías se refiere. Verbigracia, Jiménez (1999, p.24) sostiene que los derechos fundamentales son solo aquellos que la Constitución crea, por su parte, Robles (1997, p.20) agrega que los Derechos Humanos en sí mismos no son derechos, más bien representan pautas morales que permiten convivir en comunidad. Peces-Barba (1995, p.37) citado por Aguilar (2009, p.27) agrega que, de hecho, hablar de derechos fundamentales es mucho más preciso que de Derechos Humanos, pues, hablar de estos supone una serie de ambigüedades que los Derechos Humanos no arrastran.

Al margen de las posturas a favor de la distinción, en Colombia, suele abordarse dicha categorización por la doctrina de las generaciones de derechos, es decir, los derechos de primera generación (Civiles y Políticos), segunda generación (Sociales, Económicos y Culturales) y tercera generación (del pueblo o la Solidaridad), los cuales son los que marcan el punto de partida al hablar de derechos en términos generales partiendo de la Carta política de 1991. Sin embargo, en materia de Derechos Humanos dicha categorización ha sido excluida, por cuanto en materia de Derechos Humanos no hay prioridad entre categorías o generaciones –al no existir tales- sino ponderación entre unos y otros en caso de haber conflictos.

Aguilar (2009, pp.36-43) aborda el análisis de las generaciones de derechos y su impacto

en el ordenamiento constitucional como un grave atraso para toda América Latina en materia de Justiciabilidad y sostiene que:

La doctrina de las generaciones de derechos es usada por los autores de derecho constitucional al desarrollar la teoría de los derechos fundamentales. Se usa, entre otras, como una forma de clasificar los derechos fundamentales y sirve para perpetuar, en el ámbito interno, la distinción sustancial entre derechos civiles y políticos, y aquellos derechos económicos, sociales y culturales. En términos generales y de acuerdo con la doctrina de las generaciones de derechos, para la teoría constitucional, los derechos plenos y, por lo tanto, los derechos dignos de protección constitucional serían los derechos de primera generación, sin embargo, los derechos de segunda generación, calificados como derechos programáticos, no podrían ser amparados constitucionalmente (pp.36-37)

Aguilar (2009) OP. CIT. agrega que [...] En el ámbito de los Derechos Humanos, esta distinción de los derechos por generaciones con consecuencias sustanciales ya no existe. Por esta razón, si se abandonara la doctrina de las generaciones de derechos permitiría o allanaría el camino para emparejar el uso de los conceptos en el derecho constitucional, consagrando definitivamente el de Derechos Humanos. En consecuencia, la óptica de análisis de los derechos fundamentales- Derechos Humanos por generaciones se

encuentra extendida entre la doctrina constitucional, especialmente en América Latina, y constituye uno de los fundamentos poco certeros en nuestra opinión que apunta la división entre estos dos conceptos. En este orden de ideas, la doctrina constitucional ha vinculado la distinción por generaciones de derechos a modelos de Estado (Estado liberal y Estado social). En este sentido, en general, los derechos de primera generación corresponderían al Estado liberal, y los derechos de segunda generación corresponderían al Estado social. Quizás contemporáneamente podríamos hablar de un Estado solidario si incorporamos los denominados derechos de tercera y/o cuarta generación. (p.37)

Aunado a lo anterior, desde esta propuesta se considera necesario entender los Derechos Humanos no solo como pautas morales o muletillas retóricas consagradas en tratados internacionales, no, además, deben entenderse como principios rectores, como mandatos de optimización que permitan la consecución de los fines estatales en la mayor medida de lo posible, pues, el Estado se debe y subsiste con el único fin de cumplir los postulados que la Carta política consagra y para los cuales fue constituida la Nación; para el caso colombiano, el Artículo 2 superior le da las primeras pautas para entender los derechos más allá de las categorías, sino, como fundamento del Estado Social de Derecho así:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y 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; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Artículo 2, Constitución Política de Colombia)

Por lo tanto, entender los Derechos Humanos como derechos fundamentales es esencial no solo para la consecución de los fines del Estado colombiano, sino también, para la realización y la Justiciabilidad en el Estado Social de Derecho. Este trabajo requiere ser abordado con un enfoque integrador, en el que se entiendan los Derechos Humanos y los derechos constitucionales como derechos fundamentales, es decir, que la distinción tradicional (Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Derechos Civiles y Políticos; Derechos Colectivos y del medio ambiente; o Derechos Fundamentales) sea dejada de lado para entender los derechos, en general, como derechos fundamentales siempre que cumplan las características que se mencionan a continuación.

LA JUSTICIABILIDAD Y EL PROBLEMA DE LAS CATEGORÍAS

El concepto de Justiciabilidad -a juicio personal- ha sido tratado apenas desde la superficie por la doctrina constitucional, incluso, la jurisprudencia colombiana y a nivel internacional es limitada; sin embargo, se ha entendido gracias a la consecuencia lógica que sugiere: hacer justo algo. Pese a escasear bibliografía que permita concretar en el tema, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos logra definir en gran medida el término así:

Justiciabilidad deriva del verbo transitivo “ajusticiar” o “justiciar” que en su forma más elemental implica hacer justicia, y que en un modelo de legalidad se logra por una vía institucional, particularmente mediante los mecanismos judiciales. Como adjetivo verbal cumple la función de calificar a un sustantivo, describir al menos una de sus características o propiedades; en tal sentido puede hablarse de “los derechos justiciables”, describiendo por tanto que el sustantivo de la expresión –“los derechos”– tienen por virtud el hecho de que son realizables por medio de la justicia; o lo que resultaría ser la versión sustantivizada, “la justiciabilidad de los derechos”. La justiciabilidad es un concepto ligado al de exigibilidad. (pp.84-85)

De lo anterior cabe destacar que (i) la Justiciabilidad debe entenderse entonces como los mecanismos mediante los cuales “se hará justicia”, (ii) que las instituciones son fundamentales para tal cometido y (iii) que para considerar un derecho justiciable

debe ser realizable o exigible por medio de la justicia ya que esta última se exigirá solamente a través de los medios e instituciones previstos para tal. En resumen, a eso hace referencia el concepto de Justiciabilidad.

Otro concepto del que se puede partir para consolidar un concepto de Justiciabilidad es el de la Real Academia Española no cuenta con una definición de la Justiciabilidad, sin embargo, si define el adjetivo justiciable como todo aquello “Que puede o debe someterse a la acción de los tribunales de justicia” (RAE, 2019) concepto que de alguna forma se acerca a lo referenciado brevemente por los académicos, pero que aun así resulta incompleto. Por tanto y con base en lo expuesto, se entiende por Justiciabilidad el conjunto de posibilidades de exigir a través de mecanismos jurídicos el reconocimiento, cumplimiento o restitución de un derecho.

A lo anterior puede agregarse que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas hace una distinción entre Justiciabilidad de derechos y aplicación inmediata de derechos siendo la Justiciabilidad relativa a todas aquellas cuestiones que los jueces deben resolver y la posibilidad de ejercer las acciones de conocimiento de esos mismos jueces en forma individual y colectiva, es decir, que pueda darse la controversia en un escenario jurisdiccional (por ejemplo, una controversia contractual entre particulares o la reparación por daños extrajudiciales de un grupo de personas que viajaban en un autobús y sufrieron un accidente por causa de un conductor en estado de embriaguez). Por lo tanto, los derechos de aplicación inmediata son los exigibles “sin más disquisiciones”, y,

tales derechos son los contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -DESC-; además, agrega el Comité, eso debe comunicársele a los jueces para que hagan un correcto uso del Pacto y los derechos contenidos en el mismo.

Por lo tanto, y de conformidad con los conceptos que pueden rescatarse de las autoridades en la materia, los únicos derechos justiciables sin mayores talanqueras que algunas formalidades son los DESC. Sin embargo, esto representaría una interpretación limitada del concepto de justiciabilidad pese que, en la práctica, por ejemplo, en Colombia tanto jueces y abogados litigantes limitan el ejercicio y la interpretación de los derechos al tenor literal de la norma constitucional y, en general, “al imperio de la Ley” cuando resuelven conflictos jurídicos que surgen de vulneración a derechos fundamentales; sin embargo, la justiciabilidad protege más que solo DESC. El Artículo 230 de la Constitución Política de Colombia de 1991 contempla que:

Los jueces, en sus providencias, solo estarán sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares”; sin embargo, la Corte Constitucional colombiana, en Sentencia C-083 de 1995 estudio el problema jurídico de los criterios auxiliares como parte de la interpretación armónica que debe hacer el juez de todo el sistema jurídico para no caer en conclusiones absurdas o indeseables y, concluyo, que tanto los principios generales, la doctrina, la jurisprudencia, la Ley y cualquier otro criterio auxiliar son de imperativa

relevancia para tomar una decisión ajustada en derecho. Sin embargo, en la práctica, suele recurrirse “al imperio de la Ley” para la toma de decisiones.

En consecuencia, y más allá de lo que contemple el texto constitucional (en Colombia y en cualquier Estado latinoamericano que haya suscrito los pactos en materia de Derechos Humanos) la justiciabilidad consistirá en aquellos mecanismos que permiten materializar un derecho por vía de reconocimiento, restitución o restablecimiento de este.

Al margen de lo anterior, unificar criterios y permitir que las categorías se hagan a un lado y cedan paso a criterios universales como los Derechos Humanos, permitirían al derecho constitucional y al derecho procesal constitucional abordar las garantías consagradas convencional y constitucionalmente desde una perspectiva principalistas, lo cual facilitaría la consecución de los fines esenciales del Estado y una mejor proclamación del Estado Social de Derecho; esto, se traduce en garantías, instrumentos o técnicas que el Estado emplea en la materialización efectiva de los postulados constitucionales; por lo tanto, hablar de justiciabilidad implica, necesariamente, hablar de garantismo.

Entender entonces que la carta primaria contiene una serie de postulados que denotan garantías (compromisos estatales), sin embargo, estas garantías/derechos/acciones/mecanismos de participación ciudadana no son suficientes, pues, el frío papel no permite materializar los postulados constitucionales, por el contrario, son las acciones del Estado las que en realidad permiten, efectivamente,

materializar el “deber ser” que presenta el texto primario. Así pues, el garantismo puede percibirse a través de “las técnicas idóneas para asegurar efectividad tanto a las normas como a los principios” (Ferrajoli (2004)

La Constitución colombiana dedica 5 capítulos a los derechos que pueden exigirse por las distintas vías de Justiciabilidad que denomina, en aspectos generales: Derechos, Garantías y Deberes. En una primera lectura de la Carta política pueden vislumbrarse diversos mecanismos o acciones constitucionales mediante los cuales se puede exigir el cumplimiento, reconocimiento o restitución de los derechos consagrados en la Constitución. Sin embargo, todos los propuesto que contempla la Carta política atiende a una serie de intereses políticos, económicos o particulares (que se corresponden a un momento histórico particular en la que se gestó la constitución colombiana de 1991), pese que fueron inspiradas en ordenamientos constitucionales que, en su mayoría, procuraban la protección de los derechos del hombre y del ciudadano, el control frente al ejercicio del poder y la garantía de protección a tales postulados como lo son el caso norteamericano, francés, alemán, mexicano o italiano.

Tan es así que, mientras se reconocían derechos y se organizaban las ramas del poder público en concordancia a las Cartas políticas extranjeras que sirvieron de base para redactar el pacto interno, se dejaron de lado las bases filosóficas de los ordenamientos constitucionales externos para dar paso a un híbrido constitucional que mezclaba los pleonasmos extranjeros con los intereses nacionales. Los fundamentos filosóficos de

constituciones como las de Alemania, Francia, Italia, o Portugal se tergiversaron en el ordenamiento constitucional colombiano. Se tomaron los postulados filosófico-políticos que dieron origen a las constituciones extranjeras para organizar el poder y se dejó de lado, se omitió o se le restó fuerza a los mecanismos para hacer efectivos dichos postulados. Por ejemplo, en los países mencionados se abandonó la tradición de mantener a Dios en las constituciones como consecuencia necesaria en la declaración de los Estados Laicos, sin embargo, esa tradición -que no perdió Colombia en 1991 (preámbulo y artículo 192)- contradice su origen filosófico y dogmático de otras latitudes y que a todas voces si garantizan la libertad religiosa, de cultos o credos en los países ya mencionados.

Puede verse, por caso, el reconocimiento de acciones constitucionales que respalden y acompañen el reconocimiento de derechos a partir de 1821 donde apenas empiezan a surgir los primeros mecanismos de participación ciudadana más allá del voto y algunas acciones constitucionales más concretas que, si bien existían con anterioridad en alguna otra Carta política, imponía límites como las peticiones avocando la voz del pueblo en la mayoría de constituciones o el ejercicio de derechos en colectividad sin autorización de un juez.

Actualmente, la Constitución colombiana cuenta con una amplia gama de acciones que permiten garantizar el reconocimiento, la restitución o el restablecimiento de un derecho. Roux & Ramírez (2004) comentan que en Colombia dos vías judiciales existen para hacer justiciable un derecho, por un lado, la acción de tutela ya que dicho reclamo ante

el juez se da cuando hay una “violación o amenaza inminente de violación” a derechos fundamentales que consagra la Constitución y que esta debe tramitarse de manera expedita y sumaria en caso de no existir otra vía judicial; y por otro lado, la demanda que sanciona al responsable del agravio, ordena una reparación por los daños y restablece el derecho. Es menester mencionar que este estudio centra la idea de justiciabilidad al tema de los derechos fundamentales, sin embargo, no se pretende afirmar que las acciones constitucionales que protegen tales derechos sean la única vía de justiciabilidad y tampoco pretende afirmarse que el concepto de circunscriba a las acciones constitucionales; Roux & Ramírez (2004) explican este asunto al detalle.

De lo anterior puede vislumbrarse la idea de Justiciabilidad que proponen los autores, (i) por un lado se trata de una vía judicial que permite hacer reclamaciones ante un juez por la vulneración de un derecho fundamental, (ii) que dicha reclamación debe resolverla el juez de manera sumaria y expedita, (iii) que el juez ordene una adecuada reparación y (iv) que se sancione al responsable de la vulneración, esta es una de las nociones claves para identificar el derecho de petición o la acción de tutela en las constituciones provinciales o nacionales entre 1810 y 1886.

Finalmente, Roux & Ramírez (2004) solo hacen referencia a una de las acciones constitucionales para la protección de los derechos, sin embargo, son muchas más con las que cuentan las personas para hacer justiciables sus derechos además de la acción de tutela (artículo 86 C.P.) tales como el derecho de petición (Artículo 29 C.P.), el

habeas corpus (Artículo 30 C.P.), la acción de cumplimiento (Artículo 87 C.P.), las acciones populares (Artículo 88 C.P.), el habeas data (Artículo 15 C.P.) y las acciones de grupo (Artículo 88 C.P.).

CONCLUSIONES

Es necesario reevaluar la forma como se está accediendo al aparato jurisdiccional en búsqueda de la protección de derechos, especialmente los derechos que las cartas constitucionales reconocen como consecuencia de los pactos e instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos. La Acción de Tutela (o Amparo), por ejemplo, es un derecho/acción que permite al accionante exigir el cumplimiento de los mandatos constitucionales, sin embargo, en Colombia -jueces y abogados litigantes- la entienden como un mecanismo para la protección de derechos fundamentales como categoría especial de derechos en la Carta Política colombiana y no como instrumento para la materialización de los fines esenciales del Estado y el cumplimiento de los compromisos/garantías internacionales a cargo del Estado en materia de Derechos Humanos, lo cual -a juicio personal- resulta en un menoscabo de los derechos/acciones/mecanismos de participación ciudadana que conforman la parte dogmática de toda constitución en un Estado Social de Derecho.

Finalmente, y atendiendo a lo expuesto, es imperativo superar las barreras que las categorías de derechos imponen a la justiciabilidad de los Derechos Humanos en aras de la satisfacción plena, expedita y suficiente de las garantías mínimas

que un Estado Social de Derecho debe, indiscutiblemente, aplicar como mandatos de optimización. La justiciabilidad de los derechos más allá de sus categorías depende tanto de las bases teóricas y conceptuales como de la aplicación por parte de jueces y abogados litigantes que, en el ejercicio del derecho, se permiten decidir, defender o poner en juicio derechos que son de imperativo cumplimiento.

REFERENCIAS

- ACNUDH (2018) ¿Qué son los Derechos Humanos? Naciones Unidas, Derechos Humanos, Alto Comisionado para los Derechos Humanos
- Aguilar, G. (2009) *Derechos fundamentales-Derechos Humanos. ¿una distinción válida en el siglo XXI?* Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIII, número 127, enero-abril de 2010, pp. 15-71.
- Alexy, R. (2011) *Diálogos con el mundo. Justificación de una Jurisdicción Constitucional*. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, Bogotá, Colombia. Publicado el 19 de junio de 2012 por la Corte Constitucional de Colombia
- Alexy, R. (1997) Teoría de la argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de estudios constitucionales. Prisma Industria Gráfica, S.A. Madrid, España. (p.143)
- Castillo, L. (2005). Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales. Actualidad Jurídica: información especializada para abogados y jueces, tomo 139, pp.144-149. (pp.4-5)
- Comanducci, P. (2016) Estudios sobre Constitución y derechos fundamentales. Colección Constitución y Derechos, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro México, 2016
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación General número 9.
- Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-881 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Diccionario de la Real Academia Española (2019) Justiciable
- Ferrajoli, L. (2004). Epistemología Jurídica y Garantismo. México: Fontamara.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2009) La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales. Con el apoyo de la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo Embajada de la República Federal de Alemania -San José. C.R.: IIDH, 2008
- Jiménez, J. (1999) Derechos fundamentales: concepto y garantías. Editorial Trotta, Madrid, España.
- Marín, J. & Trujillo, J. (2016) *El Estado Social de Derecho: un paradigma aún por consolidar*. Revista Jurídica Derecho, número 4, volumen 3, enero-junio de 2016, pp.53-70.
- Peces-Barba, G. (1995) Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Con la colaboración de Rafael De Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa, Ángel Llamas Cascon, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995, Madrid, España
- Pérez, A. (2006) La tercera generación de los Derechos Humanos. Editorial Thomson-Aranzadi, España.
- Robles, G. (1997) Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual. Editorial Civitas, Madrid, España.
- Roux, C. & Ramírez, J. (2004) Derechos económicos, sociales y culturales, política pública y justiciabilidad. Publicación de las Naciones Unidas, Serie Estudios en Perspectiva, Oficina de la CEPAL en Bogotá, noviembre de 2004. Bogotá, Colombia