Carlos Bernal* (Colombia)
Nicolás Esguerra Miranda** (Colombia)

La influencia de E.-W. Böckenförde en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia***

RESUMEN

Este texto ofrece un análisis crítico de la influencia de la obra de Ernst-Wolfgang Böckenförde en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. El aspecto principal estriba en la propuesta de las diversas teorías materiales de los derechos fundamentales, a saber, la liberal, la democrática y la del Estado social.

Palabras clave: Böckenförde, Corte Constitucional, derechos fundamentales, libertades, derechos sociales, derechos políticos.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag nimmt eine kritische Analyse des Einflusses des Werkes von Ernst-Wolfgang Böckenförde auf die Rechtsprechung des kolumbianischen Verfassungsgerichtshofs vor. Ihr wichtigster Aspekt ist die Vorstellung der unterschiedlichen materiellen Grundrechtstheorien, nämlich der liberalen, der demokratischen und der sozialstaatlichen.

Schlagwörter: Böckenförde, Grundrechte, Freiheiten, soziale Rechte, politische Rechte.

* Magistrado de la Corte Constitucional de Colombia.
carloslb@corteconstitucional.gov.co

** Abogado sustanciador de la Corte Constitucional de Colombia.
jcesguerra@esguerra.com

*** Artículo elaborado para las jornadas sobre “La influencia global de E.-W. Böckenförde”, celebradas en la Universidad de Gotinga en febrero de 2019. Expresamos nuestro agradecimiento a Tine Stein, Mirjam Künkler y Ruth Zimmerling por sus valiosos comentarios.

ABSTRACT:

This text offers a critical analysis of the influence of the work of Ernst-Wolfgang Böckenförde on the jurisprudence of the Constitutional Court of Colombia. The main aspect lies in the proposal of the different material theories of fundamental rights, namely, liberal, democracy and Social State theories.

Key words: Böckenförde, Constitutional Court, fundamental rights, liberties, social rights, political rights.

Introducción

Ernst-Wolfgang Böckenförde es uno de los constitucionalistas alemanes más eminentes del siglo XX. Sin embargo, su influencia directa en el derecho constitucional y en la teoría del Estado en Colombia y, en general, en América Latina ha sido tenue, en especial, si se lo compara con otros doctrinantes de habla alemana, como Robert Alexy, Hans Kelsen, Carl Schmitt o Georg Jellinek. Ello puede obedecer, en parte, a que tan solo dos de sus textos han sido traducidos al español, y han sido publicados por editoriales en Europa: *Escritos sobre derechos fundamentales*¹ y *Estudios sobre Estado de derecho y democracia*.² Esa circunstancia, por supuesto, dificulta el acceso del público hispanoparlante a sus obras. Quizás sea por ello que Böckenförde no sea un autor tan renombrado en Colombia. Con todo, sus teorías sobre el Estado social de derecho, la democracia y la interpretación de los derechos fundamentales han permeado de una u otra forma el constitucionalismo colombiano. Ello ha ocurrido, en parte, porque sus ideas han sido replicadas o desarrolladas por teóricos influyentes en América Latina y España.³ Este es el caso de la teoría de Böckenförde sobre el contenido material de los derechos fundamentales, que fue recogida y analizada por Robert Alexy en su obra *Teoría de los derechos fundamentales*.⁴

¹ Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trads. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos, 1993, que incluye su “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, pp. 44-72, [“Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation” (1974)].

² Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre Estado de derecho y democracia* [*Studien über Rechtsstaatlichkeit und Demokratie*], trad. Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000.

³ Cfr. Por ejemplo, Manuel Aragón Reyes, “Constitución y derechos fundamentales”, en VV.AA., *Estudios de derecho constitucional: homenaje al profesor R. Fernández Carvajal*, Murcia, Universidad de Murcia, 1997, p. 91; Pedro Cruz Villalón, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, p. 35; Néstor Osuna, *Tutela y amparo. Derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997; Francisco Rubio Llorente, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel, 1995.

⁴ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

Algo similar puede decirse de la influencia de la obra de Böckenförde en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Esta Corte ha fundamentado importantes decisiones, de forma explícita o implícita, en ideas fraguadas por Böckenförde. La Corte ha citado el texto *Estudios sobre Estado de derecho y democracia* en el que Böckenförde sostiene que el Estado social de derecho tiene el significado “de crear los supuestos sociales de la misma libertad para todos, esto es, de suprimir la desigualdad social”.⁵ Esta ha sido la forma en que la Corte ha acogido la fundamentación de los derechos sociales, diseñada por Böckenförde, como medio para alcanzar el pleno ejercicio de las libertades. Asimismo, en algunos salvamentos de voto, varios magistrados han fundamentado la idea de que el juez constitucional debe ejercer una función de control estrictamente judicial y no política, con base en los trabajos de Böckenförde publicados en castellano en el volumen: *Escritos sobre derechos fundamentales*.⁶

Con todo, lo más importante ha sido la influencia implícita de las teorías de Böckenförde en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Una invaluable contribución suya a la teoría constitucional consistió en advertir que es posible interpretar los derechos fundamentales según diferentes concepciones de Estado y de la constitución. En particular, Böckenförde desarrolló una lúcida fundamentación de la interpretación de los derechos fundamentales con base en las teorías liberal, institucional, axiológica, democrática-funcional y del Estado social. Para este autor, tales teorías son prismas a través de los cuales se comprenden los derechos fundamentales. En consecuencia, se convierten en criterios para determinar su contenido, tanto en abstracto como en los casos concretos.

Esta idea de Böckenförde ha sido luego desarrollada por varios autores tanto en el campo del derecho constitucional como en el de filosofía política, y su impacto teórico y práctico ha sido notable. En cuanto al impacto práctico, según la Corte Constitucional colombiana no existe solamente una teoría de los derechos fundamentales institucionalizados en la Constitución Política (CP) de 1991. La interpretación que la Corte hace de ellos se fundamenta en varias teorías materiales de Estado y de constitución. La Corte concibe algunas de la manera en que Böckenförde las explica. El reconocimiento de las distintas concepciones de los derechos fundamentales en la jurisprudencia colombiana es evidencia de que Böckenförde supo teorizar intuiciones esenciales relativas a la interpretación de los derechos fundamentales. De esa forma, la jurisprudencia constitucional colombiana ofrece un claro ejemplo de que el contenido de los derechos fundamentales se nutre de una teoría liberal, de una democrática o de una del Estado social, según el caso.

⁵ Sentencias C-1064 de 2001, C-150 de 2003, C-776 de 2003, T-772 de 2003, C-1054 de 2004, C-353 de 2006, SU-484 de 2008, C-288 de 2012 y T-622 de 2016.

⁶ Algunos ejemplos aparecen en salvamentos de voto a las sentencias SU-556 de 2016, C-077 de 2017 y C-332 de 2017.

En este marco, el objetivo de este ensayo es dilucidar la forma en que la tesis de Böckenförde sobre la existencia de una pluralidad de teorías de los derechos fundamentales ha influido implícitamente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

1. Concepción de Böckenförde sobre los derechos fundamentales

En su obra “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, Böckenförde sostiene que existe una íntima relación entre, por una parte, la teoría de la constitución, es decir, un entendimiento abstracto acerca de qué es una constitución, cuáles son sus funciones y sus elementos, y, por otra, el contenido material de los derechos fundamentales. A su juicio, las disposiciones constitucionales “deben operar como derecho directamente aplicable, y ser efectivas”⁷ Para ello, es necesario que los jueces lleven a cabo una “interpretación no solo explicativa, sino que dote de contenido”⁸ y concrete el significado normativo de los derechos fundamentales. En esta línea argumentativa, Böckenförde sostiene que “las consecuencias para el contenido (concreto) de los derechos fundamentales son de gran trascendencia según cuál sea la teoría de los derechos fundamentales a cuya luz se realice la interpretación de una disposición de derecho constitucional”⁹ Advierte que los tribunales no utilizan una única teoría de los derechos fundamentales, sino que “parten, casuísticamente y alternando según cuál sea la disposición singular de derecho fundamental, de diferentes teorías de los derechos fundamentales”¹⁰

Böckenförde defiende que las teorías acerca de los derechos fundamentales “tienen su punto de referencia en una determinada concepción del Estado y/o en una determinada teoría de la Constitución”¹¹ Para él, ese entendimiento moldea el “carácter general, la finalidad normativa y el alcance material de los derechos fundamentales”¹² De esa manera, las diferentes ideas acerca de la constitución son prismas a través de los cuales se interpretan los derechos fundamentales. En esos términos, Böckenförde afirma que existen cinco teorías que influyen en la interpretación de los derechos fundamentales: 1) la teoría liberal o del Estado de derecho burgués, 2) la teoría institucional, 3) la teoría axiológica, 4) la teoría democrática-funcional y 5) la teoría del Estado social. Esas teorías son el prisma mediante el cual los doctrinantes, las cortes y los demás operadores jurídicos expresan diversas concepciones de los derechos

⁷ Böckenförde, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 44.

⁸ *Ibid.*, p. 44.

⁹ *Ibid.*, p. 46, n. 1.

¹⁰ *Ibid.*, p. 47, n. 1.

¹¹ *Ibid.*, p. 45, n. 1.

¹² *Idem.*

fundamentales de una constitución. En este sentido, son la clave para definir qué son los derechos fundamentales en cada contexto. Böckenförde utiliza el arsenal de conceptos de teoría del Estado y de la constitución correspondientes a cada teoría para explicar los derechos fundamentales.

1.1. Teoría liberal (del Estado de derecho burgués) de los derechos fundamentales

Según la teoría liberal, “los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado”.¹³ Böckenförde fundamenta esta tesis en una concepción del Estado que “pretende constituirse a partir de la libertad y voluntariedad de sus ciudadanos”.¹⁴ En ese entendido, materialmente, los derechos fundamentales tienen y conservan un contenido preexistente a la intervención del legislador. La libertad es un atributo del individuo que existe antes de la creación de la sociedad civil, en la que se regula el ejercicio de la libertad. De esa manera, la teoría liberal tiene dos efectos esenciales en el rol del Estado en cuanto a la eficacia de los derechos fundamentales. Primero, el Estado no tiene ningún deber de garantizar los derechos fundamentales de los individuos. En este modelo, su realización es tarea exclusiva del individuo o de los grupos que conforman la sociedad. Segundo, y a consecuencia de lo anterior, el Estado tiene competencia para intervenir solo de manera limitada en la libertad del individuo. Debe restringir su actuación a lo necesario.

1.2. Teoría institucional de los derechos fundamentales

En el marco de la teoría institucional, los derechos fundamentales tienen “el carácter de principios objetivos de ordenación para los ámbitos vitales por ellos protegidos”.¹⁵ Para Böckenförde, “la libertad liberal, jurídicamente indefinida, ya no aparece como un conjunto de contenidos dispersos de los derechos fundamentales [sino como] una libertad ‘objetivada’, ya ordenada y configurada normativa e institucionalmente”.¹⁶ De lo anterior se desprenden las dos principales diferencias con respecto a la teoría liberal. Primero, en este escenario, la regulación normativa que el Estado haga de los derechos fundamentales aparece para facilitar y favorecer el ejercicio de las libertades jurídicas fundamentales y no para limitarlas. Segundo, la libertad jurídica fundamental no es simplemente una libertad de rechazo de las injerencias extrañas en el ámbito individual de la persona, pues está orientada asimismo a la satisfacción de ciertos intereses del individuo.

¹³ *Ibid.*, p. 48, n. 1.

¹⁴ *Ibid.*, p. 45, n. 1.

¹⁵ *Ibid.*, p. 53, n. 1.

¹⁶ *Idem.*

1.3. Teoría axiológica de los derechos fundamentales

La tesis básica de la teoría axiológica de los derechos fundamentales señala que estos constituyen factores que conforman el proceso de integración de una comunidad de valores, culturas y vivencias. Así, Böckenförde considera que los derechos fundamentales fijan “valores fundamentales de la comunidad, norman un ‘sistema de valores o de bienes, un sistema cultural’, a través del cual los individuos alcanzan un ‘status material’, se integran (deben integrarse) objetivamente como un pueblo y en un pueblo de idiosincrasia nacional”.¹⁷ En esos términos, al igual que en la teoría institucional, los derechos fundamentales tienen el carácter de normas objetivas. El contenido de los derechos fundamentales, a la vez, está moldeado por el fundamento axiológico de una determinada comunidad estatal y concreta la expresión de dichos valores. Dicho de otra manera, su contenido es consecuencia de la decisión axiológica que una comunidad adopta para sí misma. En consecuencia, la libertad tiene como principal objetivo la realización de los valores expresados por los derechos fundamentales. En la práctica, esta concepción implica limitar las funciones interpretativas de lo que Böckenförde llama “decisionismo judicial”. Los jueces no pueden interpretar los derechos fundamentales sino dentro de los límites de la axiología de la comunidad.

1.4. Teoría democrática-funcional de los derechos fundamentales

Según la teoría democrática-funcional, los derechos fundamentales “alcanzan su sentido y su principal significado como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática (esto es, que transcurre de abajo arriba) del Estado y de un proceso democrático de formación de la voluntad política”.¹⁸ De esa manera, la institucionalización y garantía de los derechos fundamentales persigue asegurar los procesos de formación de la voluntad política. Por ende, la interpretación de los derechos fundamentales tiene como punto de partida y de llegada el proceso democrático y el interés público. Estos procesos tienen como finalidad la implementación de los derechos fundamentales. De forma correlativa, los derechos fundamentales garantizan la preservación de los procesos democráticos. Böckenförde argumenta que, como resultado de lo anterior, se relativiza el carácter voluntario del contenido de las libertades jurídicas fundamentales. En otras palabras, como quiera que la libertad se garantiza en virtud del proceso de formación de la voluntad política, su ejercicio no es discrecional, sino que se constituye como un servicio público y un deber. Desde luego, esta propiedad es más notoria en los derechos fundamentales que tienen una relación con la democracia, tales como las libertades de opinión, prensa, reunión y asociación, y los derechos políticos.

¹⁷ *Ibid.*, p. 57, n. 1.

¹⁸ *Ibid.*, p. 60, n. 1.

1.5. Teoría de los derechos fundamentales del Estado social

De acuerdo con la teoría del Estado social, “los derechos fundamentales ya no tienen solo un carácter delimitador-negativo, sino que al mismo tiempo facilitan pretensiones de prestación social ante el Estado”.¹⁹ En este modelo, el Estado tiene la obligación de “procurar los presupuestos sociales necesarios para la realización de la libertad jurídica y libertad de los derechos fundamentales”.²⁰ Esto implica que el Estado tiene a su cargo la satisfacción de las pretensiones de prestación ciudadanas, para lo cual debe emplear medios financieros. Con base en lo anterior, la garantía de los derechos fundamentales depende de la capacidad económica del Estado y de la disponibilidad de los recursos financieros.

Según Böckenförde, la teoría del Estado social tiene tres consecuencias principales. La primera, que la satisfacción de los derechos fundamentales no es incondicional, es decir, debe adaptarse a cada contexto y está sujeta a las limitaciones jurídicas y fácticas de cada contexto; la segunda, que la competencia para determinar la satisfacción de los derechos fundamentales se atribuye al parlamento o al Gobierno y solo, en última instancia, a la rama judicial, señaladamente, al Tribunal constitucional, y la tercera, que no hay ningún criterio para determinar el nivel de satisfacción de los presupuestos sociales de libertad de los derechos fundamentales. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan al legislador y al poder ejecutivo como normas de principio. Es decir, no constituyen pretensiones directamente reclamables ante los tribunales, salvo que se esté ante una inactividad abusiva extrema por parte de los poderes legislativo o judicial.

2. Los desarrollos de la concepción Böckenförde sobre los derechos fundamentales

La concepción de los derechos fundamentales expuesta por Böckenförde plantea intuiciones plausibles que se encuentran en el corazón de la teoría y práctica de la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales. Esto dio lugar a que otros doctrinantes, tanto en el campo del derecho constitucional como en el de filosofía política, sostuvieran que los derechos fundamentales se pueden definir por las propiedades del modelo de Estado, a saber, el Estado liberal, el Estado democrático o el Estado social. Esta tesis expresa la conexión entre la teoría de los derechos fundamentales y el modelo de Estado. Dado que las disposiciones de derechos fundamentales son indeterminadas, la definición del contenido de los derechos fundamentales debe necesariamente recurrir a teorías materiales, como aquellas enunciadas por Böckenförde.

¹⁹ *Ibid.*, p. 64, n. 1.

²⁰ *Idem.*

Gracias a Böckenförde se entendió que para encontrar las propiedades que definen los derechos fundamentales desde el punto de vista material es necesario acudir a la base de una concepción filosófico-política del individuo y del individuo en la sociedad. Así, la doctrina ha señalado que en la historia reciente de la filosofía política del mundo occidental existen por lo menos tres diversas concepciones morales de la persona, a saber: la liberal,²¹ la democrática²² y la del Estado social.²³

Por su parte, la teoría axiológica e institucional, a causa de su talante formal, ha tenido menor influencia. Por ejemplo, Alexy ha señalado respecto de la teoría axiológica “que es una teoría sobre algunos valores pero [esta] no dice todavía acerca de qué valores se trata”²⁴ y ha sostenido asimismo que la teoría institucional “consiste en un conjunto, nada fácil de desenredar, de tesis sobre el fin, la estructura y el contenido de las normas de derecho fundamental, así como de tesis que deben apoyar estas tesis”.²⁵ De esa manera, ellas no definen el contenido material de los derechos fundamentales. Nosotros compartimos esa apreciación. A nuestro juicio, la pregunta sobre qué propiedades deben definir a los derechos fundamentales desde el punto de vista material “solo puede responderse sobre la base de una concepción filosófico-política del individuo y del individuo en la sociedad”.²⁶ Por eso, este escrito se referirá únicamente a las tres teorías materiales: la liberal, la liberal, la del Estado social y la democrática.

2.1. Teoría liberal de los derechos fundamentales y las facultades básicas liberales de la persona

De acuerdo con la tesis liberal, la finalidad del Estado es proteger el ejercicio de la libertad y los bienes personalísimos del individuo. Locke, por ejemplo, sostuvo que la legitimidad del poder del Estado descansa sobre la base de la protección de la “vida, libertad y hacienda” del individuo o, en sus propias palabras, que “el fin supremo y principal de los hombres al unirse en repúblicas y someterse a un gobierno es la preservación de su propiedad”.²⁷ Por su parte, Kant señaló que la principal directriz de la acción del Estado es el conocido “principio general del derecho”, según el cual, “una acción es conforme a derecho cuando, según ella, la libertad de arbitrio de cada

²¹ John Rawls, *El liberalismo político*, Barcelona, Grijalbo-Mondadori, 1996, pp. 49 y 338.

²² Klaus Günther, “Welche Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson”, en H. Brunkhorst y P. Niesen (eds.), *Das Recht der Republik*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1999.

²³ Ernst Tugendhat, *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 325.

²⁴ Alexy, *op. cit.*, p. 499.

²⁵ Alexy, *op. cit.*, p. 500, n. 18.

²⁶ Carlos Bernal, *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 35.

²⁷ John Locke, *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Madrid, Espasa Calpe, 1991, p. 293.

uno puede conciliarse con la libertad de todos, según una ley general”.²⁸ Este principio muestra cómo Kant atribuye al Estado y, en particular, a la legislación la labor fundamental de proteger y armonizar la libertad de todos los individuos.

Pero, ¿en qué consiste esa libertad?, ¿cuál es su contenido como atributo inherente al individuo? John Rawls intentó dar una respuesta a esta pregunta mediante su concepto liberal de persona. De acuerdo con Rawls, la persona está caracterizada por dos facultades morales que constituyen el núcleo de sus atributos como sujeto libre. La primera facultad moral consiste en la aptitud de tener un sentido de la justicia –capacidad de ser *razonable*, en la terminología de este autor–.²⁹ Por su parte, la segunda facultad se define como la “capacidad para albergar una concepción del bien” –capacidad de ser *racional*–.³⁰ La primera facultad moral se identifica con la disposición humana a participar de manera consciente en la cooperación social y a respetar los términos en que esta se desenvuelve. La segunda facultad moral, en cambio, se refiere a la capacidad de proponerse objetivos y de “perseguir una concepción de lo que consideramos que en la vida vale la pena”.³¹ Entre las dos facultades existe una relación manifiesta: mientras la primera alude a los presupuestos individuales de la asociación política, la segunda recalca las posibilidades que esta asociación reconoce al individuo.

Estas dos facultades morales serían, desde el punto de vista liberal, las propiedades materiales que funcionan como criterio para determinar cuáles son los derechos humanos del individuo que deben ser protegidos por toda comunidad política justa. De las facultades morales de la persona deriva el inventario de libertades que han de ser tenidas en cuenta por los fundadores del Estado y que luego han de materializarse en el catálogo de derechos humanos, en el campo del derecho internacional y de derechos fundamentales, en el plano constitucional.³² De acuerdo con Rawls, de este catálogo pueden formar parte solo las libertades que sean *esenciales* para el desarrollo de las capacidades de la persona, es decir, las libertades de pensamiento y de conciencia, las libertades políticas de asociación, las libertades físicas y de integridad de la persona, y los derechos y libertades implícitos en el principio de legalidad.³³

2.2. Teoría democrática de los derechos fundamentales y las facultades básicas de la persona democrática

También la teoría democrática ha esbozado una concepción del sujeto, compuesta por un conjunto de atributos o facultades básicas cuya protección, mediante la forma

²⁸ Immanuel Kant, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978, p. 80.

²⁹ Rawls, *op. cit.*, p. XX, n. 15.

³⁰ *Ibid.*, p. 338, n. 15.

³¹ *Idem.*

³² *Ibid.*, p. 330, n. 15.

³³ *Ibid.*, p. 328, n. 15.

de los derechos humanos, constituye el fundamento y la finalidad de toda comunidad política. La clave de esta concepción se encuentra en el concepto de autonomía y aparece ya expuesta *in nuce* en el ideal de Rousseau, de “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no se obedezca sin embargo más que a sí mismo, y permanezca así libre”.³⁴ La teoría democrática propugna la atribución al individuo de la mayor capacidad posible para darse normas a sí mismo y defiende un entendimiento del hombre como sujeto soberano, capaz de autogobernarse, que tiene el derecho de no obedecer más que a sus propios designios.

Esta idea central de la teoría democrática ha tenido un vigoroso auge gracias a la teoría del discurso pergeñada por J. Habermas y algunos otros autores que siguen su línea teórica. El concepto de persona democrática o de persona deliberante es el más relevante de los desarrollos de la teoría del discurso, si la observamos desde el punto de vista de los derechos humanos. Así como Rawls ha esbozado un concepto liberal de persona, los defensores de la teoría del discurso han expuesto las características de la persona que su concepción presupone. En otras palabras, también han enunciado un conjunto de facultades básicas de la persona que funcionan como propiedades materiales para la definición de cuáles deben ser los derechos humanos.

En la teoría de Habermas la clave de funcionamiento del Estado y del derecho se halla en el llamado principio del discurso. De acuerdo con este principio, solo deben ser consideradas como normas válidas aquellas a las que todos los afectados puedan dar su asentimiento, en calidad de participantes en discursos racionales.³⁵ De esta equivalencia entre el principio del discurso y el principio democrático se sigue que el concepto de persona, entendido por el principio democrático, se identifica con el concepto de persona que exige el principio del discurso, o, en otros términos, que las facultades básicas de la persona democrática son las facultades básicas de una persona deliberante en un discurso racional.

El principio del discurso presupone una persona capaz de deliberar y dar su asentimiento. Esta circunstancia permite explicar por qué, desde el punto de vista de la teoría del discurso, el concepto de persona se identifica con la capacidad de discernimiento de cada individuo (*Zurechnungsfähigkeit*). Esta capacidad se define como la habilidad indispensable que cada hablante debe tener para participar en la comunicación.³⁶ La capacidad de discernimiento engloba dos facultades susceptibles de ser predicadas de la persona: por una parte, la capacidad de hacer afirmaciones y de defenderlas de la crítica con razones convincentes y, por otra, la capacidad de ser

³⁴ Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social*, Madrid, Taurus, 1969, p. 25.

³⁵ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998, p. 172.

³⁶ Jürgen Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*, t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Taurus, 1987, p. 110.

crítico con las afirmaciones de los demás y con las propias, es decir, las aptitudes de crítica y autocrítica. A esta última se suma la facultad de autocorrección.³⁷

Estas facultades son, desde el punto de vista de la teoría democrática, las que los derechos humanos y fundamentales deben proteger. Asimismo, en su conjunto, como concepto democrático de persona, son el presupuesto del estatus de ciudadano. Por esta razón, desde el punto de vista de la teoría democrática, los derechos humanos prioritarios son los derechos políticos y los ligados a la dimensión participativa de otros derechos liberales y prestacionales, como la libertad de expresión e información o el derecho a la educación.

2.3. Teoría del Estado social de los derechos fundamentales y las necesidades básicas de la persona

La teoría del Estado social perfila una imagen del sujeto que debe ser protegido por el Estado y que se compone, esta vez, no de un conjunto de facultades, sino de necesidades básicas. Según esta línea de pensamiento, ninguna concepción sobre el contenido de los derechos humanos, en cuanto fundamento del Estado, puede desconocer que “grandes sectores de la comunidad no pueden valerse por sí mismos”.³⁸ A pesar de que el Estado y el derecho protejan las facultades básicas (liberales y democráticas) de las personas que forman parte de estos sectores de la población, esta protección no es suficiente para que puedan satisfacer sus necesidades básicas. De acuerdo con Tugendhat –uno de los principales valedores de la teoría del Estado social en el ámbito de la filosofía política–, el sistema de derechos no puede sostenerse sobre la presunción errada de que la sociedad está conformada enteramente por individuos capaces, autónomos y autosuficientes, que además intervienen en condiciones de igualdad en la toma de decisiones políticas. Por esta razón, su base no puede estribar en el concepto de libertad, sino en el de necesidad o, más precisamente, de necesidades básicas de la persona.

La idea de necesidades básicas de la persona no es por entero incompatible con el liberalismo. Detrás de las nociones de libertad negativa y de autonomía, que fundamentan la concreción de los derechos humanos en deberes de abstención, está también el reconocimiento de que el individuo tiene la necesidad de elegir y de decidir su propio rumbo. No obstante, la idea de necesidad se extiende a otros planos soslayados por el pensamiento liberal y por el pensamiento democrático. Esta idea también pone de relieve que la situación de carencia de los bienes indispensables para subsistir y para ejercer las libertades, en que se encuentran vastos sectores de la población de los Estados, es un hecho de relevancia social. De esto se sigue que el imperativo de satisfacer las necesidades básicas de toda la población fundamenta ciertas reglas de cooperación que también integran el contenido de los derechos

³⁷ Günther, *op. cit.*, p. 83.

³⁸ Tugendhat, *op. cit.*, p. 338.

humanos y fundamentales. Estas reglas de cooperación desarrollan el principio de solidaridad,³⁹ conforman los derechos humanos prestacionales y prescriben deberes de actuar que tienen un doble efecto de irradiación.⁴⁰ Dichos deberes se proyectan en primer lugar sobre el propio afectado –a quien su estatus inicial como persona autónoma le impone una obligación de autoayuda– y sobre sus familiares y allegados, quienes tienen con el afectado un vínculo de solidaridad muy estrecho. Sin embargo, si estas obligaciones positivas no pueden ser satisfechas en esta primera instancia, se traspasan de modo subsidiario a todos y cada uno de los miembros de la sociedad que se aúnan en el Estado para procurar el correspondiente deber prestacional. La ejecución de estos deberes prestacionales debe proveer el mínimo vital a todos los individuos y los bienes necesarios para el ejercicio de su libertad y sus derechos políticos.

3. Influencia de Böckenförde en la jurisprudencia constitucional colombiana

La concepción de Böckenförde sobre las diversas teorías materiales de los derechos fundamentales ha tenido una influencia notable en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia.

La Corte Constitucional de Colombia tiene principalmente dos competencias: revisar las decisiones judiciales en relación con la *acción de tutela* y decidir, ya sea de manera automática o por solicitud de un ciudadano, sobre la constitucionalidad de leyes, decretos con fuerza de ley, actos reformativos de la Constitución y leyes aprobatorias de tratados, entre otros. En ejercicio de estas competencias, la Corte es la encargada, por una parte, de determinar el contenido y alcance de los derechos fundamentales y, por la otra, de garantizar la supremacía de la Constitución.

Para ello, la Corte se ha apoyado en las teorías materiales de los derechos fundamentales, tal como las concibió Böckenförde. En distintos pronunciamientos, tanto de tutela como de constitucionalidad, se puede evidenciar que ha dotado de contenido material a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de 1991, en aplicación de las teorías 1) liberal, 2) democrática y 3) del Estado Social.

³⁹ Michel Borgetto ha señalado que el principio de solidaridad cumple la función de fundamentar en alguna medida ciertos derechos sociales. En esta dimensión, la solidaridad se entiende como un “deber colectivo de ayuda mutua”, como un “verdadero principio de acción política” (*La Notion de Fraternité en Droit Public Français*, Paris, LGDJ, 1993, p. 398).

⁴⁰ Tugendhat, *op. cit.*, p. 341, n. 32.

3.1. Teoría liberal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional colombiana

El Capítulo Primero del Título II de la Constitución Colombiana de 1991 institucionaliza los derechos fundamentales con una perspectiva liberal. De esa manera, los derechos de ese capítulo tienen en común que se erigen como prohibición o como limitación de la injerencia del Estado para su satisfacción. Ese es el caso del *derecho a la intimidad*. El artículo 15 de la Constitución dispone que toda persona tiene derecho “a su intimidad personal y familiar”. El objeto de protección de este derecho es la órbita personal del individuo. En ese sentido, hay una prohibición de intromisiones arbitrarias de parte del Estado en el desarrollo de la vida personal, espiritual y cultural más íntima de cada persona.⁴¹ Por ende, la Corte ha considerado que “el titular de este derecho es el único que puede decidir, mediante su autorización expresa o tácita, hacer pública esta información, a menos que medie una orden de autoridad competente, con fundamento en lo previsto en la Constitución y la ley”.⁴²

En relación con la dimensión positiva de los derechos de libertad, el Estado tiene una obligación de protección. En consecuencia, además de abstenerse de interferir, deberá hacer cesar, de manera oportuna y eficaz, las intromisiones irrazonables e injustificadas que se presenten en contra de la órbita reservada de cada persona. Es así como la Corte Constitucional de Colombia implícitamente ha aplicado la teoría liberal de los derechos fundamentales expuesta por Böckenförde. Según este autor, los derechos fundamentales limitan la intervención del legislador, porque tienen un contenido que preexiste a la creación de la sociedad civil.

Con base en la teoría liberal, en la Sentencia C-221 de 1994, la Corte señaló que el Congreso no puede afectar los derechos a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad. En esa ocasión, se pronunció sobre una demanda de inconstitucionalidad presentada por un ciudadano en contra de algunas disposiciones de la Ley 30 de 1986, por medio de la cual el Congreso de la República adoptó el Estatuto Nacional de Estupefacientes. En particular, el accionante le solicitó a la Corte que declarara que las normas que regulaban las sanciones por el consumo y porte de la “dosis de estupefaciente para uso personal” eran contrarias a la Constitución. La Corte sostuvo que el legislador encuentra un límite a su competencia en los derechos a la igualdad y la libertad. En sus palabras “el legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquellas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución”. En ese sentido, señaló que el legislador puede válidamente regular “las circunstancias de lugar, de edad, de ejercicio temporal de actividades, y otras análogas, dentro de las cuales el consumo de droga resulte inadecuado o socialmente nocivo, como sucede en la actualidad con el alcohol y el tabaco”, siempre que con ello no se afecte el “núcleo esencial de los derechos a la igualdad y a la libertad”. La Corte fundamentó

⁴¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-407A de 2018.

⁴² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-288 de 2018.

su decisión en la consideración de la “libertad como principio rector dentro de una sociedad que, por ese camino, se propone alcanzar la justicia”. En consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de las normas demandadas.

En un caso similar, en la Sentencia C-063 de 2018, la Corte Constitucional destacó que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, al estar íntimamente ligado con la dignidad humana, constituye un límite a la actuación del Congreso, porque “se encuadra en la cláusula general de libertad que le confiere al sujeto la potestad para decidir autónomamente sobre sus diferentes opciones vitales”. En ese caso, le correspondió estudiar una acción pública de inconstitucionalidad presentada en contra del literal c) del artículo 4 del Decreto Ley 1793 de 2000. La norma establecía como requisito para ser incorporado como soldado profesional “ser soltero, sin hijos y no tener unión marital de hecho”. La Corte sostuvo que el amplio margen que tiene el legislador para regular el régimen de carrera especial de las Fuerzas Militares está limitado por “los principios y mandatos constitucionales y los derechos fundamentales de las personas”. En este caso, se refirió particularmente al derecho al libre desarrollo de la personalidad y lo interpretó con base en la teoría liberal. Para la Corte, “dentro de este ámbito de protección de la autonomía personal se insertan decisiones íntimas y personalísimas de los individuos relacionadas con su estado civil y/o con la posibilidad de tener o no hijos”. En consecuencia, declaró inexecutable la norma demandada, al concluir que

... cualquier intromisión de la ley en una decisión íntima y personalísima que corresponda al fuero interno de los individuos, como la de casarse, conformar una unión marital de hecho o tener hijos, constituye una injerencia indebida y arbitraria que carece de justificación constitucional, por estar relacionada con el plan de vida de cada persona y con la expresión de su identidad.

En otra ocasión, en la Sentencia T-363 de 2018, la Corte Constitucional indicó que los derechos a la libertad de conciencia, religión y culto constituyen un límite a la intervención del Estado y, en particular, del legislador. En este caso, la Corte acumuló dos expedientes. En el primero de ellos, un miembro de la comunidad *rastafari* narró que le obligaron a quitarse sus *dreadlocks* cuando ingresó a la cárcel. En el segundo, un preso indicó que le negaron la posibilidad de tener en su celda una imagen de Jesús. En su defensa, los institutos carcelarios argumentaron que, en ambos casos, las restricciones impuestas obedecieron al cumplimiento de los reglamentos internos. Sin embargo, la Corte Constitucional amparó el derecho de los accionantes a su libertad de conciencia y libertad religiosa –ambos, parte del mencionado catálogo de las libertades esenciales de Rawls–. En su decisión consideró que la intervención estatal está limitada y debe ser siempre razonable y proporcional. Ello obedece a que la libertad del individuo, como sostiene Böckenförde, es, en principio, ilimitada. En ese sentido, concluyó que es obligación de las autoridades carcelarias proteger “la posibilidad del interno de profesar de manera

privada y silenciosa el credo de la preferencia, garantía que resulta intangible y, por consiguiente, exenta de interferencias estatales”. Solo así se puede garantizar la libertad “en su grado máximo de expresión”.

3.2. Teoría democrática-funcional de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional colombiana

La Corte Constitucional se ha basado en la teoría democrática para dotar de contenido material ciertos derechos fundamentales establecidos en la Constitución colombiana de 1991. En efecto, la Corte ha sostenido que “las posiciones derivadas de los derechos fundamentales democráticos atribuyen al ciudadano un poder jurídico para obtener del Estado y del derecho la modificación de una situación jurídica, como reacción a su conducta participativa”.⁴³ De esa manera, para la Corte, “el concepto democrático de persona se halla en el trasfondo de los enunciados constitucionales”.⁴⁴ En consecuencia, ha considerado el proceso democrático y el interés público como puntos de partida de los derechos fundamentales.

Tal entendimiento de la teoría democrática ha llevado a la Corte Constitucional 1) a proteger especialmente los derechos que tienen incidencia en el proceso democrático y 2) a limitar ciertos derechos cuando se ve afectado el interés público. Este ha sido el caso, entre otros, de la libertad de expresión. En términos generales, la Corte ha sostenido que el “estrecho vínculo entre libertad de expresión y democracia, [es] el argumento que con mayor fuerza y frecuencia se esgrime para justificar la especial protección que se otorga a este derecho en el constitucionalismo contemporáneo”.⁴⁵ Así, por ejemplo, en la Sentencia T-391 de 2007, la Corte destacó que las manifestaciones de la libertad de expresión que se refieren a temas políticos y los discursos que debaten sobre asuntos de interés público gozan de un mayor grado de protección constitucional. A su juicio,

... dentro del rango de tipos de discursos protegidos por la libertad de expresión en sentido estricto, el mayor grado de protección se provee al discurso político, al debate sobre asuntos de interés público, y a los discursos que constituyen un ejercicio directo e inmediato de derechos fundamentales adicionales que se vinculan necesariamente a la libertad de expresión para poder materializarse.

De manera similar, en la Sentencia C-223 de 2017, la Corte Constitucional interpretó los derechos de reunión y manifestación pública a la luz de su estrecha relación con la democracia. Así resolvió la demanda presentada por un ciudadano en contra de varias disposiciones del Código de Policía que regulaban el ejercicio

⁴³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-351 de 2012.

⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-347 de 2012.

⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-650 de 2003.

de los mencionados derechos. Cabe aclarar que en esa ocasión la Corte declaró la inexecutable de la norma, porque los límites a los derechos fundamentales deben tramitarse por una ley con un proceso especial que, en ese caso, no se surtió. Sin embargo, precisó el alcance de los mencionados derechos a la luz de la teoría democrática. En su decisión, la Corte indicó acerca “del derecho de reunión y manifestación pública, [que] corresponde tener en cuenta que este involucra otro derecho de mayor envergadura: el derecho a la libertad de expresión [que es] uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática”. En consecuencia, sostuvo que “el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático”. Por ello, “en principio, cualquier colisión posible entre este y otros valores daría al derecho de reunión y manifestación pública un peso abstracto mayor al de otros”. De esa manera, para la Corte es claro que existe un límite en la intervención del Estado cuando se trata de derechos cuyo ejercicio es esencial en una democracia.

En otra ocasión, en la Sentencia T-244 de 2018, la Corte indicó que la libertad de expresión se ve menos limitada cuando se refiere a asuntos de interés público. En ese caso, el alcalde de Bogotá interpuso una acción de tutela y solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la honra y al buen nombre. Alegó que un miembro del Concejo de Bogotá se los había vulnerado al haber señalado tanto en un discurso como en sus redes sociales que el alcalde se enriqueció por “promover y vender los sistemas de tipo ‘Transmilenio’ en todo el mundo”. En ese caso, la Corte consideró que el discurso político del concejal merecía una especial protección constitucional, al sostener que en “el entorno político la libertad de expresión, cuando se ejerce en pro del interés público tiene límites menos rigurosos y merece mayor deferencia por el margen de apertura de un debate amplio y reflexivo frente a las opiniones como actos de control del poder público predicables de la democracia constitucional”. Por ello, concluyó que “las declaraciones del Concejal están amparadas por el discurso político, dialéctica que goza de un especial nivel de protección por su importancia para la democracia, la participación y el pluralismo”.

3.3. Teoría de los derechos fundamentales del Estado social en la jurisprudencia constitucional colombiana

El artículo 1 de la Constitución de 1991 instituye a Colombia como un Estado social de derecho. Ello implica, entre otras, dos consecuencias: primero, la concepción del Estado social influye en la definición del contenido material de los derechos fundamentales, y segundo, en el papel del Estado en la garantía de los derechos fundamentales, en particular de la función que debe desplegar la Corte ante la inoperancia del Ejecutivo.

Primero, en un Estado social, “los derechos fundamentales ya no tienen sólo un carácter delimitador-negativo sino que al mismo tiempo facilitan pretensiones de

prestación social ante el Estado”,⁴⁶ El artículo 13 de la Constitución contempla el derecho a la igualdad. Este es el único de los derechos que directamente acoge más de una teoría material. Tal como está formulado, 1) prohíbe cualquier clase de discriminación “por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”; 2) establece el deber del Estado de promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”, de adoptar las “medidas en favor de grupos discriminados o marginados” y de proteger especialmente a las personas que “se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”. De esa manera, por una parte, se evidencia la esfera negativa de dicho derecho en la prohibición de discriminación y, por otra, se ve la esfera positiva que le asigna al Estado un deber de actuar y garantizar las condiciones para el goce efectivo del derecho.

Sin embargo, como ya se señaló, los demás derechos del capítulo de los derechos fundamentales están contemplados en una formulación típicamente “liberal”. La Constitución se limita a enunciar el derecho en su formulación negativa. Por tanto, ha sido la Corte Constitucional la que ha definido el contenido material de los derechos fundamentales a la luz de la teoría del “Estado social”. Ese es el caso del derecho al libre desarrollo de la personalidad. El artículo 16 de la Constitución prevé que “todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”. Como ha señalado la Corte, este derecho “consiste en la posibilidad que tiene todo individuo de adoptar, sin ninguna intromisión o interferencia, las decisiones que le permitirán construir su plan de vida, con base en sus particulares convicciones, creencias, aspiraciones y deseos”.⁴⁷ En ese sentido, instituye como una limitación a cualquier intromisión de parte del Estado en las decisiones de vida de un individuo. Esta es la dimensión negativa del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Para la Corte Constitucional, tal derecho tiene también una dimensión positiva. A su juicio, el Estado tiene la obligación de brindar “condiciones inmateriales y materiales adecuadas para el desarrollo de su proyecto de vida [...] disponiendo tratamientos jurídicos similares para todas las personas”.⁴⁸ Así entendido, el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene un contenido material que le otorga la Corte con base en la teoría social. En efecto, allí señaló que con la definición de Colombia como un Estado social de derecho “se imponen al Estado nuevos deberes y, en consecuencia, aparecen nuevos derechos a favor de las personas, particularmente aquellos relacionados con los valores intrínsecos e inherentes del ser humano”.⁴⁹ De conformidad con lo anterior, ha sido la Corte, en aplicación de esta teoría, la que ha dotado de contenido a los derechos, aun cuando su formulación no lo preveía de forma específica.

⁴⁶ Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 64, n. 1.

⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-288 de 2018.

⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-336 de 2008.

⁴⁹ *Idem.*

Segundo, el Estado tiene la obligación de “procurar los presupuestos sociales necesarios para la realización de la libertad jurídica y libertad de los derechos fundamentales”.⁵⁰ En tal virtud, como ha señalado la Corte Constitucional, el Estado tiene la obligación de “garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, sean estos de libertad o sociales”.⁵¹ Según la Corte, el carácter de Estado social “exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance”.⁵² Al respecto, señaló que “el nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución”.⁵³

Tales consideraciones han llevado a la Corte Constitucional a ordenarle directamente al Ejecutivo la implementación de políticas públicas. A su juicio, esto puede hacerse cuando se evidencia que, como consecuencia de una inactividad abusiva extrema por parte del Estado, se están vulnerando los derechos fundamentales. Esto parte de una de las principales implicaciones de la cláusula de Estado social en que se reconocen los derechos fundamentales como “principios jurídicamente vinculantes para todas las esferas del Estado. Estos, por efecto de ese mismo postulado, irradian todo el ordenamiento jurídico, y se erigen en la medida y derrotero de las normas que lo componen en todos sus niveles”.⁵⁴

En aplicación de tal teoría, en la Sentencia T-302 de 2017, la Corte Constitucional le exigió al Estado garantizar los derechos fundamentales al agua y a la alimentación a los niños y las niñas del pueblo indígena wayúu, que habita en el departamento de la Guajira, Colombia. La demanda presentada solicitaba el amparo al derecho fundamental al agua potable, la alimentación y la salud de los niños y las niñas de la comunidad. De las pruebas allegadas al proceso se evidenció que un niño en la Guajira tiene “sesenta veces más probabilidad de morir por desnutrición que en la capital” y que hay una “etnia entera cuya niñez [está] amenazada por el hambre”.

En ese caso, la Corte constató que la vulneración de los derechos fundamentales era consecuencia de la inactividad del Estado. Entonces, ordenó medidas de corto y largo plazo en las que se “encamine la coordinación de las entidades nacionales y territoriales”. Ello parte del entendimiento de que los derechos a la vida (CP, art. 11) y a la salud (CP, arts. 49 y 50) exigen que el Estado actúe para asegurar su satisfacción siquiera en un nivel mínimo. La interpretación que hace la Corte Constitucional de tales derechos implica, a su vez, que el Estado deba asegurar el derecho a la alimentación y al agua potable, sin que estén especificados en la Constitución, han

⁵⁰ Böckenförde, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 64, n. 1.

⁵¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760 de 2008.

⁵² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-426 de 1992.

⁵³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-406 de 1992.

⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-269 de 2018.

sido reconocidos por la Corte. Esa concepción de los derechos fundamentales solo se puede alcanzar desde la perspectiva de una teoría de los derechos fundamentales en un Estado social.

Conclusiones

La jurisprudencia colombiana usó explícitamente las tesis de Böckenförde relativas a algunos aspectos que conciernen al Estado social y a la función judicial de la Corte Constitucional. Más allá de eso, en punto a las teorías materiales de los derechos fundamentales, Böckenförde supo teorizar sobre unas intuiciones que han sido de mucha importancia en la jurisprudencia colombiana. Y aunque esta teoría no ha sido expuesta únicamente por Böckenförde, fue él quien primero habló del conjunto de las teorías materiales de los derechos fundamentales. En ese sentido, las discusiones posteriores que abordaron otros teóricos del derecho, como Robert Alexy, tuvieron como punto de partida el escrito inicial de Böckenförde. Ello, en últimas, facilitó que permearan la jurisprudencia colombiana.

En efecto, los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de 1991, cuya literalidad, como dice Böckenförde, “carece en sí misma de un único sentido material”, son concretados por la Corte atendiendo las distintas teorías sobre su contenido material. De esa manera, dependiendo de las circunstancias del caso en concreto, una misma disposición constitucional puede ser entendida y aplicada de una u otra manera por el mismo juez. Un ejemplo de esto es el de la libertad de expresión. El artículo 20 de la Constitución establece lo siguiente:

Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

En primer lugar, la Corte Constitucional ha interpretado este artículo con base en la *teoría liberal*. Así, ha considerado que la libertad de expresión limita la actuación del Estado. De esa manera, la Corte ha señalado que las personas tienen la “libertad de expresar y difundir el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación de fronteras [...], y el derecho a no ser molestado por ellas.”⁵⁵

En segundo lugar, cuando se relaciona con la voluntad política, la Corte ha destacado y, en consecuencia, ha protegido especialmente la libertad de expresión para “la formación de una opinión pública y libre”. Así lo entendió cuando afirmó que “esta libertad constitucional no solo es un derecho de cada persona sino que también debe ser entendida como un valor y principio *sine qua non* para la consolidación de

⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-391 de 2007.

la opinión pública libre, estrechamente ligada al pluralismo político característico de un Estado social y democrático de derecho”.⁵⁶ Por esa misma razón, la Corte ha amparado la libertad de expresión cuando se trata del derecho a fundar medios de comunicación, pues ellos son “indispensables para el ejercicio de las libertades de expresión e información y para la materialización del régimen democrático, participativo y pluralista consagrado en la Constitución del 91”.⁵⁷ Su importancia radica precisamente en que “representa una manifestación concreta de la dignidad humana, ya que permite [...] la participación en el proceso democrático del país (CP, art. 1)”⁵⁸ En consecuencia, la limitación que se haga de ese derecho nunca puede ser en detrimento del proceso democrático.

En tercer lugar, el Estado asume en ciertos casos una carga prestacional para asegurar la eficacia de la libertad de expresión. Para el efecto debe: primero, asegurar la “adecuada realización” de la función de los medios de comunicación; segundo, adoptar “medidas concretas que permitan su consolidación como instrumento para garantizar la libertad y la democracia”;⁵⁹ tercero, “propiciar condiciones estructurales que permitan la libre circulación de expresiones, ideas, opiniones e informaciones y, a la vez, garantizar que el proceso comunicativo se desarrolle en circunstancias de pluralismo, equilibrio, equidad e inclusión social”;⁶⁰ cuarto,

... favorecer la creación de medios de comunicación libres, plurales e independientes, eliminar las prácticas que obstaculicen irrazonablemente el ingreso al diálogo público, adoptar medidas positivas que aseguren la admisión al escenario informativo, en condiciones de equilibrio y equidad, de todas las posturas sociales, políticas y culturales presentes o contrapuestas en democracia.⁶¹

Ello atiende a la típica formulación de los derechos en un Estado social.

Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal, 2ª. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- ARAGÓN, Manuel, “Constitución y derechos fundamentales”, en VV.AA., *Estudios de derecho constitucional: homenaje al profesor R. Fernández Carvajal*, Murcia, Universidad de Murcia, 1997.

⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-1723 de 2000.

⁵⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-599 de 2016.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-359 de 2016.

⁶⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-599 de 2016, *cit*.

⁶¹ *Idem*.

- BERNAL, Carlos, *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, trads., Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Baden-Baden, Nomos, 1993.
- BORGETTO, Michel, *La Notion de Fraternité en Droit Public Français*, Paris, LGDJ, 1993.
- CRUZ, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989.
- GÜNTHER, Klaus, “Welche Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts? Überlegungen zum internen Zusammenhang zwischen deliberativer Person, Staatsbürger und Rechtsperson”, en Hauke BRUNKHORST y Peter NIESEN (eds.), *Das Recht der Republik*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1999.
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, t. II: *Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Taurus, 1987.
- , *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998.
- KANT, Immanuel, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978.
- LOCKE, John, *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Madrid, Espasa Calpe, 1991.
- OSUNA, Néstor, *Tutela y amparo. Derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- RAWLS, John, *El liberalismo político*, Barcelona, Grijalbo-Mondadori, 1996.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, Madrid, Taurus, 1969.
- RUBIO, Francisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel, 1995.
- TUGENDHAT, Ernst, *Lecciones de ética*, Barcelona, Gedisa, 1997.