



La fundamentalidad [autónoma] de los derechos: una sistematización de criterios*

Tirson Mauricio Duarte-Molina^a

Resumen: La categorización de los derechos humanos en diferentes generaciones ha atentado contra la característica de indivisibilidad de estos, más aún cuando la Constitución de 1991 concibe una diferenciación entre aquellos que son y no fundamentales, lo que lleva a la implementación de diferentes medios de protección. No obstante, frente a tal problema, han surgido teorías sobre la conceptualización y su fundamentalidad. Por lo anterior, en este artículo se pretende abarcar aquella desde las teorías de la mutación de los derechos y el antropocentrismo, dando una revisión al contenido o núcleo esencial del derecho en cuestión.

Palabras clave: fundamentalidad; mutación de los derechos; fundamentalidad antropocéntrica; núcleo o contenido esencial de los derechos

Recibido: 27/10/2021 **Aceptado:** 13/12/2023 **Disponible en línea:** 06/05/2024

Cómo citar: Duarte Molina, T. M. (2024). La fundamentalidad [autónoma] de los derechos: una sistematización de criterios. *Prolegómenos*, 27(53), 11–23. <https://doi.org/10.18359/prole.6013>

-
- * Artículo de investigación.
Producto del proyecto “Estudios del Derecho Judicial en Colombia” del Centro de Estudios Interdisciplinarios, Jurídicos, Sociales y Humanistas (CIES), Universidad Icesi, Cali.
 - a Abogado de la Universidad de San Buenaventura, Cali, Colombia. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre de Colombia, Cali. Becario de la Maestría en Derecho (Investigación), Universidad Icesi, Cali. Auxiliar de investigación del CIES, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Icesi, Cali. Miembro de la Red Latinoamericana de Metodología de las Ciencias Sociales, RedMet, Cali, Colombia. Correo electrónico: tirson.duarte1@u.icesi.edu.co y tirsonmduarte@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6240-2609>

The [Autonomous] Fundamentality of Rights: A Systematization of Criteria

Abstract: The categorization of human rights into different generations has challenged their characteristic of indivisibility, particularly since the 1991 Constitution introduces a differentiation between those deemed fundamental and those that are not. This has led to the implementation of various means of protection. In response to this challenge, theories have emerged regarding conceptualization and fundamentality. The article attempts to address this issue through the theories of the mutation of rights and anthropocentrism, providing a review of the content or essential nucleus of the right in question.

Keywords: Fundamentality; Mutation of Rights; Anthropocentric Fundamentality; Nucleus or Essential Content of Rights.

A fundamentalidade autônoma dos direitos: uma sistematização de critérios

Resumo: A categorização dos direitos humanos em diferentes gerações tem atentado contra a característica de indivisibilidade destes, ainda mais quando a Constituição de 1991 concebe uma diferenciação entre aqueles que são e não são fundamentais, o que leva à implementação de diferentes meios de proteção. No entanto, diante desse problema, surgiram teorias sobre a conceptualização e sua fundamentalidade. Por isso, neste artigo, pretende-se abordar esse tema a partir das teorias da mutação dos direitos e do antropocentrismo, dando uma revisão ao conteúdo ou núcleo essencial do direito em questão.

Palavras-chave: fundamentalidade; mutação dos direitos; fundamentalidade antropocêntrica; núcleo ou conteúdo essencial dos direitos

Introducción

La clasificación de los derechos humanos en distintas generaciones ha desafiado la característica de su indivisibilidad, especialmente considerando la distinción que la Constitución de 1991 establece entre los derechos fundamentales y no fundamentales. En su parte dogmática, el título 2, en sus capítulos 1, 2 y 3, distingue entre: (1) derechos fundamentales, (2) derechos sociales, económicos y culturales y (3) derechos colectivos y del ambiente. Así mismo, aparecen cinco acciones como (I) acción de tutela, que busca la protección de derechos fundamentales; (II) la acción popular y de grupo, para la protección de los derechos e intereses colectivos de una comunidad; (III) la acción de cumplimiento, formulada para que tanto públicos como particulares cumplan una disposición normativa; (IV) el *habeas corpus*, que tiene como finalidad la protección de la libertad de una persona que haya sido privada de ella; y (V) el *habeas data*, es decir, la facultad que tiene todo ciudadano de conocer, actualizar y rectificar algún tipo de información personal que figure en una base de datos o archivos, bien sean de carácter público o privado.

Los derechos fundamentales tienen una importante característica, la justiciabilidad, mientras que la de los derechos económicos, sociales y culturales, y los colectivos y del ambiente es la exigibilidad. el Alto Tribunal Constitucional de Colombia ha determinado criterios para dotar de fundamentalidad derechos que por su naturaleza constitucional no lo son. Dentro de estos se encuentran: 1) los derechos de aplicación inmediata, que son aquellos enunciados expresamente en el artículo 85 de La Carta; 2) los derechos subjetivos contenidos en el capítulo 1 del título 2, siempre que su estructura y contenido permitan la aplicación de su inmediatez judicial o su contenido haya sido desarrollado de forma independiente a través de una ley destinada a ello; 3) los derechos fundamentales por expreso mandato constitucional; 4) los derechos que integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto; 5) los derechos innominados (artículo 94 de la Constitución), y (6) los derechos fundamentales por conexidad.

Lo anteriormente planteado ha llevado a la confusión del núcleo esencial de derechos, pues algunos que no son autónomos en cuanto a su fundamentalidad transmutan su núcleo por los criterios mencionados para ser tutelados y justiciables. Esto representa un problema, en el entendido de que la frontera entre un derecho fundamental no-autónomo y uno autónomo es deleble. Al respecto, se han suscitado diferentes teorías sobre la noción de derechos y su fundamentalidad, dentro de ellas se encuentra: la fundamentalidad antropocéntrica de Bastida, discutida por el carácter ecológico de la Constitución colombiana, y la mutación de los derechos de López.

El desarrollo de este artículo versa sobre el estudio de la noción de fundamentalidad de los derechos y la determinación de esta en el sistema jurídico colombiano, y de manera primordial sobre la sistematización de los criterios planteados en las teorías de la mutación y la antropocéntrica, encontrando puntos en común y estableciendo un método o instrumento para la determinación de la fundamentalidad de los derechos. Esto, además, teniendo que dar una obligatoria revisión a la teoría del núcleo esencial de los derechos. Por último, se realizará la aplicación de la sistematización frente a la fundamentalidad del derecho cultural.

La hermenéutica de las ciencias sociales como método para la sistematización de criterios

La presente investigación es básica; se desarrolla desde la hermenéutica de Ricoeur, otorgando primacía a la sistematización de los conceptos filosóficos, jurídicos, y doctrinales, en razón de que se estudia la teoría de la cultura y el derecho cultural, y se abarca la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales. En tal medida, se ha implementado el método hermenéutico de las ciencias sociales desde la comprensión principal de que el proceso solo se logra mediante la focalización precisa respecto de aquello que se desea estudiar e interpretar (Cárcamo, 2005); se encuentra que solo usando como medio la interpretación, se puede llegar a una comprensión total del fenómeno mediante la operación que supone un conocimiento

más profundo del objeto por medio de la desmembración, fundamentación y esclarecimiento de su estructura y relaciones contextuales (Mejía Quintana, 2014). Este método:

posibilita entender los significados del objeto que se estudia a partir de una triple perspectiva: a) la del fenómeno en sí mismo; b) la de su engarce sistémico-estructural con una totalidad mayor, y c) la de su interconexión con el contexto histórico-social en el que se desenvuelve [...]. Es el procedimiento para abordar a la realidad humana, que es por esencia interpretativa. (Villabella, 2015, p. 944)

Posteriormente, se encuentra el momento de la aplicación, es decir, la evidencia de que la propia comprensión transforma lo comprendido. La hermenéutica encuentra aquí la realización de lo interpretado, demostrando así que no se agota en un saber teórico meramente, sino que también comporta esencialmente un fin práctico (Mejía Quintana, 2014). Por otro lado, esta investigación está circunscrita a un paradigma epistemológico de carácter cualitativo-interpretativo, puesto que permite la comprensión de fenómenos sociales mediante estrategias y técnicas que propendan por el uso de la interpretación del lenguaje, discursos, prácticas sociales o culturales y sistemas normativos.

Por ello, desde lo planteado por Ricoeur (2013), se entenderá no solo como hermenéutica textual, teniendo una precomprensión del ámbito de lo práctico, lo que se ha llamado hermenéutica de la acción, en el entendido que esto requiere “de una dialéctica comparable a la de la comprensión y la explicación en el ámbito de lo textual” (p. 64). Por medio de la comprensión, se permite la relación entre múltiples espacios temporales, teniendo en cuenta que el texto no es estático, pues al referirse a la comprensión no solo se habla del sentido del texto o composición verbal, sino de las situaciones iniciales y finales (Ricoeur, 2002).

De allí que “gracias a este juego complejo entre la referencia indirecta al pasado y la referencia productora de la ficción, la experiencia humana, en su dimensión temporal profunda, no cesa de ser reconfigurada” (Ricoeur, 2002, p. 22). Se trata con ello de hacer conceptos no solo desde el plano semántico. Empero, es necesario, para su

implementación, tener en cuenta la relación existente entre el texto y el lector y, por tanto, al mundo que abre su subjetividad a partir de la objetividad del texto (Moreno Aponte, 2017).

Cuando un derecho es y deja de ser: el núcleo esencial de los derechos

Al iniciar el acápite anterior, se mencionó la segunda generación de los derechos humanos para lograr identificar su ubicación dentro de los preceptos constitucionales de Colombia. No obstante, algunos teóricos conciben esta clasificación como obsoleta y anacrónica, debido a que propone -aparentemente- una jerarquización de derechos, jerarquía que va en contravía a la indivisibilidad de los derechos humanos.

Lo anterior ha contribuido, dentro de la construcción de lo que son los derechos fundamentales, a la creación de categorías difusas. Además, de manera coetánea con lo planteado es necesario determinar la independencia del derecho cultural de otros derechos; aunque se han dado algunos bosquejos de ello, la teoría del núcleo esencial de los derechos es la colaboradora en tal determinación.

Como ejemplo de lo anterior, y siguiendo los planteamientos de Duarte y Parra (2020), los Derechos Económicos, Sociales y Culturales DESC, según la Corte Constitucional, T-428 de 2012, son derechos fundamentales por conexidad en virtud de las características estructurales, particularmente por su carácter negativo, puesto que solo los derechos fundamentales son de aplicación inmediata y, por lo tanto, exigibles mediante la acción de tutela, mientras que los derechos sociales poseen una naturaleza de orientaciones programáticas dirigidas al legislador (o la administración en lo pertinente) y resultan, por ello, ajenos al control judicial por vía amparo, es decir, se protegen mediante la interposición de otras acciones (Corte Constitucional, 2012).

Nace, en este sentido, el deber de definir lo que es un derecho fundamental. De acuerdo con Oliveros (2018) y su análisis de las categorías planteadas por Alexy, los derechos fundamentales

son un conjunto de normas y proposiciones constitucionales:

las primeras tienen carácter prescriptivo, estableciendo lo que está permitido, prohibido u ordenado, las segundas tienen forma de derechos a algo (haciendo alusión a los derechos subjetivos), libertades y competencias que se relacionan con el respeto de los bienes constitucionalmente protegidos, regulando desde esta esfera las relaciones entre Estado y particulares, y las que se dan entre los individuos.

Se plantea entonces que:

las normas de derecho fundamental son todas aquellas a favor de las cuales es posible aducir una fundamentación iusfundamental correcta. Por regla general, basta hacer alusión al texto de la Constitución para construir una fundamentación iusfundamental correcta concerniente a las normas de derecho fundamental directamente estatuidas. (...) la fundamentación iusfundamental variará según se trate de una norma de derecho fundamental estatuida directa o indirectamente. (Alexy citado en Oliveros, 2018, p. 55)

Para poder hablar de derechos fundamentales se debe tener en cuenta que estos están íntimamente relacionados con la dignidad humana, y que es ella uno de los grandes criterios para lograr una correcta interpretación de ellos, pues tal como lo plantea Nogueira (2009) la dignidad de cualquier persona es el valor básico en el cual se fundamentan todos los derechos humanos, ya que su afirmación no solo constituye una garantía -de tipo negativo- que protege a las personas, sino que también afirma positivamente, a través de los derechos, el pleno desarrollo de todos los seres humanos. Es justamente esta relación la que permite la conexión con la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales, teoría sobre la cual se plantean “perspectivas absolutas y relativas; dentro de las primeras se concibe que dicho contenido está determinado y es abstracto porque es la esencia o ámbito nuclear del propio derecho, el cual es intocable, únicamente su zona de penumbra podría ser afectada” (Oliveros, 2018).

Por otra parte, dentro de las llamadas tesis relativas, donde se encuentran enmarcados autores

como Nogueira (2003) y López (2015), se considera que el núcleo esencial de los derechos es determinable a través del principio de proporcionalidad, por lo que guarda una relación intrínseca con el interés y el bien jurídico que se está protegiendo.

En Colombia, la Corte Constitucional ha dado aplicación a la teoría del núcleo esencial desde ambas perspectivas, encontrando dos etapas: en la primera, se dio prioridad a las tesis absolutas con la intención de evadir posibles interrupciones en la dignidad humana, teniendo como resultado un núcleo esencial irreductible e intocable (López, 2015; Oliveros, 2018). En contraposición, durante la segunda etapa, a la que se ha llamado de la jurisprudencia (López, 2015), la Corte Constitucional, tomando como referente a Häberle, ha propuesto en sentencia C-142 de 2001 que “se ha de aplicar el juicio de proporcionalidad, el cual, por su carácter estricto, en principio se ha reservado para el estudio de las restricciones impuestas a los derechos fundamentales”.

Teniendo esto comprendido, se hace menester abarcar el núcleo esencial de los derechos fundamentales, para lo que se partirá desde la sentencia T-002 de 1992, donde la Corte Constitucional expuso:

Siguiendo a Peter Häberle, se denomina “contenido esencial” al ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. *Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas.* (cursivas fuera del texto original)

De manera sincrónica, Oliveros (2018) ha establecido que dentro del núcleo esencial de todo derecho fundamental es necesario identificar la relación de recíproco, condicionamiento con bienes jurídico-constitucionales a partir de la interpretación de todo el conjunto del sistema constitucional; además de ello:

los derechos fundamentales están en una relación esencial con el conjunto de la Constitución y con los particulares bienes constitucionales [...] el contenido y límites de los derechos fundamentales

hay que determinarlos a partir de la totalidad del sistema jurídico-constitucional de valores al que está ordenado cualquier derecho fundamental. (Häberle, 2003, p. 52)

Retomando lo que la Corte Constitucional ha planteado en sus pronunciamientos, específicamente en la sentencia C-576 de 2008, y dentro de la perspectiva relativa, se debe entender como núcleo esencial de los derechos fundamentales, el mínimo de contenido que el legislador debe respetar; es decir, esa parte del derecho que lo identifica, que permite establecer diferencias de otros y que otorga un cierto grado de inmunidad respecto de la intervención de las autoridades públicas. Además, en su sentido negativo debe entenderse:

como aquel sin el cual *un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental*. O, también, puede verse como la parte del derecho fundamental que no admite restricción porque en caso de hacerlo resulta impracticable o se desnaturaliza su ejercicio o su necesaria protección. (C-576 de 2008) (cursivas fuera del texto original)

Es en este sentido, a que Parejo (1981) manifiesta que la concreción de la naturaleza del contenido esencial requiere una identificación exacta entre los diversos límites que operan sobre los derechos fundamentales. Estos límites, según el autor, son:

- a) Límites inmediatamente derivados de la Constitución o que esta “establece por sí misma”.
- b) Límites mediata o inmediatamente derivados de la Constitución por la necesidad de preservar o proteger otros derechos fundamentales.
- c) Límites mediata o indirectamente derivados de la Constitución por la necesidad de proteger o preservar otros bienes constitucionalmente protegidos (p. 175)

Empero, si bien Parejo es uno de los primeros autores en establecer los límites de los derechos

fundamentales, es evidente la necesidad de establecer los criterios por los cuales se determina el contenido o núcleo esencial de un derecho fundamental. Con relación a esto, plantea Oliveros (2018) que:

Häberle considera que los derechos fundamentales operan como normas en forma de principios constitucionales cuyo contenido esencial depende también de la aplicación del principio de proporcionalidad en la configuración de sus límites, por lo tanto, este factor es de gran relevancia para determinar el núcleo esencial de todo derecho. En este sentido, la ponderación aquí señalada parte de la determinación de la interrelación de los bienes jurídicos asociados con derechos fundamentales involucrados en casos concretos. (p. 16)

De ahí que la Corte Constitucional en la misma sentencia C-576 de 2008 haya establecido criterios por los cuales debe dar observancia del núcleo esencial. Dentro de estos se pueden identificar principalmente dos:

- i) hacen parte del núcleo esencial las *características y facultades que identifican el derecho, sin las cuales se desnaturalizaría* y ii) integran el núcleo esas *atribuciones que permiten su ejercicio, de tal forma que al limitarlas el derecho fundamental se hace impracticable*. (cursivas fuera del texto)

Según lo planteado por Oliveros (2018), a estos criterios se deben sumar: 1) el contenido del principio del Estado social; 2) la armonización del derecho fundamental estudiado con los demás derechos fundamentales; 3) los bienes jurídico-constitucionales involucrados; 4) los límites que se han establecido por el legislador el derecho, y 5) las leyes penales, puesto que todas tienen la función de proteger bienes jurídico-constitucionales y guardan relación directa con la salvaguarda de derechos fundamentales. Por esta razón, se hace necesario el análisis de cada uno de ellos mediante la ponderación de cada caso y la identificación de la función social de los derechos.

Examen a la fundamentalidad de los derechos desde la sistematización de la fundamentalidad antropocéntrica y la mutación de los derechos

Es Bastida (2005) quien expone que la fundamentalidad de los derechos tiene un sentido antropocéntrico, debido a que son calificados como “fundamentales” aquellos derechos entendidos como básicos o esenciales del ser humano, es decir, que se consideren inherentes al desarrollo de su personalidad, prestando aquí especial atención a la diferenciación de contenido que se presenta entre cada uno. Es el mismo autor quien expone que la fundamentalidad de los derechos emana del ser humano y no del deber ser de la norma constitucional, ello en el entendido de que la fundamentalidad no puede estar vinculada al derecho positivo (Bastida, 2005); por lo que explica:

No tiene que ver con la posición de supremacía de la Constitución, como norma fundamentadora del ordenamiento jurídico. Aunque la Constitución no los reconozca, existen. Para la doctrina liberal (art. 16 DDHC), si ese reconocimiento no se da, la que no existirá como tal será la Constitución (concepto material de Constitución), aunque se le llame así a la norma fundamental del Estado. (Bastida, 2005, p. 44)

Lo anterior corresponde a lo que se conoce como *fundamentalidad externa o metajurídica*, puesto que no corresponde propiamente a un modelo positivista (Bastida *et al.*, 2004). Ahora, desde el punto de vista de Botero (2009), se identifican seis criterios por medio de los cuales se logra determinar la fundamentalidad de un derecho en Colombia, realizando un análisis a diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional; estos son: (I) derechos de aplicación inmediata, que son aquellos enunciados expresamente en el artículo 85 de la Carta (criterio auxiliar); (II) derechos subjetivos contenidos en el capítulo 1 del título II de la Constitución, siempre que su estructura y contenido permitan la aplicación de su inmediatez judicial

o su contenido haya sido desarrollado de forma independiente a través de una ley destinada a ello (criterio auxiliar); (III) derechos fundamentales por expreso mandato constitucional (es el caso de los derechos fundamentales de los niños), (IV) derechos que integran el bloque de constitucionalidad *strictu sensu*, (V) derechos innominados (artículo 94 de la Constitución), y (VI) derechos fundamentales por conexidad.

En última instancia, y en un sentido diacrónico, se halla lo planteado por López (2015), quien manifiesta que son derechos constitucionales fundamentales (I) los inherentes al ser humano, (II) aquellos que han sido reconocidos de manera directa o indirecta en el texto constitucional como derechos subjetivos de inmediata aplicación, y (III) los que tienen conexión directa con el momento histórico en que pretenden desplegar su fuerza normativa.

Estos criterios se deben entender de la siguiente manera:

- Inherencia a la persona humana, entendida como la extensión a la codificación constitucional, pues los derechos no se agotan en el catálogo de tal, puesto que encuentran su fundamento en la inherencia a la persona humana; esto es: en el principio de dignidad humana (López, 2015).
- Reconocimiento directo o indirecto en el texto de derechos subjetivos de aplicación inmediata, pues en relación con el epígrafe de los derechos fundamentales se determina que aquella ubicación es un criterio auxiliar o indicativo, no principal o absoluto, lo que determina que: “un derecho no es fundamental ni deja de serlo por ser reconocido en determinado artículo o título de la Constitución, sino por su contenido material” (López, 2015, p. 72). Se suscribe a este criterio la aplicación del Bloque de Constitucionalidad.
- Por la conexión con el momento histórico en que pretenden desplegar su fuerza normativa, debido a la máxima que expone que no puede existir una separación entre el derecho constitucional y la realidad. Como indica López (2015), uno de los grandes flagelos de la jurisdicción constitucional es la falta de diálogo entre los derechos y la realidad social.

Hasta este punto se ha usado la hermenéutica de las ciencias sociales para la interpretación y análisis de los conceptos desarrollados. Empero, se sumará a esta hermenéutica el anarquismo epistemológico (Carpintero, 2010), toda vez que a través de este enfoque se permite la sistematización de los presupuestos contenidos en las teorías de la mutación de los derechos (López, 2015) y la fundamentalidad antropocéntrica (Bastida, 2005), en aras de establecer criterios para determinar tal característica a derechos que por clasificación constitucional carecen de ella.

Con la construcción del test de fundamentalidad se pretende establecer la posible caracterización los derechos fundamentales autónomos desde la sistematización de las teorías de la mutación y el antropocentrismo (figura 1). En este entendido, el test de fundamentalidad responde a cuatro características esenciales: (I) es un proceso

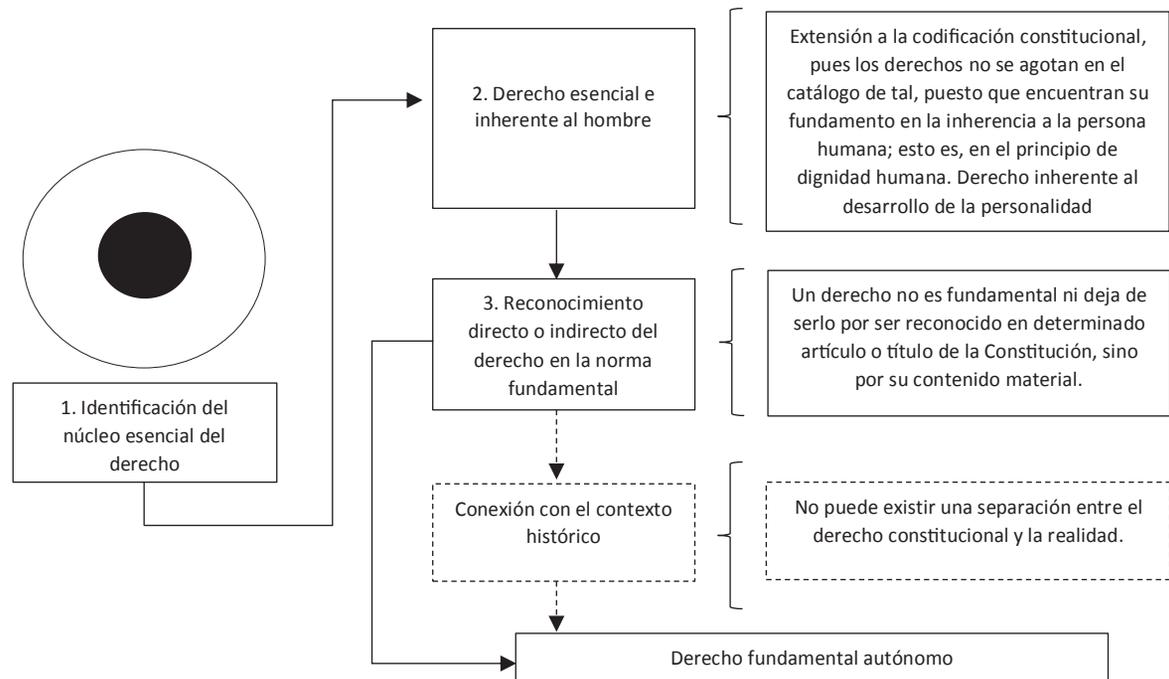
de contraste, (II) no es estrictamente secuencial, (II) responde a premisas de validación, y (IV) da a conocer la concepción y materialización del núcleo esencial de un derecho.

La fundamentalidad del derecho cultural

El bien jurídico-constitucional protegido

En primera instancia, se debe aclarar a que se hace referencia a la categoría *bien jurídico-constitucional*, para lo que se recurrirá a Oliveros (2018), quien la define como aquello que caracteriza el sentido y la identidad propia de una Constitución, por lo que se trata de preceptos máximos que esta protege a partir de derechos fundamentales, valores y principios.

Figura 1. Test de fundamentalidad de los derechos



Fuente: elaboración propia con base en las teorías de Bastida (2005) y López (2015).

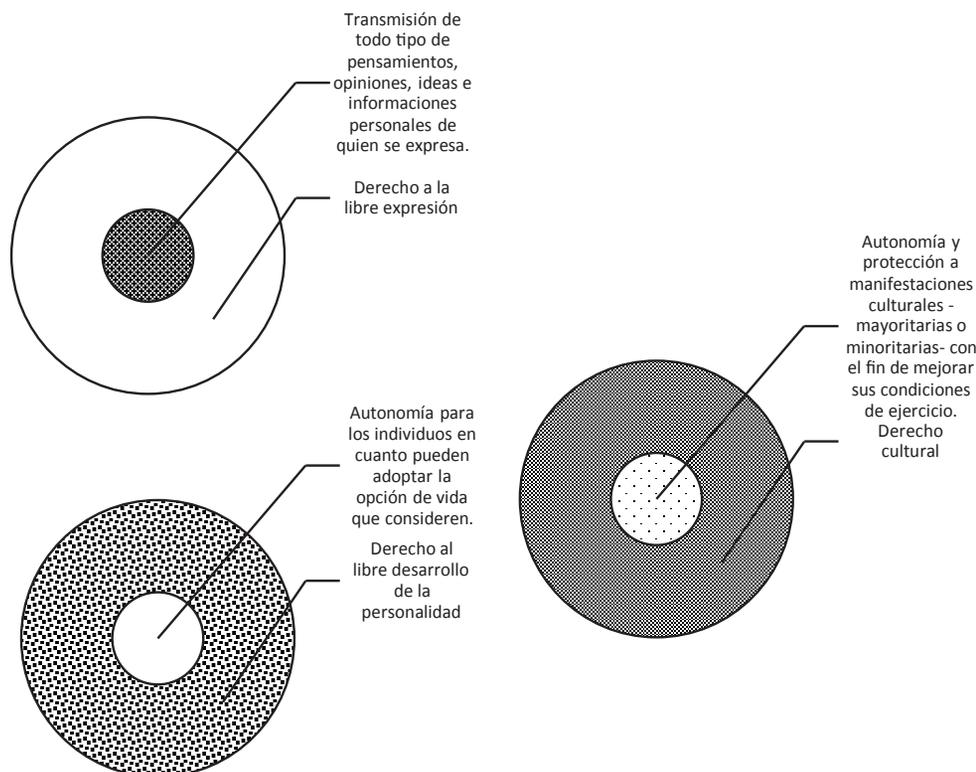
Se halla que la riqueza cultural y la diversidad étnica son bienes jurídico-constitucionales plasmados como principios en disposiciones de la Carta Política, como lo son los artículos 8, 9, 10, 63, 70, 72, entre otros; además, por bloque de constitucionalidad se incluye el ya mencionado artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC. Su protección abarca a todas las personas, sin embargo, convierte en sujetos de especial protección a los miembros de comunidades étnicas desde una dimensión individual pero también colectiva. Esta protección de dúctil dimensión, es decir, individual y colectiva, se extiende a la brindada por el derecho cultural, debido a la importancia de este para el desarrollo del sujeto. Manifiesta la Corte Constitucional en la sentencia T-1105 de 2008:

La identidad nacional acogida por la Constitución Nacional es, entonces, una identidad pluralista. No presupone ni exige coincidencias. No implica homogeneidad. Todo lo contrario, se orienta

a reconocer la riqueza de la diversidad. *La Constitución de 1991 ofrece un espacio para la convivencia de distintos puntos de vista y de diferentes matices y cosmovisiones. En ese mismo orden de ideas, el hilo conductor que recorre de principio a fin la Constitución colombiana procura hacer visibles a quienes durante mucho tiempo fueron opacados hasta el límite de la invisibilidad: las minorías étnicas, las mujeres, las personas con limitaciones físicas o psíquicas, las personas adultas mayores, la niñez, y pretende generar un espacio para que esas personas y grupos étnicos ejerzan de modo efectivo sus derechos constitucionales fundamentales.* (cursivas fuera del texto original)

De este modo, se puede determinar cuál es el bien jurídico-constitucional protegido por medio del derecho cultural; por lo que, de manera consecuente, se puede hablar de la independencia de este derecho de otros como el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de expresión, los cuales tienen un núcleo o contenido esencial diferente (figura 2).

Figura 2. Núcleo esencial del derecho cultural frente al derecho a la libre expresión y libre desarrollo de la personalidad



Fuente: elaboración propia con base en el estudio realizado y las sentencias C-336 de 2008 y T-256 de 2013.

Fundamentalidad del derecho cultural

Los criterios para interpretar los DESC como fundamentales han sido, en parte, establecidos por la doctrina y la Corte Constitucional. En este sentido, tal institución ha establecido en la sentencia T-227 de 2003, que se brinden las pautas para establecer la fundamentalidad de un derecho, expresando que estas se relacionan funcionalmente con la realización de la dignidad humana; además, pueden traducirse o concentrarse en derechos subjetivos y encuentran consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario sobre su fundamentalidad, según lo planteado por Duarte y Parra (2020).

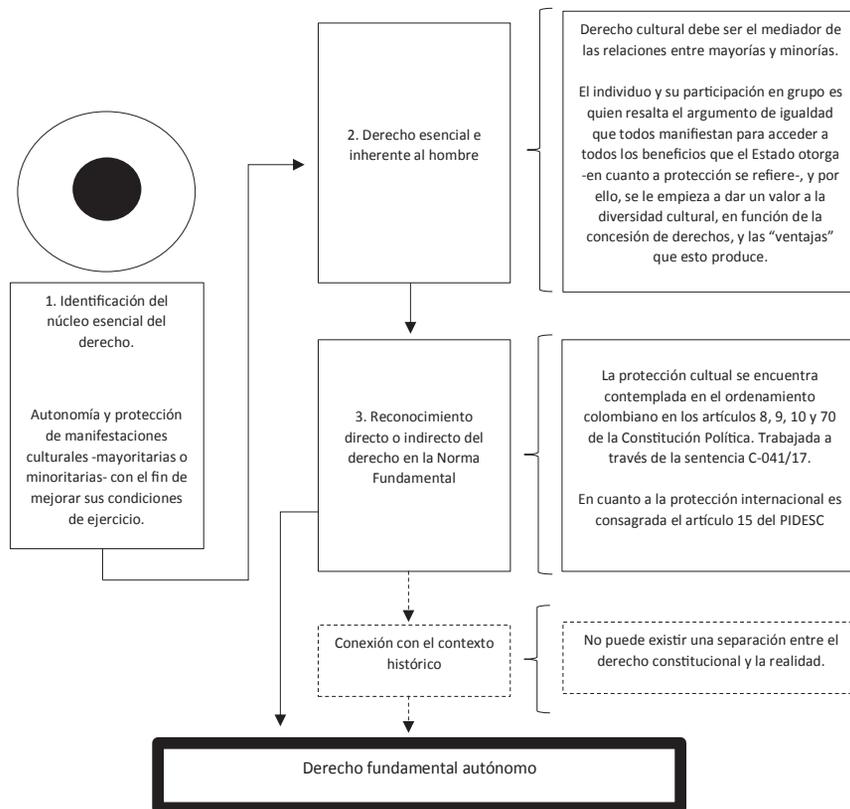
De manera sincrónica, la misma institución, en sentencia T-428 de 2012, estableció que estos derechos pueden ser fundamentales por conexidad, en virtud de las características estructurales, particularmente por su carácter negativo, puesto que

solo los derechos fundamentales son de aplicación inmediata y, por lo tanto, exigibles mediante la acción de tutela; los derechos sociales poseen una naturaleza de orientaciones programáticas dirigidas al legislador (o la administración en lo pertinente), resultan por ello ajenos al control judicial por vía amparo, y se protegen mediante la interposición de otras acciones (Corte Constitucional, 2012).

No obstante, encontrar la doble titularidad dentro de los derechos sociales y colectivos, como el derecho cultural, hace posible la justiciabilidad por vía de amparo. Así mismo, desde la doctrina, y partiendo de la revisión que se ha realizado al núcleo o contenido esencial del derecho cultural, diferentes doctrinantes han establecido criterios por los cuales, a cualquier derecho se le puede extender tal característica de fundamentalidad.

Así, conforme al planteamiento metodológico dado en este artículo, se establece la siguiente aplicación frente al derecho cultural (figura 3):

Figura 3. Aplicación del test de fundamentalidad de los derechos



Fuente: elaboración propia con base en las teorías de Bastida (2005) y López (2015).

Lo anterior implica que en el sentido expresado por Duarte y Parra (2020) se da una ampliación en las posibilidades de protección del derecho cultural, al no ser un derecho fundamental conexo, en la medida que es en sí mismo la fuente del desarrollo del hombre. Por lo anterior, como derecho fundamental autónomo posee acciones de justicia-bilidad, para ser garantizado y protegido, como la acción de tutela; sin embargo, como también es un derecho de doble titularidad, se extiende su protección mediante aquellas medidas que protegen derechos colectivos como las acciones populares y de grupo. De esta manera, y en definitiva, se puede afirmar que la cultura y el derecho cultural no son características de otros derechos como se ha pensado hasta ahora.

A manera de conclusión

El análisis de la fundamentalidad de los derechos en el marco jurídico colombiano conllevó a la sistematización de criterios derivados de teorías como la fundamentalidad antropocéntrica y la mutación de los derechos. Esta convergencia facilitó la creación del test de fundamentalidad como un instrumento clave. Además, se realizó una revisión exhaustiva de la teoría del núcleo esencial de los derechos, enfocada en identificar el bien jurídico-constitucional subyacente en cada derecho en cuestión.

La contribución de Häberle adquiere importancia en este contexto, aunque es crucial considerar las particularidades del entorno jurídico colombiano, donde no se aplica la defensa penal a todos los bienes jurídicos establecidos en la Constitución. Sin embargo, según lo sostenido por la Corte Constitucional, resulta evidente que es necesario identificar y separar el núcleo esencial para comprender y ampliar los derechos. Esto implica no solo examinar el texto constitucional, sino también las normativas del bloque de constitucionalidad.

El test de fundamentalidad opera como una herramienta para los profesionales del derecho al caracterizar adecuadamente los derechos y al emplear diversas acciones de protección. Específicamente, la acción de tutela se destaca como un recurso idóneo para salvaguardar derechos

dotados de fundamentalidad autónoma. Este test se distingue por su naturaleza contrastante, no necesariamente secuencial, respaldado por premisas de validación y proporcionando información crucial sobre la concepción y materialización del núcleo esencial de un derecho. Aunque se presenta como un enfoque metodológico, su implementación exige estudios que aborden diferentes derechos, instituciones y prerrogativas consagradas en la Constitución, para verificar su aplicabilidad y alcance.

Frente al derecho en estudio, es preciso mencionar que se debe entender la cultura como la comprensión de las creencias, prácticas y comportamientos del ser humano en sociedad, los cuales se generan a partir de su interacción con el entorno y buscan la autonomía del sujeto, para que se forme con la intención de ser libre e independiente, gracias a la búsqueda del sentido de su existencia, sin desconocer la pluralidad en las relaciones que construyen el tejido en que se ve inmerso.

Así, cuando se emplea la categoría jurídica: derecho cultural, esta se debe entender como aquella que da impulso a la protección de las manifestaciones culturales de los individuos reunidos en grupos -mayoritarios o minoritarios-, cuyo objetivo es enmendar la desventaja entre unos y otros. En una interpretación extensiva, esta protección tiene doble titularidad por cuanto, tanto el individuo como las colectividades pueden hacer uso de medios judiciales para que este derecho les sea amparado.

En lo referente al contenido esencial del derecho cultural, se encuentra que este radica en todas las relaciones que moldean a los individuos como sujetos autónomos y que, tras la sustanciación de valores, y la creación de nuevas manifestaciones, necesitan de esa protección -sean minorías o mayorías- con el fin de mejorar las condiciones de integridad y tranquilidad, enfocándose en que todos aquellos que comparten tal visión corran con la misma protección y defensa de su visión macro común. Seguidamente, se halla que la riqueza cultural y la diversidad étnica son bienes jurídicos-constitucionales plasmados como principios en disposiciones constitucionales como lo son los artículos 8, 9, 10, 63, 70, entre otros de la Carta Política, y que conforman parte de tal contenido esencial.

Por último, la caracterización del derecho cultural como un derecho fundamental autónomo atribuye a este acciones de justiciabilidad, para ser garantizado y protegido, como lo es la acción de tutela; empero, al ser un derecho de doble titularidad, también se extiende su protección mediante aquellas medidas que protegen derechos colectivos como las acciones populares y de grupo.

Referencias

- Bastida, F., Villaverde, I., Requejo, P., Presno, M., Aláez, B., y Sarasola, I. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución española de 1978*. Editorial Tecnos.
- Bastida, F. (2005). *El Fundamento de los Derechos Fundamentales*. <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero3/bastida.pdf>
- Benítez, O. (2005). El derecho a la identidad cultural como elemento esencial de una ciudadanía compleja. *Revista de Estudios Políticos*, 127. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1255737.pdf>
- Botero, C. (2009) *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla–Consejo Superior de la Judicatura. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/biblioteca/m7-18.pdf>
- Cárcamo, H. (2005). Hermenéutica y análisis cualitativo. *Revista de epistemología de las ciencias sociales Cinta de Moebio*, (23), 204-216. <http://www.facso.uchile.cl/publicaciones/moebio/23/carcamo.htm>
- Carpintero, G. (2010). Una teoría anarquista del conocimiento. *Claridades. Revista de filosofía*, (2), 24-35.
- Congreso de la República de Colombia. (7 de agosto de 1997). *Ley de Patrimonio Cultural, Fomentos y Estímulos a la Cultura, y se crea el Ministerio de Cultura*. [Ley 397 de 1997]. RD: 43.102. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=337>
- Corte Constitucional. (18 de septiembre de 1998). Sentencia SU-510. [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional. (10 de noviembre de 1998). Sentencia T-652. [MP. Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional. (14 de abril de 1999). Sentencia C-215. [MP. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano]
- Corte Constitucional. (7 de febrero de 2001). Sentencia C-142. [MP. Eduardo Montealegre Lynett].
- Corte Constitucional. (17 de marzo de 2003). Sentencia T-227. [MP. Eduardo Montealegre Lynett].
- Corte Constitucional. (22 de noviembre de 2005). Sentencia C-1192. [MP. Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional. (16 de abril de 2008). Sentencia C-336. [MP. Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional. (30 de julio de 2008). Sentencia C-576. [MP. Marco Gerardo Monroy Cabra].
- Corte Constitucional. (8 de junio de 2012). Sentencia T-428. [MP. María Victoria Calle Correa].
- Corte Constitucional. (30 de abril de 2013). Sentencia T-256. [MP. José Ignacio Pretelt Chaljub].
- Corte Constitucional. (14 de mayo de 2014). Sentencia C-283. [MP. Jorge Iván Palacio Palacio].
- Corte Constitucional. (1 de febrero de 2017). Sentencia C-041. [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Iván Palacio Palacio].
- Duarte, T., y Parra, M. (2017). *La construcción de los derechos culturales: reflexión a partir de la tauromaquia* [Ponencia]. X Encuentro Nacional de la Red de Grupos y Centros de Investigación Jurídica y Sociojurídica. Cúcuta, Colombia.
- Duarte, T. (2018). *Construcción del test de culturalidad como método para la caracterización de derechos culturales* [Ponencia]. VI Encuentro Latinoamericano de Metodología de las Ciencias Sociales. Cuenca, Ecuador. <http://elmecs.fahce.unlp.edu.ar/vi-elmecs/actas/Duarte.pdf>
- Duarte, T. (2019-A). Revisión a la fundamentalidad del derecho cultural. En *Memorias del XI Encuentro Semillero Interno de Investigación*. Universidad de San Buenaventura.
- Duarte, T. (2019-B). *Fundamentalidad [autónoma] del derecho cultural: revisión desde su núcleo esencial*. [Ponencia]. III Congreso Internacional de Investigación. Fundación Universitaria Navarra. Neiva, Colombia.
- Duarte, T. (2020). Derecho cultural y amparo del coelo en el marco de la protección animal en el ordenamiento jurídico colombiano. *Foro. Revista de Derecho*, (34), 169-192. <https://doi.org/10.32719/26312484.2020.34.9>
- Duarte, T. y Parra, M. (2020). Introito al derecho cultural: consideraciones a partir de la tauromaquia. *Revista Criterios*, 12(2). <https://revistas.usb.edu.co/index.php/criterios/article/view/5019/3724>
- Escobar, A. (2010). *Una miga para el postdesarrollo: lugar, medio ambiente y movimientos sociales en las transformaciones globales*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, Perú. <http://bdjc.iaa.unam.mx/items/show/46>
- Häberle, P. (2003) *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de*

- Bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y la teoría de las reservas de la ley (Trad. Joaquín Brage Camazano). Dykinson-constitucional.
- Jameson, F., y Žizek, S. (1993). *Sobre los "Estudios Culturales"*. En *Estudios Culturales. Reflexiones Sobre el Multiculturalismo* (pp. 69-123). Editorial Paidós.
- Kymlicka, W. (1996). *Ciudadanía cultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Editorial Paidós.
- Lefebvre, H. (1989). *Le Somme et le reste*. Méridiens Klincksieck.
- López, C. (2015) *Mutación de los derechos fundamentales por la interpretación de la Corte Constitucional colombiana*. Universidad Externado de Colombia.
- Mejía Quintana, O. (2014). Elementos para una hermenéutica crítica: una introducción al problema del método en las ciencias sociales y el derecho. *Pensamiento Jurídico*, (39). <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/45229>
- Moreno Aponte, R. (2017). Hermenéutica y ciencias sociales: a propósito del vínculo entre la interpretación de la narración de Paul Ricoeur y el enfoque de investigación biográfico-narrativo. *Análisis*, 49(90), 205-228. <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/analisis/article/view/3229>
- Nogueira Alcalá, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Nogueira Alcalá, H. (2009). Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano. *Estudios Constitucionales*, 7(2), 143-205. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000200007>
- Oliveros, S. (2018). *La transmutación implícita en la justificabilidad de los derechos por la Corte Constitucional colombiana: análisis de los derechos a la consulta previa y al ambiente sano*. [Tesis de maestría, Universidad de San Buenaventura]. <https://bibliotecadigital.usb.edu.co/server/api/core/bitstreams/a1e0c597-3530-4350-b184-3bb5c5b47a67/content>
- Parejo, L. (1981). El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del tribunal constitucional de 8 de abril de 1981. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1(3). <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/249648.pdf>
- Real de Alcalá, J. (2013). El Derecho a la identidad cultural: criterios de fundamentación. *Derechos y Libertades*, 9, (época II), 183-216. <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19941/DyL-2013-29-real.pdf?sequence=1>
- Ricoeur, P. (2002). *Del texto a la acción. Ensayos de hermenéutica II*. Fondo de Cultura Económica.
- Ricoeur, P. (2013). La hermenéutica y el método de las ciencias sociales. *Cuadernos de Filosofía Latinoamericana*, 34(109). 57-70. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5679959.pdf>
- Tassara, V. (s.f.). *El multiculturalismo liberal de Will Kymlicka*. <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/El%20multiculturalismo%20liberal%20de%20%20Will%20Kymlicka%20VTZ.pdf>
- Tobón, S. (2004). *Formación basada en competencias. Pensamiento complejo, diseño curricular y didáctica*. Ecoe Ediciones.
- Villabella, C. (2015). *Los métodos de la investigación jurídica. Algunas precisiones*. Universidad Nacional de México.
- Villoro, L. (1993). Aproximaciones a una ética de la cultura. En Olivé, L. (Comp.). *Ética y diversidad cultural* (pp. 130-153). Editorial Instituto de Investigaciones Filosóficas y Fondo de Cultura Económica.
- Zambrano, A. (2010). *Philippe Meirieu, pedagogo. Aprendizaje, filosofía y política*. Universidad Santiago de Cali.
- Žižek, S. (1997). *Multiculturalismo, o la lógica cultural del capitalismo multinacional*. En *Estudios Culturales. Reflexiones Sobre el Multiculturalismo*. Editorial Paidós.
- Žižek, S. (2008). *En defensa de la intolerancia*. Editorial Sequitur.

