

# ESQUEMA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD

## “OUTLINE OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FREEDOM”

Para referencias: COBOS PINZÓN, Sandra Milena y TORRES CARDOZO, Andrés Felipe (2012) “ESQUEMA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD”, En Revista *Iter Ad Veritatem* 10. Universidad Santo Tomás. Tunja.

**Andrés Felipe Torres Cardozo\***

*“el mundo que hemos creado es un proceso de nuestros pensamientos. No se puede cambiar sin cambiar nuestra forma de pensar”*  
Albert Einstein

Fecha de Recepción: 09-08-2012  
Fecha de Aprobación: 16-10-2012

### RESUMEN<sup>1</sup>

Dentro de la teoría de los derechos fundamentales expuesta por Robert Alexy y traída para Colombia por Carlos Bernal Pulido, podemos ver cómo los derechos fundamentales han cobrado cada vez mayor importancia en el escenario jurídico del país, dejando de ser perspectivas declarativas de lo que debería ser la protección por el individuo, para convertirse en títulos jurídicos exigibles ante la administración de justicia, de manera tal que a lo largo de estas páginas es nuestro deseo realizar un análisis crítico - jurídico del derecho fundamental a la libertad que se encuentra como mandato explícito dentro de la Constitución Política de Colombia del año 1991, derecho fundamental que a su vez encuentra su génesis en el derecho constitucional Alemán en las constituciones de Bonn y de Weimar.

\* Abogado de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja, con estudios de profundización en Derecho Público. Litigante Cel. 3178419075 mail: fenixtorrez@hotmail.com. **AE**

1 Artículo de orden analítico reflexivo, convirtiéndose en una producción original e inédita, que nace como resultado del proyecto de investigación con respecto al “esquema del derecho fundamental a la libertad”, que se adelanta en el Centro de Investigaciones de la Universidad Santo Tomás, Seccional de Tunja, Facultad de Derecho. Grupo de Investigaciones jurídicas y socio jurídicas el cual está vinculado a la línea de investigación en “Derecho Constitucional y Construcción Democrática” que dirige el Doctor Diego Mauricio Higuera Jiménez.

El Método de estudio usado tiene como base un análisis de índole documental con origen en los conceptos desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia tanto en Alemania como en Colombia. Este estudio parte de un análisis del derecho general a la libertad basándose en los estudios de Fray Luis Antonio Alfonso Vargas O.P. quien realiza el desarrollo histórico del comentado derecho en la Alemania de la primera mitad del siglo XX; para luego adentrarnos en los desarrollos jurisprudenciales más relevantes del tribunal federal Alemán traídos a los estudiantes de derecho por Jurgüen Schwabe, con este estudio jurisprudencial se pretende ejemplificar las dinámicas del derecho a la libertad a partir del análisis de figuras como lo son la situación jurídica y la posición jurídica.

## **PALABRAS CLAVES**

Derecho fundamental a la libertad, control de constitucionalidad, situación jurídica, posición jurídica, objeción de conciencia, esfera interna del derecho a la libertad, esfera externa del derecho a la libertad

## **ABSTRACT**

Within the theory of fundamental rights by Robert Alexy exposed and brought to Colombia by Carlos Bernal Pulido, we can see how fundamental rights have gained increasing importance in the country's legal excenario stop being declarative perspective of what should be the protection for the individual legal titles to become enforceable in the administration of justice, so that throughout these pages is our desire to make a descriptive analysis of the fundamental right to freedom, a right which is as explicit mandate within the Constitution of Colombia of 1991, a fundamental right which in turn finds its genesis in German constitutional law in the constitutions of Bonn and Weimar.

## **KEYWORDS**

Fundamental right to freedom, judicial review, legal status, legal status, conscientious objection, inner sphere of

the right to liberty, the right external sphere of freedom

## **RESUME**

Dans la théorie des droits fondamentaux exposé par Robert Alexy et apporté à la Colombie par Carlos Bernal Pulido, nous pouvons voir comment les droits fondamentaux ont pris une importance croissante dans le droit du pays, en arrêtant d'être un point de vue déclaratif de ce que devrait être la protection pour les titres juridiques individuels, pour devenir exécutoire dans l'administration de la justice, de sorte que tout au long de ces pages est notre désir de faire une analyse critique juridique du droit fondamental à la liberté, un droit qui est aussi le mandat explicite au sein la Constitution colombienne de 1991, un droit fondamental qui, à son tour trouve son origine dans le droit constitutionnel allemand dans les Constitutions de Bonn et Weimar.

## **MOTS CLETS**

Droit fondamental à la liberté, le contrôle judiciaire, le statut juridique, le statut juridique, l'objection de conscience, sphère intérieure du droit à la liberté, la sphère externe droit à la liberté

## **SUMARIO**

**1.** Metodología, **2.** Introduccion, **3.** El Derecho General a la Libertad, **3.1** Caso de Wilhelm Elfes y su Libertad para Viajar, **3.2** Reproducción de una grabación secreta, **3.3** Hacia una Determinación de la Cláusula General de Libertad, **4.** Control de Constitucionalidad en Derechos Fundamentales, **5.** Desarrollo Jurisprudencial de la Objeción de Conciencia, **6.** Conclusiones **7.** Referencias Bibliográficas.

## 1. METODOLOGÍA

El presente estudio tiene como base una metodología analítica descriptiva por medio de la cual se pretende determinar los elementos característicos del derecho a la libertad en su escenario Constitucional comprendido como derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Iniciamos nuestro estudio con base al ejercicio del control de constitucionalidad en Colombia realizado por la Corte Constitucional, tanto en su esfera de control normativo como en su esfera del control de conductas, haciendo una descripción del marco normativo y funcional de la Corporación encargada de velar por el orden Constitucional, para finalmente realizar un análisis del escenario Constitucional derivado del libre desarrollo de la personalidad el cual ha sido denominado al nivel de la doctrina y la jurisprudencia como objeción de conciencia, y de esta forma finalmente presentar nuestras conclusiones.

## 2. INTRODUCCIÓN

El presente estudio surge como respuesta a la necesidad por delimitar que es el derecho fundamental a la libertad, dado que hoy en día la materialización de los preceptos Constitucionales genera cambios en el ordenamiento jurídico de orden legal y una nueva comprensión de lo que son los derechos fundamentales a nivel jurisprudencial, por lo tanto es de suma importancia conocer los orígenes del derecho fundamental a la libertad, sus elementos característicos y los escenarios constitucionales que devienen del libre desarrollo de la personalidad.

## 3. EL DERECHO GENERAL A LA LIBERTAD

El derecho a la libertad se entiende consagrado de forma positiva con la constitución de 1991 para Colombia, sin embargo dicha positivización encuentra su origen histórico en Alemania, para ser más precisos en la constitución de Weimar del año 1918.

El esquema del derecho a la libertad se ha construido con base a la premisa del libre desarrollo de la personalidad, lo cual no implica que sean copias al carbón los dos esquemas, esto debido a que en el sistema alemán de la constitución de Weimar en primera medida la exigibilidad del derecho a la libertad depende de un presupuesto como lo es la creación de una ley que permita la protección del derecho fundamental; mientras por otro lado en Colombia los derechos fundamentales son exigidos de forma directa.

Esta distinción a su vez implica el hecho que la constitución de Colombia es un texto programático y con sentido finalista (La racionalidad como exigencia hermenéutica en la actividad del juez constitucional, 2010) y no un texto de orden declarativo tal y como lo era la Constitución de Colombia del año 1886.

Por otro lado, tenemos que el desarrollo de una estructura que protegiera los derechos fundamentales en Alemania se vio limitada en los años 30 con el ascenso al poder del partido nacional socialista NAZI, es así que la protección jurídica del derecho a la libertad tuvo sus primeros atisbos con el fin de la segunda guerra mundial.

Al establecerse los tribunales Ad hoc, los cuales juzgaron crímenes contra la humanidad, sin duda este fue un criterio de inferencia al momento de crear la constitución de Bonn de 1948, ya que tal como lo expone el Fray Luis Antonio Alfonso Vargas *“finalizada la segunda guerra mundial, las fuerzas de ocupación y los fundadores de la nueva Alemania, para evitar que el estado concentrará el poder de la época Nazi, crearon una nueva Constitución, denominada ley fundamental, en la que los derechos fundamentales – y dentro de ellos el derecho general de libertad- se construyeron en un eje principal “(aspectos formales del derecho a la libertad: un estudio comparado Alemania - Colombia, 2008).*

El derecho fundamental a la libertad en su esfera general se entiende consagrado para la constitución de Bonn y tiene como función la de salvaguardar aquellos elementos que hacen parte de la personalidad, sin embargo esta cláusula general de libertad no debe ser confundida con las garantías de tipo especial consagradas en la ley de fundamental, por ende se entiende que existen dos tipos de garantías a la libertad, una de orden general y otras de orden especial, este tipo de garantías se entienden como iguales debido a que ninguna ocupa un lugar inferior con respecto de la otra. A continuación realizaremos un breve recuento de los fallos del tribunal federal alemán con respecto al derecho fundamental a la libertad.

### **3.1 CASO DE WILHELM ELFES Y SU LIBERTAD PARA VIAJAR**

En 1953 Wilhelm Elfes *“solicitó la renovación de su pasaporte ante las autoridades*

*respectivas en Mönchengladbach, ésta le fue negada el 6 de junio de 1953, con base en el §7, párrafo 1, lit. a, de la ley sobre pasaportes del 4 de marzo de 1952, sin justificación alguna”.*(JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe, 2009).

Al ser valorado el recurso de amparo ante el Tribunal Federal Alemán dentro de sus considerandos se expuso carga argumentativa con respecto al derecho fundamental a la libertad a partir del estudio del artículo del libre desarrollo de la personalidad, *iter* judicial del cual se puede comprender que sólo es posible un respeto a la esfera de libertad interna siempre y cuando se permita una exteriorización de la voluntad, de manera tal que no es posible predicar que existe respeto por la esfera interna de la libertad personal, si no se permiten las manifestaciones de libertad en la esfera externa tal como se puede ver en la parte de considerandos que procedemos a exponer así:

*“Con el concepto de “libre desarrollo de la personalidad”, la Ley Fundamental quiso significar no sólo el desarrollo al interior del núcleo de la personalidad humana –que distingue la esencia del ser humano como una persona de carácter moral y espiritual–, sino también en su conducta externa. De otro modo, no sería comprensible que el desarrollo al interior de este núcleo interno pudiese ir en contra de las buenas costumbres, los derechos de otro o incluso en contra del orden constitucional de una democracia libre. Precisamente esta restricción*

*impuesta al individuo, como miembro de la sociedad, señala antes bien, que la Ley Fundamental en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental se refirió a la libertad de actuar en sentido amplio.”<sup>2</sup>*

Ahora bien, cuando se entró a estudiar si la respuesta negativa con respecto a la validación del pasaporte del accionante estaba dentro o fuera del orden jurídico y por lo tanto del orden Constitucional se dijo que:

*“En el apartado 2 a), se señaló que el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental –al proteger el libre desarrollo de la personalidad– garantiza la libertad general de actuar; en la medida en que ésta no viole los derechos de los otros o no vaya en contra de las buenas costumbres, sólo se encuentra limitada por el orden constitucional. Bajo este concepto debe entenderse únicamente el ordenamiento jurídico general, el cual debe acatar las normas formales y materiales de la Constitución, y por tanto, deberá ser a su vez un orden jurídico constitucional. En ese sentido, el Tribunal Administrativo Superior de Münster señala también en el proceso que ha servido como punto de partida a la presente resolución, **que el orden constitucional es aquel orden jurídico que tiene el carácter de estar “de conformidad con la Constitución”, esto es, el ordenamiento jurídico que ha sido establecido conforme a la Constitución y se mantiene en el marco de ésta.**” (negrilla y cursiva fuera de texto)<sup>3</sup>*

Con respecto a la obligatoriedad de la constitución sobre el cuerpo jurídico de orden legal expedido por la institución legislativa, el tribunal federal alemán deja claro el hecho que con la constitución de Bonn se está limitando en primera medida al poder legislativo con respecto al poder que dicha institución tenía con relación al ejercicio y control de los derechos fundamentales, debido a que en el pasado con la constitución de Weimar los derechos fundamentales dependían de un desarrollo legal por parte de la institución legislativa; mientras que con la constitución de Bonn la exigencia de los derechos fundamentales es directa por medio del recurso de amparo constitucional.

Por otro lado se expone el elemento de congruencia entre la constitución y las demás normas de orden legal, ya que según el siguiente extracto no solo basta con que una ley sea expedida con el lleno de requisitos en su procedimiento, sino que a su vez la ley a expedir guarde congruencia con el texto constitucional:

*“En la literatura jurídica se ha objetado comúnmente que con esa interpretación el derecho fundamental del Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental “quedaría sin contenido”, puesto que estaría sometido a la reserva de ley general. Sin embargo, al respecto es preciso tener en cuenta que con la Ley Fundamental el Poder Legislativo se encuentra mucho más limitado de lo que estaba durante la vigencia de la Constitución Imperial de 1919.*

2 Alemania, Tribunal Federal Alemán 16 de enero de 1957. (Sentencia –1 BvR 253/56– punto resolutive A).

3 Alemania, Tribunal Federal Alemán 16 de enero de 1957. (Sentencia –1 BvR 253/56– punto resolutive B).

**En esa época no sólo numerosos derechos fundamentales quedaban efectivamente sin contenido mediante la reserva de ley general, que se satisfacía con toda ley que fuere expedida de conformidad con la Constitución; en los casos individuales, el legislador también podía sortear los obstáculos constitucionales que en cualquier momento se le oponían, mediante la expedición de una ley que fuese aprobada con una mayoría igual a la que se requería para modificar la Constitución.**

*La Ley Fundamental, en cambio, ha erigido un ordenamiento vinculado a valores, el cual establece límites al poder público. A través de ese orden se pretende asegurar la independencia, la autorresponsabilidad y la dignidad del ser humano dentro de la comunidad estatal (BVerfGE 2,1 [12 y ss.]; 5, 85 [204 y ss.]). Los más elevados principios de ese orden de valores se encuentran protegidos contra posibles modificaciones constitucionales (Arts. 1, 20, 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental). Las violaciones a la Constitución (Verfassungsdurchbrechungen) se encuentran excluidas: la justicia constitucional vigila la sujeción del legislador a los criterios de la Constitución.*

**Las leyes no son “constitucionales” por el hecho de haber sido expedidas en cumplimiento de las formalidades previstas en el ordenamiento. También deben estar materialmente**

**en consonancia tanto con los elevados valores fundamentales del ordenamiento fundamental liberal democrático, como con el orden de valores constitucionales, pero también deben satisfacer los principios constitucionales elementales no escritos, así como las directrices fundamentales de la Ley Fundamental, especialmente el principio del Estado de Derecho y el principio del Estado social. Ante todo, las leyes no deben violar el principio de la dignidad humana, que es el valor más importante de la ley fundamental, como tampoco podrán restringir la libertad espiritual, política y económica de los seres humanos, en modo tal que se vean afectados en su contenido esencial (Art. 19, párrafo 2, Art. 1, párrafo 3, Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental). Esto da lugar a que, por virtud de la Constitución, el ciudadano individual tenga reservada una esfera para la estructuración de su vida privada, y que también exista un último ámbito inviolable de libertad humana, sustraído por completo a toda influencia del poder público. Una ley que intervenga en éste no podrá ser parte del “orden constitucional”; deberá ser declarada nula por el Tribunal Constitucional Federal.”<sup>4</sup>(Negrilla y cursiva fuera de texto)**

Como podemos ver con base a lo expuesto en este extracto en el caso de Wilhelm Elfes el derecho fundamental a la libertad se desarrolla en el escenario de la libertad de locomoción, sin embargo a su vez se estudian distintos elementos como la limitación del poder público de cara a

4 Alemania, Tribunal Federal Alemán 16 de enero de 1957. (Sentencia –1 BvR 253/56– punto resolutive c).

los ciudadanos la congruencia que debe existir entre las normas de orden legal y las disposiciones de orden Constitucional, mientras a su vez se deja claro la jerarquía de la ley fundamental de Bonn en el sistema jurídico Alemán, la cual demuestra una perspectiva finalista a partir del hecho que las disposiciones de la ley fundamental de Bonn son de cumplimiento obligatorio por toda la comunidad, además de exigibles de forma inmediata por medio del recurso de amparo (Relectura Estructural al bloque de Constitucionalidad en Colombia: Elementos críticos para el control de Constitucionalidad, 2011)

### **3.2 REPRODUCCIÓN DE UNA GRABACIÓN SECRETA**

Con esta sentencia del Tribunal Federal Alemán procedemos a presentar otros elementos del derecho a la libertad tal y como lo son el derecho a la propia imagen y el derecho a expresarse, por lo tanto es conveniente ver la Sentencia de la Segunda Sala del 31 de enero, 1973 –2 BvR 454/71– en la cual se desarrollan las comentadas posiciones jurídicas.

La solicitud del recurso de amparo tuvo lugar con base en la presunta violación al derecho de intimidad del recurrente por parte del estado en una investigación de orden penal, debido a que se habían tomado una serie de grabaciones de las cuales el recurrente era el protagonista, la acción tuvo lugar con base en el presupuesto de que se estaba violando el derecho a la propia imagen y a la libertad para expresarse, debido a que dichas grabaciones se hicieron sin la autorización del recurrente.

Al estudiarse el recurso, el Tribunal Federal Alemán dijo con respecto al derecho de libertad que:

*.....“El mandato constitucional de respetar ese ámbito fundamental, la esfera de intimidad del individuo, se fundamenta en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de que gozan los ciudadanos por virtud del Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental. Para determinar el contenido y extensión del derecho fundamental del Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental, se debe tener en cuenta que de conformidad con la norma fundamental del Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, la dignidad del ser humano es inviolable y su respeto y protección es exigible a todos los poderes estatales.”* (JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe, 2009)

De lo cual podemos inferir que el derecho a la libertad se encuentra vinculado en gran medida con el presupuesto de la dignidad humana como principio rector del Constitucionalismo, de manera tal que el ejercicio de los poderes públicos y su función pública se encuentra limitado por la pretensión constitucional de respetar la esfera interna de intimidad del individuo.

*.....”Además, de conformidad con el Art. 19, párrafo 2 de la Ley Fundamental, el derecho previsto en el Art. 2, párrafo 1 de la Ley Fundamental tampoco puede ser*

*violado en su contenido esencial (BVerfGE 27, 344 [350 y ss.]; 32, 373 [379]). Ni siquiera el interés general puede justificar la intervención en el ámbito de configuración de la vida privada, y que se encuentra protegido en forma absoluta; no es posible una valoración de conformidad con el principio de proporcionalidad.”*

Sobre este *iter* se debe tener en cuenta que si bien es cierto se está tratando el derecho a la libertad como un derecho inviolable por su eminente relación con la dignidad humana, a su vez se habla en un plano general de la protección absoluta de la cual goza el ámbito de configuración de la vida privada.

Del cual en principio y por su estudio general se entiende inviolable, sin embargo es prudente aclarar que al momento de abandonar el estudio desde su plano general y al adentrarnos en eventos específicos de violación al derecho a la libertad este podrá ser objeto ya no de violación sino por el contrario de un ejercicio de intervención, dicha intervención siempre debe velar por el mantenimiento incólume del contenido esencial del derecho a la libertad, dicho de otra forma se puede intervenir el derecho a la libertad siempre y cuando no se vulnere su núcleo esencial.

Ante lo cual el comentado tribunal respondió de la siguiente forma:

*...“las exigencias de una administración de justicia efectiva pueden entrar en conflicto con la garantía constitucional del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Un adecuado equilibrio de esas tensiones se puede alcanzar en la medida en que se ofrezca*

*permanentemente como correctivo, a la indispensable intervención, que se exige desde la perspectiva de una administración de justicia efectiva, el mandato de protección del Art. 2, párrafo 1 en relación con el Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental” (JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe, 2009)*

Por ende se puede predicar que el estudio de cualquier derecho fundamental en un plano general es inviolable, sin embargo cuando de eventos específicos se trata nos enfrentamos ante colisiones de derechos fundamentales, desde este punto de vista el tribunal reconoce la necesidad de realizar ejercicios con base al test de proporcionalidad, el cual está compuesto de elementos como lo son la “*idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto*”<sup>5</sup> (ALEXY, 1993)

*“Esto significa que en el caso en concreto se debe investigar cuál de esos dos principios, bastante significativos constitucionalmente, debe prevalecer por encima del otro.” (JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe, 2009)*

### **3.3 HACIA UNA DETERMINACIÓN DE LA CLÁUSULA GENERAL DE LIBERTAD.**

Con base en la teoría alemana “*según la cual el derecho fundamental a la libertad es un derecho fundamental independiente*

<sup>5</sup> Es pertinente ver el texto de Robert Alexy con respecto a la aplicación del test de proporcionalidad dicho desarrollo lo encontrarán a profundidad en su texto *Teoría de los Derechos Fundamentales a lo largo de las páginas 89 a 93 cuando nos expone el tratamiento de los derechos Fundamentales ante las colisiones de principios y los conflictos de reglas, dicho estudio lo encuentran en la edición del año 1993 traducido por Ernesto Garzón Valdez.*

que garantiza la libertad general de la acción humana” (ALEXY, 1993) podemos establecer que toda la línea de derechos fundamentales que protegen libertades están vinculados por una cláusula general de libertad, esto dicho de otra forma se convierte en el ejercicio de la libertad positiva lo cual en últimas es el ejercicio de tomar acciones o de omitirlas de acuerdo al libre albedrío de la persona.

Este criterio de libertad positiva no debe confundir el ejercicio de la libertad negativa el cual se caracteriza por una clara abstención de hacer, el cual por lo general está en cabeza del estado (RAMÍREZ QUINCHE, 2008).

En cuanto a las implicaciones esto se traduce en el hecho que cada individuo le está permitido hacer y dejar de hacer lo que desee siempre y cuando dicho ejercicio de la libertad positiva no se encuentre limitado, es decir, “no intervengan restricciones” (ALEXY, 1993) por lo tanto cuando predicamos que existe una libertad de acción a su vez se está diciendo que existe un derecho en cabeza del ciudadano para que el estado no impida el accionar de la persona, lo cual implica que la persona es el sujeto activo positivo del derecho a la libertad en su esfera general y el estado es, de forma eminente un sujeto pasivo del derecho a la libertad.

Lo cual, si lo observamos desde la teoría general de las obligaciones en la cual se nos dice que “una persona llamada acreedor puede exigir a otra llamada deudor una prestación que puede consistir en un dar, hacer o no hacer y en el supuesto de incumplimiento dirigirse en contra de su patrimonio para satisfacer su interés, ya

sea con la cosa debida o con su equivalente” (ESCOBAR FORNOS, 1997) Por lo tanto, dicho predicado aplicado a la teoría de los derechos fundamentales implica que de la obligación general de libertad se deriva la cláusula general de libertad.

Con esto queremos decir que el derecho fundamental es una obligación, la cual debe ser satisfecha en caso de incumplimiento, aplicado a la terminología usual en derechos fundamentales no estamos diciendo cosa distinta, que, ante un derecho fundamental existe el deber de protección por parte del estado y en caso de incumplimiento debe operar el recurso de amparo también conocido como acción de tutela para Colombia.

Sin embargo, es conveniente destacar el hecho que el tribunal federal alemán habla no sólo de la protección a un ejercicio de acción por parte del individuo, sino que a su vez se predica que existe protección ante “posiciones jurídicas y ante la protección de situaciones” (ALEXY, 1993).

Cuando hablamos de situaciones jurídicas nos referimos a los distintos eventos en los cuales una persona puede estar desarrollando su derecho fundamental a la libertad, tal como se demostró previamente en el caso Elfhes en el cual el desarrollo de la libertad de locomoción dependía de una situación fáctica, por ende se puede inferir que el medio por el cual la esfera de libertad interna se materializa en la esfera de libertad externa es la consecución de una situación jurídica, por lo tanto es apenas lógico que para respetar las esferas interna y externa se deba priorizar sobre la situación o estado de *factum*; mientras que para hablar de posición jurídica nos

valdremos de Emilio Biasco Marino quien la denomina como *“la peculiar calidad jurídica abstracta y estática que un sujeto ocupa en el ordenamiento jurídico general o en ordenamientos jurídicos particulares.”* (LAS FIGURAS JURÍDICAS SUBJETIVAS EN EL DERECHO URUGUAYO, 1990) Con lo cual se puede decir que la posición jurídica es el estatus que el derecho le ha dado al individuo ya sea por medios normativos ordinarios como lo son la ley y otras fuentes formales o por medio de contenidos jurisprudenciales.

#### **4. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN DERECHOS FUNDAMENTALES**

El control de constitucionalidad en Colombia con respecto a los derechos fundamentales debe ser observado a partir de dos perspectivas, la primera es desde el control normativo que realiza la Corporación por medio de demandas de inconstitucionalidad y por medio del llamado control previo y automático a las leyes estatutarias junto con el control posterior y automático que se hace de los llamados estados de excepción de suerte tal que *“La jurisdicción constitucional en Colombia se caracteriza por tener un ejercicio concentrado, cuando de control normativo se trata, esto es las llamadas acciones de inconstitucionalidad mientras por otro lado el control se hace difuso ante las acciones de tutela”* (APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL CRITERIO DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS, 2011).

Normativamente hablando, tales controles están expuestos a lo largo del Título VIII de la rama judicial capítulo IV de la

Jurisdicción Constitucional en los artículos 241 hasta el 244 de la constitución política de Colombia y su desarrollo normativo nos es posible verlo en la ley estatutaria de la administración de justicia, ley 270 de 1996.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que la Jurisdicción Constitucional prevista en la ya mentada ley estatutaria goza de dos subdivisiones fundamentales, en primer lugar está el control normativo realizado por la Corte Constitucional, siendo este un control de naturaleza abstracta por realizarse sobre normas jurídicas<sup>6</sup> y a su vez es un control de naturaleza concentrada debido a que la Corporación es la única competente para conocer de tales asuntos; mientras por otro lado tenemos que la Jurisdicción Constitucional tiene una segunda subdivisión la cual por su naturaleza se aplica ante casos concretos haciendo juicios de conductas por medio de las acciones de Tutela, lo cual implica que a su vez que este control de conductas se hace en forma difusa, por todos los operadores de la jurisdicción en general.<sup>7</sup> En cuando al juez constitucional ejerciendo control abstracto y concentrado se puede decir que:

Es el juez natural constitucional en cuanto al *“control normativo es la Corte Constitucional en sala plena cuando de acciones de Inconstitucionalidad se trata en los términos del artículo 241 de la constitución.”*(APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL CRITERIO DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS, 2011) Por ende se debe tener en cuenta tres elementos esenciales, como lo son el campo de acción, la naturaleza del Decisum y los Efectos Del Fallo.

6 *Su razón de ser radica en el hecho que la ley es general, impersonal y abstracta, por lo tanto el control aquí realizado va en función de la norma jurídica, entiéndase con esta acepción las formuladas por el congreso de la república, como un mandato que debe guardar coherencia y coexistencia con el ordenamiento constitucional.*

7 *Por ende se puede predicar que existe un segundo control que se realiza ante conductas de forma difusa, lo cual convierte a todos los operadores judiciales en jueces constitucionales cuando de acciones de tutela se trata.*

En primer lugar, el campo de acción tiene relación con respecto a las siguientes competencias: “**1.** Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad contra los actos reformativos de la Constitución, sólo por vicios de procedimiento **2.** Decidir, de forma previa, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento. **3.** Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.” (APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL CRITERIO DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS, 2011) Esto ocurre cuando nos encontramos ante vicios en el procedimiento.

Por otro lado tenemos el control que se hace a los vicios de forma y de fondo de los cuales tenemos “**4.** En acciones de inconstitucionalidad contra las leyes, por vicios de forma y fondo. **5.** En acciones de inconstitucionalidad contra decretos con fuerza de ley, tanto por forma como fondo. **6.** Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución. **7.** En acciones de constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el ejecutivo. **8.** Decidir en forma definitiva sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, por vicios de forma y fondo.” (APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL CRITERIO DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS, 2011).

**Con respecto al control difuso, la corporación hace su uso por vía de revisión 9. “Revisar las decisiones**

**judiciales relacionadas con la acción de tutela”** (APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL CRITERIO DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS, 2011) y por último tenemos que se hace un control normativo con respecto de los tratados internacionales que van a ingresar al ordenamiento interno ya sea por bloque de constitucionalidad en sentido estricto o superficial **10.** “Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben.” (APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL CRITERIO DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS, 2011).

Por otro lado en cuanto a la naturaleza del Decisum debemos tener en cuenta el hecho que este es un pronunciamiento jurisdiccional en “*el cual se ha establecido que las sentencias por medio de las cuales se hace control normativo tendrán efectos generales (Erga Omnes) de obligatorio cumplimiento en cuanto a su parte resolutive impidiendo que cualquier operador jurídico reproduzca el contenido de las normas declaradas inconstitucionales, mientras a su vez la parte motiva servirá como criterio de interpretación o mero Dictum.*” (APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL CRITERIO DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS, 2011).

Lo cual deja ver dos características esenciales del control normativo, en primer lugar estamos ante fallos de la jurisdicción que se convierten en cosa juzgada Constitucional, haciendo imposible que se vuelva a reproducir el contenido normativo que ha sido declarado inexecutable; mientras por otro lado por medio de sus pronunciamientos la Corporación puede hacer creación de derecho en los Dictum.

8 Con respecto a los conceptos de Ratio Decidendi, Obiter Dictum, Decisum y su alcance, ver Corte Constitucional. Sentencia SU-047/99. (Magistrados Ponentes Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero; 29 de enero de 1999).

Por último y en cuanto a los efectos del Fallo se puede predicar que *“la decisión cuando de control normativo se trata por lo general son hacia el futuro, sin embargo si la Corte constitucional así lo considera conveniente puede hacer que el efecto de sus fallos sea hacia el pasado, esto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la ley 270 de 1996.”* (APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL CRITERIO DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS, 2011)

Por lo tanto se puede entender que la Corte Constitucional no sólo genera providencias judiciales con efectos ex nunc o efectos hacia el futuro sino a su vez genera sentencias ex tunc con efectos hacia el pasado, un ejemplo de este tipo de fallos se puede ver en el radicado D-7846 del cual se dio la sentencia C - 402 de 2010 en el cual se declaró la inexecutable de una norma con carácter derogatorio, en su momento al declarar inexecutable la ley, la Corte expreso con respecto a las reglas sobre la reincorporación o reviviscencia de normas derogadas las siguientes condiciones:

*“Para la doctrina más tradicional, asumida íntegramente por la Corte en sus primeros fallos, la inexecutable de la expresión derogatoria implicaba la reincorporación de la normatividad derogada, predicable desde el momento en que se adopta dicha sentencia de inconstitucionalidad, dejándose con ello a salvaguarda las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la norma cuestionada, solución que resultaba, plenamente compatible con el efecto ordinario ex nunc de las sentencias judiciales, pues la reincorporación de la norma derogada no es incompatible con el*

*reconocimiento de plenos efectos de la disposición declarada inexecutable, desde su promulgación y hasta la sentencia de inconstitucionalidad. En las primeras decisiones de la Corte que asumieron la problemática de la reviviscencia asumieron para sí la conclusión que había sido propuesta por la Corte Suprema y el Consejo de Estado, según la cual la reincorporación operaba de manera automática. Sin embargo, fallos posteriores abandonaron esta postura, a través del establecimiento de condiciones para la procedencia de la reviviscencia. Tales presupuestos tienen que ver con (i) la necesidad de establecer el peso específico que les asiste a los principios de justicia y seguridad jurídica en el caso concreto; y (ii) la garantía de la supremacía constitucional y los derechos fundamentales, lo que remite a la obligatoriedad de la reincorporación cuando el vacío normativo que se generaría sin ella involucraría la afectación o puesta en riesgo de los mismos.”*<sup>9</sup>

Sin embargo se debe poner de plano que la reviviscencia de una norma jurídica debe ser oportuna con respecto a los criterios de *“(i) la necesidad de establecer el peso específico que les asiste a los principios de justicia y seguridad jurídica en el caso concreto; y (ii) la garantía de la supremacía constitucional y los derechos fundamentales.”* Por ende se debe entrar a estudiar su oportunidad para su declaratoria ante lo cual la Corte expreso:

*“En lo que respecta a la oportunidad de la declaratoria de reincorporación,*

<sup>9</sup> Para profundizar al respecto es recomendable ver: Corte Constitucional. Sentencia C - 402/10. (Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva; 26 de mayo de 2010).

*la Corte ha optado por distintas alternativas a lo largo de su jurisprudencia. En la etapa inicial, que coincide con la defensa de la tesis de la reviviscencia automática, esta Corporación dispuso la procedencia de la misma, bien en la sentencia que declaraba la inexecutable del precepto derogatorio, o bien en la decisión que asumía el estudio de constitucionalidad de las normas reincorporadas, siendo el segundo el escenario más recurrente. Luego, en la etapa que coincide con la fijación de condiciones para la reviviscencia, la Corte optó progresivamente por poner de presente, generalmente en la parte motiva de las decisiones de inexecutable, los argumentos que sustentaban la mencionada reincorporación. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que tales previsiones no han sido contempladas por la jurisprudencia con carácter declarativo, sino que simplemente se han limitado a verificar si para el caso concreto se cumplen los requisitos que permiten predicar la reviviscencia de normas derogadas.<sup>10</sup>*

Por otro lado, cuando hablamos de juez constitucional en sede de control difuso nos referimos a la totalidad de la administración de justicia en Colombia, esto debido a que los operadores de la jurisdicción se encuentran facultados para pronunciarse con respecto a si protege o no un derecho considerado como fundamental, de esta forma la tutela ha sido concebida en forma más amplia para con relación a los administrados; sin embargo este criterio presenta límites con respecto al control normativo que hace la Corte.

Esto se debe a que los fallos no tienen aplicación con relación a normas, ya que no es posible por este medio declarar inconstitucionalidades ante normas que vayan en contravía de la constitución, sin embargo se logra la defensa de una situación particular con respecto a situación de hecho que vulnera de forma cierta personal y concreta un derecho fundamental de los administrados.

De igual forma este control difuso tiene un claro campo de acción, con su respectivo Decisum, sin embargo los efectos del fallo obedecen a distintos tipos de modulación, es decir el efecto del fallo de tutela puede ser manipulado para que sus efectos se irradien a ciertos grupos que se encuentren en situaciones en las cuales se vulneren sus derechos fundamentales.

Por lo tanto, su campo de acción tiene relación con respecto al operador judicial como elemento de la jurisdicción encargado de la defensa de los derechos fundamentales según lo estipulado en el artículo 86 de la Constitución y el decreto 2591 de 1991, al ser un mecanismo preferente y sumario para proteger un Derecho Fundamental genera una protección inmediata ante un daño o perjuicio que sufre la persona, como característica excepcional tenemos que puede ser usado como mecanismo transitorio ante un perjuicio irremediable, solo puede ser usado cuando no exista otro medio de defensa judicial.

En cuanto a la naturaleza del Decisum tenemos que tiene como finalidad tutelar Derechos Fundamentales los cuales sean afectados de forma cierta personal y concreta.

<sup>10</sup> En esta sentencia se explica los eventos en los cuales es recomendable para la Corte Constitucional aclarar el sentido de sus fallos con efectos hacia el pasado.

Por lo general el operador judicial usa principios de interpretación como “*el principio Pro Hominem y el principio Iura Novit Curia los cuales convierten la acción de tutela en un mecanismo con naturaleza inquisitiva pese a que su accionar sea eminentemente dispositivo,*” (APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL CRITERIO DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS, 2011) por lo tanto este se convierte en un medio para la exigencia de derechos naturales, por lo general surte efectos en forma particular debido a su naturaleza inter partes, al igual que en la acción de inconstitucionalidad su parte motiva se considera criterio auxiliar de interpretación.

En cuanto a los efectos del fallo se deben tener en cuenta las distintas opciones de modulación ya que cuando hablamos de control difuso los efectos del fallo se dan en cuatro modalidades las cuales pasamos a exponer a continuación:

### **Sentencias con efectos Inter Pares**

El primero a tener en cuenta es el de las sentencias con efectos **Inter Pares** las cuales emanan efectos más allá de las personas que hicieron parte del proceso, con relación a las personas afectadas que no accionaron por medio de la acción de tutela, en este tipo de modulación, la tutela tiene efectos que se pueden catalogar como orden general pero relativo, debido a que el fallo ha emanado efectos más allá de las partes vinculadas por el proceso, los favorecidos con el amparo gozan de cierta consonancia con respecto a los hechos que dieron lugar a la tutela.

### **Sentencias por medio de las cuales se declara el Estado de Cosas Inconstitucional.**

Un segundo tipo de efectos tiene que ver con los fallos en los cuales se dicta el **Estado de Cosas Inconstitucional**, el cual “*se refiere a la falta de acción de determinada o determinadas agencias del estado, seguidas de la vulneración constante de derechos que se presenta como consecuencia de fallas estructurales del aparato estatal, es decir, la falta de muchos o no todos los actores que entrecruzan responsabilidades en el funcionamiento de un sistema, ya sea por acción o por omisión*” (El Estado de Cosas Inconstitucional, 2004), con base al análisis de este tipo de modulación, se puede decir que nace con la sentencia de unificación SU – 559 del año 1997 por medio de la cual se le dio tratamiento a la vulneración del derecho a la salud que sufría el cuerpo Docente de los Municipios de Zambrano y María la Baja, en la parte de considerandos la corporación dijo que “*... en razón de que se cuestiona en el proceso una conducta pública desde una perspectiva constitucional que trasciende los aspectos puntuales de mera aplicación de la ley*”<sup>11</sup> por lo tanto se puede inferir que esta declaratoria surge ante una falla estructural de una política pública. Este es uno de los elementos ante el cual es posible la declaración del Estado de Cosas Inconstitucional.

Luego la Corporación siguió ampliando los criterios con base a los cuales se habla de elementos definitorios del Estado de Cosas Inconstitucional, tal como se puede ver en las sentencias T – 068 del 98 en la cual se dijo que el uso excesivo de la acción de tutela contra determinado ente de la administración implicaba “*que existe un problema estructural de ineficiencia e inoperancia administrativa, lo cual se considera un inconveniente general que*

<sup>11</sup>Quienes tengan el ánimo de estudiar la sentencia les recomendamos ver el considerando 34 Corte Constitucional. Sentencia SU- 559/97. (Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz).

*afecta a un número significativo de personas que buscan obtener prestaciones económicas que consideran tener derecho.*<sup>12</sup> Por el mismo estilo podemos ver la sentencia de tutela T – 439 del 98<sup>13</sup> en la cual se puede ver como se uso el Dictum de la T - 068 de 1998, por lo tanto para 1998 se contribuyó con otro elemento que define el Estado Cosas Inconstitucional, tal como lo es “*falla de la estructura interna de una entidad pública*” (El estado de cosas inconstitucional en el desplazamiento forzado y su incidencia en el Derecho fundamental de la infancia y la adolescencia a tener una familia en Colombia, 2012).

El último elemento se presenta con base en la sentencia SU- 250 DE 1998 en la cual se habló de la falta de voluntad por parte de la institución legislativa como tercer elemento para definir el Estado de Cosas Inconstitucional, de esta forma:

*“La Corte Constitucional ha considerado que por mandato del artículo 113 de la Constitución “Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”. Y que, es dentro de este contexto que adquiere importancia la calificación que judicialmente se haga de la existencia de un estado de cosas inconstitucional, puesto que ello implica la necesidad de dar órdenes para que cese ese estado de cosas inconstitucional, y así se hará*

*en la presente sentencia.*<sup>14</sup> (negrilla y cursiva fuera de texto)

Pronunciándose sobre la ausencia de voluntad por parte de la institución legislativa y los distintos actores políticos, esto se dio con ocasión del concurso por medio del cual se daba acceso a la carrera notarial.

### **Sentencias con efectos Inter Communis**

Con respecto a los fallos con efectos **Inter Communis** podemos decir que esta es una cuarta tendencia de la modulación en fallos de control difuso, la cual ha entrado a definir la jurisprudencia Constitucional en los siguientes términos: ... *“esta Sala ha establecido que los efectos Inter Communis se adoptan con el fin de proteger los derechos de todos los miembros de un grupo, afectados por la misma situación de hecho o de derecho, en condiciones de igualdad.*<sup>15</sup> (negrilla y cursiva fuera de texto) se le ha dado gran uso cuando de población desplazada se trata, con la pretensión de otorgar protección inmediata a un grupo poblacional que necesita el amparo constitucional en forma inmediata, por otro lado debemos tener en cuenta que este tipo de sentencia abre la puerta a una futura sentencia de unificación.

Al terminar este análisis de la jurisdicción Constitucional consideramos prudente estudiar el gráfico siguiente por medio del cual se resume la estructura presentada en esta primera parte del trabajo.

12 De igual forma se puede ahondar en el iter judicial: Corte Constitucional. número 8 de la Sentencia T-068/98. (Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero; 5 de marzo de 1998).

13 Para quien desee profundizar con respecto a la Sentencia T-439/98 les recomendamos ver la parte resolutoria punto 2.

14 Tal como consta en la Sentencia SU-025/98. (Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero; 26 de mayo de 1998). La cual desarrolla otro elemento definitorio del estado de cosas inconstitucional.

15 Con respecto a la aplicación de efectos intercommunis es recomendable examinar los considerandos de la Corte Constitucional. Sentencia T – A 207/10. (Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva; 30 de junio de 2010).

**ESQUEMA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA:**

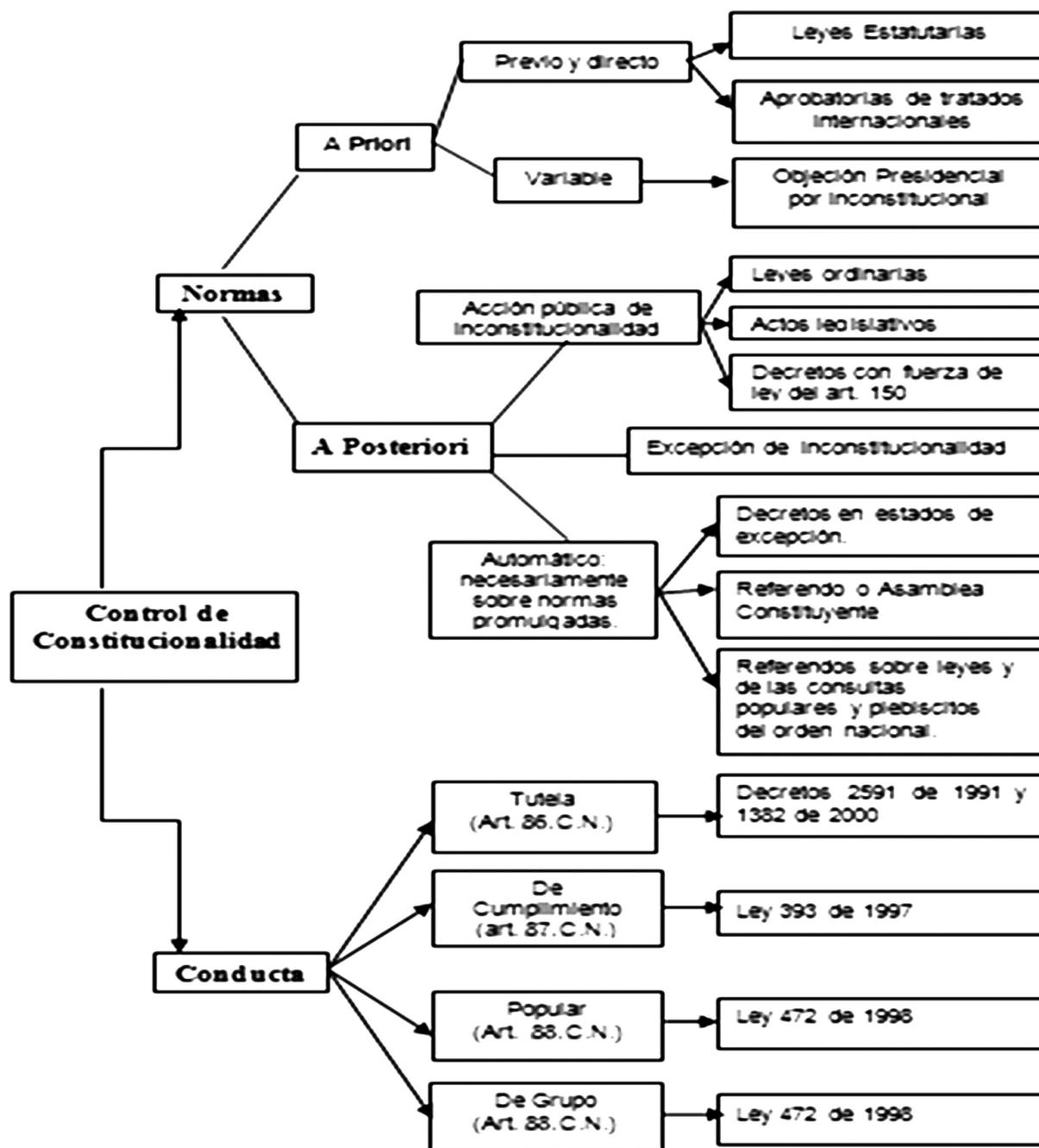


Gráfico 1. Tomado de (HIGUERA JIMÉNEZ; 2011-1)<sup>15</sup>

*15 Relectura Estructural del Bloque de Constitucionalidad en Colombia: elementos críticos para la aplicación del Control de Constitucionalidad (HIGUERA JIMÉNEZ, 2011)*

## **5. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.**

En esta parte del trabajo presentaremos los distintos desarrollos jurisprudenciales, de los cuales ha gozado, el derecho a la libertad en Colombia a partir del “escenario constitucional” (LÓPEZ MEDINA, 2006) de la objeción de conciencia, el cual hace parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

El contado escenario constitucional ha sido desarrollado a partir de distintas aristas, tales como lo son el servicio militar, en materia de salud, en asuntos laborales, con respecto a la toma de juramento y en el desarrollo de actividades académicas, a continuación se realizará una breve reseña de la objeción de conciencia como escenario constitucional derivado del libre desarrollo de la personalidad, el cual es una manifestación del derecho a la libertad que tienen los jóvenes para escoger sus opciones de cara a la institución castrense: **Objeción de conciencia en el servicio militar obligatorio.**

El más amplio desarrollo con respecto a la objeción de conciencia ha sido proporcionado bajo el desarrollo de “la libertad de los jóvenes para optar de cara a la institución castrense” (LÓPEZ MEDINA, 2006) esta es una problemática importante debido a que por mucho tiempo los motivos expuestos por los objetores de conciencia con base en argumentos de orden moral y/o religioso no sirvió como presupuesto para eximir a dichos sujetos al momento de prestar el servicio militar obligatorio. Es por esta razón que el trato de la objeción dentro del derecho a la libertad ha sido tratado como un escenario constitucional,

debido a que el grado de protección de este derecho en una primera etapa no existía, ya que la posibilidad de exonerarse para prestar el servicio militar con base al argumento de que este llegare a afectar algunas de las convicciones más íntimas de la persona, no era considerado un argumento válido.

En su momento la Corte Constitucional estableció dos tesis argumentativas, en la primera se establecía el hecho de que la prestación del servicio militar obedece al cumplimiento de intereses colectivos, el cual debe prevalecer sobre cualquier interés de orden individual.

Por otro lado la segunda tesis argumentativa, la cual surge al intentar aplicar elementos de derecho constitucional comparado según los cuales se permite la posibilidad de objetar la prestación del servicio militar, esto con base a la existencia de cláusulas explícitas dentro de la constitución que así lo permitan; la problemática con esta tesis gira con respecto al libre desarrollo de la personalidad debido a que si bien es cierto es una cláusula por medio de la cual se debe respetar la libertad de opciones del individuo a su vez su naturaleza abstracta y el contenido abierto de la disposición Constitucional.

Por lo tanto, en un primer momento se puede considerar que ésta no es una cláusula explícita, perspectiva según la cual sería inaplicable la segunda tesis argumentativa, sin embargo, si nos detenemos a pensar en la finalidad del texto constitucional como un texto programático y prospectivo que asegure la materialización de los derechos fundamentales, desde esa perspectiva el libre desarrollo de la personalidad se

convierte en una cláusula explícita con múltiples escenarios de aplicación, siendo uno de dichos escenarios la libertad de opciones de los jóvenes de cara a la institución castrense.

La comentada posición fue reiterada por la sentencia C - 728 de 2009 donde en primera medida se plantea la existencia de un reconocimiento a nivel Constitucional del derecho fundamental a la objeción de conciencia, mientras a su vez se habla del deber Constitucional con respecto a la prestación del servicio militar obligatorio. Sin embargo es interesante el hecho de que la Corporación entra a pronunciarse en la medida que si bien es cierto no existe la figura de la objeción en el rango constitucional, y mucho menos a nivel normativo en decir en el marco de libre configuración legislativa como mecanismo por medio del cual una persona pueda excusarse al momento de la prestación del servicio militar obligatorio. Esto no es un indicador según el cual que no deba protegerse el derecho a la objeción de conciencia, dicho deber Constitucional por el contrario lo que demuestra, es la existencia de una omisión legislativa (APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL CRITERIO DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS, 2011) por parte del congreso.

## 6. CONCLUSIONES

El derecho a la libertad tal como se ha comprendido en Colombia, tiene su génesis en el derecho constitucional alemán, a partir de la constitución de Weimar del año 1918, dicha construcción encuentra su asidero con base al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad

La cláusula general de libertad expuesta en la constitución de Bonn no puede ser comprendida como cláusula análoga con respecto a las cláusulas de tipo especial consagradas en la ley fundamental de Bonn, por lo tanto se entiende que hay dos tipos de garantías a la libertad la primera de orden general y unas secundarias de orden especial, dichas garantías se entienden como iguales debido a que ninguna ocupa un lugar inferior con respecto de la otra.

**En el Caso de Wilhelm Elfes y su Libertad para Viajar** se *“solicitó la renovación de su pasaporte ante las autoridades respectivas en Mönchengladbach, al ser estimado el recurso de amparo se dijo que el derecho fundamental a la libertad el cual es la materialización del libre desarrollo de la personalidad, solo es posible si existe un respeto a la esfera de libertad interna y para que esto sea posible se debe permitir la exteriorización de dicha voluntad, por lo tanto no es posible manifestar que existe respeto por la esfera interna de la libertad personal, si no se permiten las manifestaciones de libertad en la esfera externa.*

En el fallo con respecto a la reproducción de una grabación secreta se presentan otros elementos del derecho a la libertad tal y como lo son el derecho a la propia imagen y el derecho a expresarse

Cuando hablamos de situación jurídica nos referimos a los eventos en los cuales una persona desarrolla su derecho fundamental a la libertad; mientras que posición jurídica es la calidad jurídica abstracta y estática que un sujeto ocupa en el ordenamiento

jurídico general o en ordenamientos jurídicos particulares.

La jurisdicción Constitucional Colombiana tiene un ejercicio concentrado y abstracto cuando de control normativo se trata; mientras por otro el control se realiza con respecto a conductas, lo cual lo, convierte en un control difuso por medio de acción de tutela.

la naturaleza del Decisum en fallos en los cuales se hace control normativo tendrán efectos generales (Erga Omnes) de obligatorio cumplimiento en cuanto y su parte resolutive impidiendo que cualquier operador jurídico reproduzca el contenido de las normas declaradas inconstitucionales, mientras a su vez la parte motiva servirá como criterio de interpretación o mero Dictum. La Corte Constitucional no solo genera providencias judiciales con efectos ex nunc o efectos hacia el futuro sino a su vez genera sentencias ex tunc con efectos hacia el pasado para los eventos de control normativo y control de conductas el operador de la jurisdicción constitucional usa principios de interpretación como el principio Pro Hominem y el principio Iura Novit Curia los cuales convierten la acción de tutela en un mecanismo con naturaleza inquisitiva pese a que su accionar sea eminentemente dispositivo.

## 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- **ALCÁCER, Rafael. 2004.** *Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la Filosofía Política.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- **ALCÁCER, Rafael. 2004.** *Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la Filosofía Política.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- **ALEXI, Robert. 2003.** *Tres Escritos sobre Derechos Fundamentales.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- **ALEXI, Robert. 1993.** *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- **2011.** *Ámbito Jurídico.* [En línea] 14 de Junio de 2011. [Citado el: 15 de Octubre de 2012.] [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-110725-02\\_\(responsabilidad\\_estatal\\_por\\_danos\\_a\\_reclusos\\_tambien\\_puede\\_darse\\_a\\_titulo\\_de\\_falla\\_\)/noti-110725-02\\_\(responsabilidad\\_estatal\\_por\\_danos\\_a\\_reclusos\\_tambien\\_puede\\_darse\\_a\\_titulo\\_de\\_falla\\_\).asp](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-110725-02_(responsabilidad_estatal_por_danos_a_reclusos_tambien_puede_darse_a_titulo_de_falla_)/noti-110725-02_(responsabilidad_estatal_por_danos_a_reclusos_tambien_puede_darse_a_titulo_de_falla_).asp).
- **2012.** *Ámbito Jurídico.* [En línea] 30 de Octubre de 2012. [Citado el: 2 de Enero de 2013.] [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-121030-01%28populismo\\_punitivo%29/noti-121030-01%28populismo\\_punitivo%29.asp](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-121030-01%28populismo_punitivo%29/noti-121030-01%28populismo_punitivo%29.asp).
- **APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL CRITERIO DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS. TORRES CARDOZO, Andrés Felipe. 2011.** 2011, ITER AD VERITATEM 9.
- **ARANGO Rivadeneira, Rodolfo. 2012 Segunda Edición.** *El Concepto de Derechos Fundamentales.* Bogotá: Legis, 2012 Segunda Edición.
- **ARBELAES, Martín Uribe. 2005.** *La transformación de la propiedad intelectual.* Bogotá: Ediciones de Doctrina y Ley LTDA., 2005.
- **ARBOLEDA Vallejo, Mario. 2006.** *Derecho Penal General.* Bogotá: Leyer, 2006.
- **Arboleda Vallejo, Mario y Ruiz Salazar, José Armando. 2006.** *Manual de Derecho Penal.* Bogotá: Leyer, 2006.

- **Arias, García Fernando. En prensa.** *Estudios de propiedad intelectual.* Bogotá: En prensa.
- *Aspectos formales del derecho a la libertad: un estudio comparado Alemania - Colombia .* **ALFONSO VARGAS, Luis Antonio. 2008.** 2008, Principia Iuris 10, pág. 129.
- **BUSTAMANTE Alsina, Jorge. 1996.** *Responsabilidad del Estado por error judicial.* Buenos Aires: La Ley, 1996.
- **CÁRDENAS Pérez, Pablo Emilio. 2003.** *Comentarios a la propiedad intelectual.* Bogotá: Editorial Cosmos J.P.A., 2003.
- **CARNELUTTI, Francescoi citado por Baylos Corraza Ermenegildo. 2003.** *Comentarios a la propiedad intelectual.* Bogotá: Editorial Cosmos J.P.A., 2003.
- **CASSAGNE, Juan Carlos. 2010.** "Responsabilidad del estado por error judicial". Bogotá: El Derecho, 2010.
- **1992.** *Corte Constitucional.* t- 570 M.P JAIME SANÍN GREIFFENSTEIN, s.l.: Corte Constitucional , 09 de Abril de 1992.
- **1993.** *Corte Constitucional.* c- 334 M.P. Alejandro Martínez Caballero, s.l.: Corte Constitucional, 12 de Agosto de 1993.
- **1992.** *Corte Constitucional.* t-551 M.P José Gregorio Hernández Galindo, s.l.: Corte Constitucional, 07 de Octubre de 1992.
- **2011.** *Corte Constitucional.* C-186/2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, s.l. : Corte Constitucional, 16 de Marzo de 2011.
- **1999.** *Corte Constitucional .* SU-157 M.P. Alejandro Martínez Caballero, s.l.: Corte Constitucional, 10 de Marzo de 1999.
- **CREUS, Carlos. 1993.** *Derecho Penal General.* Buenos Aires: s.n., 1993.
- *El Estado de Cosas Inconstitucional.* **ALZATE RÍOS, Carlos Alberto. 2004.** N°13, 2004, Revista Internauta de la práctica jurídica. ISSN 1139 - 5885.
- *El estado de cosas inconstitucional en el desplazamiento forzado y su incidencia en el Derecho fundamental de la infancia y la adolescencia a tener una familia en Colombia.* **ALARCÓN Y HOYOS, ALARCÓN Palacio Yadira y HOYOS Rojas Luis Miguel. 2012.** 7, Enero de 2012, Vlex international, pág. 4. También se puede ver en: <http://international.vlex.com/vid/inconstitucional-desplazamiento-forzado-infancia-359978205>.
- **ESCOBAR FORNOS, Iván. 1997.** *DERECHO DE OBLIGACIONES.* Colombia: Hispamer, 1997.
- **Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". 2010.** *Justicia Restaurativa en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes.* Bogotá: s.n., 2010.
- **FOUCAULT, Michel. 1983.** *Vigilar y Castigar.* Bogotá: Siglo XXI Editores, 1983.
- **GIL BOTERO, Enrique. 2011.** *Responsabilidad Extracontractual del Estado.* Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011.
- *JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe.* **SCHWABE, Jürgen. 2009.** 2009, JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN, pág. 56.
- **KAUFMANN, H. 1975.** *Ejecución penal y terapia social.* Buenos Aires: Libre, 1975.
- *La racionalidad como exigencia hermenéutica en la actividad del juez constitucional.* **ROBAYO GIL, Ángela Marcela. 2010.** 2010, Iter ad Veritatem 8, pág. 213.
- *LAS FIGURAS JURÍDICAS SUBJETIVAS EN EL DERECHO URUGUAYO.* **BIASCO MARINO, Emilio. 1990.** 1990, Apuntes del Curso de Derecho Público III.

- *Leyes antipiratería: de espaldas a los usuarios*. **Duarte, Erica. 2012.** 2012, Enter.co, págs. 64-66.
- **LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. 2006.** *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Legis, 2006. pág. 154.
- **LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. 2009,** **quinta reimpresión.** *Teoría impura del derecho, la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2009, quinta reimpresión.
- *Los secretos empresariales y su "relación jurídica" en el régimen andino de propiedad industrial*. **Arias García, Fernando. 2006.** 2006, Principia Iuris, págs. 03-14.
- **MAYA DÍAZ, Natalia. 2000.** Javeriana. [En línea] 5 de Junio de 2000. [Citado el: 7 de Enero de 2013.] <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis01.pdf>.
- **OPPENHEIMER, Andrés. 2010.** *No más historias*. Bogotá: s.n., 2010.
- **PABÓN Parra, Pedro Alfonso. 2005.** *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda., 2005.
- **PABÓN Parra, Pedro Alfonso. 2005.** *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda., 2005.
- **PABÓN Parra, Pedro Alfonso. 2005.** *Manual del Derecho Penal*. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda., 2005.
- **PAILLET, Michel. 2008.** *La Responsabilidad Administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- **País, el. 2012.** [www.elpais.com](http://www.elpais.com). *www.elpais.com*. [En línea] 12 de enero de 2012. [Citado el: 15 de febrero de 2012.] • <http://www.elpais.com.co/elpais/internacional/noticias/como-afectaria-usted-polemica-ley-antipirateria-ley-sopa>.
- **2011.** Pateandopiedras. *Pateandopiedras*. [En línea] 16 de 08 de 2011. [Citado el: 21 de febrero de 2012.] <http://www.pateandopiedras.net/2011/04/texto-completo-de-la-llamada-ley-lleras..>
- **2012.** Pateandopiedras. *Pateandopiedras*. [En línea] 16 de 08 de 2012. [Citado el: 21 de febrero de 2012.] <http://pateandopiedras.net/2011/04/texto-completo-de-la-llamada-ley-lleras-sobre-derechos-de-autor-en-colombia/>.
- **PERDOMO Torres, Jorge Fernando. 2005.** *Los Principios de Legalidad y Oportunidad*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- **RAMÍREZ QUINCHE, Manuel Fernando. 2008.** *Derecho Constitucional Colombiano, De la carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Ibáñez, 2008. págs. 68 -69.
- *Relectura Estructural al bloque de Constitucionalidad en Colombia: Elementos críticos para el control de Constitucionalidad*. **HIGUERA JÍMENEZ, Diego Mauricio. 2011.** 2011, Principia Iuris 15, pág. 96.
- **Rengifo, García Ernesto. 2003.** *La Propiedad Intelectual, El Moderno Derecho de Autor*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- **REY, Vega Carlos. 2005.** *La propiedad intelectual como bien inmaterial*. Bogotá: Editorial Leyer, 2005.
- **Rodríguez Garavito & Rodríguez Franco, César Diana. 2010.** *Cortes y cambio social*. Bogotá: Dejusticia, 2010.
- **ROXIN Claus, ARZT Gunther, TIEDEMANN Klaus. 1989.** *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. España: Ariel Derecho, 1989.
- **Ruiz Orejuela, Wilson. 2010.** *Responsabilidad del Estado y sus Regímenes*. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2010.
- **RUIZ, Wilson Rafael Ríos. 2011.** *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías*. Bogotá: Temis S.A., 2011.
- **SAAVEDRA Becerra, Ramiro. 2005.** *La Responsabilidad Extracontractual de la*

*Administración Pública*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

- **SALAZAR Marín, Mario. 2007.** *La Determinación Judicial de la Pena*. Bogotá: Ecoe, 2007.
- **SALAZAR Marín, Mario. 1989.** *La Determinación Judicial de la Pena*. 1989.
- **VELÁZQUEZ, Fernando. 2008.** *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Temis S.A, 2008.
- **VELÁZQUEZ, Fernando. 2006.** *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Temis S.A, 2006.
- **ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. 2000.** *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2000.

#### **LEYES**

- Constitución Política de Colombia 1991 Art 16. Julio 20 de 1991.

- Constitución Alemana de 1918. Constitución de Bonn.

- Ley 270 de 1996. Por medio de la cual se crea la ley estatutaria de administración de justicia. 07 de marzo de 1996. Diario Oficial 42745 de Marzo 15 de 1996.

#### **JURISPRUDENCIA**

- Alemania, Tribunal Federal Alemán (16 de enero de 1957) sentencia –1 BvR 253/56– punto resolutivo A.
- Alemania, Tribunal Federal Alemán (16 de enero de 1957) sentencia –1 BvR 253/56– punto resolutivo B.
- Alemania, Tribunal Federal Alemán (16 de enero de 1957) sentencia –1 BvR 253/56– punto resolutivo C.
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-728/09 (Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 14 de octubre de 2009).