

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS**  
**FACULTAD DE DERECHO**

**REVISTA DE DERECHO**  
**PRINCIPIA IURIS**  
**N° 10**

**Tunja, 2008-2**

**Entidad Editora**

Universidad Santo Tomás, seccional  
Tunja

**Director**

Ph.D. Ciro Nolberto Güechá Medina

**Editor**

MG. Diego Mauricio Higuera  
Jiménez

**Número de la revista**

DIEZ (10)  
SEGUNDO SEMESTRE DE 2008

**Periodicidad**

SEMESTRAL

**ISSN**

0124-2067

**Dirección postal**

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.  
Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.  
Calle 19 # 11-64. Tunja, Boyacá, Colombia.

**Teléfono**

(8) 7440404 Ext. 1024

**Correo electrónico**

revistaderecho@ustatunja.edu.co  
dhiguera@ustatunja.edu.co

**Diseñador Portada:** Santiago Suárez

**Corrección de Estilo:** César A. López Vega  
clopezv@ustatunja.edu.co

**Revisión inglés:** Carlos Manuel Araque López

**Anotación:** El contenido de los Artículos es  
responsabilidad exclusiva de sus autores.

## **DIRECTIVAS INSTITUCIÓN**

**Fray Carlos Mario Alzate Montes, O.P.**  
Rector Seccional

**Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P.**  
Vicerrector Académico

**Fray Érico Juárez Macchi Céspedes, O.P.**  
Vicerrector Administrativo y Financiero

**Fray Luis Antonio Vargas Alfonso, O.P.**  
Decano de División

**Ph.D.. Ciro Nolberto Güechá Medina**  
Decano de Facultad

**Mg. Galo Christian Numpaque Acosta**  
Director Centro de Investigaciones

**Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez**  
Director Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

**Esp. Yenny Carolina Ochoa Suárez**  
Secretaria de División

## **COMITÉ CIENTÍFICO**

**Ph.D. Pierre Subra de Bieusses**  
Universidad Paris X, Francia

**Mg. Galo Christian Numpaque Acosta**  
Director Centro de Investigaciones

**Ph.D. Pablo Guadarrama**  
Universidad Central de las Villas, Cuba

**Ph.D. Carlos Mario Molina Betancur**  
Universidad Santo Tomás, Colombia

**Ph.D. Ricardo Rivero**  
Universidad de Salamanca, España

## **COMITÉ EDITORIAL FACULTAD**

**Ph.D. Nidia Catherine González**  
Universidad Johannes Gutenberg, Alemania.

**Ph.D. Ana Yazmín Torres Torres**  
Universidad Carlos III, España.

**C. Ph.D. Gloria Yaneth Vélez Pérez**  
Universidad de Antioquia, Colombia

**C. Ph.D. Juan Ángel Serrano Escalera**  
Universidad Carlos III, España.

### **COMITÉ EDITORIAL SECCIONAL**

**Fray Tiberio Polanía Ramírez, O.P**  
Vicerrector Académico.

**Mg. Galo Christian Numpaque Acosta**  
Director Centro de Investigaciones.

**Mg. Andrea Sotelo Carreño**  
Directora Departamento de Comunicaciones y Mercadeo.

### **PARES ACADÉMICOS INTERNOS:**

**Ph.D. Ana Yazmín Torres Torres**  
Docente Investigadora Facultad de Derecho

**Mg. Diego Mauricio Higuera Jiménez**  
Director Investigaciones Socio-Jurídicas

**Mg. Hugo Fernando Guerrero Sierra**  
Docente investigador Facultad de Derecho

**Mg.(e) Edna Constanza Lizarazo Chaves**  
Docente Facultad de Derecho

**Esp. Claudia Marcela Bolívar López**  
Docente Facultad de Derecho

### **PARES ACADÉMICOS EXTERNOS:**

**Esp. Laura Johana Cabarcas Castillo**  
Tribunal Superior Administrativo de Boyacá

**Mg. María Teresa Pinto**  
IEPRI, Universidad Nacional

**C. Ph.D. Gloria Yaneth Vélez Pérez**  
Facultad de Derecho, Universidad de Antioquia

## CONTENIDO

Editorial.....#  
Diego Mauricio Higuera Jiménez

Presentación. El interés en abordar el derecho público contemporáneo.....#  
Fernando Arias García

### **Sección I. Artículos de producción institucional**

Los Movimientos Sociales, actores contemporáneos del cambio político..... #  
Nidia Catherine González Piñeros

El concepto de “empresa racional” como modelo de desarrollo científico, en Stephen Toulmin..... #  
Carlos Alberto Pérez Gil

Debate sobre la responsabilidad jurídica en la filiación sin consentimiento.....#  
Álvaro Bertel Oviedo

### **Sección II. Tema Central - La actualidad del Derecho público en Colombia.**

La consideración de los servicios públicos domiciliarios como actividad económica bajo el clausulado del Estado Social de Derecho.....#  
Fernando Arias García

Nuevo Régimen Disciplinario de los Abogados: Un desarrollo pedagógico .....#  
Martín Hernández Sánchez

La acción contractual: un mecanismo inadecuado para el control de legalidad de los actos contractuales.....#  
Ciro Nolberto Güechá Medina

### **Sección III. Colaboradores Extranjeros**

Tendencias actuales en el derecho del trabajo. Relación de dependencia, descentralización productiva y nuevas formas de contratación.....#  
Gloria Pasten de Ishihara

## CONTENTS

Editorial.....  
Diego Mauricio Higuera Jiménez

Presentation. The interest to approach the contemporary public law.....  
Fernando Arias García

**Part I. Articles of institutional production**

The social movements, contemporary actors of political change.....  
Nidia Catherine González Piñeros

The concept of "rational company" as a model of scientific development in  
Stephen Toulmin.....  
Carlos Alberto Pérez Gil

legal responsibility in the parentage without consent  
.....  
Álvaro Bertel Oviedo

**Sección II. Central topic – The current importance of the Public law in  
Colombia**

The consideration of the public domiciliary services like economic activity under the  
clausulado of the welfare State.....  
Fernando Arias García

The disciplinary regime of lawyers.....  
Martín Hernández Sánchez

The contractual action: an inadequate mechanism for the control of legality of  
contractual acts.....  
Ciro Norberto Güechá Medina

**Sección III. *International guest articles***

Current trends of labour law. Relation of dependence, productive decentralization  
and new forms of contracting.....  
Gloria Pasten de Ishihara

**PRESENTACIÓN**

## EL INTERÉS DE ABORDAR EL DERECHO PÚBLICO CONTEMPORÁNEO

La panorámica investigativa del Derecho Público parecerá siempre inacabada, así los estudios especializados de las últimas décadas muestran una permanente vitalización de retos frente a la construcción de un renovado sistema de Derecho administrativo y la formulación de los principios propios de una teoría constitucional que desborde el ámbito de los Estados nacionales

La propensión actual muestra como el Derecho en general y cada una de sus vertientes en particular tienden a “publicarse”: El influjo de las nuevas tecnologías en las actividades de Gobierno (**e-government**); la contratación estatal donde se recurre, fuera de la visión administrativista, al Derecho Civil y Mercantil; la “constitucionalización” de casi todas las ramas del Derecho; la teorización penal de la contratación estatal; la conceptualización de la función pública en clara evidencia a una configuración normativa laboral-administrativa; la delimitación societaria de las Empresas de Servicios Públicos; el Derecho Urbanístico, cuyo origen se advierte claramente en los límites del Derecho Público frente a los atributos de la propiedad privada, son algunos ejemplos de dicha tendencia.

La participación estatal en actividades que le generaran lucro no entrañaba trascendencia para la doctrina intervencionista con la que creció el Estado moderno. No obstante la permanente evolución de las doctrinas *iuspublicistas* empezaron a considerar como benéfica la participación del Estado en sectores económicos antes vedados. De repente se pasa de percibir al Estado como un mal gestor, a valorarlo como un competidor más (Garrido Falla, 1991). Por ello en modo alguno puede entenderse lo que algún sector doctrinal ha denominado la existencia de la “*huida del Derecho administrativo*” (Ariño Ortiz, 2003).

No creemos que bajo la instrumentalización de mecanismos jurídicos propios de los particulares determine en forma alguna la posibilidad de un proceso de fuga de toda ordenación de carácter general del Derecho Administrativo (menos aún del Derecho Público), en atención a que el interés público no se devela en forma tradicional, ello es mediante la prestación de un servicio para la satisfacción de necesidades de la población, sino mediante el aumento de bienes económicos que en últimas redundara en provecho de todos.

Nada más lógico que una actividad de interés público sea regulada mediante normas de Derecho Administrativo y nada más natural que el refortalecimiento de este subsegmento normativo mediante la instrumentalización de formas no habituales que insistan en esta rama del derecho como una forma de garantía y control frente a los factibles abusos del ejercicio del poder (García de Enterría, 1983).

**ASPECTOS FORMALES DEL DERECHO A LA LIBERTAD: UN ESTUDIO  
COMPARADO ALEMANIA-COLOMBIA**

**FORMAL ASPECTS OF THE RIGHT TO THE FREEDOM: A COMPARED STUDY  
ALEMANIA-COLOMBIA**

**Luis Antonio Alfonso Vargas O.P.\*\***

Fecha de recepción: 15 -07- 2009 Fecha de  
aprobación: 15 -08-2009

**RESUMEN\***

**PALABRAS CLAVES**

**ABSTRACTS**

**KEY WORDS**

**1. INTRODUCCIÓN**

**a).** La libertad es quizá el deseo más profundo en el ser humano. Ante la menor expresión de sometimiento, en su propia persona, en su pensamiento, o en su obrar, un individuo o un pueblo buscan inmediatamente la libertad. Y de hecho el mayor bien que prometen los credos religiosos, los partidos políticos, la organización de los Estados es la libertad.

En el siglo XVIII, Kant comparó la historia humana antes de él como una “minoría de edad” en la que el hombre

---

\*\* C. Ph D. en Derecho Público. Directivo Investigador miembro del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, seccional Tunja, Colombia. E-mail: luisantonioalfonso424@hotmail.com

---

\*Artículo de investigación científica, producto del proyecto “Control de Constitucionalidad Comparado”, vinculado a la línea de investigación en derecho constitucional y construcción democrático.



había estado sometido la tutela de un pastor, de un líder religioso, o de un político. Llegaba la hora en que el hombre debía ser “mayor de edad”, dueño de sí mismo; por medio de la razón encontraría las leyes que lo gobernasen. No debía ya ser un referente externo, una ley heterónoma, sino la propia razón humana la creadora de este nuevo “cosmos”.

Las revoluciones en Europa y en América del mismo siglo XVIII se justificaron en la búsqueda de la libertad: liberarse del monarca, de la Iglesia, de la tradición, y crear un nuevo concepto de organización política, inspirada ahora en la idea de libertad, de igualdad, de fraternidad y de propiedad privada.

El Estado moderno pasando por sus diversas etapas ha conservado la idea de libertad como uno de sus principales fundamentos. El Estado constitucional la ha consagrado como uno de sus derechos, de tal forma que es uno de los faros que ilumina la interpretación del conjunto de los derechos fundamentales.

**b).** En la participación de los seminarios con los profesores alemanes y colombianos me llamó la atención la existencia de elementos de convergencia y de divergencia en la conformación e interpretación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que fui tomando apuntes, buscando literatura, leyendo jurisprudencia, comparando las mismas constituciones, hasta que tomé el “atrevimiento” de buscar construir un panorama de derecho comparado sobre el derecho en mención.

**c).** En el escrito aparecen dos términos que utilizo como sinónimos: “derecho general de libertad” y “cláusula general de libertad”, que siguiendo a Kant y a Alexy son de orden formal, y el término “libre desarrollo de la personalidad” que es utilizado en su sentido material.

**d).** El trabajo consta de dos partes, cada una, a su vez, con dos capítulos. En la primera parte se dedica al estudio formal del derecho de libertad. En el primer capítulo se hace un breve estudio de los orígenes de las libertades en Alemania hasta llegar a su formulación como derecho

constitucional en la Ley Fundamental de 1948 y en la Constitución Política de Colombia de 1991, bajo la denominación “derecho al libre desarrollo de la personalidad” Luego, a la luz de la jurisprudencia y la doctrina, analizo las características del derecho general de libertad en ambos sistemas jurídico-constitucionales. Este estudio histórico-constitucional proporciona los elementos suficientes para la formulación de principios básicos sobre el derecho de libertad, que constituyen el segundo capítulo de la primera parte.

La segunda parte es dedicada al estudio material del derecho de libertad. Se parte en el primer capítulo de un breve estudio histórico del derecho entendido como restringible, como no absoluto que termina con la formulación del derecho de libertad como principio no absoluto. El segundo capítulo es dedicado al estudio del principio de proporcionalidad utilizando varias sentencias en el que se compara la argumentación del Tribunal Federal y de la Corte Constitucional respecto al derecho al libre desarrollo de la personalidad; este capítulo concluye

con una aplicación a la libertad de la teoría de Alexy acerca de los derechos como mandatos de optimización.

**e).** La influencia del derecho alemán en Colombia, a través de España o directamente, se corrobora al leer las Constituciones, la Jurisprudencia y la doctrina de uno y otro sistema jurídico. El derecho colombiano, desde 1991 se integra en el movimiento constitucional moderno, lo que hace necesario el estudio de las fuentes del mismo. Alemania nos lleva casi medio siglo de experiencia en el desarrollo del derecho constitucional que sumado, a ser uno de los principales forjadores de la filosofía del derecho contemporáneo, son referente de estudio obligado; es en mi criterio el país que más acerca el Derecho a que adquiriera el estatus de científico por el desarrollo formal y material que ha logrado.

**f).** En el estudio de fuentes encontré que la mayoría de estudios de derecho comparado son sobre la Corte Constitucional y sobre la tutela; pero hay pocos estudios de derecho comparado, o al menos no publicados, que analicen derechos fundamentales específicos en Alemania y Colombia. Por lo anterior considero que un

estudio como éste si bien no contiene la profundidad que se debiera, si es por lo menos un acercamiento a la mejor comprensión de nuestro derecho al compararlo, sobre todo en la forma de argumentación, con otros derechos.

**g).** En el trabajo se hacen comparaciones de elementos históricos, constitucionales, jurisprudenciales. Cada uno ameritaría un estudio en particular; sin embargo, el interés es ofrecer un “panorama” que pueda, siendo quizá pretencioso, ser guía para futuros estudios sobre el mismo tema, o sobre estudios de otros derechos al acoger su formalidad.

## **2. ELEMENTOS FORMALES DEL DERECHO GENERAL DE LIBERTAD**

### **2. 1. Conformación Histórica Del Derecho General de Libertad en Alemania Y Su Constitucionalización en Colombia**

El derecho general de libertad sólo aparece con rango constitucional en Alemania, con de la Ley Fundamental de Bonn del año de 1948, y en Colombia, con la Constitución Política de 1991. En ambos sistemas se ha

positivizado bajo el nombre de “libre desarrollo de la personalidad”.

A continuación nos ocuparemos de sintetizar algunos elementos de la historia del derecho alemán (Ibler, 2004. Pág. 16-25) para comprender el origen del derecho general de libertad, teniendo en cuenta varios criterios:

**a).** En la historia de Alemania se da un paso de la formulación de libertades concretas a la consagración constitucional de un derecho general de libertad en la Ley Fundamental.

**b).** Esta formulación del derecho alemán ha sido paradigma para el derecho colombiano a partir de la Constitución de 1991.

**c).** En ambos sistemas, sin embargo, el derecho de libertad general se ha desarrollado con unas características propias de cada ordenamiento jurídico.

### **Surgimiento de libertades legales en Alemania.**

Un antecedente remoto del derecho general de libertad se dio en la mitad del siglo XVI, año 1555, en la paz

confesional de Augsburgo, en la que se dio la primera formulación sobre la “libertad de creencia” unida a un “derecho a disponer de los propios bienes”. Antes de esa fecha todo súbdito debía profesar la misma fe de su señor, y en caso de emigrar sus propiedades pasaban a manos de su señor. Con la “paz de Augsburgo” se concedió el derecho de que si una persona decidía profesar una confesión distinta a la de su señor podía emigrar y disponer de sus propiedades.

Hasta mediados del siglo XIX, Alemania no tenía una real unidad ni política ni jurídica, sino que era un conjunto de principados. En el año de 1848 en la Iglesia de San Pablo, en la ciudad de Francfort, se elaboró la primera Constitución que buscaba darle unidad jurídica a dichos principados. Esta Constitución contenía por vez primera en Alemania un conjunto de derechos fundamentales, y dentro de ellos derechos a libertades. Sin embargo, esta Constitución no entró en vigencia<sup>1</sup>. Prusia no aceptó la corona de manos de los constituyentes.

---

<sup>1</sup> Como dato histórico curioso, la causa de la no entrada en vigencia de la mencionada constitución parece ser la negativa del Rey de aceptar la Corona de manos de los constituyentes.

En el año 1871 fructificó el esfuerzo de crear una Constitución común; esta dio inicio jurídico al primer *Reich* alemán. Dicha Constitución, sin embargo, carecía de una carta de derechos fundamentales. No obstante, y debido al desarrollo doctrinal, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, comenzaron a consagrarse libertades por medio de leyes parlamentarias, por ejemplo, “la libertad de industria” del año 1867 (Ibler, 2004)<sup>2</sup>.

En el año de 1918, al término de la Primera Guerra Mundial, desaparece la monarquía en Alemania dando paso al nacimiento de la República Federal de Alemania, con la Constitución de Weimar. Esta Constitución tenía dos grandes partes: la primera contenía la estructura y funcionamiento del gobierno del *Reich* alemán; la segunda parte se tituló “derechos y deberes fundamentales de los alemanes”. Así, por vez primera en Alemania una Constitución contenía un apartado referido en concreto a los derechos

---

<sup>2</sup> Manifiesta el Dr. IBLER que “el problema de este proceder era la facilidad de modificación de estas leyes (Ibler, 2004. Pág. 18).”

fundamentales<sup>3</sup>. En cuanto al derecho de libertad se encontraban derechos como los siguientes:

- Art. 114. La libertad de la persona es inviolable...existe la posibilidad jurídica de hacer todo lo que la ley no prohíbe.
- Art. 118. Cada ciudadano alemán tiene derecho de expresar libremente su opinión mediante la palabra, el escrito, el grabado, la imagen o cualquier otra manera.
- Art. 123. Todos los ciudadanos alemanes tienen el derecho de reunión pacífica y sin armas, sin aviso previo o permiso personal.
- Art. 135. Todos los habitantes del *Reich* gozan de plena libertad religiosa. La práctica de religión ininterrumpida está garantizada por la Constitución y se halla bajo la protección estatal.

Como se observa en los artículos citados, la Constitución de Weimar ya contenía un derecho general de

---

<sup>3</sup> Obsérvese, sin embargo, que estos derechos están ubicados en la segunda parte de la Constitución. Esto cambiará en las constituciones modernas, que contienen la carta de derechos al comienzo de las mismas.

libertad (Art. 114) en el que manifestaba que “*la libertad de la persona es inviolable...existe la posibilidad jurídica de hacer todo lo que la ley no prohíbe*”. Junto a esta libertad general, Weimar consagró constitucionalmente libertades particulares tales como la libertad de opinión (Art. 114), libertad de reunión (Art. 118), libertad religiosa (Art. 135).

Inscrita en el marco en de la tradición liberal, consagró además, el derecho de igualdad y el de propiedad (Arts. 109 y 153).<sup>4</sup>

Sin embargo, pese a su formulación constitucional, ni el derecho general de libertad ni los derechos a libertades particulares de la Constitución de Weimar pueden ser considerados como derechos fundamentales <sup>5</sup> por razones formales y materiales.

En cuanto a la formalidad, estos derechos aparecen en la segunda parte de la Constitución, precedidos de un

---

<sup>4</sup> Constitución de Weimar, Art. 109: “Todos los alemanes son iguales ante la Ley” y, Art. 153: “La propiedad privada está garantizada por la Constitución.”

<sup>5</sup> Este análisis lo podemos hacer hoy porque se tiene un concepto más profundo de lo que conlleva que un derecho sea considerado como fundamental.

título que decía “*derechos y deberes fundamentales de los alemanes*”. En la forma de las constituciones actuales, los derechos fundamentales aparecen en la primera parte, enviando con esto un mensaje de su importancia, desde su misma formalidad.

En cuanto a su materialidad, las constituciones modernas enfatizan en la obligatoriedad de que el Estado respete los derechos de los ciudadanos, y no tanto en que haga exigibles sus deberes, para evitar que el Estado valiéndose de la obligatoriedad de los deberes del ciudadano termine por anular sus derechos<sup>6</sup>.

En cuanto a la eficacia, los derechos de la Constitución de Weimar no tenían fuerza obligatoria sino que requerían de una ley del Parlamento para hacerlos efectivos. Esto implicaba, visto desde hoy, que más que derechos, eran principios políticos o declaraciones programáticas.

En la década de los 30 existía en Alemania una fuerte corriente de

doctrinantes que propendía por hacer exigibles estos derechos de manera directa por la persona para protegerse del Estado. Sin embargo, esta noción no pasó del campo académico por el ascenso de los nazis al poder. Estos dieron origen el tercer *Reich*, en el que la persona perdió todo derecho individual frente al Estado y con base en la noción de “pueblo” se conformó un régimen organizado en torno a la idea de un caudillo, Hitler, y a una ideología, el nazismo; todo esto, cobijado el gran proyecto del “nacional-socialismo” (Montenegro, 1992).

### **El derecho general de libertad como derecho constitucional en Alemania**

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, las fuerzas de ocupación y los fundadores de la nueva Alemania, para evitar que el Estado concentrara 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 constituyeron en su eje principal.

A continuación analizaremos la forma como se ha estructurado la protección

---

<sup>6</sup> Se podría decir que se pasó de un Estado que privilegiaba deberes a uno que privilegia derechos.

de los derechos fundamentales en Alemania, y en concreto del derecho de libertad, y estudiaremos su influencia en la Constitución de 1991 en Colombia.

### **La cláusula general de libertad y las libertades especiales.**

En Alemania, el catálogo de derechos fundamentales está al comienzo de la Ley Fundamental: del Artículo 1 al 19 se condensan los derechos de los ciudadanos frente al Estado<sup>7</sup>. En Colombia la Constitución de 1991 contiene en el capítulo primero del título segundo, un extenso apartado denominado “de los derechos fundamentales”<sup>8</sup>, que va del Artículo 11 al 41. Así, tanto la Ley Fundamental como la Constitución Política contienen la formalidad de

---

<sup>7</sup> No obstante, además de estos derechos, existen otros considerados como fundamentales en Alemania, ya sea por consagración expresa de la Ley Fundamental, o por desarrollo jurisprudencial.

<sup>8</sup> Al igual que en Alemania, en Colombia, existen otros derechos considerados como fundamentales que no están en la primera parte. Así mismo, en algunas circunstancias derechos considerados no tutelables *prima facie*, puede serlo, mediante la “conexidad”.

consagrar una carta de derechos al inicio de las mismas. Son básicamente derechos de defensa. El ubicarlos al comienzo da un mensaje de la importancia que se les atribuye como cimientos de la construcción del Estado.

En cuanto al derecho de libertad general es consagrado de manera genérica bajo el concepto de “libre desarrollo de la personalidad”.

El artículo 2 de la Ley Fundamental dice:

(1) Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.<sup>9</sup>

La segunda parte de este artículo consagra la protección a la vida, a la integridad física y a la libertad personal. Derechos, que de acuerdo con el la Ley Fundamental “sólo podrán ser restringidos en virtud de la ley”.

---

<sup>9</sup> Para los artículos de la Ley Fundamental se toma la edición en español editada por el departamento de información del Gobierno Federal, Berlin, 2000.

La Ley Fundamental consagra además, libertades específicas tales como: libertad de creencia, de conciencia y de confesión (Art. 4); libertad de opinión (Art. 5); de asociación (Art. 9); secreto epistolar, postal y de comunicaciones (Art.10); de circulación y residencia (Art.11); de profesión (Art. 12).

Desde el caso Elfes (Schwabe, 2003) del año 1953, el Tribunal dejó plasmados los principios de la cláusula general de libertad. El Tribunal se pregunta si en el artículo 2, número 1 de la Ley Fundamental, se debe comprender un “mínimo” o un “máximo” de libertades. Concluye que dicho artículo *“tiene el carácter de un derecho fundamental, que garantiza la libertad de acción humana”* (Schwabe, 2003). Con esto deja sentado el Tribunal que no es válida aquella teoría de que dicho artículo sólo protege un sector de la personalidad. Este artículo debe interpretarse desde el artículo 1, numeral 1 de la Ley Fundamental, que dice: *“la dignidad humana es intangible. Respetarla es obligación de todo poder público”*.

La complementación que existe entre la cláusula general y las cláusulas

específicas son explicadas por el Tribunal Federal:

Al derecho fundamental (el de libertad general) se le atribuye la función de proteger los elementos de la personalidad que no son objeto de las especiales garantías de la libertad consagradas en la Ley Fundamental, pero que por su especial significado para la personalidad no ocupan un lugar inferior (Schwabe, 2003)<sup>10</sup>.

En Colombia, el artículo 16 de la Constitución Política consagra la cláusula general en estos términos:

Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

La Corte Constitucional en sentencia SU-642 de 1998 con M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, dice que “el artículo 16 de la Constitución introduce por vez primera en nuestro régimen

---

<sup>10</sup> Tribunal Federal. Sentencia 101, 361 del 15 de diciembre de 1999. (Schwabe, 1957 Pág. 57).



constitucional el derecho al libre desarrollo de la personalidad”<sup>11</sup>

En la Constitución Política se consagran también libertades concretas como: de conciencia (Art. 18); de cultos (Art. 19); de opinión, prensa e información (Art. 20); de locomoción y domicilio (Art. 24); libertad de profesiones y oficios (Art. 26); de enseñanza (Art. 27); derecho a libertad personal (Art. 28 y 30). Estos derechos a libertades concretas están precedidos por el Artículo 13 que afirma la libertad como condición desde el nacimiento de la persona.

La relación entre las libertades protegidas por normas especiales y la cláusula general es explicada por la Corte:

El derecho al libre desarrollo de la personalidad también es conocido como derecho a la autonomía personal. Es un derecho de carácter genérico y omni-compresivo cuya finalidad es comprender aquellos aspectos de la auto-determinación del individuo, no garantizado de forma

---

<sup>11</sup> Afirma la Corte “por vez primera”; es decir, antes de la Constitución del 91 no existía, en sentido constitucional una norma de libertad general, que pudiera ser invocada para proteger el libre desarrollo de la personalidad.

especial por otros derechos, de tal manera que la persona goce de una protección constitucional para tomar sin intromisiones ni presiones las decisiones que estime importantes en su propia vida, siendo coherente con lo manifestado por la propia Corte Constitucional en Sentencia T-542 de 1992 de M. P. Alejandro Martínez.

### **El derecho general de libertad como derecho directamente aplicable**

El artículo 1, número 3 LF dice que “*los siguientes derechos fundamentales vinculan al poder legislativo, ejecutivo y judicial como derechos fundamentales y aplicables*”. Atrás se había dicho que en la Constitución de Weimar existía un conjunto de derechos fundamentales, pero que para su aplicación necesitaban de una ley ordinaria, por lo que en la práctica era el legislativo quien decidía si los reglamentaba para poder ser exigibles por el ciudadano. La Ley Fundamental trajo la novedad en Alemania de que los derechos fundamentales sean directamente exigibles por el ciudadano. Así pasan de ser un principio programático o político a ser un principio jurídico.

En Colombia antes de 1991, la situación era similar a la de la época de la Constitución de Weimar en Alemania, en cuanto que los jueces obedecían de manera directa las leyes; la Constitución era norma de aplicación sólo en la medida en que fuese regulada por la legislación (Vila Casado, 2004). De esta manera la Constitución era programática más que jurídica. La Constitución del 1991, inscrita en el nuevo movimiento constitucional, nació como norma de normas y con la posibilidad de ser invocada de manera directa, como en el caso de la protección de derechos fundamentales. Esto quedó condensado en su Artículo 4 que dice:

La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicará las disposiciones constitucionales. Es un deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

En lo que tiene que ver con el derecho de libertad esta forma de ver los derechos trae como consecuencia:

a) Tanto el principio de libertad en general como el derecho a libertades particulares tienen un valor jurídico fundamental, que puede ser invocado de manera directa en caso de violación por parte del estado, o de un particular de darse las condiciones para ello.

b) Se les sustrae poder al Estado sobre los ciudadanos. Tanto en Alemania como en Colombia la norma general es de libertad y puede ser restringida sólo en frente de otro derecho constitucional y observando el principio de proporcionalidad.

### **La protección constitucional del derecho de libertad**

Existe en ambos estados un recurso eficaz para la protección de los derechos fundamentales, conocido en Colombia como acción de tutela, y en Alemania como recurso de amparo (Morales, 2006).

El recurso de amparo constitucional está consagrado en Alemania en el Artículo 93 número 1 (4a):

*“Artículo 93: [Competencia del Tribunal Constitucional Federal]*

*(1) El Tribunal Constitucional decide:*

*4 a. Sobre los recursos de amparo que pueden ser interpuestos por toda persona que se crea lesionada por el poder público en uno de sus derechos fundamentales o en uno de los contenidos de los artículos 20 apartado 4, 33, 38, 101, 103 y 104”<sup>12</sup>.*

El Tribunal (Schwabe, 2003. Pág. 21). aclara los dos tipos de protección con el derecho de libertad: por un lado el artículo 2, número 1 de la Ley Fundamental protege la libertad de acción general; otros artículos de la Ley Fundamental protege libertades de carácter especial. La Constitución se preocupa por las libertades específicas, porque *“de acuerdo con la experiencia histórica son susceptibles de manera especial de la intervención del poder público... En la medida en que tales ámbitos de la vida no se encuentren protegidos de manera especial, el individuo puede invocar el artículo 2, número 1 LF en caso de que el poder público intervenga en su libertad.*

De lo anterior se deduce que, de acuerdo con la Ley Fundamental, si un ámbito de la vida está protegido por una norma especial se invoca ella para su protección en caso de intervención; si la acción no es contemplada por ninguna norma se invoca la cláusula general del artículo 2, número 1.

La Constitución de 1991 en Colombia creó también la Jurisdicción Constitucional, con la Corte Constitucional a la cabeza, y le dio competencia para ser la garante de la protección de los derechos fundamentales<sup>13</sup>. Esta acción aparece consagrada el art. 86 de nuestra Carta Política.

Art. 86 Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o

---

<sup>12</sup> Estos artículos a los que se refiere el aparte citado, versan sobre igualdad cívica, elecciones, prohibición de Tribunales de excepción, derecho a ser oído y garantías judiciales, respectivamente.

---

<sup>13</sup> Además de este control concentrado, existe el control difuso que está en cabeza de todos los jueces de la República, quienes en sus sentencias deben tener como criterio preponderante la observancia de la Constitución.

amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (...)

En Colombia, de manera análoga al sistema jurídico alemán, el derecho al libre desarrollo de la personalidad es integrado en la cláusula general de libertad, que actúa como derecho “residual” en la acción del sujeto; es decir, si existe protección especial, opera esta *prima facie*; y, ante una acción no protegida por norma especial opera el libre desarrollo de la personalidad como cláusula general.

El objetivo fundamental de la Jurisdicción Constitucional en ambos sistemas es la defensa del ciudadano cuando ve lesionado un derecho por parte de la administración, o en el contenido de una sentencia, o por una disposición del legislador, o en algunos casos vulneraciones realizadas por particulares. Sin embargo, cada sistema jurídico posee sus propias características (Morales, 2006).

### **1.6 Cláusula constitucional de “perpetuidad” en Alemania.**

También llamada cláusula pétrea. Consagrada en el artículo 79 Número 3 de la Ley Fundamental:

No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en *Länder*, o el principio de participación de los *Länder* en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1, y 20.

Esta cláusula determina lo que los constituyentes alemanes creían debía tener una vocación de perpetuidad, es decir no ser modificado por las generaciones futuras.

En Colombia no existe esta cláusula de perpetuidad. Y, pareciera que la Constitución está a “merced” de los políticos, quienes la puedan modificar dependiendo de sus intereses. Y es obvio que el mundo jurídico no está al margen de las fuerzas de poder que genera la política<sup>14</sup>. En mi parecer, la creación por parte del constituyente de una cláusula enviaría un mensaje de la permanencia de principios básicos de la conformación del Estado. El objetivo de esta cláusula sería dar un mensaje de que así como generaciones pasadas han protegido esos principios jurídicos,

---

<sup>14</sup> Es conocida la expresión de Norberto Bobbio, de que la “política y el derecho son las dos caras de la misma moneda.”

las actuales lo deben hacer. No obstante, incluso en Alemania, esta cláusula puede ser modificada por un equivalente al que la creó, es decir el constituyente<sup>15</sup>.

En cuanto a la libertad, un sistema difícilmente reformable como el alemán es más garantista que el nuestro. Es muy complicado que un gobernante, o el legislativo, y menos la iniciativa popular, logren modificaciones para restringir las libertades, por cuanto ya existe la conciencia de que la libertad es un derecho básico del ciudadano y una condición de la materialización de la democracia. En un sistema como constitucional como el de Colombia, reformable en cuanto se tengan mayorías, es más probable que surjan gobiernos que busquen restringir libertades cuando ella sea inconveniente para obtener sus fines. De otra parte la concentración de poderes en el ejecutivo por la reelección presidencial puede tener efectos nocivos sobre el equilibrio de poderes, la administración de justicia y los órganos de control, lo que

---

<sup>15</sup> Desde el punto de vista doctrinal el constituyente primario nunca pierde su poder de creación de normas porque sería ilógico la existencia de una norma constituida que no pueda ser modificada por el constituyente.

repercute, como es lógico, sobre el ejercicio de las libertades de los ciudadanos.

Después de esta síntesis en la que analizamos algunos datos históricos relevantes para la conformación del derecho general de libertad en Alemania y las características de su formulación constitucional en Alemania y Colombia, a continuación nos adentraremos en estudio del derecho de libertad en su constitución formal y material.

## **2.2. Formulación del derecho de libertad**

Dice Robert Alexy que “diversos fenómenos pueden ser designados con la expresión derecho. Para los derechos fundamentales es eminentemente significativo el concepto de derecho a algo” (Alexy, 2003. Pág. 19). Y agrega “los derechos a algo o pretensiones son relaciones normativas entre tres elementos: el titular (a), el destinatario (b) y el objeto (G) del derecho. Si esta relación triádica se representa mediante el operador “R”, relativo al derecho, entonces la forma más general del enunciado sobre un derecho a algo se expresa así:

## **(R) abG.**

Tomando como referente el esquema de Alexy, vamos desarrollar la formulación del derecho y la obligación de libertad<sup>16</sup>.

D= operador de derecho

c= ciudadano.

e= estado.

L= derecho a la libertad.

### **[D] → (c) (e) (L)**

Significa la fórmula que si el operador es el derecho (D) entonces el ciudadano (c) tiene el frente al estado (e) un derecho a la libertad (L).

Este esquema es válido para el derecho público porque los derechos son exigibles del Estado (e). Pero puede darse el caso en que el derecho a la libertad deba ser respetado por una persona privada (p) porque ésta hace las veces de

---

<sup>16</sup> Se toman para representar los elementos que entran en la relación las iniciales de los mismos.

Estado o porque la ley así se lo exige<sup>17</sup>. En este caso el esquema sería el siguiente:

### **[D] → (c) (p) (L)**

Dado el operador jurídico derecho (D), el ciudadano (c) tiene frente al particular (p) el derecho a la libertad (L).

### **Formulación de la obligación jurídica de libertad**

El enunciado según el cual (c) tiene un derecho a (L) frente a (e), es equivalente con el enunciado según el cual (e) está obligado a (L) frente a (a).

La fórmula sería como sigue:

O=obligación

e= estado

c=ciudadano

L= derecho de libertad

### **[O] → (e) (c) (L)**

---

<sup>17</sup> Por ejemplo, las instituciones privadas de educación, que siendo de origen privado, sin embargo por prestar un servicio público, son susceptibles de que en contra de ellas prosperen derechos de petición, acciones de tutela y demás mecanismos jurídicos de protección de derechos fundamentales.

Significa esta formula que si el operador jurídico es la Obligación, entonces el estado (e) está obligado con respecto al ciudadano (c) a no intervenir en su derecho de libertad (L).

### **Amplitud del derecho general de libertad**

Las normas permisivas y de derecho se refieren sólo a acciones del titular del derecho fundamental. Pero según el Tribunal Federal, el derecho general de libertad va más allá de la protección de acciones. Protege además situaciones y posiciones jurídicas. De esta manera hay tres protecciones<sup>18</sup>.

**a).** Protección de las acciones: se manifiesta mediante un enunciado de permisividad:

x puede (o no puede) realizar y acción.  
Se protege el hacer.

**b).** Protección de situaciones: se formula en términos de prohibiciones; por ejemplo, x no quiere revelar un secreto a y. De este hecho, surgen los siguientes enunciados:

---

<sup>18</sup> De manera amplia Alexy desarrolla estas tres distinciones.

-le está prohibido a x afectar el ámbito del secreto de y.

-y tiene frente a x un derecho a que x no afecte el ámbito del secreto de y.

**c).** Protección de posiciones jurídicas. Una posición es un derecho de libertad ejercido en un contexto particular. Por ejemplo, el dueño de un vehículo posee un permiso para transportar pasajeros y cobrar un precio por ello. La ley protege esta posición jurídica; o el miembro de una organización para que no sea eliminado de dicha organización, porque se anularía su derecho de acción dentro de ese grupo. Es una norma la que le otorga la pertenencia al grupo, por tanto la protección es de una posición jurídica.

### **La norma permisiva y la norma de derechos**

**a).** *Consagración jurisprudencial*

Ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal que el Artículo 2, número 1 de la Ley Fundamental contiene “*un derecho fundamental independiente que garantiza la libertad general de acción humana*” (Schwabe, 2003. Pág. 333). Esto trae, según el Tribunal dos consecuencias:

La primera, que al individuo le está permitido hacer y omitir lo que quiera, y la segunda, que el individuo tiene frente al Estado un derecho a que dicho Estado no intervenga en sus acciones u omisiones, y la medida de intervención sólo la podrá interponer si el ciudadano atenta contra el orden jurídico o contra derechos de terceros (*Schwabe, 2003. Pág. 333*).

El primer significado corresponde a una “norma permisiva” (Alexy, 2002. Pág. 333), porque faculta al individuo para actuar en sentido amplio, sin prescribir una enumeración de actos; es una cláusula abierta para permitir la acción. En cambio el segundo significado es una “regla de derechos” porque las intervenciones del Estado son reguladas y justificadas, por tratarse de una intromisión en un derecho fundamental.

La Corte Constitucional, al igual que el Tribunal Federal, también considera estas dos situaciones: haciendo una analogía con la doctrina alemana podemos afirmar que en los siguientes fragmentos de la Corte aparece la norma permisiva (1), y la norma de derechos (2):

(1) si el asunto sobre el que se produce la decisión sólo interesa a quien la adopta y no afecta derechos de terceros ni compromete valores objetivos del ordenamiento que otorguen competencias de intervención a las autoridades, motivo por el cual el ámbito decisorio se encuentra incluido dentro del núcleo esencial del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad; y,

(2) si la decisión versa sobre un asunto que compromete derechos de terceros o se relaciona con valores objetivos del ordenamiento que autorizan la intervención de las autoridades, caso en el cual el asunto objeto de la decisión se localiza en la zona de penumbra del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, en la que, como es sabido, son admisibles aquellas restricciones que sean razonables y proporcionadas, esto con base a lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU-642 de 1998 con M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

**b).** *Formulación de la norma permisiva y de la norma de derechos.*



Así, del artículo 2, número 1 de la Ley Fundamental y del artículo 16 de la Constitución Política, se desprende las siguientes formulaciones:

- “Para toda libertad (L), si (A) es una acción (hacer, o no hacer) y no está prohibida por una norma formal y materialmente constitucional ( $\neg$  RC), entonces está permitida la realización de la acción (PA).”<sup>18</sup>[37]

**A** = Acción de hacer u omitir.

$\neg$  **RC** = No hay restricción constitucional.

**PA** = Permitir la Acción.

El enunciado corresponde a la “norma permisiva” de libertad y su formulación sería:

**[L]: (A) ^ ( $\neg$  RC) → (PA)**

- Puede ocurrir que la restricción sea constitucional y entonces la formulación se transforma en una norma de derechos y entonces la formulación sería:

“Para toda libertad (L), si (A) es una acción y está restringida por una

norma formal y materialmente constitucional (RC), entonces la acción adquiere un alcance limitado según la intensidad de la restricción (AL).”

Corresponde al enunciado de la “norma de derechos” y su formulación sería:

**[L]: (A) ^ (RC) → (AL)**

La utilidad del esquema deontológico es que permite apreciar una cláusula general (norma permisiva), que ordena permitir la acción del sujeto, y una cláusula especial que permite sólo restringir dicha acción si se reúnen unos requisitos de orden constitucional (norma de derechos).

Si la restricción es constitucional se origina como consecuencia un nuevo alcance de la acción porque ahora se encuentra restringida legalmente.

Ahora bien, si el derecho de libertad es restringible significa que no es un derecho absoluto en sí mismo, sino que deber armonizarse o incluso restringirse frente a otros derechos fundamentales. Por ello, me ocuparé ahora, de hacer un breve estudio histórico que explique cómo los alemanes llegaron a construir el

---

<sup>18</sup> Para la formulación tomo las iniciales de los elementos que intervienen.

concepto de la libertad como un derecho restringible y su influencia en el derecho constitucional colombiano. Esto hace que nos adentremos, según la doctrina, en un estudio material del derecho.

### **3. CONCLUSIONES**

- Desde el punto de vista histórico-jurídico se consagró primero el derecho a libertades en particular. La positivización constitucional de una cláusula general de libertad, bajo la denominación “libre desarrollo de la personalidad” es reciente. Surge en Alemania con la aparición de la Ley Fundamental y en Colombia con la Constitución Política de 1991.
- Se puede diferenciar en la comprensión del derecho general de libertad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. El primero es de creación jurisprudencial, y es entendido como una cláusula abierta de acción; el segundo, es la consagración constitucional y corresponde al contenido material del primero. Es esta distinción la que posibilita un estudio de derecho comparado.
- Tomando como base el esquema de formulación de los derechos de defensa es posible construir un esquema particular del derecho general de libertad, tanto en su parte formal como material.
- Tanto en Alemania como en Colombia, el derecho general de libertad es un derecho restringible, no absoluto, se inscribe en la teoría externa del derecho, y se armoniza con otros derechos mediante el principio de proporcionalidad.
- Un estudio de derecho comparado entre Colombia y Alemania muestra que en las características formales el derecho al libre desarrollo de la personalidad es similar, en tanto que desde el punto de vista material cada sistema jurídico presenta sus propias argumentaciones.
- La principal diferencia estudiada se inscribe en el ámbito de protección del derecho. En Alemania se ha construido una jurisprudencia en la que la relación individuo-sociedad pareciera estar más armonizada, por cuanto existe una cláusula general de acción, pero esta es

limitada por derechos de terceros, para el desarrollo de la dignidad humana, el ejercicio de la responsabilidad, y la búsqueda de los bienes estatales. En Colombia, pareciera que hay ambigüedad en las sentencias: por ejemplo, en sentencia acerca de utilizar medidas en el consumo de estupefacientes, pareciera que el derecho de libertad es absoluto; en la del cinturón existen algunos criterios que admiten la intervención en prevención de derechos del terceros y del mismo sujeto.

- Se concluye que la jurisprudencia alemana ofrece criterios más elaborados para intervenir o no en el libre desarrollo de la personalidad y tiene como criterio que toda aquella acción nociva en contra de terceros o de sí mismo no debe ser protegida como derecho por el Estado.
- El asunto es determinar cuando no se debe proteger una acción por considerarla nociva. Para salir de este laberinto se sugiere acoger el concepto del derecho entendido como “mandato de optimización”, tesis desarrollada por Robert Alexy,

y según él, es la tesis de la jurisprudencia alemana.

- Entendida como mandato de optimización la libertad debe buscar en cada actuación contribuir a que dicho se desarrolle en la mayor medida posible. El Estado mediante la educación y la toma de medidas constitucionales necesarias debe propender porque este derecho contribuya cada vez más a la formación de la dignidad de las personas, de la autodeterminación, de la responsabilidad, de la convivencia, del bien común, de la paz, de la justicia, evitando dos extremos, el permisivismo que anula la convivencia, en aras de la protección de la libertad individual, y un “bien común” social, fruto de acabar con la libertad individual. Es necesaria la integración del Derecho en el conjunto de las ciencias para que mutuamente construyan lo más conveniente al binomio individuo-sociedad, comprendiéndose como mutuos complementos.

#### 4. BIBLIOGRAFIA

- Alexy, R. & Bulyin, E. (2005). *La pretensión de corrección del derecho*. Bogotá: Universidad Externado.
- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2002). *Teoría Sobre los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado.
- Ibler, M. (2004). *Importantes aspectos de la historia y la dogmática de los derechos fundamentales en Alemania. Memorias, Seminario Internacional de Derecho Alemán*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Schwabe, J. (2003). *Cincuenta años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Bogotá: Ediciones Gustavo Ibáñez.
- López, D. (2006). *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Legis.
- Maldonado, A. (2003). *Hacia el libre desarrollo de nuestra animalidad*. Bucaramanga: Universidad Santo Tomás.
- Montenegro, A. (1992). *Historia del mundo. Unidad 6: Nazismo, Fascismo y crisis de las democracias*, Bogotá: Editorial Norma.
- Morales, J. (2006). *La acción de tutela en Alemania y Colombia*.
- Tobón, J. (2006). *La Corte Constitucional y el Control de Constitucionalidad en Colombia*. Bogotá: Ediciones Gustavo Ibáñez.
- Vila Casado, I. (2004). *Nuevo Derecho Constitucional*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Alemania, (2000). *Ley Fundamental de 1948*, Berlín: Departamento de información del Gobierno Federal, Berlín, 2000.
- Colombia, (2005), *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Legis.

- Colombia, Corte Constitucional (1992, septiembre), “Sentencia T-542” Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional (1994, enero), “Sentencia C-021”. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional (1994, noviembre), “Sentencia T-511”. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional (1998, noviembre), “Sentencia SU-642”. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional (2007, octubre) “Sentencia T-839”. Bogotá.