

SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y “BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD” EN COLOMBIA

Alejandro RAMELLI*

RESUMEN: Merced a su vocación internacionalista, la Constitución colombiana de 1991 rediseñó las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, en el sentido de operar un verdadero proceso de ósmosis entre ambas legalidades. No obstante, debido a las contradicciones existentes en la carta política entre los principios de supremacía constitucional y prevalencia de determinados tratados internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario, la Corte Constitucional recurrió, de una manera muy particular, a la técnica francesa del “bloque de constitucionalidad”, con el fin de solventar las mencionadas antinomias jurídicas. A partir de entonces, la discusión se ha centrado, por una parte, en las condiciones que debe cumplir una norma internacional para ser considerada como parte del mencionado bloque de constitucionalidad y, por otra, en los efectos especiales que éstas despliegan en el orden interno, a saber: servir de derroteros para la elaboración y ejecución de políticas públicas; limitar el ejercicio de las competencias normativas de las autoridades internas y reconocer derechos subjetivos al particular, invocables mediante cualquier vía procesal y ante cualquier juez por los particulares.

ABSTRACT: Thanks to its internationalist vocation, the 1991 Colombian Constitution redesigned relations between international and internal law, in the sense to operate a true process of osmosis between them. However, due to contradictions among principles of constitutional supremacy, prevalence of international treaties on human rights and humanitarian international law, the Constitutional Court apply the French technique of “constitutional block” in order to resolve the mentioned legal antinomies. From then, the discussion has been centered, on the one hand, in conditions must fulfill an international act to be considered part of constitutional block and, on the other hand, in special effects these international acts unfold in internal order, that is to say: to serve as a guide for making and executing public policies; to limit the exercise of legal competences of domestic authorities and to recognize fundamental rights to be claim by means of any procedural route and before any judge. It is also examined the rank and function those international acts that are not part of constitutional block fulfill in Colombia.

* Profesor de la Universidad Externado de Colombia.

I. INTRODUCCIÓN

Desde los primeros años de labores de la Corte Constitucional, el conocido “bloque de constitucionalidad” ha guardado siempre una estrecha relación con el derecho internacional público.¹ A decir verdad, el recurso a esta técnica jurídica foránea² se debió a la necesidad de armonizar el contenido del principio de *supremacía constitucional* (artículo 4.1. de la Constitución)³ con aquél de *primacía del derecho internacional* (artículo 93.1 de la Constitución).⁴ A partir de ese momento, gran parte de los desarrollos que ha conocido esta figura en Colombia se deben a la incorporación en su seno de numerosos valores, principios y reglas internacionales, no siempre, vale decirlo, de manera lo suficientemente cohe-

1 Véase al respecto, Corte Constitucional, sentencia del 18 de mayo de 1995, C-225/95, *control de constitucionalidad previo del Protocolo Adicional II a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949*, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

2 Como solución al debate teórico en torno a la jerarquía de las normas y principios del derecho internacional humanitario (DIH) frente al texto fundamental de 1991, la Corte Constitucional, en sentencia del 18 de mayo de 1995, con ocasión del control automático de constitucionalidad del Protocolo Adicional II y de su ley aprobatoria (Ley 171 del 16 de diciembre de 1994) transplantó a nuestro sistema jurídico, sin matiz o precisión alguna, la teoría francesa del *bloc de constitutionnalité*, para concluir aseverando que “el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de DIH (CP, artículos 93 y 214 numeral 2) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un ‘*bloque de constitucionalidad*’, cuyo respeto se impone a la ley”. A nuestro juicio, la tesis de la Corte Constitucional no es exacta por cuanto en Francia los tratados internacionales no hacen parte del mencionado bloque de constitucionalidad. En tal sentido, el profesor Louis Favoreu, uno de los más connotados constitucionalistas galos, al analizar el fallo del *Conseil Constitutionnel* del 15 de enero de 1975, en el *asunto de la interrupción voluntaria del embarazo*, concluye afirmando que “Tratándose del derecho internacional general, la posición adoptada por el juez constitucional es menos clara, pero se admite habitualmente que el Consejo Constitucional no ejerce un control sobre la conformidad de las leyes a las normas internacionales”, en Favoreu, L., “El bloque de constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, enero-abril de 1990, pp. 45-68. A decir verdad, actualmente forman parte del bloque de constitucionalidad en Francia las siguientes cartas de derechos: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, algunas leyes de la III República y el Preámbulo de la Constitución de la IV República de 1946.

3 El artículo 4.1. de la Constitución de 1991 reza “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

4 El artículo 93.1 de la Constitución dispone: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

rente y clara.⁵ De allí que resulte de interés establecer relaciones entre el sistema de fuentes formales de la legalidad internacional, tal y como aparece descrito en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, con los recientes desarrollos jurisprudenciales del mencionado bloque de constitucionalidad.

En este orden de ideas, el presente estudio se enmarca en los clásicos análisis de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, pero sin desviarnos ni centrar nuestra atención en áridos y superados debates dogmáticos entre defensores y detractores del monismo y dualismo jurídicos (como antes se les conocía), en tanto que paradigmas explicativos de las mencionadas relaciones entre sistemas jurídicos. Por el contrario, buscamos centrar la atención en los diversos efectos prácticos que comporta el hecho de que una norma internacional, merced a la labor hermenéutica de la Corte Constitucional, sea considerada como parte integrante del bloque de constitucionalidad.

En suma, comenzaremos con el estudio de las normas convencionales, consuetudinarias y principios generales del derecho que hacen parte del bloque de constitucionalidad (II); luego examinaremos el rango y papel de las normas internacionales que no integran el bloque de constitucionalidad (III).

II. NORMAS CONVENCIONALES, CONSUECUDINARIAS Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO QUE INTEGRAN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Una vez incorporada la norma internacional al ordenamiento jurídico interno, mediante las diversas vías que dispone para tales efectos la Constitución (automática, solemne o abreviada),⁶ es preciso establecer cuál es su jerarquía en el sistema de fuentes nacional (por ejemplo, supraconstitucionalidad, constitucionalidad, supralegalidad, etcétera). A continuación, es necesario examinar cuáles son los efectos jurídicos que está llamada a desplegar en el Estado correspondiente. En el caso colombiano, los anteriores análisis guardarán estrecha relación con la crea-

5 En especial, la distinción entre bloque de constitucionalidad *lato sensu* y *stricto sensu*.

6 Ramelli Arteaga, Alejandro, *La Constitución y el derecho internacional humanitario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 297.

ción jurisprudencial de un bloque de constitucionalidad y con los efectos especiales que el juez constitucional ha acordado a determinadas normas internacionales.

1. *Requisitos para que una norma internacional haga parte del bloque de constitucionalidad*

A lo largo de su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha intentado establecer con claridad cuáles son las condiciones o requisitos que debe cumplir una norma internacional para ser considerada como integrante del bloque de constitucionalidad.

En primer lugar, en lo concerniente a las normas convencionales, el juez constitucional ha sido enfático⁷ en exigir que éstas deben reconocer un derecho humano, con lo cual, *prima facie*, estaríamos ante un elenco bastante generoso y variopinto de tratados internacionales, de carácter universal (por ejemplo, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención contra la Tortura de 1984, etcétera) y regional (Pacto de San José de Costa Rica, Protocolo de San Salvador, etcétera). No obstante, una segunda condición se deriva del propio texto del artículo 93 de la Constitución: el derecho humano en mención debe ser de aquellos que no son susceptibles de limitación bajo estados de excepción, con lo cual, nuestra lista se reduce a los instrumentos internacionales que recoge el derecho internacional humanitario (DIH), por tratarse precisamente de una normatividad aplicable a situaciones de grave anormalidad, a unos cuantos derechos consagrados en las “cláusulas de salvaguardia” (por ejemplo, artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), amén de algunos convenios específicos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT),⁸ en especial, los Convenios 87 y 98.

7 Véanse las sentencias C-295/93 (M. P. Carlos Gaviria Díaz), C-179/94 (M. P. Carlos Gaviria Díaz), C-225/95 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), C-578/95 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-327/97 (M. P. Fabio Morón Díaz); C-191/98 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

8 Corte Constitucional, sentencia del 28 de abril de 1999, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 374 (P) y 376 (P) (modificado por el artículo 16 de la ley 11 de 1984 y adicionado por el artículo 51 de La Ley 50 de 1990) del Código Sustantivo del Trabajo, C.582/99, Actor: Víctor Julio Díaz Daza. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Más allá de estas condiciones, la Corte Constitucional ha considerado que la incorporación de una norma convencional en el bloque de constitucionalidad “debe tener fundamento expreso en la Carta”, el cual se encuentre, sin lugar a dudas, en los artículos 93 y 214.2 constitucionales.

Ahora bien, los anteriores requisitos que debe cumplir la norma convencional han sido matizados en cierta forma por la corte cuando estimó que los tratados internacionales que establecen los límites de la república también integran el bloque de constitucionalidad. Nótese que si bien existe “un fundamento expreso en la Carta” (artículo 101 de la Constitución), indudablemente no versan sobre derecho humano alguno. Además, la argumentación de la Corte Constitucional no es lo suficientemente clara, ya que, en primer lugar, sostiene que tales tratados harían parte del “bloque de constitucionalidad *lato sensu*” pero más adelante los jueces constitucionales se aprestan a afirmar que:

Los tratados sobre límites no tienen valor constitucional sino un valor normativo similar al de las leyes orgánicas y las leyes estatutarias, es decir, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias. En esta medida, las normas que expida el Congreso de la República no pueden modificar lo dispuesto en los anotados convenios internacionales, cuyo contenido sólo puede ser alterado mediante la suscripción de otro tratado que expresamente lo modifique, según se desprende de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 101 de la Carta.⁹

Pareciera entonces que, a pesar de ser consideradas como normas integrantes del bloque de constitucionalidad, los tratados internacionales sobre límites únicamente son normas supralegales y no constitucionales, como sí lo son los instrumentos internacionales sobre DIH. Esta supralegalidad, por lo demás, es susceptible de ser salvaguardada por vía de la acción pública de inconstitucionalidad. No obstante, en un fallo más reciente, la Corte Constitucional insistió en el carácter constitucional de las mencionadas normas convencionales, en los siguientes términos:

9 Corte Constitucional, sentencia del 6 de mayo de 1998, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 9o. (parcial) de la Ley 397 de 1997, “Por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias”, demandante: Danilo Devis Pereira. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Los tratados de fronteras, que ya estaban perfeccionados al momento de entrar en vigencia la Constitución, no pueden ser demandados, puesto que en el fondo son normas que integran el bloque de constitucionalidad, esos acuerdos internacionales, junto con algunos convenios de derechos humanos, tenían un *status* y jerarquía diferentes a los otros tratados en el ordenamiento colombiano.¹⁰

Vale decir, se vuelven a equiparar, en cierta medida, los tratados internacionales sobre límites con aquellos que versan sobre derechos fundamentales.

Por otra parte, en lo que concierne a las normas consuetudinarias, la Corte Constitucional no ha dudado en sostener que las pertenecientes al DIH integran el bloque de constitucionalidad de manera automática, más cuando nuestros jueces han confundido, en ocasiones, las nociones de norma de *ius cogens*, o de derecho imperativo, con aquella de norma consuetudinaria. Otro tanto sucede con la Declaración Universal de los Derechos Humanos,¹¹ acto jurídico unilateral emanado de la Asamblea General de las Naciones Unidas, considerado por la doctrina mayoritaria como una verdadera norma consuetudinaria, merced a su amplia aceptación en diversos Estados, incluso, debido a los reenvíos que a aquélla operan algunos textos constitucionales, como sucede con la Constitución española de 1978 (artículo 10. 2).

En relación con los principios generales del derecho, un análisis de los fallos de control de constitucionalidad automático nos muestra que, con suma frecuencia, los jueces han examinado la validez de las disposiciones internas a luz de las mencionadas normas internacionales, en especial, en materia de estados de excepción. En efecto, los principios de proporcionalidad, razonabilidad, necesidad e idoneidad, tan caros a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han servido para adelantar los respectivos juicios de constitucionalidad a los decretos legislativos.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia del 10 de agosto de 1998, Revisión constitucional de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales”, hecha en Viena el 21 de marzo de 1986” y de la Ley núm. 406 del 24 de octubre de 1997, por medio de la cual se aprueba dicha convención, C-400/98. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

¹¹ Véase el caso colombiano, Corte Constitucional, sentencia del 16 de mayo de 2001, C-505/01, demanda de inconstitucionalidad contra la integridad de la Ley 22 de 1984, demandante: Gustavo Adolfo Guerrero Ruiz. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Pues bien, el estado de cosas que hemos examinado se ha complicado innecesariamente, a nuestro juicio, con la introducción, a partir de 1999, de una distinción que no termina de ser operativa, y que por el contrario dificulta la labor de quien pretende hallar claras líneas jurisprudenciales, entre el bloque de constitucionalidad *lato sensu* y *stricto sensu*. Así pues, el primero está integrado por disposiciones que tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias, aunque a veces no gocen de rango constitucional. Su función es la de servir de referente necesario para la creación legal y para el control constitucional y estaría conformado por el articulado de la Constitución (incluido el preámbulo), las leyes estatutarias, las leyes orgánicas, algunos tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos que admiten ser limitados bajo estados de excepción, y los instrumentos internacionales sobre límites. En contrapartida, el segundo comprende aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la carta, como es el caso de los tratados internacionales de DIH (artículo 93 de la Constitución) y aquellos sobre derechos humanos que no admiten suspensión durante situaciones de anormalidad.

Una vez examinadas algunas fuentes del derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, analicemos la función que están llamados a cumplir, en el ordenamiento interno, los principios del derecho internacional público.

2. Función de los principios generales del derecho internacional

Los principios generales del derecho internacional (por ejemplo, el principio de autodeterminación de los pueblos, la solución pacífica de las diferencias, el respeto por las fronteras y la no intervención, entre otros), no son propiamente fuentes formales del derecho internacional público en la medida en que no se trata de un conjunto de procedimientos encaminados a dar origen a determinadas reglas jurídicas internacionales. Por el contrario, estamos en presencia de unas normas que aparecen recogidas en tratados internacionales, costumbres universales y regionales, o incluso en actos jurídicos unilaterales de organizaciones internacionales, como es el caso de ciertas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y cuya función es la de sentar las bases para la convivencia pacífica entre los pueblos.

La incorporación de los principios generales del derecho al ordenamiento jurídico interno se ha operado de manera automática por vía del artículo 9 de la Constitución, y, actualmente, hacen parte también del bloque de constitucionalidad.

La función práctica de estos principios ha sido clara: fijar derroteros para el diseño y ejecución de ciertas políticas públicas internas, en especial en materia de paz y orientar el manejo de las relaciones exteriores de Colombia.

En tal sentido, en sentencia del 24 de enero de 2001, con ocasión de una demanda contra algunos de los artículos de la Ley 418 de 1997, conocida como “ley de orden público”, la Corte Constitucional consideró que “los principios del derecho internacional que propugnan la solución pacífica de los conflictos externos y señalan el deber de todo Estado de no recurrir en primera instancia a la amenaza o al uso de la fuerza, son plenamente aplicables al conflicto interno colombiano, pues aquellas son reglas de conducta que imponen la interpretación de los derechos y deberes constitucionales”.¹² La consecuencia práctica de la aplicación de tales principios fue clara: “los órganos políticos tienen amplio margen de discrecionalidad para diseñar los mecanismos de solución pacífica de conflictos”. Así pues, el ejercicio de las facultades discrecionales con que cuenta el presidente de la república en materia de manejo del orden público y política de paz debe ser acorde no sólo con el texto de la Constitución, sino con los principios esenciales del derecho internacional. En otros términos, la norma internacional (en este caso el principio del derecho internacional), orienta el ejercicio de una competencia constitucional, pero, al mismo tiempo, termina siendo fuente y sustento normativo de la misma. En tal sentido, la legalidad internacional se nos presenta como un límite a la actuación del jefe de Estado y, simultáneamente, como un fundamento de la misma.

En otros casos, y parece ser el sentido concreto del artículo 9 de la Constitución, el principio del derecho internacional está llamado *únicamente* a orientar el ejercicio de la política exterior del Estado colombiano. Al respecto, sin embargo, no podemos dejar de examinar algunos interesantes planteamientos vertidos por el magistrado Montealegre en su

¹² Corte Constitucional, sentencia del 24 de enero de 2001, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8 (parcial) de la Ley 418 de 1997, demandante: Lincoln Castilla Báez. M. P. Eduardo Montealegre L.

salvamento de voto al fallo del 29 de agosto de 2001, con ocasión del control de constitucionalidad de un tratado internacional entre la República de Colombia y el Reino de España, a propósito del tema de la nacionalidad. En el citado texto, el juez disidente planteó la existencia de un “bloque de constitucionalidad específico y ampliado”,¹³ adicional al bloque de constitucionalidad general que sirve como parámetro de constitucionalidad para todas las leyes, el cual comprendería los principios del derecho internacional, y cuya función sería la de adelantar un juicio de constitucionalidad, previo e integral, de los tratados y de sus leyes aprobatorias en la medida en que aquéllos son “por excelencia la materialización de las relaciones exteriores y compromisos internacionales de un Estado”.

Cabe advertir que para el autor del salvamento de voto, ese bloque de constitucionalidad “específico y ampliado” comprendería únicamente aquellos principios del derecho internacional que han llegado a ser considerados como normas imperativas o de *ius cogens*, vale decir, el juez constitucional, al momento de ejercer el control de previo y automático sobre el instrumento internacional y la correspondiente ley aprobatoria, deberá confrontar estos últimos con aquellas normas que, a la luz del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados, no admiten norma en contrario.

A nuestro juicio, el planteamiento resulta interesante, más no desprovisto de ciertas dificultades al momento de ser aplicado en la práctica. En efecto, ya desde la sentencia C-027 de 1993,¹⁴ en el asunto de la demanda de inconstitucionalidad contra el Concordato, la Corte Constitucional venía recurriendo a la noción de normas de *jus cogens* con el fin de encontrar un fundamento sólido a su labor de salvaguarda del texto fundamental; y en el caso, en concreto, hizo las veces de juez internacional para dejar sin efectos un tratado internacional vigente. No obstante, los mismos problemas del pasado los encontramos en el pre-

13 Salvamento de voto a la sentencia del 29 de agosto de 2001, revisión constitucional del “Protocolo Adicional entre la República de Colombia y el Reino de España modificadorio del Convenio de Nacionalidad del veintisiete (27) de junio de mil novecientos setenta y nueve (1979)”, M. P. Eduardo Montealegre L.

14 Corte Constitucional, sentencia del 5 de febrero de 1993, demandas de inconstitucionalidad contra la Ley 20 de 1974, “Por la cual se aprueba El Concordato y Protocolo Final entre la República de Colombia y la Santa Sede, suscrito en Bogotá el 12 de julio de 1973”, demandantes: Carlos Fradique Méndez y otros. M. P. Simón Rodríguez.

sente. Sin duda, a pesar de que la noción y la función que están llamadas a cumplir las normas imperativas no ofrecen duda alguna, como quiera que aparecen recogidas en un tratado internacional, continúa sin existir un listado o catálogo, al menos mínimo, de las mismas. Quizá, en materia de DIH existe suficiente consenso en la doctrina *iusinternacionalista* en cuanto a su carácter de normas de *jus cogens*, pero no ocurre lo mismo con todas las normas convencionales que de alguna manera tienen una relación con los derechos humanos. De aquí la dificultad práctica de ejercer tal variedad de control de constitucionalidad. Además, estimamos que este último debe hacerse a la luz de todos los principios del derecho internacional y no sólo frente a algunos de ellos. De hecho, la Corte Constitucional así lo ha entendido, por ejemplo, en materia de tratados internacionales de cooperación y amistad con otros Estados.

3. *Funciones de las normas convencionales y consuetudinarias que integran el bloque de constitucionalidad*

A. *El efecto interpretativo*

El artículo 93 constitucional dispone “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Se trata, en esencia, de una fórmula que consagra el *efecto interpretativo* que están llamadas a producir las normas internacionales en el ordenamiento jurídico interno. Su origen se remonta al artículo 16 de la Constitución Portuguesa de 1976, y fue retomado por el constituyente español de 1978. En efecto, a la luz del artículo 10.2 de la CE, los derechos fundamentales que la carta política reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados internacionales incorporados en el ordenamiento español que versen sobre la misma materia.

En pocas palabras, el efecto interpretativo consiste en que el contenido y alcance de las normas constitucionales, y *a fortiori* las legales, deben ser fijados tomando en cuenta lo dispuesto en los tratados internacionales ratificados por Colombia. Nos encontramos, en consecuencia, ante una aplicación, por mandato constitucional, del método de interpretación sistemático.

Ahora bien, la conformación del sistema no se limita a tomar en cuenta el tratado internacional que regule el tema de nuestro interés. Será necesario, además, buscar la interpretación que del mismo haya realizado un tribunal internacional, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas providencias sirven a su vez de criterio auxiliar para fijar el contenido y alcance de ciertas disposiciones constitucionales y, *a fortiori*, legales. En tal sentido, la Corte Constitucional, en sentencia del 19 de enero de 2000, sostuvo que “es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados [sobre derechos humanos], constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”.¹⁵ Más recientemente, en sentencia del 11 de abril de 2002, sostuvo nuestro juez constitucional: “La Corte Interamericana es el intérprete autorizado de la Convención Americana y cuya jurisprudencia es entonces relevante para determinar el alcance de los derechos constitucionales (CP, artículo 93), tal y como esta Corte Constitucional lo ha precisado en numerosas oportunidades”.¹⁶

Otro tanto ha ocurrido en materia de tribunales penales internacionales, como se manifiesta en el fallo del 4 de diciembre de 1995, cuando la Corte Constitucional recurrió a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Penal Internacional de Nüremberg en los siguientes términos:

Las órdenes superiores, aún dadas a un soldado, no pueden considerarse como un atenuante cuando se han cometido crímenes espantosos y enormes consciente, cruelmente y sin excusa o justificación militar... La participación en crímenes como éstos no se ha requerido nunca de un soldado, y éste no puede ampararse detrás de un requisito mítico de obediencia militar a toda costa como excusa para la comisión de estos crímenes.¹⁷

15 Corte Constitucional, sentencia del 19 de enero de 2000, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2, 3 y 5 de la Ley 74 de 1966, “por la cual se reglamenta la transmisión de programas por los servicios de radiodifusión”, demandante: Ernesto Rey Cantor. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

16 Corte Constitucional, sentencia del 11 de abril de 2002, demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 684 de 2001, y sus artículos 3, 6, 13, 20 literal a), 25, 38, 42, 50, 54, 55 (parcial), 57 párrafo, 58 (parcial), 59, 60, 62 y 72. Demandantes: Carlos Alberto Maya Restrepo y Juan Carlos Botero Ospina. M. P. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas.

17 Corte Constitucional, sentencia del 4 de diciembre de 1995, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 15 del Decreto Ley 85 de 1989. Actor: Jaime Córdoba Triviño. M. P. Eduardo Cifuentes M.

En otros términos, el haber acordado rango constitucional a determinadas normas internacionales, merced a la técnica jurídica del bloque de constitucionalidad, ha servido para que las normas legales puedan ser interpretadas no sólo de conformidad con la Constitución, sino a la luz de la legalidad internacional. Así, por ejemplo, para entender el sentido de un artículo del nuevo Código Penal, referente a personas protegidas por el DIH, deberá el operador jurídico acudir a la Constitución (artículos 93 y 214.2), al texto del Protocolo Adicional II (norma que integra el bloque de constitucionalidad), y a su vez, a la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y Yugoslavia (criterio auxiliar de interpretación), o, en otras palabras, es preciso realizar una *interpretación sistemática* entre diversos ordenamientos jurídicos.

Al respecto, cabe señalar que algunas normas de derecho comunitario andino derivado han servido como criterio auxiliar de interpretación de derechos constitucionales fundamentales. Este fue el caso de la decisión 391 del Acuerdo de Cartagena, expedida para regular el régimen común sobre acceso a los recursos genéticos en los Estados parte, cuyo texto fue empleado por el juez constitucional con el fin de precisar el contenido de la libertad de investigación.¹⁸

B. *Limitación al ejercicio de las competencias de las autoridades públicas*

Las normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad están llamadas a cumplir idénticas funciones a aquellas que integran el texto fundamental, en el sentido de configurar los ámbitos competenciales de las diversas ramas del poder público. Así pues, las competencias de las autoridades públicas en Colombia encuentran en la legalidad internacional un límite a su ejercicio, y al mismo tiempo, su fuente.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia del 11 de agosto de 1999, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998, demandante: Germán Cavalier Gaviria y otro. M. P. Alejandro Martínez C.

a. Las competencias del congreso frente a la legalidad internacional

Las competencias del Congreso de la República no sólo se encuentran estipuladas a lo largo del título VI de la Constitución, sino en todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad, entre ellas, numerosas de origen internacional. De tal suerte que, por ejemplo, al momento de adoptar una ley de amnistía, el congreso deberá ceñirse no sólo a lo prescrito en la carta política (mayoría cualificada, abarcar únicamente delitos políticos, etcétera), sino además a consultar el orden internacional (artículo 1o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia).¹⁹ La legalidad internacional, en consecuencia, se erige en un *límite* al poder de configuración normativa del Congreso de la República.

Con todo, la legalidad internacional no está llamada a cumplir exclusivamente la labor de límite al ejercicio de una competencia legislativa, sino que, de manera complementaria, puede ser considerada el fundamento de la misma. En efecto, los tratados internacionales deben ser ejecutados en el orden interno para poder ser aplicables, esto es, muchos de ellos, que no son normas de aplicación directa o *self-executing*, requieren de un desarrollo legislativo. En este caso, será función del Congreso de la República expedir una ley con fundamento en el tratado internacional, y en aras a una correcta ejecución legislativa interna del mismo. Piénsese, por ejemplo, en un tratado internacional que establezca, de manera genérica y amplia, una prohibición para los combatientes (por ejemplo, la toma de rehenes). Será función del legislador adoptar una ley para ejecutar debidamente el instrumento internacional en el orden interno.

¹⁹ Al respecto, el artículo 4 de la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de *lesa humanidad*”, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución 2391 (XXIII) del 26 de noviembre de 1968, reza “The States Parties to the present Convention undertake to adopt, in accordance with their respective constitutional processes, any legislative or other measures necessary to ensure that statutory or other limitations shall not apply to the prosecution and punishment of the crimes referred to in articles 1 and 2 of this Convention and that, where they exist, such limitations shall be abolished”.

b. La rama ejecutiva del poder público y las normas internacionales

A semejanza de lo que ocurre con el Congreso de la República, la legalidad internacional limita, en todo tiempo, el ejercicio de las competencias de las autoridades públicas que componen la rama ejecutiva del poder público en Colombia. En tal sentido, los decretos legislativos expedidos por el gobierno nacional durante estado de excepción deberán estar en relación con las normas que conforman el DIH, así como lo prescrito en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

De igual manera, el ejercicio por parte del presidente de la república de sus potestades reglamentarias ordinarias se encuentra limitado por los principios esenciales humanitarios (por ejemplo, el respeto por la distinción entre población civil y combatientes, proporcionalidad, razonabilidad, etcétera) y no sólo por el estricto marco constitucional.

En lo que se refiere a la fuerza pública, es evidente que el cumplimiento de sus funciones constitucionales está sujeto no sólo a la Constitución, sino además a las normas internacionales humanitarias, bien sean éstas de origen convencional o consuetudinario. En tal sentido, en fallo del 20 de junio de 1997, la Corte Constitucional, en Sala de Revisión de Tutelas, estimó que la rama ejecutiva en el ejercicio de sus competencias referentes al mantenimiento del orden público, y las jerarquías castrenses, en la ejecución de órdenes que el presidente de la república les hubiese impartido, debían ajustarse a la preceptiva constitucional, “a las reglas del DIH, al respeto por la dignidad de las personas y a la preservación íntegra de sus derechos fundamentales”.²⁰

c. La actividad judicial frente a la legalidad internacional

Los jueces colombianos, en sus providencias, deberán aplicar lo dispuesto por las normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, sin importar su especialidad: penal, civil, laboral, etcétera. Se trata, en esencia, de insistir en que la legalidad internacional

²⁰ Corte Constitucional, sentencia del 20 de junio de 1997, acción de tutela instaurada por Gerardo de Jesús Botero c. Ejército Nacional y Alcaldía del Municipio de Pensilvania (Caldas), Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo, *Gaceta Constitucional*, 1997, pp. 145-167.

es fuente del derecho interno nacional. Además, el principio de ejecución de buena fe de los tratados internacionales demanda una correcta y efectiva ejecución judicial interna de los mismos, so pena de violar el principio *pacta sunt servanda*. De tal suerte que, en una sentencia, un juez no puede desconocer lo prescrito por un instrumento internacional; al mismo tiempo, está en la obligación de aplicar la norma internacional cuando sea del caso.

C. Reconocimiento de derechos subjetivos a favor del particular

El gran salto cualitativo que conoció el derecho internacional público a lo largo del siglo XX, fue haber pasado de un derecho exclusivamente interestatal a uno cuyo protagonista, cada vez más, es el individuo. La base para todo esto consiste en la aplicación de la técnica jurídica, según la cual se admite que los tratados internacionales reconozcan derechos subjetivos a la persona, y al mismo tiempo, le impongan obligaciones, cuyo desconocimiento puede llegar a comprometer su responsabilidad penal internacional. Este es el fundamento teórico tanto del DIH, así como del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).

En este orden de ideas, si bien es cierto que existen diversas instancias judiciales y cuasi-jurisdiccionales internacionales del orden universal y regional que en los últimos años se han interesado por el respeto a los derechos de la población civil en situaciones de conflicto armado, bien sea internacional o interno, y que no podemos pasar por alto la existencia de algunos tribunales penales internacionales *ad hoc* encargados de sancionar las violaciones graves al DIH (Yugoslavia y Ruanda), y de la futura Corte Penal Internacional, es sabido que la protección y respeto de los mencionados derechos subjetivos queda, en gran medida, en manos de los jueces internos. Colombia no ha sido la excepción a la regla.

A decir verdad, debido al agravamiento del conflicto armado, los jueces nacionales se han visto ante la necesidad de interpretar y aplicar a casos concretos las normas y principios fundamentales del DIH en diversos ámbitos, como son: la protección cautelar de los derechos fundamentales en el curso de las hostilidades, la represión penal de las violaciones masivas y sistemáticas a las normas de DIDH y de DIH, e igualmente, la reparación patrimonial a las víctimas por las actuaciones

imputables a agentes del Estado o, en ciertos casos, a particulares que han actuado con la aquiescencia o tolerancia estatales. Al respecto, conviene detenernos en el papel que ha cumplido el juez de tutela.

La acción de tutela fue concebida, en términos generales, como un mecanismo específico, directo, preferente y sumario de protección de los derechos constitucionales fundamentales. Empero, en los últimos años, la tutela se ha erigido no sólo en la institución procesal más importante en nuestro medio para salvaguardar el goce de los derechos humanos en tiempos de paz, sino durante situaciones de conflicto armado interno, aunque, bien entendido, con enormes dificultades para alcanzar tan importante cometido.

Desbordaría el propósito del presente estudio analizar todas las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en sede de revisión de fallos de tutela, que guardan una relación con la protección de los derechos subjetivos reconocidos a la persona por el DIH. De aquí que hemos decidido limitarnos a realizar una presentación general del tema.

Desde esta perspectiva conviene señalar que, desde 1992 hasta la fecha, la jurisprudencia de nuestros jueces constitucionales ha abarcado el estudio de problemas aparentemente muy dispersos, pero todos éstos, se encuentran íntimamente relacionados con la protección de los derechos de las víctimas de las hostilidades. El problema metodológico estriba en que tales inconvenientes difícilmente admiten ser objeto de un proceso de sistematización coherente y, a lo mejor, resultaría ser éste un tanto reduccionista. De tal suerte que preferimos enunciar, *inter alia*, los siguientes: la garantía al derecho a la vida de los reinsertados de los grupos armados,²¹ los derechos asistenciales de los desplazados internos,²² la protección de la población civil ante las amenazas de ataques armados,²³ la labor de los jurados de votación en zonas de confrontación bélica,²⁴ la ocu-

21 Corte Constitucional, sentencia del 2 de julio de 1992, acción de tutela interpuesta por Luis Humberto Rolón Maldonado contra las Fuerzas Armadas de Colombia, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, *Gaceta Constitucional*, 1992, pp. 34-45.

22 Corte Constitucional, sentencia del 5 de mayo de 1997, acción de tutela instaurada por Brigadier Roperó Mora y otros c. Gobernadora de Cundinamarca, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero, *Gaceta Constitucional*, 1997, pp. 213-220.

23 Corte Constitucional, sentencia del 10 de marzo de 1993, acción de tutela instaurada por Amparo García Bustamante contra el Ministerio de Defensa Nacional, Alcaldía y Concejo Municipales de Santo Domingo (Antioquia), Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, *Gaceta Constitucional*, 1993, pp. 456-478.

24 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia del 2 de diciembre de 1998, SU-747. Magistrado

pación de bienes inmuebles por parte de las fuerzas armadas del Estado²⁵ y las amenazas contra profesores imputables a agrupaciones paramilitares.²⁶

En cada uno de los asuntos arriba señalados, el juez de tutela hubo de recurrir en sus fallos, en distinta medida, a las normas convencionales, consuetudinarias y a los principios generales del DIH, aunque, dicho sea de paso, las interpretaciones que de éstas realizó no siempre fueron ni las más afortunadas ni las más acordes con el fin último de esta normatividad internacional. Lo cierto es que como resultado de esta labor hermenéutica, el juez constitucional ha sentado importante jurisprudencia sobre varios problemas jurídicos que atañen al curso de las hostilidades, y que incluso pueden llegar a tener cierta incidencia en el proceso de paz, a saber: la determinación del contenido y alcance de ciertos derechos fundamentales en un contexto de conflicto armado; el manejo del orden público frente a los poderes del juez de tutela; la ponderación entre necesidades militares y consideraciones de humanidad; la obediencia debida; los conflictos entre derechos individuales y colectivos, así como la difícil protección de los derechos asistenciales de las víctimas de las hostilidades.

En suma, por fuerza de las circunstancias, la acción de tutela se ha convertido en un medio judicial efectivo para proteger, de manera cautelar, el disfrute de determinados derechos subjetivos reconocidos a los no combatientes por el DIH, cuando éstos se encuentren amenazados o vulnerados por una acción u omisión imputable a una autoridad pública, en especial, los miembros de las fuerzas armadas. La eficacia real de estos importantes fallos, empero, se ve limitada por la irracionalidad propia de las hostilidades, y porque, en casos como éstos, es cierto que el derecho se detiene ante los hechos.

Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Demandante: Carlos Rodríguez. Demandada: Registraduría Nacional del Estado Civil.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia del 27 de noviembre de 1996, acción de tutela instaurada por Álvaro Sixto Rincón c. Ejército Nacional, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz, *Gaceta Constitucional*, 1996, pp. 89-97 y C.C., sentencia del 20 de junio de 1997, acción de tutela instaurada por Gerardo de Jesús Botero c. Ejército Nacional y Alcaldía del Municipio de Pensilvania (Caldas), Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo, *Gaceta Constitucional*, 1997, pp. 145-167.

²⁶ Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión de Tutelas, sentencia del 13 de abril de 1999, T-212/99. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Peticionaria: Clemencia Victoria Marmolejo. Demandado: Comité de Amenazados del Guaviare.

III. RANGO Y FUNCIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES QUE NO INTEGRAN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Un último aspecto que debemos estudiar es referente al rango y función que están llamadas a cumplir, en el orden interno colombiano, aquellas normas internacionales que, por vía jurisprudencial, no integran el bloque de constitucionalidad. Pero, antes de desarrollar tal labor, mencionemos algunos de los argumentos esgrimidos por la Corte Constitucional para haber operado tal exclusión, a saber: inexistencia de una disposición constitucional que los incluya en el texto de la carta política, lo cual nos resulta muy discutible, tomando en cuenta las numerosas referencias que figuran en el texto fundamental a materias como la integración económica, razones procesales y prácticas del control constitucional que justifican esa decisión, como lo son el carácter contingente de los tratados internacionales que versan sobre comercio; dificultad de confrontar cada ley con una multiplicidad de normas convencionales cuya vigencia, en ocasiones, está sometida al principio de reciprocidad; y finalmente, “la Corte aduce que la inclusión al bloque de constitucionalidad del acuerdo comercial que se estudia, también desconocería la fuerza normativa de la Carta y la naturaleza del control constitucional, pues la Corte estaría obligada a confrontar dos normas de la misma jerarquía (ley que aprueba el acuerdo comercial y la que se considera infringida)”.²⁷

En este orden de ideas, quedarían excluidos del bloque de constitucionalidad, *inter alia*, los tratados internacionales referentes a temas de enorme importancia para el país como son el comercio internacional de bienes y servicios (por ejemplo, El tratado constitutivo de la Organización Mundial de Comercio), la cooperación en materia económica, la integración subregional, la inversión extranjera, la protección de la propiedad intelectual e industrial, los derechos de autor y la transferencia de tecnología.

Desde esta perspectiva, la inviolabilidad de los mencionados instrumentos internacionales, por parte del legislador, no estaría garantizada por vía de la acción pública de inconstitucionalidad, como lo ha soste-

²⁷ Corte Constitucional, sentencia del 11 de agosto de 1999, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998, demandante: Germán Cavellier Gaviria y otro. M. P. Alejandro Martínez C.

nido, en varias oportunidades, la Corte Constitucional. Además, un estudio minucioso sobre la manera como se lleva a cabo, a lo largo de los años, el control previo y automático de constitucionalidad sobre los instrumentos internacionales, muestra que existe un marcado desequilibrio en la intensidad del mismo, en función principalmente de la materia sobre la que verse el mencionado instrumento internacional. Sin duda, aquellos sobre integración económica, comercio internacional, cooperación en diversas áreas del conocimiento y de la ciencia han sido, tradicionalmente, objeto de un juicio de constitucionalidad “de baja intensidad”, el cual se refleja en la extensión misma de las sentencias; por el contrario, los tratados internacionales sobre extradición, narcotráfico e incluso el Concordato con la Santa Sede, fueron examinados en profundidad por los jueces constitucionales.

En suma, los tratados internacionales que no integran el bloque de constitucionalidad gozarían tan sólo de un carácter legal, y en consecuencia, la salvaguardia de su integridad quedaría en cabeza del juez contencioso-administrativo, por vía de la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento, según el caso, aclarando que en el caso de las normas de derecho comunitario andino, el juez colombiano goza además del recurso de inaplicar, en el caso concreto, la norma interna contraria a las disposiciones supranacionales.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La Constitución de 1991 rediseñó completamente las relaciones entre el derecho internacional público y el derecho constitucional colombiano. A decir verdad, se trata de un verdadero proceso de ósmosis, facilitado por la actividad pretoriana de la Corte Constitucional. Así, actualmente en Colombia, y recordando al juez inglés Blackstone: “International law is part of the law of the land”.

Esta brillante labor judicial, a pesar de todo, no ha sido ajena a ciertas incoherencias y excesos en el establecimiento de clasificaciones y tipologías carentes, en algunos casos, de efectos operativos claros. Con todo, nuevos e interesantes desafíos en la materia se esperan con la reciente ratificación, por parte de Colombia, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. **C**