

LAS RELACIONES DEL DERECHO Y LOS TRIBUNALES INTERNOS COLOMBIANOS CON EL DERECHO Y LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Organización judicial interna*. III. *Incorporación y jerarquía del derecho internacional y comunitario en el derecho interno colombiano*. IV. *Procedimiento para dirimir conflictos entre las normas internacionales o comunitarias y las disposiciones del ordenamiento interno*. V. *Tribunales internacionales a que está sometido el ordenamiento interno*. VI. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La nueva Constitución colombiana, que entró en vigencia el 6 de julio de 1991, derogó la de 1886, con todas sus reformas, que era la vigente hasta ese momento.

La razón de tal determinación se encuentra no sólo en las justificadas críticas que desde tiempo atrás venían haciéndose al Congreso colombiano, sino, como se ha reconocido, en la necesidad sentida de lograr una real descentralización en el manejo de los distintos asuntos del Estado, en el reconocimiento de la ineficacia de la justicia para resolver los conflictos sociales, al igual que en la constatación de la incapacidad del gobierno para detener la ola de la violencia que azotaba al país, y el reconocimiento de los escasos resultados de las reformas adelantadas hasta ese momento.¹ Todo ello hizo que los colombianos, liderados por un grupo de estudiantes, aprobaran la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, para que hiciera una nueva Constitución.²

Dentro de las normas que se introdujeron en la nueva carta fundamental relacionadas con el tema que nos ocupa, algunas de las cuales son totalmente novedosas, debemos mencionar:

1 Giraldo Ángel, Jaime, *Reforma constitucional de la justicia. Fundamentos teóricos y empíricos*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1992, p. 11.

2 Lleras de la Fuente, Carlos *et. al.*, *Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia*, Santa Fe de Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1992, pp. 13 y ss.

- a) Disposiciones que se refieren a las relaciones internacionales (artículos 9, 226 y 189-2);³
- b) Normas sobre jerarquía, aprobación y vigencia de los tratados internacionales (artículos 93, 164, 53, 101, 189-2, 150-16, transitorio 58, 241-10 y 224);
- c) Preceptos que crearon la Corte Constitucional y establecieron su jurisdicción sobre los tratados y sus leyes aprobatorias (artículos 116 y 241-10);
- d) Las normas que regulan la doble nacionalidad (artículos 96-2 y 40-7), y
- e) Aquella que estableció la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores como organismo consultivo del presidente de la República (artículo 225).

II. ORGANIZACIÓN JUDICIAL INTERNA

El nuevo ordenamiento constitucional establece en su preámbulo, como uno de sus objetivos, asegurar a los colombianos la justicia, “[...] dentro de un marco jurídico democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo [...]”.

La función judicial es fundamental para el Estado de derecho, pues, como se ha reconocido, sirve de contención al poder estatal y de garantía de los derechos y libertades frente al propio Estado y a los particulares.⁴

La administración de justicia en Colombia está a cargo de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces. Igualmente, se administra por la justicia penal militar (artículo 116). Brevemente nos referiremos a las funciones de los organismos indicados que se relacionan con el tema objeto de estudio.

La Corte Constitucional, organismo creado por la nueva carta, tiene a su cargo “[...] la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos” del artículo 241,

³ Las disposiciones citadas son de la Constitución Nacional (CN) de 1991, salvo que expresamente se diga lo contrario, y han sido tomadas de Ortega Torres, Jorge (comp.), *Constitución política de Colombia*, 20a. ed., Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1991.

⁴ Vidal Perdomo, Jaime y Luis Carlos SÁCHICA, *Aproximación crítica a la Constitución de 1991. Comentarios y texto*, Santa Fe de Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1991, p. 99.

el cual la faculta, entre otras cosas, para “decidir definitivamente sobre la exequibilidad (inconstitucionalidad) de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueban” (núm. 10).

Sus miembros son nombrados por el Senado de la República de ternas enviadas, en forma separada, por el presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Su periodo es de ocho años y no pueden ser reelegidos.

Antes de la Constitución de 1991, el control constitucional estaba a cargo, principalmente, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

La Corte Suprema de Justicia es, actualmente, el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y actúa como tribunal de casación —dividida en salas de acuerdo a como lo determine la ley—, teniendo, entre otras funciones, la de ser competente para conocer de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el gobierno de la nación, en los casos previstos por el derecho internacional (artículo 235-5).

En cuanto al Consejo de Estado, cuyo número de salas y secciones lo precisa la ley, es el órgano máximo de la jurisdicción contencioso administrativa, además de conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional —cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional—, debe dar su opinión al gobierno “[...] en los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación” (artículo 237-3).

Los magistrados que integran tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado, son nombrados por la misma corporación —por periodos de ocho años, no reelegibles—, de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura.

Este Consejo es el organismo a cuyo cargo se encuentra el administrar la carrera judicial, así como el control de la conducta de quienes la integran, lo mismo que la de los abogados en el ejercicio de su profesión. Con el fin de poder descentralizar su actividad, se pueden establecer consejos seccionales.

Las providencias de los jueces “[...] sólo están sometidas al imperio de la ley”, reconociéndose como criterios auxiliares de la actividad judicial la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina (artículo 230).

La nueva Constitución introdujo las llamadas jurisdicciones especiales, que son ejercidas por las autoridades de los pueblos indígenas,

de acuerdo a la forma como las reglamente la ley, siempre que sus normas y procedimientos no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República; y por los jueces de paz, encargados, estos últimos, de “[...] resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios” (artículo 246).

Al Congreso de la nación corresponde, también, administrar justicia, aunque sólo en determinadas y precisas oportunidades.⁵

Se faculta, en igual forma, a las autoridades administrativas para que de acuerdo con la ley que así lo disponga, ejerzan funciones judiciales, aunque con excepción de la jurisdicción penal. Los particulares pueden desempeñarse como conciliadores o árbitros, pudiendo ser sus fallos en derecho o en equidad, según lo regule la ley (artículo 116).

Los jueces de paz podrán ser creados por ley, y su misión será resolver “[...] en equidad conflictos individuales y comunitarios” (artículo 247).

A la Fiscalía General de la Nación corresponde, de oficio o mediante denuncia o querrela, “[...] investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes”, exceptuándose los “[...] delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio” (artículo 250).

Como órganos de control, la Constitución reconoce tal calidad a la Contraloría General de la República y al Ministerio Público, incluyendo, dentro de este último, al defensor del pueblo.

La Contraloría ejerce el control y vigilancia de la función fiscal de la administración, y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la nación (artículo 267).

El Ministerio Público lo ejerce la Procuraduría General de la Nación, y, a diferencia del ordenamiento anterior, corresponde al procurador, y no al presidente, ser su supremo director (artículo 275).

Dentro de las principales funciones relacionadas con la procuraduría y que pueden vincularse con el tema de estudio, se encuentran: a) El cumplimiento de la Constitución, leyes, decisiones judiciales y actos administrativos; b) Proteger los derechos humanos y asegurar

⁵ “Art. 174. Corresponde al Senado, conocer de las acusaciones que formule la cámara de representantes contra el presidente de la república o quien haga sus veces; contra los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el fiscal general de la nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este caso, conocerá por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos”.

su efectividad, en unión del defensor del pueblo; c) Defender los intereses de la sociedad y los colectivos, especialmente el ambiente, y d) Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales (artículo 276).

El defensor del pueblo, institución nueva en el ordenamiento constitucional, forma parte del Ministerio Público, y tiene como atribuciones primordiales la de divulgar y defender los derechos humanos de los habitantes del territorio colombiano, al igual que los de los colombianos en el extranjero; lo mismo que invocar el derecho de *habeas corpus* e interponer las acciones de tutela, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados (artículo 282).

III. INCORPORACIÓN Y JERARQUÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO EN EL DERECHO INTERNO COLOMBIANO

1. Incorporación

La eficacia del derecho internacional depende en amplia medida, como lo ha reconocido la doctrina internacional, de que los ordenamientos jurídicos estatales se conformen a las normas internacionales y las apliquen. Esto se explica, en primer lugar,

porque los Estados son los creadores y principales destinatarios del derecho internacional; y, en segundo lugar, porque el derecho internacional contemporáneo no se limita a distribuir competencias entre los Estados soberanos sino que ha ampliado considerablemente el ámbito de las materias reguladas por normas internacionales, en razón de las exigencias de la cooperación y la interdependencia.⁶

A lo anterior podría sumarse la consideración de que como en la mayor parte de los casos, los actos de todo Estado soberano tienen una relevancia simultánea “en la esfera interna e internacional, parece razonable que el Estado adopte —en su orden interno— medidas para que dichos actos se conformen a las exigencias de ambos ordenamientos. Esta expresión normativa de la búsqueda de coherencia constituye además una garantía adicional para la buena fe de terceros”.⁷

⁶ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Curso de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 148.

⁷ Mariño Menade, Fernando M., *Nociones de derecho internacional público*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1990, p. 339.

De allí la gran importancia que tiene la forma como el derecho nacional encare esta cuestión, toda vez que una solución equivocada del legislador o del juez nacional puede conducir a la responsabilidad internacional del Estado, porque el ordenamiento internacional deja a éste la regulación del procedimiento a seguir para la aplicación de la normatividad internacional, tanto convencional como consuetudinaria, tal como lo acepta la doctrina. Así, por ejemplo, Guy Isaac comenta:

El derecho internacional no regula, por él mismo, las condiciones en las cuales las normas contenidas en los tratados deban integrarse en el orden jurídico de los Estados para ser aplicadas allí por sus órganos jurisdiccionales; deja esa materia en manos de cada Estado que la regula, por lo tanto, soberanamente, en función de la concepción de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno a la que se sume.⁸

Por ello, se ha tratado de reglamentar cuidadosamente esta problemática en los ordenamientos internos, especialmente en las últimas décadas, lo que ha permitido afirmar:

descubierto nuevamente el valor de la “racionalización del poder”, inspiradora de no pocas Constituciones entre las dos guerras, se persigue también la exigencia, puesta ya de manifiesto por los grandes ingenieros constitucionales de los años veinte, de introducir en los esquemas del texto fundamental las relaciones entre el ordenamiento interno y el derecho de gentes. De esta manera el Estado adquiere un perfil decididamente internacionalista.⁹

Dichas reglamentaciones se encuentran, en la mayoría de los casos, en los textos constitucionales.¹⁰ El derecho internacional general nada dice sobre este particular.

8 Guy, Isaac, *Manual de derecho comunitario general*, Barcelona, Ariel, 1985, p. 176.

9 Pèrgola, Antonio La, *Constitución del Estado y normas internacionales*, trad. José Luis Cascajo Castro y Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, México, UNAM, 1985, p. 7.

10 Antonio Marino López, al estudiar las normas constitucionales que se refieren al derecho internacional, es decir al hacer “un examen del derecho internacional desde el punto de vista del derecho constitucional”, observa que pueden distinguirse tres periodos: “el primero hasta la Primera Guerra Mundial; el segundo desde la aparición de la Sociedad de las Naciones y el tercero desde el fin de la Segunda Guerra Mundial y la aparición de las nuevas Constituciones”. Cfr. “El problema de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional en las Constituciones”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, vol. 5, núm. 1, 1952, p. 530. Manuel A. Viera entiende que una cuarta etapa podría estar constituida por “[...] las Constituciones en las nuevas

El estudio de este tema ha sido realizado por algunos autores bajo la denominación de "derecho constitucional internacional", aunque sin que exista un pleno acuerdo entre ellos, respecto a la connotación del nombre. Boris Mirkine-Guetzévicht, quien también lo emplea, explica así este hecho "para Verdross, el derecho constitucional internacional es el derecho internacional consuetudinario; para George Scell, las normas constitutivas de la comunidad internacional", y para el propio Boris Mirkine-Guetzévicht, esta expresión designa a las disposiciones constitucionales —reglas de derecho interno— que tienen alcance internacional.¹¹

Las soluciones que se encuentran en los ordenamientos internos para regular las relaciones entre los dos ordenamientos, el interno y el internacional, se relacionan, principalmente, con tres problemas fundamentales, a saber: a) recepción de las normas internacionales —generales y convencionales— en el derecho interno; b) jerarquía de las disposiciones del derecho internacional respecto a las del ordenamiento, y c) aplicación de las normas internacionales.¹²

Desde el campo doctrinal puede decirse que existen dos alternativas extremas para la recepción o incorporación del derecho internacional en el ordenamiento estatal: una, exige la transformación de toda norma internacional para que pueda aplicarse en el orden interno, en razón de la separación de los dos ordenamientos; la se-

naciones que surgieron como consecuencia del fenómeno de la descolonización y el nacimiento de las llamadas democracias populares". *Cfr. Proyección del derecho internacional en las Constituciones nacionales*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1983, p. 12. Para el estudio de este tema, desde la formación de las nacionalidades europeas hasta 1918, puede consultarse: Falcao Espalter, Mario, *Ensayo sobre la influencia del derecho internacional en el derecho constitucional. Historia y doctrina*, Montevideo, 1938.

11 Mirkine-Guetzévicht, Boris, *Derecho constitucional internacional*, trad. Luis Legaz y Lacambra, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1936, p. 26.

12 No sobra advertir que dentro de los textos constitucionales se encuentran también muchas otras disposiciones que hacen referencia al derecho internacional, las cuales, siguiendo al profesor uruguayo Manuel Adolfo Vieira, hacen relación: al territorio del Estado, así como a sus recursos naturales, adquisición de propiedades por parte de extranjeros, personas físicas y jurídicas y otros conexos; a la población; a las fuentes del derecho, y a cuestiones varias, como la guerra, la integración política, económica o de asociación entre Estados, proclamación de ciertos principios de derecho internacional, etc. *Cfr., op. cit.*, p. 27. La Constitución de la antigua URSS, por ejemplo, enunciaba los siguientes principios: "[...] Las relaciones de la URSS con otros Estados descansan en la observancia de los principios de la igualdad soberana; de la renuncia recíproca al uso de la fuerza o a la amenaza de emplearla; de la inviolabilidad de las fronteras; de la integridad territorial de los Estados, del arreglo pacífico de los litigios; de la no intervención en los asuntos internos; del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; de la igualdad de derechos y del derecho de los pueblos a ser dueños de su destino", etcétera (art. 29).

gunda, por partir de la unidad del ordenamiento jurídico, entiende que el derecho interno debe adaptarse automática y permanentemente al derecho internacional. En la práctica, sin embargo, estas alternativas no se dan en forma tan clara, ni terminante, ni pura; y el derecho internacional general no establece ninguna prescripción sobre el particular.

Los procedimientos adoptados en las Constituciones estatales para reglamentar el fenómeno de la recepción o incorporación de las normas internacionales son diversos, como también lo son los orígenes de sus normas, por lo cual para nuestra exposición se ha hecho una distinción según se trate de normas de derecho internacional común, de derecho internacional convencional, o si emanan de organismos comunitarios.

A. *Derecho consuetudinario y principios de derecho internacional*

Entendemos por derecho internacional general, siguiendo a Hans Kelsen, el derecho consuetudinario —creado por la práctica habitual de los Estados—, válido para los Estados pertenecientes a la comunidad internacional.¹³

En cuanto a la recepción de las normas del derecho consuetudinario en el ordenamiento interno, el procedimiento que siguen los Estados puede estar o no contemplado en la Constitución del país.¹⁴

¹³ Kelsen, Hans, *Principios de derecho internacional público*, trad. Hugo Caminos y Ernesto Hermida, Buenos Aires, El Ateneo, 1965, p. 16, y *cfr.*, del mismo autor, "Teoría del derecho internacional consuetudinario", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 21, 1974. Según el *Diccionario de derecho internacional*, Moscú, Editorial Progreso, 1988, p. 126, el derecho internacional consuetudinario está constituido por los "principios y normas del derecho internacional aplicados en las relaciones entre todos los Estados de cualquier sistema político y social". Sobre este tema pueden consultarse: Peñaranda, Antonio, *La costumbre en el derecho internacional*, Madrid, Editorial de la Universidad Complutense, 1988; Millán Moro, Lucía, *La opinio iuris en el derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, y Huesa Vinaixa, Rosario, *El nuevo alcance de la opinio iuris*, Valencia, Tirant Monografías, 1991.

¹⁴ De acuerdo con Paul de Visscher, las normas constitucionales que se refieren a la integración del derecho internacional consuetudinario en el interno, pueden agruparse así: a) las que disponen su adopción obligatoria, aunque no automática; b) las que ordenan su incorporación automática; c) las que además de establecer su recepción automática, consagran su superioridad respecto de las normas internas, y d) las que enuncian individualmente ciertas reglas del derecho internacional consuetudinario, *Cfr.*, Visscher, Paulo de, "Les tendentes internationales des Constitutions modernes", *R. des C.*, vol. 80, 1952, p. 520, *cit.*, en Pastor Ridruego, José, A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1989, p. 179, y Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Curso de derecho internacional público*, *op. cit.*, p. 151.

La nueva Constitución colombiana de 1991 no hace referencia expresa a la recepción de las normas internacionales consuetudinarias, aunque implícitamente alude a ellas y ordena su aplicación, por lo cual entendemos que existe una incorporación automática de éstas.

Tal ocurre, por ejemplo, en los estados de excepción,¹⁵ cuando dispone la aplicación del derecho internacional humanitario; y este ordenamiento está integrado tanto por normas convencionales como por preceptos consuetudinarios, como se desprende del concepto que de él ha dado la doctrina¹⁶ y el Comité Internacional de la Cruz Roja. Para este último, el citado ordenamiento jurídico se encuentra integrado por las normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, cuya finalidad especial es solucionar los problemas de índole humanitaria directamente derivados de los conflictos armados, internacionales o no internacionales, y que restringen, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a utilizar los métodos y medios de guerra de su elección, o que protegen a las personas y los bienes afectados, o que puedan ser afectados, por el conflicto.¹⁷

La Constitución se refiere en ocasiones, también, al derecho internacional, sin ninguna distinción en cuanto a si se trata de normas consuetudinarias o convencionales. Por ejemplo, al determinar los elementos que constituyen el territorio nacional, afirma:

También son parte de Colombia, el subsuelo, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, la zona económica exclusiva, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geostacionaria, el espectro electromagnético y el espacio donde actúa, *de conformidad con el derecho internacional o con las leyes colombianas a falta de normas internacionales.* [subrayamos] (Artículo 101 inciso 4 de la CN).

15 Dichos estados son: el de guerra, el de conmoción interna y el de emergencia económica, ecológica y social. El artículo 214 de la CN, en su numeral 2, dispone: "214. Los estados de excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: [...] 2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario [...]"

16 Cfr. Swinarski, Christophe, *Introducción al derecho internacional humanitario*, San José, 1984, p. 11, y Bory, Françoise, *Génesis y desarrollo del derecho internacional humanitario*, Ginebra, Editado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, 1982, p. 48, y Moyano Bonilla, César, "El derecho humanitario y su aplicación a los conflictos armados", *Universitas*, Bogotá, núm. 72, 1997, pp. 175 y ss.

17 Pictet, Jean, "El derecho internacional humanitario: definición", en Instituto Henry Dunant, *Las dimensiones internacionales del derecho humanitario*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 17.

En igual forma, la Constitución se refiere a las disposiciones del ordenamiento internacional, sin diferenciar su origen, al reconocer a la Corte Suprema de Justicia competencia para conocer “[...] de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos¹⁸ acreditados ante el gobierno de la nación, en los *casos previstos por el derecho internacional*” (número 5, del artículo 235 de la CN) (subrayamos). Además, Colombia es parte en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, y en ella expresamente se dispone en el preámbulo que “[...] las normas del derecho internacional consuetudinario han de continuar rigiendo las cuestiones que no hayan sido expresamente reguladas en las disposiciones de la presente Convención”.¹⁹

En cuanto a los “principios del derecho internacional”, el artículo 9 de la Constitución colombiana establece que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan “[...] en el reconocimiento de los *principios del derecho internacional aceptados por Colombia*” (subrayamos).

Por principios de derecho internacional se han entendido “[...] aquellas normas del derecho internacional que se derivan de la costumbre o de los tratados”,²⁰ y, como lo ha reconocido la doctrina internacional, su importancia ha crecido desde la Segunda Guerra Mundial y ha “invadido la esfera del derecho convencional”.²¹

Y ¿cuáles son esos principios de derecho internacional aceptados por Colombia? Podemos citar, por ejemplo, los incorporados en la Carta de la ONU, a los que se refiere la Resolución 2.625 (XXV), de la Asamblea General de dicho organismo, que contiene la *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, aprobada el 24 de octubre de 1970, y que son:

18 Por agente diplomático se entiende, de acuerdo con la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, “[...] el jefe de misión o un miembro del personal diplomático de la misión” (lit. e) del art. 1).

19 Corriente Córdoba, José A., *Derecho internacional público. Textos fundamentales*, op. cit., p. 153.

20 Sorensen, Max, *Manual de derecho internacional público*, México, FCE, 1973, p. 173. Para Paul Reuter, estos principios son específicos del derecho internacional, no están escritos y “no se diferencian más que parcialmente de la regla consuetudinaria”. Cfr. *Derecho internacional público*, trad. José Puente Egido, Barcelona, Bosch, 1978, p. 104. Según Alfred Verdross, estos principios se “encuentran directamente recogidos por el derecho internacional convencional o consuetudinario”. Cfr. *Derecho internacional público*, 9a. ed., trad. Antonio Truyol y Serra, Madrid, Aguilar, 1976, p. 133.

21 Sorensen, Max, op. cit., p. 173.

- a) El principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas,
- b) El principio de que los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se ponga en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia,
- c) La obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta,
- d) La obligación de los Estados de cooperar entre sí, conforme a la Carta,
- e) El principio de la igualdad soberana y de la libre determinación de los pueblos,
- f) El principio de la igualdad soberana de los Estados,
- g) El principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta.²²

A algunos de los principios de derecho internacional se refiere, igualmente, el preámbulo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados —ratificada por Colombia, y, por tanto, aceptados por el país—, enunciándolos así:

[...] los principios de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, de la igualdad soberana y la independencia de todos los Estados, de la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza y del respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades.

A los anteriores principios habría que agregar, de acuerdo con el precitado preámbulo, los que se refieren al libre consentimiento y buena fe, lo mismo que la norma *pacta sunt servanda*.²³

Lo anterior, sin perjuicio de los principios aceptados en la Carta de la Organización de Estados Americanos (artículo 3), y los adoptados, en forma similar, mediante numerosos instrumentos interna-

22 Pérez Vera, Elisa, *Naciones Unidas y los principios de la coexistencia pacífica*, Madrid, Tecnos, 1973, p. 162.

23 Corriente Córdova, José A., *Derecho internacional público. Textos fundamentales*, op. cit., p. 13.

cionales aprobados en conferencias del sistema interamericano, como serían, entre otras: en la Conferencia Interamericana de Consolidación de La Paz, Buenos Aires, 1936, se aprobó la *Declaración de principios sobre solidaridad y cooperación interamericanas* y en la VIII Conferencia Internacional Americana, Lima, 1938, se aprobó la *Declaración de los principios de la solidaridad de América*, al igual que la *Declaración de principios americanos*.²⁴

En cuanto a la incorporación de los principios de derecho internacional en las Constituciones nacionales, Paul de Visscher —recuerda Manuel A. Vieira— critica su consagración formal —como sería la que se refiere a la solución pacífica de controversias, al beneficio de asilo, etcétera—, porque estos principios no van acompañados de una organización técnica de garantías, y por cuanto su enunciación corresponde al derecho internacional y no al constitucional.

No obstante, consideramos, con el profesor uruguayo, que no todos los principios de derecho internacional deben ser excluidos del derecho constitucional, por cuanto algunos significan una reafirmación de una política determinada del país —como la del Uruguay en materia de solución pacífica—; en tanto que con otros se trata de afirmar un concepto jurídico que puede ser controvertido o negado por algunos países, como el derecho de asilo. Además, la admisión por un número considerable de Estados de un principio o institución jurídica en Estado de *jus nascendi*, puede contribuir al nacimiento de una norma jurídica consuetudinaria, como ocurrió con la plataforma submarina. Por lo cual, “[...] no parece desacertado, sino conveniente, reafirmar principios que no han logrado la adhesión de la comunidad internacional, pero que han sido una tradición secular del país y como guía de su política en el campo internacional”.²⁵

Es decir, no parece necesario el reconocer expresamente aquellos principios que la comunidad internacional ha aceptado, aunque sí aquellos respecto de los cuales aún el acuerdo no es uniforme y el Estado los considera necesarios para la convivencia internacional; tal sería el caso del derecho a la paz.²⁶

Antonio Remiro Brotons se pregunta si las Constituciones deben integrar o hacer referencia a los más importantes principios imperativos del derecho internacional —normas de *ius cogens*—, concluyendo que:

24 Meyer-Lindenberg, Hermann, *El principio interamericano para consolidar la paz*, Bogotá, Talleres Gráficos Mundo al Día, 1941, pp. 276, 248 y 285.

25 Vieira, Manuel A., *op. cit.*, pp. 22 y ss.

26 Cfr. Moyano Bonilla, César, *El derecho a la paz*, México, Editorial Tierra Firme, 1993.

las afirmaciones, incluso programáticas, de los propósitos y principios inspiradores del comportamiento internacional del Estado actúan, indudablemente, como factor de moralización, de educación de la opinión pública, coadyuvando a la germinación de una conciencia popular solidaria con una sociedad internacional pluralista y con los principios fundamentales que deben regirla

Y agrega:

La incorporación al articulado de una Constitución de aquellos principios, al encuadrar en un explícito marco normativo al más alto nivel interno la acción del gobierno, reforzaría las posibilidades de control político de las cámaras y asambleas parlamentarias sobre la actividad exterior del Estado, pues permitiría denunciar en su caso ciertas líneas de conducta no sólo como infractoras del derecho internacional sino, también, como inconstitucionales.²⁷

De acuerdo con lo que hemos expuesto, respecto a la incorporación al derecho interno colombiano de las normas de derecho internacional consuetudinario y de los principios de derecho internacional, consideramos que en cuanto a las primeras, es automática, en tanto que para los segundos se exige solamente su aceptación, sin que se indique, no obstante su exigencia, la forma de manifestarse tal aceptación. Nosotros entendemos que ella pueda expresarse: *a)* mediante un tratado —como sería el caso de las convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969 y 1986, en cuyos preámbulos se enuncian una serie de principios, según lo hemos visto—; *b)* en un acto unilateral, y *c)* en una resolución de un organismo internacional, como sería el caso de la Resolución 2625 (XXV), de la Asamblea General de la ONU, relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados, de conformidad con la carta de las Naciones Unidas.

En cuanto a la conveniencia de la incorporación de los principios de derecho internacional en los textos constitucionales, creemos que ello es una práctica correcta, porque no sólo sirve para el desarrollo y evolución del derecho internacional, en los casos indicados, sino, también, porque permiten un control de la política exterior del Estado.

²⁷ Remiro Brotons, Antonio, *Derecho internacional público. 1. Principios fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 75.

B. *Derecho convencional*

Colombia, en la Constitución de 1991, establece, a nuestro entender, la incorporación automática de los tratados, toda vez que no exige el que se dicte una ley especial, luego de haber el Estado manifestado su consentimiento en obligarse internacionalmente. En la Constitución se lee: "Artículo 189. Corresponde al presidente de la República como jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa: 2 [...] celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso".²⁸

Para la ratificación de los tratados, el nuevo ordenamiento constitucional estableció dos requisitos previos: *a)* la aprobación del Congreso, que es una autorización para que el Ejecutivo pueda ratificar el tratado, y *b)* el que la Corte Constitucional haya declarado "constitucionales", es decir, de acuerdo con la carta fundamental, tanto el tratado como su ley aprobatoria (inciso 10, artículo 241). En el caso de que la inconstitucionalidad del tratado sea sólo parcial, el presidente podrá ratificarlo haciendo las reservas pertinentes a los artículos violatorios de la Constitución.

En Colombia, antes de la reforma constitucional de 1991, al no admitirse por la Corte Suprema de Justicia, como principio general, el control de constitucionalidad de la norma internacional, se llegó, de hecho, a la posibilidad de que una norma de tal naturaleza, contraria a la Constitución del país, pudiese regir válidamente. Esta situación varió totalmente con la reciente reforma de la carta fundamental, pues, de acuerdo con ella, la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad que se presenten tanto contra la ley aprobatoria del tratado como contra el tratado mismo, según lo veremos más adelante.

C. *Normas comunitarias*

La reforma constitucional de 1968 introdujo en el ordinal 18 del artículo 76, un segundo inciso mediante el cual se facultaba la celebración de tratados que tuviesen como finalidad el establecimiento de instituciones supranacionales para la integración económica, así:

²⁸ Se establece como excepción los tratados de paz que el presidente puede convertir y ratificar, dando "[...] cuenta inmediata al Congreso" (inc. 6, art. 189).

Art. 76. Es función del Congreso [...] hacer las leyes [...]

Por medio de las leyes ejerce las siguientes atribuciones [...]

18) Aprobar o improbar los tratados o convenios que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional.

*Por medio de tratados o convenios aprobados por el Congreso podrá el Estado obligarse para que, sobre bases de igualdad y reciprocidad, sean creadas instituciones supranacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados (subrayamos).*²⁹

Después de esta reforma —reconoció la Corte Suprema de Justicia—, “no cabe discusión sobre la capacidad de que puedan gozar de ciertas organizaciones internacionales para legislar, con efecto en Colombia, sobre asuntos de su competencia—”.³⁰

Colombia ratificó el tratado de Montevideo que creó la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) —suscrito en la capital de la República Oriental del Uruguay el 18 de febrero de 1960, y aprobado por la ley 88 de 1961— En este momento aún no existía la disposición constitucional citada, y, por consiguiente, no había una autorización expresa para ingresar a formar parte de instituciones supranacionales.

No ocurrió lo mismo con el Acuerdo Subregional Andino —firmado en Cartagena el 26 de mayo de 1969—, el cual fue aprobado por el Congreso colombiano mediante la ley 8 de 1973, vigente ya el precepto constitucional transcrito.³¹

En cuanto a las normas del derecho comunitario, en este caso las derivadas del sistema jurídico del Acuerdo de Cartagena, algunas se

²⁹ Corporación de Convergencia, *Constitución política de Colombia. Concordato entre la Santa Sede y Colombia*, Bogotá, 1980, pp. 41 y ss. En la actual Constitución, el artículo anterior se redujo a un solo inciso, y corresponde al ordinal 16 del artículo 150, que dice: “Art. 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones [...] 16. Aprobar o improbar los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados”.

³⁰ *Gaceta Judicial*, t. CLII-CLIII, núms. 2392-2394, p. 29. Cit. en Cavellier, Germán, *El régimen jurídico de los tratados internacionales en Colombia*, 2a. ed., Bogotá, Edit. Kelly, 1985, pp. 519 y ss.

³¹ El tratado que creó el Acuerdo Subregional Andino fue aprobado, inicialmente, por decreto, al considerar el gobierno, equivocadamente, que era un desarrollo del tratado de Montevideo que creó la ALALC. Cfr., Moyano Bonilla, César, “La Constitución nacional y el Pacto Andino”, *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, Bogotá, v. LXXI, núm. 489, 1971, pp. 80 y ss., y OEA, *Jurisprudencia y práctica nacional relativa a la entrada en vigor del Acuerdo de Integración Subregional y otros instrumentos emanadas del Acuerdo de Cartagena*, Washington, 1972.

aplican en forma directa e inmediata en el ordenamiento colombiano, una vez que cumplan las exigencias que para tal efecto se establecen en el precitado ordenamiento comunitario, concretamente en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, suscrito el 28 de mayo de 1979 y en vigor desde el 19 de mayo de 1983. Así, las *Decisiones* adoptadas por la Comisión, obligan a los países desde la fecha en que son aprobadas por ese organismo, y son "directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la *Gaceta Oficial* del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior" (artículos 2 y 3).

Se consagra una excepción al anterior principio general, en el sentido de que la Comisión puede disponer que sus decisiones requieran de un "acto expreso" para su incorporación en el derecho interno, evento en el cual la fecha de su entrada en vigor en cada país miembro debe indicarse en dicho acto (inciso 2, artículo 3).

Las *Resoluciones*, que emanan de la Juntas, entran "en vigencia en la fecha y con las modalidades que establezca su Reglamento" (artículo 4).

En cuanto al reconocimiento de la obligatoriedad del derecho comunitario y su prelación sobre el derecho interno, han sido ampliamente admitidos por la jurisprudencia nacional, como se corrobora con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 27 de febrero de 1975, cuando se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad que se promovió contra, entre otros, los incisos 2 y 3 del artículo 2 de la ley 8 de 1973,³² por la cual se aprobó el Acuerdo Subregional Andino.³³ La Corte, en esa oportunidad, al declararlos inconstitucionales, afirmó:

El inciso segundo del artículo 2 de la ley 8, no obstante, restringe la atribución constitucional del presidente y únicamente le permite poner en vigencia los actos del derecho regional cuando no modifiquen la legislación o no sean materia del legislador, distingo que es ajeno a la redacción del texto superior que se acaba de citar.³⁴ Esa limitación

³² El inciso 2 decía: "El gobierno nacional podrá poner en vigencia las decisiones de la Comisión y de la Junta o de los organismos que desarrolle el Acuerdo Subregional Andino y no modifique la legislación o sean materia de legislador". Y en el inciso 3 se leía: "En cambio, tales decisiones, para su aprobación y entrada en vigencia, deberán ser sometidas al Congreso por el gobierno, cuando sean materia de competencia del legislador, o modifiquen la legislación existente o cuando el gobierno no haya sido investido de facultades legales anteriores".

³³ *Diario Oficial*, Bogotá, núm. 33853, 23 de mayo de 1973.

³⁴ Se refiere a los textos constitucionales que facultaban al presidente de la República, en la Constitución anterior, de 1886, para hacer cumplir las leyes y dirigir las

constituye un recorte de competencia. Cuando una norma del derecho regional deba aplicarse, su ejecución se lleva a cabo por mérito propio, directamente, o en la forma que disponga la Carta comunitaria o el órgano regional competente y según diga, en último término, el Ejecutivo colombiano (Destacamos).³⁵

D. Normas sobre respeto al derecho internacional y disposiciones programáticas

Las normas sobre la recepción del derecho internacional en el ordenamiento interno deben distinguirse de aquellas otras por las que un Estado se obliga expresamente a su *respeto y cumplimiento*, bien en términos generales o cuando se refiere a un aspecto de tal ordenamiento, como ocurre en el caso de Colombia, cuando en el artículo 9 de la Constitución, ya visto, se establece que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan “[...] en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia”.

Una disposición de tal naturaleza no implica una adaptación automática de los ordenamientos internos ni al derecho internacional, bien sea convencional o consuetudinario, ni a sus principios. Ni tampoco es indispensable para que el Estado reconozca su obligación de cumplir la normatividad internacional, pues aquélla existe aun sin tal declaración.

En efecto, una parte muy importante de la doctrina internacional reconoce que el derecho internacional consuetudinario general se aplica, dentro de los ordenamientos internos, aun en ausencia de disposiciones internacionales que así lo prescriban. Sobre este particular, Herrero y Rubio expresa:

En general, aun cuando la Constitución de los respectivos países nada diga sobre el particular, en la práctica el derecho internacional consuetudinario tiene aplicación interna automática; tal es el caso, por ejemplo, de las inmunidades diplomáticas, que hay ordenamientos que no tienen preceptos legales sobre ello y, sin embargo, esas inmunidades tienen general aplicación. Ello se debe a que el derecho internacional consuetudinario goza de un envío tácito permanente a la razón. El derecho interno no puede prevenir la aplicación de todas las normas internacionales y, para evitar que los casos de responsabilidad interna-

relaciones diplomáticas y comerciales con los demás Estados y entidades de derecho internacional (art. 120-2-3 y 120-20). En la actual Constitución se conservan idénticas atribuciones.

³⁵ Cavalier, Germán, *El régimen jurídico de los tratados internacionales en Colombia*, op. cit., pp. 526 y ss.

cional se produjeran constantemente, autoriza a los tribunales la aplicación de estas reglas del derecho internacional consuetudinario sin necesidad de un reenvío expreso [...] Por ello, ha de centrarse la cuestión respecto a si existe o no un derecho internacional aplicable sin previa declaración expresa y específica de los Estados.³⁶

También, en algunas Constituciones se insertan disposiciones *programáticas* —“[...] que implican simplemente la necesidad de tenerlas en cuenta en orden a la explicación de futuras actividades eventuales; por ejemplo [...] cuando un órgano ejecutivo actúa en el ejercicio de un poder discrecional”—,³⁷ que se refieren a las relaciones internacionales. En la Constitución colombiana de 1991 se dispone, en el precitado artículo 9:

Art. 9. Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respecto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.

De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.

La bondad y conveniencia de disposiciones de esta naturaleza se pueden explicar y justificar por el beneficio que ellas reportan no sólo para conocer los principios que guían la conducta internacional del Estado sino, también, porque contribuyen a un control de la política exterior desarrollada por los gobiernos.

2. Jerarquía

A. De las normas consuetudinarias

Respecto a la jerarquía de las normas internacionales consuetudinarias, consideramos que ellas tienen un rango superior a la Constitución del país, pues Colombia ha reconocido, en la propia carta magna, el principio que la obliga a regular sus relaciones interesta-

³⁶ Herrero y Rubio, Alejandro, *Derecho internacional público*, t. I, Valladolid, Gráficas Andrés Martín, 1960, p. 96.

³⁷ Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, 3a. ed., trad. Pablo Lucas Verdú, Madrid, Tecnos, 1987, p. 146; de acuerdo con Juan Antonio Travieso, las normas programáticas son “[...] las que tienen carácter de plan o proyecto. Su alcance es programático, no obligatorio en lo inmediato y requieren otras normas para su instrumentación y articulación en el sistema jurídico interno”, *Derechos humanos y derecho internacional*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1990, p. 87.

tales de acuerdo con el derecho internacional, que puede ser convencional o consuetudinario, por lo cual entendemos que no podrá aplicar ninguna norma de su ordenamiento interno que sea contraria a este último ordenamiento, toda vez que no existe ningún límite expreso para su aplicación, como sí ocurre en el caso de los tratados.

En efecto, como vimos anteriormente, uno de los principios de derecho internacional aceptados por Colombia es el de someter su conducta a las prescripciones de este ordenamiento, como se expresa en el citado artículo 3 de la Carta de la OEA.

B. De los tratados internacionales

A efecto de precisar la jerarquía de las normas internacionales convencionales dentro del ordenamiento interno, consideramos pertinente hacer una distinción entre los tratados que se refieren a los derechos humanos y los que no regulan dicha materia, pues los primeros, como veremos, gozan, por reconocimiento expreso, de un grado de prelación superior a la propia Constitución.

En efecto, una parte importante de la doctrina y de la jurisprudencia internacional distinguen, actualmente, entre los tratados que tienen por objeto la regulación de los derechos humanos y los que se refieren a otros temas.

El origen de esta disposición se encuentra, a nuestro entender, en la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), *sobre las reservas a la Convención sobre Genocidio*, emitida el 21 de mayo de 1951, pues en esa oportunidad se observó que en dicha Convención: 1) los Estados no tenían intereses propios, como es lo corriente en la mayor parte de los tratados, por lo cual en esta clase de instrumentos internacionales no puede hablarse de "ventajas o desventajas individuales de los Estados", y 2) en estos acuerdos los Estados tienen un interés común: "[...] preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención".

En igual sentido se pronunció, años después, la Comisión Europea de Derechos Humanos; pero, quizás, sea la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) la que ha precisado mejor estas características de los tratados sobre los derechos humanos, pues en su opinión consultiva relacionada con *el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, de 24 de septiembre de 1982, afirmó que "[...] los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Ame-

ricana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes”, porque

[...] su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.³⁸

La especial naturaleza de los tratados sobre derechos humanos también ha sido reconocida, recientemente, por un tribunal nacional. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, en providencia de 7 de junio de 1992, hace suyo el razonamiento de la CIDH, al afirmar:

[...] una de las características de ese derecho —se refiere al Derecho Internacional de los Derechos Humanos— establece la necesidad de distinguir los tratados internacionales sobre derechos humanos de los tratados de otra especie. El fundamento jurídico de esta posición reside en que los tratados sobre derechos humanos no son un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados sino que, por el contrario, busca establecer un orden público común cuyos destinatarios no son los Estados, sino los seres humanos que pueblan sus territorios. Esta posición jurídica es compartida en Europa y América.³⁹

La doctrina también ha reconocido la diferencia de los tratados sobre derechos humanos de los demás instrumentos internacionales en razón de su contenido, al igual que la orientación actual a otorgarles una jerarquía superior. Héctor Fix-Zamudio, presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), demuestra la tendencia contemporánea hacia la primacía del derecho internacional —especialmente dentro del derecho constitucional latinoamericano—, mediante la constatación de tres hechos: la primacía del derecho internacional general, la creación del derecho comunitario y el respeto del derecho internacional de los derechos humanos. El jurista mexicano comenta:

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 34.

³⁹ Corte Suprema de Justicia, *El derecho*, Buenos Aires, 25 de agosto de 1992, p. 15.

[...] en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos se observa una evolución dirigida a otorgar jerarquía superior, así sea con ciertas limitaciones, a las normas de derecho internacional, particularmente las de carácter convencional, sobre los preceptos de carácter interno, inspirándose de alguna manera en la evolución que se observa en los países de Europa continental con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

Dicha evolución se puede analizar respecto de tres sectores. En primer término, por lo que se refiere al derecho internacional general; en segundo lugar, por lo que se refiere a un incipiente derecho comunitario; y, finalmente, en cuanto al derecho internacional de los derechos humanos, que es el que ha tenido mayor desarrollo en los últimos años [...].

[...] El sector más dinámico es el relativo al derecho internacional de los derechos humanos, que posee un carácter preponderantemente convencional. Varias Constituciones latinoamericanas han otorgado a los tratados de derechos humanos una primacía expresa en el derecho interno. En este sentido podemos mencionar las cartas fundamentales de Guatemala, Perú, Chile y Colombia, pero con algunas modalidades, ya que por una parte la Constitución chilena señala la limitación de la soberanía por los derechos humanos; Perú otorga a las disposiciones de dichos pactos, cuando han sido incorporados al derecho interno, carácter constitucional, y por su parte, la de Colombia, de 7 de junio de 1991, dispone, además de la supremacía de los tratados de derechos humanos en el ámbito interno, que los derechos y deberes consagrados en la propia carta fundamental deben interpretarse de conformidad con los varios tratados.⁴⁰

Esta característica de los tratados sobre derechos humanos, tipificada por una ausencia de facilidades u oportunidades recíprocas, ya se plasma en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, pues allí, si bien es cierto que se establece como principio general que la violación grave de un tratado por una de las partes faculta a la otra para darlo por terminado o suspender su aplicación total o parcial, también es cierto que se establece una excepción, a saber: no se aplicará “[...] a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados” (numeral 5, del artículo 60).⁴¹

⁴⁰ Fix-Zamudio, Héctor, *La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas*, inédito, pp. 25 y ss.; cfr., Buergenthal, Thomas, Claudio Grossman y Pedro Nikken, *Manual internacional de derechos humanos*, op. cit., p. 172.

⁴¹ El numeral 5 fue resultado de la propuesta de enmienda verbal presentada

No debemos olvidar que entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario se observa, cada vez más, una mayor convergencia, que se evidencia, por ejemplo, en la extensión que hace la doctrina del carácter especial de los tratados sobre derechos humanos a los convenios que contienen reglas sobre el derecho humanitario. Antonio Cançado comenta sobre este particular:

La especificidad del *droit de protection* del ser humano, tanto en tiempo de paz como de conflicto armado, es incuestionable, y acarrea consecuencias importantes que se reflejan en la interpretación y aplicación de los tratados humanitarios (derecho internacional humanitario y protección internacional de los derechos humanos). En la implementación de tales instrumentos internacionales se detecta el papel preeminente ejercido por el elemento de la interpretación en la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, que ha asegurado que aquellos tratados permanezcan como instrumentos vivos. En efecto, de la práctica de los diversos órganos de supervisión internacionales emana una convergencia de puntos de vista tanto a la interpretación propia de aquellos tratados, una *jurisprudencia constante*, como a la naturaleza objetiva de las obligaciones que incorporan y a su carácter distinto o especial —en comparación con otros tratados multilaterales de tipo tradicional— como tratados celebrados para la protección de la persona humana y no para el establecimiento o la reglamentación de concesiones o ventajas interestatales recíprocas.⁴²

Por lo cual, podemos concluir con el jurista brasileño:

[...] la reciprocidad es suplantada por la noción de garantía colectiva y por las consideraciones de *ordre public*. Esos tratados incorporan obligaciones de carácter objetivo, que trascienden los menores compromisos recíprocos entre las partes. En suma, se vuelcan a la salvaguarda de los derechos del ser humano y no de los derechos de los Estados, en la que ejerce función clave el elemento del “interés público” común o general (u *ordre public*) superior. Toda la evolución jurisprudencial en lo referente a la interpretación propia de los tratados de protección internacional de los derechos humanos se encuentra orientada en ese

por Suiza, primero en la 61a. sesión de la Comisión Plenaria en el primer periodo de sesiones y luego en la Conferencia en sesión plenaria, el 9 de mayo de 1969 (A/CONF. 39/L.31).

⁴² Cançado Trindade, Antonio Augusto, “Desarrollo de las relaciones entre el derecho internacional humanitario y la protección internacional de los derechos humanos en su amplia dimensión”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 16, julio-diciembre de 1992, p. 45.

sentido. Aquí reside uno de los trazos marcantes que reflejan la especificidad de los tratados de protección internacional de los derechos humanos.⁴³

La Constitución colombiana de 1991 sigue esta orientación, pues da una prelación especial a los tratados sobre derechos humanos, toda vez que en el inciso segundo del artículo 93 se lee: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso,⁴⁴ que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno".⁴⁵

Dentro de un concepto amplio de la expresión "derecho interno", se comprende, a nuestro entender, el ordenamiento constitucional, por lo cual entendemos que, de acuerdo con la norma anteriormente citada, las disposiciones de los tratados sobre derechos humanos y los que prohíben su limitación en los estados de excepción,⁴⁶ prevalecen sobre las normas constitucionales.

Además, debe tenerse en cuenta que en la misma Constitución de 1991 se dispone que "los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia" (inciso 2, artículo 93 de la CN).

Respecto a los demás tratados, la Constitución colombiana no hace una referencia expresa a su jerarquía ni su ubicación frente al ordenamiento interno, salvo cuando indica que "los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna" (4 inciso del artículo 53 de la CN).

Sin embargo, consideramos que por haber ratificado Colombia la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, se aplica el principio establecido en el artículo 27 de este ordenamiento, que dice: "Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".

Y el artículo 46 establece:

43 *Idem*, p. 53.

44 El Congreso, a nuestro entender, autoriza al Ejecutivo para ratificar los tratados. No los ratifica, pues esta facultad es privativa del presidente de la República, o de la persona en quien él delegue dicha facultad.

45 *Constitución Política de Colombia, op. cit.*, p. 38.

46 Estos estados son: de guerra, de conmoción interna y de emergencia económica, ecológica y social. *Cfr.* arts. 212-215, CN.

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.⁴⁷

El precepto consagrado en el artículo 27 establece muy claramente que, en realidad, la norma internacional convencional no sólo condiciona la legislación interna posterior sino que modifica la anterior, toda vez que ella no podrá ser alegada como justificación del incumplimiento de un tratado.

Debe recordarse que la propia Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, estableció un procedimiento que debe seguirse por aquellos Estados que deseen alegar “[...] un vicio de su consentimiento en obligarse por un tratado o una causa para impugnar la validez del tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación ”[...] (artículo 65).

Este principio de la primacía del derecho internacional sobre el interno es, en primer lugar, una norma internacional consuetudinaria, reconocida tanto por la jurisprudencia internacional como por la práctica de los Estados y, además, convencionalmente por aquellos Estados que son parte en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Es preciso observar, finalmente, que este principio tiene dos acepciones, a saber: *a)* El deber del Estado de adecuar su ordenamiento interno al derecho internacional, bien sea convencional o consuetudinario, y *b)* La prevalencia, en principio, del ordenamiento internacional sobre el interno.⁴⁸

47 Moyano Bonilla, César, *La interpretación de los tratados internacionales*, Montevideo, MBA, 1985, p. 275.

48 Moyano Bonilla, César, “Principio de la primacía del derecho internacional”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 24, 1995-1, pp. 315 y ss.

C. De las normas comunitarias

Hacemos referencia al ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, exclusivamente, el cual se halla integrado por los siguientes instrumentos:⁴⁹

- a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos;
- b) El tratado que creó el Tribunal de Justicia;
- c) Las decisiones de la Comisión —órgano supremo del Acuerdo, que fija la política general y las medidas para alcanzar sus objetivos; aprueba decisiones con el voto de los dos tercios de sus miembros, uno por cada gobierno, con efecto para todos los Estados partes—, y
- d) Las resoluciones de la Junta —órgano técnico comunitario, que actúa en función de los intereses de la subregión (artículo 1 del Tratado por el que se crea el Tribunal de Justicia)—.

Cabe observar que las decisiones de la Comisión obligan a los Estados desde el momento de su aprobación y deben ser aplicadas directamente en los países, a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial del Acuerdo*, salvo que en ella se estipule otra fecha o un procedimiento especial de incorporación al derecho interno.⁵⁰

En cuanto a las resoluciones de la Junta, ellas entran en vigor en la fecha y de acuerdo con las especificaciones que el reglamento de dicho órgano establezcan.⁵¹

Es indispensable recordar, a efectos de precisar la jerarquía de estas normas, el principio de la primacía del derecho internacional y el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, que, como vimos, este último prohíbe a los Estados invocar las normas de su derecho interno, “como justificación del incumplimiento de un tratado”.

49 Ha sido aprobado el *Protocolo modificador del Acuerdo de Integración Subregional Andino*, el 10 de marzo de 1996, que crea la Comunidad Andina, introduciendo importantes modificaciones al Acuerdo de Cartagena, que no entramos a estudiar por no encontrarse en vigor, pero adelantando que si bien sus órganos existentes hasta ahora continúan, complementados por nuevos, aquéllos han dejado de llamarse la Comisión, la Junta, el Tribunal y el ordenamiento del Acuerdo de Cartagena, para denominarse “de la Comunidad Andina”.

50 Artículos 2 y 3 del Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

51 Artículo 4 del Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

Con base en ello —una vez que entró en vigencia el llamado Pacto Andino y, posteriormente, el Tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena—, los gobiernos partes estaban en la obligación de introducir en su legislación interna las modificaciones necesarias para el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas, tal como lo dispuso el tratado precitado en su artículo 5,⁵² y es, además, ampliamente reconocido por la doctrina y la jurisprudencia internacionales.

Si los gobiernos no actúan en la forma indicada, y por tal motivo no cumplen con sus obligaciones, el Estado será responsable internacionalmente, y los interesados pueden ejercer la acción de incumplimiento del tratado de integración, que para tal efecto se ha establecido.

El propio Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena ha puesto de presente la necesidad y obligatoriedad del cumplimiento del mencionado artículo 5 del tratado, lo mismo que la prelación del ordenamiento comunitario sobre el nacional. En su sentencia del 25 de mayo de 1988, reiterando parcialmente lo afirmado en una decisión anterior, expresó:

[...] estos preceptos —se refiere a los artículos 2⁵³ y 3⁵⁴ del Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia—, concuerdan con el artículo 5 del tratado, que obliga a los países miembros a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo, por lo que estos países, conforme a esta disposición, se comprometen a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación, y, en consecuencia, cualquier incumplimiento de esta previsión puede ser demandado ante el Tribunal del Acuerdo, en aplicación de lo establecido en la sección primera del capítulo III, artículos 17 a 22 del Tratado [...].⁵⁵

52 "Artículo 5. Los Países miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación". Cfr. Uribe Restrepo, Fernando, *El derecho de la integración en el grupo andino*, Quito, 1990, p. 223.

53 "Artículo 2. Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por la Comisión".

54 "Artículo 3. Las Decisiones de la Comisión serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su aplicación en la *Gaceta Oficial del Acuerdo*, a menos que las mismas señalen una fecha posterior".

55 La sección primera regula la acción de nulidad.

En cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señala la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en tal caso corresponde a la comunidad. En otros términos, la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitaria [...] Este efecto de desplazamiento de la norma nacional, como resultado del principio de aplicación preferente, resulta especialmente claro cuando la ley posterior —que ha de primar sobre la anterior de acuerdo con principios universales de derecho— es precisamente la norma comunitaria [...]⁵⁶

Es oportuno observar que se ha establecido en el mismo ordenamiento del Acuerdo de Cartagena una acción en beneficio de las personas afectadas por el incumplimiento de las obligaciones del Estado, y que, por tanto, tienen el derecho de pedir en juicio la reparación de los perjuicios que el hecho internacionalmente ilícito les haya causado.⁵⁷ Dicha acción se caracteriza:

1) Porque debe plantearse ante los “tribunales nacionales” competentes;

2) Procede cuando los Estados miembros del Acuerdo Subregional Andino “incumplan lo dispuesto en el artículo 5” es decir, se abstienen de acatar las obligaciones:

a) De hacer: “adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento del Acuerdo de Cartagena”.

Lo anterior, en razón de que si bien existen disposiciones en el derecho comunitario que pueden aplicarse directamente por ser completas, otras, por no serlo, requieren de normas del derecho interno. La aplicabilidad directa de las normas del Acuerdo de Cartagena, de sus protocolos e instrumentos adicionales, así como las del tratado que crea el Tribunal de Justicia, observa José G. Andueza, depende de que ellas sean o no completas, es decir, que contengan los elementos objetivos y subjetivos perfectamente determinados. Si esas normas son incompletas, corresponderá a los órganos del Acuerdo o al de-

⁵⁶ Cavelier Abogados, *op. cit.*, v. 1, pp. 228 y ss. Cfr. Comisión de las Comunidades Europeas, *Treinta años de derecho comunitario*, Bruselas, 1981, pp. 115 y ss.

⁵⁷ El artículo XXVII del Tratado que creó el Tribunal establece: “Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el artículo 5 del presente tratado, en casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento”.

recho interno completarlas o desarrollarlas para que tengan plena validez.⁵⁸

- b) De no hacer: "no adoptar"; "no emplear" medida alguna: 1) contraria a "las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena", o 2) que "de algún modo obstaculice su aplicación".

3) Las personas podrán ejercer esta acción, siempre que "sus derechos resulten afectados", porque el Estado no cumpla con las obligaciones indicadas en el punto anterior.

La decisión del juez nacional deberá, si se dan todos los supuestos anteriormente indicados, anular los actos de su gobierno contrarios al derecho comunitario o que obstaculicen su aplicación, disponiendo, además, las indemnizaciones correspondientes. Ello, por cuanto al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena no es competente para disponer ni la anulación del derecho interno ni la indemnización a las personas perjudicadas por el incumplimiento del Estado.

Por lo anterior, puede concluirse: el tratado que creó el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena otorga al particular lesionado el derecho de acudir ante los tribunales nacionales del Estado que haya violado las obligaciones que le impone el artículo 5 del mismo tratado.

Finalmente, cabe observar que si el juez o tribunal nacional competente para conocer de la demanda se niega a aceptarla, se presenta un incumplimiento del tratado, y, por tanto, una violación del mismo por parte del Estado. Esta situación conduciría a que la Junta del Acuerdo de Cartagena interviniera a efectos de la acción de incumplimiento, tal como lo dispone el artículo XXIII del tratado que creó el Tribunal de Justicia. La precitada disposición establece:

Cuando la Junta considere que un país miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, le formulará sus observaciones por escrito. El país miembro deberá contestarlas dentro de un plazo compatible con la urgencia del caso, que no excederá de dos meses. Recibida la respuesta o vencido el plazo, la Junta emitirá un dictamen motivado.

⁵⁸ Andueza, José Guillermo, "La aplicación directa del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena", *El Tribunal del Acuerdo de Cartagena*, Buenos Aires, BID-INTAL, 1985, p. 36.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el país miembro persistiere en la conducta que ha sido objeto de observación, la Junta podrá solicitar el pronunciamiento del Tribunal.

De donde podemos concluir:

- a) Que las normas del ordenamiento comunitario del Acuerdo de Cartagena deben ser cumplidas por los Estados miembros, entre ellos Colombia, para lo cual los gobiernos deben adoptar las disposiciones necesarias para su aplicación, al igual que les está prohibido establecer normas que sean contrarias a dicho ordenamiento u obstaculicen su aprobación.
- b) Que las normas comunitarias deben aplicarse con prelación a las disposiciones del ordenamiento interno;
- c) Que las personas afectadas por el incumplimiento de las obligaciones del Estado respecto a la aplicación del ordenamiento comunitario tienen derecho a pedir el juicio ante los tribunales nacionales la reparación de los perjuicios, sin olvidar que existe, además, la acción de incumplimiento, que puede ser ejercida por la Junta del Acuerdo o por otro Estado, cuando se considere que un país miembro “[...] ha incurrido en incumplimiento de las obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena [...]” (artículo 23 del Tratado que creó el Tribunal de dicho acuerdo).

IV. PROCEDIMIENTO PARA DIRIMIR CONFLICTOS ENTRE LAS NORMAS INTERNACIONALES O COMUNITARIAS Y LAS DISPOSICIONES DEL ORDENAMIENTO INTERNO

A nuestro entender, en Colombia existen cuatro procedimientos que pueden seguirse para la solución de esta clase de conflictos, según sea la materia de que se trata. Ellos son:

- a) Procedimiento político ante el Congreso;
- b) Procedimiento judicial ante la Corte Constitucional;
- c) Procedimiento según la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969 y
- d) Procedimiento ante el Tribunal del Acuerdo de Cartagena.

Veamos cada uno de ellos.

1. Procedimiento político ante el Congreso

Se ha establecido dentro de la doctrina y la práctica constitucional de algunos Estados, un control político y un control judicial para salvaguardar la constitucionalidad de los tratados internacionales.⁵⁹

El control político de los tratados tiene su origen en la democratización de las relaciones internacionales, que surge por la intervención de los pueblos en el estudio y análisis de estas cuestiones, lo que dichas comunidades ejecutan a través de los parlamentos,⁶⁰ mediante: a) las interpelaciones, mociones, resoluciones o solicitud de informes que los congresistas hacen a los ministros; b) por la facultad que se otorga en algunos parlamentos a sus miembros para hacer reservas a los tratados,⁶¹ y c) por la aprobación de los tratados por medio de leyes,⁶² etcétera.

Respecto a la aprobación de los tratados por el Congreso —que numerosas Constituciones exigen como requisito indispensable y anterior a la manifestación de la voluntad del Estado en obligase internacionalmente—, algunos constitucionalistas han entendido que ella constituye un claro control político,⁶³ que sirve, a su vez, como:

⁵⁹ En cuanto al control constitucional general, se distingue, en atención al órgano que lo realiza, un control político y un control constitucional judicial o jurisdiccional. El primero coloca al control fuera de la administración de justicia —Consejo Constitucional de Francia—, en tanto que el segundo lo ubica allí. Algunos autores subdividen a este último en jurisdiccional difuso y concentrado. Cfr. Bidart Campos, Germán J., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, op. cit., p. 125.

⁶⁰ “[...] desde el momento en que se admite que la soberanía reside en el pueblo, desde el momento en que el pueblo no puede ejercitar tal soberanía sino por medio de la representación política, el órgano —parlamento— que representa al titular de la soberanía se convierte en el centro mismo del sistema político”. Cfr. García Morillo, Joaquín, *El control parlamentario del gobierno en el ordenamiento español*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1985, p. 18.

⁶¹ En Colombia esta facultad no está expresamente consagrada en la Constitución de 1991, pero sí en la ley 5 de 1992, declarada, esta última, constitucional por la Corte Constitucional, en sentencia del 17 de junio de 1993. Compartimos plenamente los argumentos en que Germán Cavelier sustentó la acción pública de inconstitucionalidad, desatendidos, lamentablemente, por dicho órgano jurisdiccional, no obstante las razones aducidas, también por el procurador general, en concepto del 20 de abril de 1993.

⁶² La Constitución belga parece ser la primera carta política escrita en consagrar la intervención del parlamento, al disponer en el artículo 68 de la Constitución de 1831: “El rey [...] firma los tratados de paz, de alianza y de comercio, dando conocimiento a las Cámaras en cuanto lo permitan los intereses y la seguridad del Estado [...] Los tratados de comercio y cuantos sean susceptibles de gravar al Estado u obligar individualmente a sus súbditos belgas sólo surtirán efectos después de haber obtenido el asentimiento de las Cámaras.

⁶³ Paolo Biscaretti di Ruffia recuerda cómo este control tuvo sus orígenes y fue acogido en la mayoría de los Estados europeos del siglo pasado, bien sea porque se

[...] una especie de control previo de constitucionalidad sobre las leyes aprobatorias de tratados públicos [...] que, por lo mismo, excluye el control jurisdiccional sobre aquellos por ser partes de un acto de derecho internacional, y por entenderse que las cámaras se abstendrán de aprobar normas de ese carácter contrarias a la Constitución, aunque también esa decisión envuelva criterios políticos de conveniencia y oportunidad.⁶⁴

Para el caso colombiano, concretamente, Luis Carlos SÁCHICA, al referirse a la aprobación de los tratados por el Congreso, afirma:

Se podría agregar que el Congreso Nacional ha ejercido un previo control político, cuando examina el tratado para impartirle su aprobación, y que ésa es la oportunidad para impedir la adopción de normas inconstitucionales, originarias del campo internacional. Indudablemente, es este el sentido que debe darse a tal aprobación legislativa. Pues, de lo contrario, sería una simple solemnidad, un formalismo innecesario o una cuestión reducida a consideraciones de mera conveniencia y oportunidad.⁶⁵

Esta clase de intervención ha logrado una injerencia de los parlamentos en la formulación y aplicación de la política internacional, no obstante que ella está a cargo, normalmente, del jefe de Estado y de su ministro de relaciones exteriores.⁶⁶

2. *Procedimiento judicial ante la Corte Constitucional*

Se hace con relación a la carta política del Estado, pues, como la doctrina lo ha reconocido, la introducción de los tratados en el orden jurídico interno plantea no solamente el problema de la forma y de las modalidades de su recepción, sino también un problema de fondo: el de la compatibilidad del tratado con las estructuras fundamentales de ese ordenamiento jurídico, es decir, su Constitución.⁶⁷ Esto nos conduce al control jurídico de la constitucionalidad

consideraba que un control judicial iba contra la teoría de la división de los poderes o porque se entendía que el Congreso era considerado como el único intérprete de la voluntad popular. Sin embargo, concluye que en la actualidad este sistema se encuentra casi totalmente abandonado dentro del derecho comparado. *Cfr. Derecho constitucional*, 3a. ed., trad. Pablo Lucas Verdú, Madrid, Tecnos, 1987, p. 581.

64 SÁCHICA, Luis Carlos, *El control de constitucionalidad*, Bogotá, Temis, 1988, p. 51.

65 *Idem*, p. 65.

66 Biscaretti di Ruffia, Paolo, *op. cit.*, p. 411.

67 Constantinesco, L., "L'introduction et le controle de la constitutionnalité des

de los tratados, el cual trae, como consecuencia inmediata y práctica, que si ellos no están de acuerdo con la carta fundamental, puedan plantearse varias alternativas, de acuerdo con el momento en que se produzca, así: necesidad de su denuncia; formulación de reservas; revisión de la propia Constitución o la imposibilidad de su ratificación.

A. *Control constitucional de los tratados*

El derecho constitucional comparado presenta, a nuestro entender, cinco alternativas respecto del control constitucional de los tratados internacionales: *a)* lo prohíbe expresamente; *b)* lo acepta en forma indirecta; *c)* lo establece para antes, o después, de que el Estado exprese su voluntad de obligarse internacionalmente; bien sea que el tratado haya o no entrado en vigor, *d)* reconoce un sistema mixto, que combina los dos últimos, y *e)* lo acepta sólo parcialmente. De estas alternativas nos referiremos sólo a las que son aplicables a Colombia.

a. Prohibición del control constitucional

De acuerdo con la Constitución holandesa, por ejemplo, “[...] los jueces no podrán enjuiciar la constitucionalidad de los tratados” (inciso 3, artículo 68).

A esta misma conclusión se puede llegar cuando en ausencia de una expresa disposición de la Constitución que excluya a los tratados del control constitucional, como la holandesa, los órganos nacionales a quienes se les haya confiado la guarda de la carta política se abstienen de hacerlo. Un ejemplo lo tenemos en Colombia, pues la Corte Suprema de Justicia, antes de la vigencia de la actual Constitución de 1991, se declaró, en la mayoría de las oportunidades, incompetente para decidir sobre las demandas que pedían su pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de un tratado o de su ley aprobatoria.

traités et en particulier des traités européens en droit allemand”, *Rev. Belge de D.I.*, 1969/2, p. 434, en Espada Ramos, María Luisa, “El control interno de los tratados internacionales”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, vol. XXXII, núms. 1-2, 1980, p. 24.

En efecto, la Constitución colombiana de 1886 otorgaba a la Corte Suprema de Justicia la guarda de su integridad, correspondiéndole, por tanto, “[...] decidir definitivamente sobre la exequibilidad (constitucionalidad) de todas las leyes” (artículo 214). No obstante este precepto, que no establecía restricción o limitación a la competencia conferida, la propia Corte se autolimitó al abstenerse de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes aprobatorias de los tratados, por considerar que constituían una unidad jurídica con el tratado internacional, entendido como un acto jurídico complejo.

b. Reconocimiento del control constitucional

El sometimiento de los tratados al control jurisdiccional de los actos estatales se deduce, comenta Jorge Reinaldo Vanossi, “[...] por aplicación de las reglas de ese sistema de controlador que, para ser eficaz, requiere que todo el ordenamiento jurídico derivado de la Constitución sea materialmente justiciable a los efectos de determinar la conformidad de cada una de esas normas con la Constitución”.⁶⁸

El control constitucional de los tratados puede ser previo a la manifestación de la voluntad estatal de obligarse internacionalmente, o posterior a ella.

*Control previo a la ratificación del tratado.*⁶⁹ A este control se refiere Antonio la Pέργola, para sustentar su conveniencia; así:

[...] El tratado, incluso cuando prevalece sobre las leyes internas incompatibles, no importa si anteriores o sucesivas, está siempre subordinado a los principios sancionados en el texto fundamental; es decir, a los valores irrenunciables e inderogables del ordenamiento constitucional [...]

[...] el control preventivo asegura la subordinación del derecho producido mediante la adaptación a los valores fundamentales del orden constitucional; por lo tanto, este es el presupuesto para que tal producción normativa pueda prevalecer en relación con la ley ordinaria.⁷⁰

⁶⁸ Vanossi, Jorge Reinaldo A., *Régimen constitucional de los tratados*, Buenos Aires, Editorial El Coloquio, 1969, p. 199.

⁶⁹ Por ratificación entendemos, siguiendo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969: “[...] el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado” (literal b, numeral 1 del art. 2).

⁷⁰ Pέργola, Antonio la, *Poder exterior y Estado de derecho*, op. cit., pp. 29 y ss.

En Colombia, la nueva Constitución, aprobada el 6 de julio de 1991, establece un control preventivo de la constitucionalidad de los tratados, el cual se extiende a su ley aprobatoria, que lo realiza la Corte Constitucional, una vez que el presidente de la República haya sancionado la ley que lo aprueba. Dicho control se refiere a la constitucionalidad intrínseca y extrínseca.

Este control es requisito previo para que el presidente colombiano pueda manifestar el consentimiento del Estado en obligarse internacionalmente.

En el evento de que la Corte encuentre inconstitucional alguno o algunos de los artículos de un tratado multilateral, el presidente de la República, si lo desea, puede proceder a manifestar su voluntad de obligar internacionalmente al Estado, pero debe hacer la reserva respectiva,⁷¹ en relación con las disposiciones que la Corte declare inconstitucionales (inexequibles). La disposición comentada expresa:

Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones [...]

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el presidente de la república sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.⁷²

Este control previo de constitucionalidad ha sido calificado de automático, por cuanto “[...] su operancia no se supedita a la existencia de acción ciudadana debidamente formulada; por el contrario, la función de control se pone en marcha tan pronto como el gobierno sancione la ley aprobatoria, o, a más tardar, dentro de los seis días siguientes”.⁷³

⁷¹ La ley 5 de 1992, declarada constitucional por la Corte Constitucional, otorgó a los congresistas el derecho a formular reservas a los tratados internacionales, lo mismo que a determinar la fecha de su vigencia.

⁷² *Constitución Política de Colombia, 1991*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Emfasar, 1991, p. 76.

⁷³ Angarita Barón, Ciro, *El control de constitucionalidad de los tratados públicos y de sus leyes aprobatorias en las Constitucionales de 1886 y 1991*, inédito, p. 79.

La Corte Constitucional colombiana ha destacado la importancia del control previo, al considerarlo como el medio idóneo para “[...] adecuar el contenido y forma del tratado y de la ley que lo aprueba, al espíritu de la norma fundamental. Que el control fuera posterior, en cambio, implicaría entrar en prerrogativas no debidas, por cuanto podría equipararse a una intromisión en lo que le corresponde por naturaleza jurídica a la rama ejecutiva del poder público”. Y más adelante agrega:

Si el control es previo, obviamente habrá una armonía entre las funciones de la rama ejecutiva y las de la rama judicial; pero si se hace fuera de la oportunidad, es decir, posteriormente, se entra en colisión de competencias entre las dos ramas, lo cual va en contra del orden jurídico, ya que éste supone la armonía y consonancia de las funciones diversas, que se ven afectadas con toda interferencia.⁷⁴

En Colombia, en razón de su sistema jurídico, algunos tratadistas han considerado que junto al control previo anterior existe otro, también previo a la manifestación del consentimiento del Estado en obligarse internacionalmente, que se puede realizar mediante el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, de acuerdo con la cual todo ciudadano —se excluye a los extranjeros y a los menores de 18 años— puede defender, por medio de su ejercicio, la Constitución y la ley.⁷⁵

Esta interpretación, que tiene su fundamento en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución,⁷⁶ ha sido expuesta por Ciro Angarita Barón, ex magistrado de la Corte Constitucional, y acogida por dicho órgano jurisdiccional.⁷⁷ En efecto, cualquier ciudadano, según esta

⁷⁴ Corte Constitucional, *Sentencia núm. 276*, julio 22 de 1993, inédita, p. 12.

⁷⁵ Cfr. Sáchica, Luis Carlos, “La acción pública de inconstitucionalidad”, *La Corte Constitucional y su jurisdicción*, Santa Fe de Bogotá, 1993, pp. 74 y ss., y Sanin Greiffenstein, Jaime, “La acción popular de inexequibilidad”, *La defensa judicial de la Constitución*, op. cit., p. 129. Art. 242 de la Constitución colombiana de 1991: “Los procesos que se adelaten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones: 1. Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente —en el caso que nos interesa las del numeral 10 transcrito— e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública [...]”.

⁷⁶ Art. 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones “[...] 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”.

⁷⁷ Corte Constitucional, *Sentencia núm. C-027*, op. cit., p. 107.

tesis, puede demandar —antes de expresarse la manifestación del consentimiento del Estado en obligarse internacionalmente— por inconstitucionalidad la ley aprobatoria de un tratado internacional, por razones de fondo y de forma, siempre que, en el último caso, se intente antes del año siguiente a su publicación. Este último requisito se explica porque, de acuerdo con la carta fundamental, las acciones por vicios de forma que se inicien ante la Corte Constitucional “[...] caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto” (núm. 3, del artículo 242).

Las razones aducidas por la Corte Constitucional para sustentar esta tesis, son: *a)* por su competencia para conocer de las demandas, antes de que se perfeccione internacionalmente el tratado; *b)* porque tal conclusión está acorde con el respeto al derecho interno, postulado por el ordenamiento internacional, y *c)* porque la ley aprobatoria de un tratado no deja de ser una ley y, por tanto, está sujeta al control constitucional.⁷⁸

De acuerdo con la Constitución colombiana, no se podrá volver a cuestionar la constitucionalidad de los tratados ni de su ley aprobatoria, una vez que la Corte Constitucional se haya pronunciado sobre ella, pues su sentencia es definitiva,⁷⁹ y podrá referirse tanto a la constitucionalidad intrínseca como a la extrínseca.

Cabe observar, finalmente, que la Corte, por disposición constitucional, cuando encuentre “[...] vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto” (parágrafo del artículo 241 de la Constitución).

Control posterior a la ratificación del tratado. La Corte Constitucional de Colombia afirmó, en sentencia de 5 de febrero de 1993, su competencia para pronunciarse sobre las demandas de inconstitucionalidad que se presenten, mediante acción pública, contra los tratados ya ratificados, y sus leyes aprobatorias, cuando el órgano interno competente para celebrarlos haya incurrido en un vicio de competencia manifiesto. Se lee en la sentencia precitada:

⁷⁸ *Ibidem.*

⁷⁹ En efecto, el artículo 243 de la Constitución de Colombia dice: “los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

La Corte Constitucional colombiana se pronunció sobre la constitucionalidad del Concordato y Protocolo Final entre la República de Colombia y la Santa Sede, y de su ley aprobatoria, en sentencia de 5 de febrero de 1993 y en ella, no obstante que quienes ejercieron la acción —fundada en la supuesta violación de varios artículos de la carta política—, se abstuvieron de afirmar que dicho concordato violaba normas de *ius cogens* internacional. La Corte analizó tal hipótesis, al señalar —luego de haber afirmado previamente que la Constitución de 1991 incorporó

[...] los contenidos normativos de derecho imperativo sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario, integrantes del *corpus cogens*—, que [...] un control integral e intemporal respecto de los tratados ya perfeccionados que eventualmente comporten presunto desconocimiento de una norma sobre derechos humanos o derecho internacional humanitario perteneciente al *ius cogens*, sirve, en lo fundamental y de manera simultánea, a los intereses del derecho internacional y del derecho interno, como quiera que este se enderece a dar plena vigencia a los contenidos axiológicos integrantes del *ius cogens* y en razón a que, según ya se expresó, tanto la carta de 1991 como el derecho internacional público se identifican en el propósito último de garantizar de manera concreta y efectiva el respeto y la protección de los derechos humanos.

Puesto que el control constitucional confiado por la Constitución a esta corporación apunta a ese final, mal podría plantear una contradicción con los postulados del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que lo fundamentan y constituyen *su razón* de ser.

Ahora bien, si lo ontológico es lo granítico, necesario es concluir que en esta materia el control constitucional, a más de integral y material, debe ser intemporal. Así lo dicta la efectiva protección y garantía de los derechos fundamentales, la cual no puede limitarse a los tratados futuros —aunque, desde luego, no cabe duda que éstos se sujetan al mismo—. Ciertamente, un convenio internacional ya perfeccionado es susceptible de comportar transgresiones a dichos postulados.⁹²

De donde la Corte consideró, respecto del *ius cogens* internacional:

- a) El control constitucional debe ser integral⁹³ e intemporal, es decir, en cualquier momento, sobre aquellos tratados que, aún

⁹² Corte Constitucional, *Sentencia C-027*, inédita, pp. 132 y ss.

⁹³ “El control jurídico-constitucional, ha expresado la Corte Constitucional de Colombia, debe ser integral y no parcial o limitado a uno de los aspectos de la institución,

las leyes y decretos [...] cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano”.

En la Corte Suprema de Justicia se sustentaron cuatro tesis distintas respecto de su competencia para conocer de la inconstitucionalidad de la ley aprobatoria de un tratado, a saber:

Tesis de la falta de competencia absoluta. Primó durante siete décadas, desde la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 6 de julio de 1914 hasta la del 6 de junio de 1985.

Las leyes aprobatorias de los tratados internacionales —consideró el máximo órgano jurisdiccional colombiano de ese entonces— “difieren sustancialmente de las leyes ordinarias”, tienen un “carácter especial”. La ley aprobatoria de un tratado

[...] no puede ser materia de revisión constitucional atendida la circunstancia simple, pero categórica, de que esta clase de normaciones forman parte de convenios internacionales, que hacen suponer, entonces, que su juzgamiento implica también el del tratado mismo, que, como es sabido, sólo compete al presidente de la república (artículo 120-20), como supremo director de las relaciones internacionales.⁸²

Esta doctrina se fundamenta, como puede observarse, en la consideración de que el tratado y la ley que lo aprueba constituyen un acto único, de competencia exclusiva del presidente de la República, y en la naturaleza especial de la ley aprobatoria del acto internacional.

Juzgamos oportuno recordar la existencia de la tesis contraria, es decir, la que niega toda distinción entre las leyes que aprueban, o no, tratados internacionales, afirmada en otro ordenamiento jurídico. Así, la Corte Suprema de Justicia de Chile, sobre este particular, sostuvo

[...] que si bien es facultad exclusiva del presidente de la república mantener relaciones políticas con las potencias extranjeras, conducir las negociaciones, hacer las estipulaciones preliminares [...] como imperativamente lo indica el número 19 del artículo 73 de la Constitución política del Estado, el mismo precepto agrega, en forma también imperativa, que “los tratados antes de su ratificación, se presentarán a la aprobación del Congreso”, imponiendo de este modo un requisito o trámite esencial para la tramitación definitiva de esa clase de pactos,

⁸² *Concepto del vicesprocador general de la nación*, núm. 1180, junio 4 de 1987, pp. 4 y ss.

sin cuya concurrencia no podrán tener ellos ni vida legal ni fuerza obligatoria alguna.⁸³

Que esta estructura jurídica de los tratados internacionales, y principalmente la existencia constitucional de que intervengan en su aprobación los cuerpos legisladores, hace que ellos sean verdaderas leyes, ya que en su generación, desarrollo y promulgación oficial se reúnen todos y cada uno de los elementos constitutivos de la ley, tal como la define el artículo 1 del Código Civil.⁸⁴

Si se considera que el tratado, al ser aprobado por una ley, queda ubicado jerárquicamente en el mismo plano que ella, puede, en consecuencia, derogar leyes, pero puede, también, ser derogado por una ley posterior. En todo caso, en ningún evento puede derogar la norma constitucional, por ser esta una disposición de jerarquía superior; en cambio, sí procedería si la hipótesis fuese al contrario; es decir, la Constitución posterior derogaría la norma internacional que le fuese contraria.

Tesis de la competencia temporal o precaria. Fue acogida por la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 6 de junio de 1985, y continuó en vigor hasta el 9 de abril de 1991, cuando se pronunció por última vez sobre esta cuestión, aunque hubo importantes salvamentos de votos de quienes no compartían dichas tesis.

La Corte afirmó que su competencia para conocer de la demanda de inconstitucionalidad contra la ley aprobatoria de un tratado existía, solamente, entre el momento “[...] en que el Congreso nacional aprueba la ley”, y precluía “[...] cuando se perfecciona el instrumento internacional”, por cuanto:

83 La Constitución chilena vigente, a partir del 21 de octubre de 1980, modificó las disposiciones citadas, aunque, a nuestro entender, no sustancialmente, en el aspecto que nos interesa, pues el artículo 32 establece que son atribuciones especiales del presidente de la república “[...] 17. Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 50, núm. 1. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretas si el presidente de la república así lo exigiere”. Y el artículo 50, en el inciso primero de su numeral primero, establece: “Son atribuciones exclusivas del Congreso: 1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presente el presidente de la república antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley”. Cfr. *Constitución Política de Chile*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981, pp. 33 y 46.

84 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XII, 2a. parte, sección 1, p. 104. Cit. en Benadava, Santiago, “Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno ante los tribunales chilenos”, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, t. LIX, núms. 1 y 2, pp. 15 y ss.

[...] el convenio o tratado sólo nace a la vida jurídica una vez que, además de la ley aprobatoria, se haya producido el canje de ratificaciones o el depósito de los instrumentos de ratificación; de acuerdo con la disposición del artículo 1 de la ley 7 de 1994 [...] antes de la vigencia de los tratados, estos son actos jurídicos imperfectos que, por ende, aún no producen efectos internacionales [...] lo que significa que las leyes aprobatorias de ellos si bien no alcanzan aún, en ese período, a producir efectos entre los Estados celebrantes, sí ostentan el carácter común de normas de derecho público interno, hasta ese momento iguales a las demás que expide el Congreso, y, sujetas, por tanto, como estas, al juicio de constitucionalidad que compete a la Corte, sin que ello implique agravio alguno al compromiso internacional, sencillamente porque él aún no existe en razón de que el acto que lo contiene y lo produce no está perfeccionado.⁸⁵

La tesis anterior sirvió de antecedente doctrinal al actual inciso 10 del artículo 241 de la Constitución de 1991, transcrito anteriormente.

Tesis de la competencia absoluta. Fue expuesta en la Corte Suprema de Justicia de Colombia, por los magistrados que salvaron su voto en las sentencias del 14 de julio de 1914 y del 6 de junio de 1985, por considerar que a la Corte le competía “[...] la guarda de la integridad de las instituciones y de la integridad nacional”, y por entender que la “[...] guarda de la integridad de la Constitución no tiene excepciones, ni de tiempo ni de materia, y abarca, de contera, las leyes aprobatorias de los tratados públicos, cualquiera que sea la oportunidad en que se ejercite la acción respectiva [...]”.⁸⁶

Tesis de la competencia intemporal. Se enunció en la sentencia del 12 de diciembre de 1986, y sostiene, con fundamento en la separación entre el tratado y su ley aprobatoria, la competencia de la Corte para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra esta última en cualquier tiempo. La Corte expresó en esa oportunidad:

⁸⁵ *Concepto del viceprocurador general de la nación*, núm. 1180, junio 4 de 1987, pp. 4 y ss.

⁸⁶ Sobre el tema de las leyes aprobatorias de tratados y su control constitucional en Colombia antes de la reforma de la Constitución de 1991, puede consultarse la excelente obra de Cavellier, Germán, *El régimen jurídico de los tratados internacionales en Colombia*, 2a. ed., *op. cit.*, pp. 103-136 y 487-542. Puede consultarse, igualmente: Gaona Cruz, Manuel, *Control y reforma de la Constitución en Colombia*, t. II, Bogotá, Ministerio de Justicia, 1988, pp. 7-166; Ortiz, Julio César, “El sistema de control constitucional en Colombia”, *Revista Jurídica*, Universidad Externado de Colombia, v. 5, núm. 1, enero/junio, 1991, p. 31; Garcés Lloreda, María Teresa, “El control de constitucionalidad en Colombia”, *op. cit.*, p. 95.

El divorcio o separación que se predica de la ley con respecto al tratado para efectos de su impugnación por vicios formales, a diferencia del ataque que se haga sustancialmente, no tiene límite en el tiempo, ni subsiste hasta que el tratado sea canjeado; por el contrario, el vicio constitucional que afecta a la ley es verificable por la Corte en cualquier momento, y de él no se purga o redime por el hecho de entrar en vigencia, pues esta vigencia es precaria por la irregularidad de que adolece.

Para que la ley pueda ser tenida como parte integradora del tratado e inseparable de éste, es menester que se ajuste o adecue a los requisitos constitucionales necesarios para su existencia, pues un acto que sólo aparentemente ostente la calidad de ley por haberse expedido sin el cumplimiento íntegro de esos requisitos o formalidades, no es apto para cooperar en la formación del acto complejo, y por ende, su impugnación o juzgamiento constitucional no afecta ni se proyecta en el ente contractual internacional que por el mismo motivo no nace aún a la vida del derecho ni trasciende al ordenamiento interno.⁸⁷

Esta tesis, como lo advirtió la propia Corte en esta sentencia, no se opone ni rectifica la de la competencia temporal o precaria, expuesta, anteriormente, en el punto 2).

Finalmente, debemos tener presente que el control de constitucionalidad de los tratados puede versar sobre los vicios extrínsecos, sobre los intrínsecos, o sobre ambos, como ocurre en Colombia y en España. En este último país la doctrina reconoce, casi unánimemente, que mediante el control de constitucional previo se tendrán en cuenta las estipulaciones del propio tratado, es decir, la constitucionalidad intrínseca. Por el contrario, el control posterior puede ejercerse tanto sobre los vicios intrínsecos como sobre los extrínsecos o formales.⁸⁸

d. Las normas de *ius cogens* y el control constitucional

El concepto de norma de *ius cogens*, adoptado por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969,⁸⁹ y posteriormente

⁸⁷ *Gaceta Judicial*, núm. 2426, t. CLXXXVII, pp. 603 y ss.

⁸⁸ Cfr. Remiro Brotons, Antonio, *Derecho internacional público. 2. Derecho de los tratados*, op. cit., p. 137, y González Campos, Julio D., Luis I. Sánchez Rodríguez y Ma. Paz Andrés Sáenz de Santa María, *Curso de derecho internacional público*, op. cit., pp. 157 y ss.

⁸⁹ "Artículo 53. Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*) "[...] Para los efectos de la presente convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en control y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

reiterado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, o entre Organizaciones Internacionales, de 1986, se integra por los elementos siguientes:

- a) Es una norma de derecho internacional general, establecida por la costumbre, mediante la práctica de los Estados y otros sujetos del derecho internacional, como las organizaciones internacionales.
- b) Debe ser aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Esta última expresión —“en su conjunto”— no significa que debe ser admitida por la totalidad de los Estados miembros de la comunidad internacional, sino que requiere la aceptación de una amplia mayoría de ellos.

Al no ser la comunidad internacional de Estados un foro o entidad perfectamente determinable, debe admitirse que su pronunciamiento sobre la aceptación de la calidad de *ius cogens* de una norma puede hacerse por la costumbre, los tratados, las resoluciones o declaraciones de las organizaciones internacionales, la jurisprudencia internacional y la doctrina.

- c) Es una norma que no admite acuerdo en contrario. Ello en razón de que su propósito es proteger los intereses de la comunidad internacional, que están por encima del interés individual del Estado.

Por consiguiente, los Estados no podrán eximirse de su cumplimiento en forma colectiva ni individual, ni aun, si pudiesen probar que nunca la han reconocido. Estas normas están, por tanto, por sobre la voluntad de los Estados y demás sujetos del ordenamiento internacional.

- d) Sólo puede ser modificada por una norma ulterior de igual naturaleza. Al aceptarse esta hipótesis, se está admitiendo la posibilidad de un cambio en el concepto de la comunidad internacional respecto al carácter de una norma de *ius cogens*, con lo que se rechaza la idea de inmutabilidad de tal precepto.

El reconocimiento de la jerarquía suprema a la norma *ius cogens*, aunque no de sus fuentes, establece la obligatoriedad incontrovertible de su cumplimiento para todos los Estados, con prescindencia de cualquier otra disposición, tanto internacional como interna.

Esta obligatoriedad para el Estado de cumplir la norma *ius cogens*, en todas sus actividades individuales —y no sólo en las colectivas—,

deriva del hecho de que tales normas protegen intereses esenciales para la comunidad internacional, que, por consiguiente, se afectan por toda actividad estatal, o de una organización internacional, contraria a ella.

Por tal motivo, la violación de una norma imperativa constituye un crimen internacional, como lo acepta, actualmente, la mayor parte de la doctrina.

Las normas imperativas se encuentran en la costumbre internacional, preferentemente, pues son normas de derecho internacional general, pero pueden caracterizarse como tales, en los tratados, en la jurisprudencia y en la doctrina internacionales y en las resoluciones o declaraciones de las organizaciones internacionales, como se indicó anteriormente.

Las normas así caracterizadas, aunque no existe un acuerdo unánime en la doctrina, ni en la jurisprudencia ni en la costumbre internacionales, son, principalmente, las disposiciones relacionadas con el respeto a los derechos fundamentales de la persona humana; la prohibición del uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales y la inviolabilidad de las misiones diplomáticas y consulares.

Por la trascendencia que tienen dichas disposiciones para la comunidad internacional, se ha establecido como sanción la nulidad absoluta para el tratado que se acuerde en violación de una norma existente de *ius cogens*, en tanto que para aquel que quede en oposición con una nueva norma imperativa, su nulidad es a partir de la fecha en que se establezca la disposición sobreveniente.

La declaración o constatación de si una norma es o no de *ius cogens* corresponde hacerla a la Corte Internacional de Justicia, en ausencia de un acuerdo entre las partes, bien sea que este se logre mediante negociaciones directas, o por algunos de los medios contemplados en el artículo 33 de la Carta de la ONU.

Si las normas de *ius cogens* ocupan la cúspide en la pirámide jurídica, siendo su cumplimiento ineludible para los Estados, razón por la cual deben cumplirlas tanto en sus relaciones con los demás Estados como en sus actividades individuales, ello significa que su acatamiento debe darse, también, en su orden jurídico interno, por lo cual consideramos que puede alegarse la violación de tales normas imperativas, por un tratado o por una norma de su derecho interno, ante las autoridades nacionales competentes para ejercer el control de constitucionalidad.

En la República Federal de Alemania se impugnó, ante el Tribunal Constitucional, la aplicación de un tratado entre ese país y Suiza,

por considerarse que violaba una norma de derecho internacional general.

En efecto, se consideró que el tratado celebrado entre los países —el 26 de agosto de 1952, y en vigor desde el 15 de marzo de 1953— por el cual se reglamentaba la aplicación para los nacionales suizos de la ley alemana del 14 de agosto de 1952, mediante la cual se estableció un impuesto para compensar las pérdidas sufridas por las personas expulsadas de los antiguos territorios alemanes del Este y por las víctimas de la guerra, era violatorio de la norma de derecho internacional general que exonera a los extranjeros de ser obligados a tributar, por los beneficios obtenidos, para los gastos derivados de la guerra.⁹⁰

El tribunal rechazó tal argumentación, en sentencia de 7 de abril de 1965, no por considerarse incompetente para su pronunciamiento, sino por entender que la norma de derecho internacional general aducida no era de obligatorio cumplimiento para los Estados, es decir, no era una norma imperativa de derecho internacional, como tampoco lo son la mayoría de las normas que integran tal ordenamiento; observando dicho órgano jurisdiccional, además, que el carácter de imperativas lo tienen sólo aquellas disposiciones “[...] de la comunidad de los Estados que son indispensables para la existencia del derecho de las naciones como orden jurídico internacional”. El Tribunal expresó:

El derecho internacional consuetudinario es esencialmente *ius dispositivum*. Decir que las normas generales de derecho internacional consuetudinario tienen prioridad, en principio, sobre las estipulaciones contractuales, esta proposición es extraña al derecho internacional general. El derecho internacional de los tratados tiene, por lo general, prioridad sobre el derecho consuetudinario, ya que se trata de un derecho posterior y más especial. Únicamente un pequeño número de normas jurídicas elementales pueden considerarse como normas de derecho internacional general que no pueden derogarse por un tratado. Este carácter lo tienen solamente aquellas normas perentorias que están firmemente arraigadas en la convicción jurídica de la comunidad de naciones y que son indispensables a la existencia del derecho de las naciones como un orden jurídico internacional, cuya observancia puede exigirse por todos los miembros de la comunidad internacional.⁹¹

⁹⁰ Linares, Antonio, *op. cit.*, p. 63.

⁹¹ Riesenfel, Stefan, A., “*Ius dispositivum* and *ius cogens* in international law”, *AJIL*, 1966, v. 60, pp. 511-515. Cit. en Gómez Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio histórico crítico*, *op. cit.*, p. 29.

La Corte Constitucional colombiana se pronunció sobre la constitucionalidad del Concordato y Protocolo Final entre la República de Colombia y la Santa Sede, y de su ley aprobatoria, en sentencia de 5 de febrero de 1993 y en ella, no obstante que quienes ejercieron la acción —fundada en la supuesta violación de varios artículos de la carta política—, se abstuvieron de afirmar que dicho concordato violaba normas de *ius cogens* internacional. La Corte analizó tal hipótesis, al señalar —luego de haber afirmado previamente que la Constitución de 1991 incorporó

[...] los contenidos normativos de derecho imperativo sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario, integrantes del *corpus* conocido como *ius cogens*—, que [...] un control integral e intemporal respecto de los tratados ya perfeccionados que eventualmente comporten presunto desconocimiento de una norma sobre derechos humanos o derecho internacional humanitario perteneciente al *ius cogens*, sirve, en lo fundamental y de manera simultánea, a los intereses del derecho internacional y del derecho interno, como quiera que este se enderece a dar plena vigencia a los contenidos axiológicos integrantes del *ius cogens* y en razón a que, según ya se expresó, tanto la carta de 1991 como el derecho internacional público se identifican en el propósito último de garantizar de manera concreta y efectiva el respeto y la protección de los derechos humanos.

Puesto que el control constitucional confiado por la Constitución a esta corporación apunta a ese final, mal podría plantear una contradicción con los postulados del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que lo fundamentan y constituyen *su razón* de ser.

Ahora bien, si lo ontológico es lo granítico, necesario es concluir que en esta materia el control constitucional, a más de integral y material, debe ser intemporal. Así lo dicta la efectiva protección y garantía de los derechos fundamentales, la cual no puede limitarse a los tratados futuros —aunque, desde luego, no cabe duda que éstos se sujetan al mismo—. Ciertamente, un convenio internacional ya perfeccionado es susceptible de comportar transgresiones a dichos postulados.⁹²

De donde la Corte consideró, respecto del *ius cogens* internacional:

- a) El control constitucional debe ser integral⁹³ e intemporal, es decir, en cualquier momento, sobre aquellos tratados que, aún

⁹² Corte Constitucional, *Sentencia* C-027, inédita, pp. 132 y ss.

⁹³ “El control jurídico-constitucional, ha expresado la Corte Constitucional de Colombia, debe ser integral y no parcial o limitado a uno de los aspectos de la institución,

ratificados y en vigor, violen normas imperativas de derecho internacional, y

- b) El control constitucional, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, sirve para asegurar el respeto de los valores que salvaguardan las normas de *ius cogens* —las referidas principalmente a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario—, los cuales son comunes al derecho internacional y al derecho interno; por lo cual, dicho control actúa en favor de ambos ordenamientos.

Con lo anterior se reconoce la obligación que el Estado tiene de cumplir en su ordenamiento interno, las normas de *ius cogens* internacional, para cuyo control prestan un invaluable beneficio las cortes o tribunales constitucionales, y, en general, el control de constitucionalidad, pues éste permite el pronunciarse sobre la ausencia o existencia de su conflicto entre un tratado, o una norma de derecho interno, con las normas imperativas de derecho internacional.

La Corte Constitucional, en esta misma sentencia, analiza, a continuación, la jerarquía de las normas de *ius cogens*, las cuales coloca por encima de la propia Constitución.

La Corte explica la estructura jerárquica del ordenamiento colombiano, en cuya cúspide se encuentran las normas imperativas de derecho internacional general, así:

Se asimila el *ius cogens* al orden público internacional, significándose con ello que, a semejanza de las disposiciones de orden público interno de un Estado, que están por encima de la voluntad de los miembros del mismo, las del *ius cogens* se imponen por encima de la voluntad de los Estados.

Surge de esta manera una verdadera integración jurídica entre el derecho interno de los países, en cuya cúpula se halla la Constitución política, y el derecho internacional cuando está de presente el *ius cogens*, dado que éste, por representar valores superiores, inalienables e inenajenables del individuo, como son los derechos humanos, se coloca por encima de la misma normación internacional que pudiera desconocerlos y al mismo *ius cogens* habrá de acomodarse la legislación interna de los países (artículo 93 Constitución Nacional).⁹⁴

cual es el mero procedimiento formal, como quiera que la defensa atribuida a esta Corte por las normas aludidas, no se contrae a una parte de la Constitución sino que se refiere a toda ella" Cfr. Sentencia C-004, del 7 de mayo de 1992, inédita, pp. 15-18.

⁹⁴ *Idem*, pp. 137 y ss.

Los anteriores razonamientos, principalmente, condujeron a la Corte Constitucional de Colombia a admitir su competencia para decidir si el concordato, tratado bilateral y en vigor, violaba las normas de derechos humanos que tienen carácter *ius cogens*. Así:

Si bien es cierto que la ley 20 de 1974 (aprobatoria del concordato), y su tratado y protocolo final estaban perfeccionados al entrar a regir la nueva Constitución (de 1991), ellos [...] ofrecen la especial connotación de referirse al *ius cogens* de derecho internacional, que ampara los derechos humanos y los coloca en la cima de la jerarquía normativa internacional. Por esta razón, y teniendo en cuenta la integración que debe existir entre el ordenamiento interno de las naciones y el exterior de los Estados (artículo 93, Constitución Nacional), los actos acusados han de ser examinados a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos con el fin de verificar si se ajustan o no a ellos.⁹⁵

Con lo que podemos concluir que la Corte Constitucional de Colombia ha reconocido, en sentencia de 5 de febrero de 1993, su competencia, integral e intemporal, para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los tratados, en que sea parte el país, cuando ellos violen un precepto de *ius cogens* internacional.

Sin embargo, como la Corte, posteriormente a este pronunciamiento, limitó su competencia —al abstenerse, para el futuro, de conocer las demandas de inconstitucionalidad contra los tratados que estuvieren en vigor al regir la nueva Constitución—, puede pensarse que la jurisprudencia vigente se aplica sólo a su competencia para conocer de la violación de las normas imperativas de derecho internacional, bien por tratados o por disposiciones de su ordenamiento interno, posteriores a la vigencia de la carta de 1991. No obstante ello, consideramos que, quizás, este caso sería la única excepción que válidamente podría sustentarse respecto al no control de constitucionalidad de los tratados anteriores al 6 de junio de 1991.

3. *Procedimiento según la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969*

Al haber ratificado esta convención, Colombia se obligó a seguir el procedimiento allí especificado, a partir del artículo 65, cuando pretenda alegar un vicio de su consentimiento en obligarse por un tratado o una causa para impugnar la validez de un tratado, darlo

⁹⁵ *Idem*, p. 148.

por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación, que puede ser, entre otras cosas, por la violación de una norma de su Constitución relativa a la competencia para manifestar el consentimiento estatal para obligarse por un tratado.

4. *Procedimiento ante el Tribunal del Acuerdo de Cartagena*

El Congreso colombiano actual, con un antecedente que se remonta a la reforma constitucional de 1968, puede aprobar o improbar los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. "Por medio de dichos tratados podrá el Estado —de acuerdo con la actual carta constitucional—, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados" (número 16, artículo 150).

Colombia es, actualmente, parte del Acuerdo de Cartagena, como vimos anteriormente, y en el artículo 28 del Tratado que creó el precitado Tribunal, dentro de su competencia se encuentra el "[...] interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena".

En cuanto la finalidad de esta interpretación, la indica, en igual forma, el artículo citado, al expresar que es "[...] con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros".

Y el Estatuto del Tribunal reitera, en el artículo 2, la finalidad de este organismo jurisdiccional, al expresar que él ha sido "[...] instituido para asegurar el respeto al derecho en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico" del Acuerdo de Cartagena.

Y ello debe ser así, pues es innegable que una vez que los órganos del Acuerdo de Cartagena profieran, dentro de sus respectivas competencias, las normas del derecho comunitario, ellas van a ser aplicadas, en su casi totalidad, por las autoridades nacionales en cada uno de los países miembros —la mayoría de las cuales directamente a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial del Acuerdo*—, lo que lleva, forzosamente, a la necesidad de establecer un control para que su interpretación y aplicación sea uniforme en todos los Estados, pues de lo contrario podría haber tantas interpretaciones como autoridades nacionales existieran, y ello conduciría, indudablemente, a

una interminable secuencia de conflictos, que llevarían, muy posiblemente, a la desaparición del propio acuerdo subregional.

Y este reconocimiento de la competencia exclusiva del Tribunal para la interpretación y aplicación del derecho comunitario se plasmó en el artículo 33 de su tratado constitutivo, pues allí se lee: "Los países miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente tratado".

No está por demás advertir que esta "competencia exclusiva" la entendemos en el sentido de que a través de ella el Tratado que estableció el Tribunal de Cartagena ha pretendido salvaguardar, al igual que lo ha hecho y ratificado en varias oportunidades el tribunal europeo, "[...] el principio de unidad de jurisprudencia, desde el momento en que han entendido que ésta cumple una misión realmente importante en orden al perfeccionamiento y desarrollo del derecho comunitario y que, por tanto, una jurisprudencia divergente constituiría un elemento negativo".⁹⁶

Lo anterior no supone, como indica acertadamente Miguel Iglesias, al referirse al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, cuyo objetivo es similar al del Tribunal de Cartagena,⁹⁷ que se haya establecido una jerarquía entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, con prevalencia de éste sobre aquéllos.

Se trata, realmente, del establecimiento de una verdadera cooperación entre los organismos jurisdiccionales de los dos ordenamientos: el nacional y el comunitario, y así lo ha reconocido tanto la doctrina como el propio tribunal europeo. Este último, en sentencia del 1 de diciembre de 1965, observó que:

[...] en el marco particular de esta cooperación judicial, un órgano jurisdiccional nacional y el Tribunal de Justicia, en el orden de sus propias competencias, están llamados a contribuir directa y recíprocamente a la elaboración de una decisión de tal índole que garantice la aplicación uniforme del derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros.⁹⁸

⁹⁶ Peláez Marón, José Manuel, *El recurso de interpretación en el Tratado de la Comunidad Económica Europea*, Sevilla, 1969, p. 128.

⁹⁷ El art. 164 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea dice: "El Tribunal de Justicia garantizará el respeto del derecho en la interpretación y aplicación del presente tratado".

⁹⁸ Iglesias Cabero, Manuel, *Fundamentos de derecho comunitario europeo*, Madrid, Editorial Colex, 1989, p. 77.

Y esta cooperación entre los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, no es una meta a alcanzar, ni algo potestativo para los Estados de la subregión. Todo lo contrario, es una obligación que ellos, en forma clara y precisa, adoptaron al ratificar el Tratado que creó el Tribunal de Justicia. Por ello, este tribunal, en su primera sentencia, del 3 de diciembre de 1987, afirmó que:

[...] se ha establecido así un sistema de división del trabajo y de colaboración armónica entre los jueces nacionales, encargados de fallar, o sea de aplicar las normas de la integración, competencia que les atribuye el derecho comunitario, y por supuesto, las del derecho interno, en su caso, a los hechos demostrados en los correspondientes procesos, y el órgano judicial andino al que compete, privativamente, la interpretación de las normas comunitarias, sin pronunciarse sobre los hechos y absteniéndose de interpretar el derecho nacional o interno (artículo 30 del tratado), para no interferir con la tarea que es de la exclusiva competencia del juez nacional. En los términos, la jurisdicción comunitaria andina está constituida por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y por los tribunales nacionales a los que el ordenamiento jurídico andino les atribuye competencia para decidir asuntos relacionados con este derecho.⁹⁹

V. TRIBUNALES INTERNACIONALES A QUE ESTÁ SOMETIDO EL ORDENAMIENTO INTERNO

1. *Tribunal del Acuerdo de Cartagena*

Dentro del ordenamiento colombiano no existe una disposición que regule la aplicación de las sentencias de los tribunales internacionales, situación distinta a las emanadas de tribunales estatales que se encuentran reguladas en el Código de Procedimiento Civil.¹⁰⁰

El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena establece expresamente que las sentencias de dicho tribu-

⁹⁹ Cavelier Abogados, *op. cit.*, v. 1, p. 126.

¹⁰⁰ "C.P.C. Art. 693. Efectos de las sentencias extranjeras. Las sentencias y otras providencias que revisan tal carácter, pronunciadas en un país extranjero en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, tendrán en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país, y en su defecto la que allí se reconozca a las proferidas en Colombia.

Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará a los laudos arbitrales proferidos en el exterior". *Cfr. Código de Procedimiento Civil*, 4a. ed., Universidad Externado de Colombia, 1991, p. 285.

nal no requieren para su cumplimiento en los Estados partes de homologación o *exequátur* (artículo 32).

La obligación de los tribunales colombianos de acudir al órgano jurisdiccional andino a efecto de la *interpretación prejudicial* de las normas que integran el ordenamiento comunitario es muy clara, porque el artículo 29 del tratado que estableció el tribunal del Acuerdo de Cartagena prescribe:

Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en que deba aplicarse alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, podrán solicitar la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que se hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

Si la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará la interpretación del Tribunal de oficio, en todo caso, o a petición de parte si la considera procedente.¹⁰¹

Y en cuanto a la obligación de los tribunales internos de acatar tal interpretación, el tratado precitado establece: "El juez que conozca del proceso deberá adoptar la interpretación del Tribunal" (artículo 31).

Además de esta función, el Tribunal del Acuerdo de Cartagena es competente para conocer de la acción de incumplimiento,¹⁰² que puede ejercer un Estado parte —previo un trámite ante la Junta del Acuerdo—, cuando considera que otro de los Estados miembros ha incumplido algunas de las obligaciones que le impone el derecho comunitario.

Una de tales obligaciones es, como vimos anteriormente, la consagrada en el artículo 5 del tratado que creó el Tribunal, a saber: adoptar las disposiciones internas necesarias para cumplir con sus obligaciones comunitarias y no establecer preceptos que sean contrarios al ordenamiento de integración ni que obstaculicen su aplicación. Lo que lleva, indudablemente, a un estudio de la legislación interna para poder determinar si está dentro de cualesquiera de los

¹⁰¹ Cfr. Uribe Restrepo, Fernando, *La interpretación prejudicial en el derecho andino*, Quito, 1993.

¹⁰² Artículos, 23 a 27 del Tratado.

supuestos anteriores y, por lo tanto, en conflicto con el ordenamiento comunitario.

La sentencia del tribunal, en firme, debe cumplirse por el Estado colombiano bien sea modificando la legislación interna o legislando en el sentido que lo determine el citado tribunal, sin que tal decisión deba ser objeto de un trámite de aceptación interno antes de procederse a su cumplimiento. El Estado deberá adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia dentro de los tres meses siguientes a su notificación (artículo 25).

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Constitución, en su artículo 93, dispone en relación con los derechos y deberes consagrados en este ordenamiento, que su interpretación se hará "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia", lo cual, a nuestro entender, contiene una referencia implícita a las sentencias de los tribunales internacionales que se refieran a la interpretación de tales instrumentos, razón por la cual ellas vendrían a ser, en la parte pertinente, de obligatoria aplicación por los jueces colombianos, porque de lo contrario sus providencias violarían la Constitución y podrían, eventualmente, transgredir, también, obligaciones internacionales del país.

Lo anterior evidencia cómo en el campo de los derechos humanos se internacionaliza su protección cada vez más, al tener los tribunales internos, de acuerdo con las Constituciones más modernas, que tomar en cuenta para sus decisiones las interpretaciones y aplicaciones que los tribunales internacionales realicen de los tratados sobre esta materia, en los cuales sean parte los Estados a que pertenezcan dichos tribunales nacionales.

En cuanto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos —suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y en vigor desde el 18 de julio de 1978—, mediante la cual se creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Colombia es parte en ella,¹⁰³ y se obligó por dicho instrumento a cumplir con las sentencias que profiera el tribunal. Sus sentencias son definitivas e inapelables, pues contra ellas no cabe ningún recurso, y las partes,

¹⁰³ Colombia hizo el depósito del instrumento de ratificación el 31-07-73 y reconoció la competencia de la Corte el 25-06-85. Cfr. Buergenthal, Thomas *et al.*, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Madrid, Civitas, 1990, p. 728.

individual o conjuntamente, pueden, solamente, pedir su interpretación, en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, dentro de los noventa días a partir de la fecha de su notificación (artículo 67).

En cuanto a la obligatoriedad de la sentencia para el Estado colombiano, ella es incontrovertible, tal como se desprende de la propia convención, pues mediante el artículo 68.1 los Estados partes se comprometieron a "cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes".¹⁰⁴ Y para Colombia, el cumplimiento de la obligación anterior se encuentra fundamentado, además, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, pues de acuerdo con ella "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe" (artículo 26), y los Estados no podrán "invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de su incumplimiento" (artículos 27 y 46).

De donde se infiere que para el cumplimiento de la sentencia proferida por este tribunal internacional, una vez esté en firme, no se requiere ningún procedimiento especial de aceptación en el ordenamiento interno colombiano.

En cuanto a la ejecución de la sentencia, la situación se muestra compleja dentro del orden interno, pues, en primer lugar, en la convención no existe una disposición que disponga su aplicación directa, y, en segundo lugar, en la legislación interna tampoco hay un precepto que regule expresamente tal ejecución. Por lo cual, es evidente un vacío en ambos ordenamientos. Quizás esta sea la razón por la cual en la Convención se estableció que la Corte, en su informe anual, deberá indicar, "de manera especial y con las recomendaciones pertinentes", aquellos casos "en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos" (artículo 65).

No obstante lo anterior, es preciso distinguir, a nuestro entender, dos clases de sentencias, a efectos de su ejecución: 1) aquellas en donde la Corte "decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos" por la Convención, caso en el cual se debe disponer que "se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados", y 2) las sentencias que además de lo anterior, dispongan, cuando la Corte juzgue procedente, "que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de

¹⁰⁴ Los textos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos han sido tomados de la obra de Pecces-Barba, Gregorio *et al.*, *Derecho positivo de los derechos humanos*, Madrid, Edit. Debate, 1987, pp. 393 y ss.

esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada" (artículo 63.1).

En cuanto a la segunda hipótesis, la convención trae un procedimiento de ejecución al disponer en su artículo 69.2: "La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado".

Sin embargo, para la primera clase de sentencias no existe ninguna disposición que regule su ejecución, por lo que debe entenderse que la Convención establece para el Estado colombiano —y en general para los Estados partes—, una obligación de resultado: ejecutar la sentencia que los obliga. En esta hipótesis, el Estado deberá escoger o establecer dentro de su ordenamiento interno el procedimiento que considere más adecuado para el cumplimiento de su obligación, de acuerdo con los términos del fallo.

Debe observarse que en el evento de una sentencia de este género, la causa de la violación del derecho o libertad protegidos por la Convención puede ser la existencia o inexistencia de una norma legal, evento en el cual, a nuestro entender, el Estado no sólo tendría la obligación de garantizar al lesionado el goce de tal derecho o libertad sino que la sentencia tendría un alcance mayor, pues se debería modificar la legislación, bien sea estableciendo una norma que reconozca el derecho o libertad, o bien derogando el precepto que ha provocado esa lesión.

De lo anterior, surge la cuestión de si el Estado, en tal hipótesis, tiene la obligación de modificar su legislación interna. Creemos que ello es procedente, pues una disposición del ordenamiento interno de tal naturaleza está violando una norma internacional que el Estado se ha obligado a cumplir, por lo cual, de acuerdo con el principio de la primacía del derecho internacional, el Estado no sólo debe adecuar su legislación a las normas del derecho internacional que lo obliguen, sino que debe dar prelación a la aplicación de estas disposiciones. Esto último es más evidente en Colombia por cuanto la propia Constitución, en el artículo 93, establece:

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 con sagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Esta solución es la única que permite evitar que vuelva a presentarse una violación de la Convención.

Otra hipótesis que conlleva una mayor complejidad es, sin lugar a dudas, cuando la causa que motivó el fallo se encuentre en una sentencia judicial que tenga efectos de cosa juzgada. En el ordenamiento colombiano no existe ninguna disposición que autorice la revisión de una sentencia en firme con motivo de un fallo de la CIDH, o de cualquier otro tribunal internacional. En esta hipótesis, consideramos que el Estado debe actuar, pues de lo contrario incurriría en responsabilidad internacional.

Así lo ha entendido, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, cuando al tener que pronunciarse sobre un caso como el indicado, afirmó:

[...] para coordinar adecuadamente la tutela del derecho reconocido en el Convenio —se refiere al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales—, y la tutela del derecho fundamental reconocido en la Constitución, el Poder Ejecutivo debería establecer cauces procesales adecuados a través de los cuales sea posible articular, ante los órganos del Poder Judicial, la eficacia de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aquellos supuestos en los que, como ocurre en el presente caso, se haya declarado la infracción de derechos fundamentales en la imposición de una condena penal que se encuentra aún en trámite de ejecución. *En tanto que tales reformas no se establezcan, este Tribunal no puede sustraerse de conocer la alegada infracción del derecho a un proceso justo con todas las garantías, dado que se trata de un derecho fundamental protegible en amparo, y la vulnerabilidad del derecho fundamental sólo es susceptible de reparación efectiva mediante la pérdida de efectos de la decisión judicial condenatoria de origen* (subrayamos).¹⁰⁵

La Constitución colombiana autoriza a toda persona a acudir “ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de la ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido” (artículo 87), disposición que nos permite pensar que los beneficiados con una sentencia internacional pueden exigir su cumplimiento, cuando, como en los casos de la CIDH y en el de la CIJ, el Estado colombiano se ha obligado a su cumplimiento.

¹⁰⁵ Sentencia citada por Sánchez Rodríguez, Luis Ignacio, “Los sistemas de protección americano y europeo de los derechos humanos: el problema de la ejecución interna de las sentencias de las respectivas cortes de justicia”, en Nieto Navia, Rafael (ed.), *La Corte y el sistema interamericanos de derechos humanos*, San José, 1994, p. 511.

Es preciso tener presente que el Estado colombiano es responsable por los actos u omisiones de las autoridades públicas, como lo establece el artículo 90 de la Constitución, al disponer:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

El Consejo de Estado, al interpretar el anterior precepto, ha reconocido la tendencia a entender tal disposición como consagratoria de la responsabilidad objetiva del Estado, advirtiendo que ello no debe ser aceptado, toda vez que la:

paulatina decantación de la jurisprudencia de la Sala conduce, sin embargo a concluir, por una parte, que esta norma, de rango constitucional, es el tronco en el que encuentra fundamento la totalidad de la responsabilidad patrimonial del Estado, trátase de la responsabilidad contractual o de la extracontractual; y, por otra, en cuanto a esta última se refiere, que son dos los elementos basilares que la comprometen: el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado.¹⁰⁶

Consideramos oportuno destacar, no obstante salirnos del tema concreto de la aplicación de la sentencia de la CIDH, que el Consejo de Estado de Colombia ha reconocido la responsabilidad del Estado por la falla del servicio, desde 1939, en los siguientes términos:

Jurisprudencial y doctrinariamente, con respaldo fundamental en el artículo 16 de la anterior Constitución Nacional,¹⁰⁷ de donde se desprende quizás la más importante de las obligaciones del Estado: la de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, obligación que además constituye en considerable proporción no sólo el fundamento de la actividad estatal, sino que justifica su existencia y organización, así como la serie de poderes de que dispone y de la obediencia y respeto de los administrados. Sobre el incumplimiento de las aludidas obligaciones y de las demás plasmadas en la propia Carta o en las leyes, por vía

106 *Cfr.* Consejo de Estado, Sentencia del 13 de julio de 1993, expediente 8163.

107 "Art. 16. Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Acto legislativo núm. 1 de 1936, art. 9)".

jurisprudencial se ha edificado el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, bajo el criterio de que tal incumplimiento obligatorio, implica una falla del servicio que aunada con el daño y el nexo causal genera la responsabilidad patrimonial de la administración.

El concepto anterior, el de la falla del servicio como sustento del régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, no sólo ha sido cotidiano y reiterado sustento jurídico de la justicia contenciosa administrativa para decidir las controversias sobre la responsabilidad patrimonial pública, con mayor fuerza en la actualidad, con base en lo previsto en el artículo 90 de la Carta Política vigente, que continúa orientando en número mayoritario, las providencias respectivas.¹⁰⁸

3. Corte Internacional de Justicia

Colombia aceptó la jurisdicción obligatoria de la Corte Permanente de Justicia Internacional, el 30 de octubre de 1937,¹⁰⁹ extendiéndose en los mismos términos, a la Corte Internacional de Justicia (CIJ), de acuerdo con el número 5 del artículo 36 de su Estatuto.

La sentencia de este organismo es definitiva e inapelable (artículo 60 del Estatuto de la CIJ), y los Estados miembros de la ONU que aceptan su jurisdicción están obligados a cumplirla. En la hipótesis de que un Estado no acate las obligaciones que la sentencia le imponga, la otra u otras partes en el proceso pueden “recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer las recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo” (artículo 94 de la Carta).

Ante la Corte, sólo los Estados pueden ser parte, y su competencia se extiende “a todos los litigios que las partes le sometan y a todos los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes” (artículo 36).

Es posible que una sentencia de la Corte pueda llegar a referirse a perjuicios que las autoridades de un Estado hayan ocasionado, por acción u omisión, a súbditos de otros Estados, en razón de normas legales de su ordenamiento interno. También, puede existir la posibilidad de que dichos preceptos sean contrarios al ordenamiento internacional —y, aun, que por tal motivo esté obligado el Estado a

108 Younes Moreno, Diego, *Curso elemental de derecho administrativo*, 4a. ed., Santa Fé de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1994, pp. 257 y ss.

109 El reconocimiento de la jurisdicción obligatoria se hizo bajo condición de reciprocidad y excluyendo las controversias anteriores al 6 de enero de 1932. *Cfr.* Cavellier, Germán, t. 2, *op. cit.*, pp. 604 y ss.

indemnizar los perjuicios que sus autoridades haya causado. Recordemos la parte pertinente de la demanda que Bélgica presentó contra España, no obstante que la CIJ no la aceptó por falta de legitimación activa para actuar. El gobierno belga pedía que la Corte:

1. Diga y falle que las *medidas, actos, decisiones y omisiones* de los órganos del Estado español descritos en la presente demanda son contrarios al derecho de gentes y que el Estado español está obligado, respecto de Bélgica, a reparar el perjuicio que de ello ha resultado para los súbditos belgas, personas físicas o morales, accionistas de "*Barcelona Traction*".

2. Diga y falle que dicha reparación debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias que tales actos contrarios al derecho de gentes han tenido, a asegurar, si ello es posible, la *anulación del auto de quiebra y de los actos judiciales y demás derivados del mismo*, garantizando a los súbditos belgas lesionados todos los efectos jurídicos que deban resultar para ellos de la anulación; determinar, además, la indemnización a satisfacer por el Estado español al Estado belga, en consideración a todos los perjuicios accesorios sufridos por los súbditos belgas como consecuencia de los actos incriminados, concluidos la privación de disfrute y los gastos ocasionados para la defensa de sus derechos [...] (subrayamos).¹¹⁰

Dentro del ordenamiento interno colombiano no existe ninguna disposición sobre la aplicación de esta clase de sentencias, como advertíamos en el punto anterior. Por tal motivo, consideramos que, como en la situación de las sentencias de la CIDH, ellas para su ejecución no requieren de un proceso de homologación, en razón de su obligatorio cumplimiento, sino que deben ser ejecutadas por las autoridades internas competentes, aplicando, en este caso, sustancialmente, las mismas reflexiones que hemos formulado en el tema anterior; advirtiendo que al no existir en el estatuto de la Corte una disposición sobre el trámite a seguir en el caso de las indemnizaciones, como sí existe en el caso de la CIDH, dicho procedimiento debe hacerse mediante las autoridades administrativas.

VI. CONCLUSIONES

1. La administración de justicia en Colombia está a cargo de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de

¹¹⁰ Tribunal Internacional de Justicia, "Sentencia del 5 de febrero de 1970", *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, vol. XXIII, núms. 2-3, 1970, p. 601.

Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces. Igualmente, se administra por la justicia penal militar.

2. En cuanto a la recepción del derecho internacional en el ordenamiento colombiano, tenemos:

- a) La Constitución no establece ningún procedimiento para la incorporación del derecho consuetudinario, aunque en repetidas oportunidades hace referencia a sus normas y existe su aplicación, como en los estados de excepción, cuando dispone la vigencia de las normas del derecho internacional humanitario, muchos de cuyos preceptos son consuetudinarios, razón por la cual consideramos que se incorpora automáticamente.
- b) En cuanto a los principios de derecho internacional, tampoco dispone un procedimiento especial, exigiendo tan sólo su aceptación previa —sin indicar cómo debe manifestarse dicha aceptación—, la cual, entendemos, puede ser mediante un tratado internacional, una resolución de un organismo internacional votada favorablemente por el gobierno, o por un acto unilateral, y
- c) Para los tratados internacionales, si bien su incorporación no exige una transformación de la norma internacional, es condición para la manifestación de la voluntad del Estado en obligarse internacionalmente el que se cumplan dos requisitos previstos: 1) obtener la aprobación del Congreso; es decir, la autorización para que el Ejecutivo, o su representante, pueda realizar tal acto, y 2) que la Corte Constitucional haya declarado constitucionales tanto el tratado como su ley aprobatoria.

3. Dentro del texto constitucional se incluyó una norma sobre el respeto a los principios del derecho internacional. Esta disposición no es indispensable para su cumplimiento, pues, aun sin ese precepto el Estado debe cumplir la normatividad internacional, como expresamente se ha obligado en diversos instrumentos internacionales, como la Carta de la OEA y la Convención sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.

4. La Constitución ha incluido disposiciones programáticas, las cuales permiten el control de la política exterior del Estado, tanto por el Congreso como por la Corte Constitucional.

5. Respecto a la jerarquía de las disposiciones internacionales dentro del ordenamiento interno colombiano, tenemos:

- a) Las normas consuetudinarias tienen un rango superior a la propia Constitución, pues Colombia reconoció en la carta fundamental que sus relaciones internacionales estarán regidas por los principios de derecho internacional aceptados por ella, y uno de éstos la obligan a someter su conducta a las prescripciones del ordenamiento internacional, dentro del cual está el derecho internacional consuetudinario, como se expresa en el artículo 3) de la Carta de la OEA. Por tanto, consideramos que no podrá aplicar ninguna disposición de su derecho interno que sea contraria al derecho internacional consuetudinario.
- b) En cuanto a los tratados internacionales, la Constitución, siguiendo la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas, hace una distinción entre los que se refieren a los derechos humanos y los que regulan otras materias. Los primeros prevalecen sobre las normas constitucionales.

Respecto a los demás tratados, la Constitución no determina expresamente su jerarquía, pero consideramos que debe aplicarse el principio de la primacía del derecho internacional, norma reconocida por el derecho internacional y obligatoria, además, para los Estados que son parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, como es el caso de Colombia, a excepción de lo dispuesto en el artículo 46 de dicho tratado.

Este principio de la primacía del derecho internacional tiene dos obligaciones para los Estados: 1) El deber de adecuar su ordenamiento interno al derecho internacional, bien sea consuetudinario o convencional, y 2) La prevalencia, en principio, del ordenamiento internacional sobre el interno.

- c) En cuanto a las normas comunitarias, que integran el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, ellas, en primer lugar, se incorporan, en principio, directamente al ordenamiento interno; en segundo lugar, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para su aplicación, absteniéndose de dictar normas que puedan obstaculizar o que sean contrarias a la normatividad comunitaria, y, en tercer lugar, deben aplicarse con prelación a la legislación estatal.

Las personas afectadas por el incumplimiento de las obligaciones del Estado respecto a la aplicación del ordenamiento comunitario tienen derecho a pedir en juicio ante los tribunales nacionales la reparación de los perjuicios, sin olvidar que existe, además, la acción

de incumplimiento, que puede ser ejercida por la Junta del Acuerdo o por otro Estado, cuando se considere que un país ha incurrido en incumplimiento de las obligaciones derivadas del ordenamiento del Acuerdo de Cartagena.

6. En Colombia existen cuatro procedimientos para dirimir los conflictos entre las normas internas y las internacionales o comunitarias, a saber: uno político, que se realiza en el Congreso; otro judicial, ante la Corte constitucional; el que establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, y el establecido por el tratado que creó el Tribunal del Acuerdo de Cartagena.

- a) El control de los tratados internacionales ante la Corte Constitucional, según su última jurisprudencia, es previo a la manifestación del consentimiento estatal en obligarse internacionalmente.
- b) Este control se ejerce sobre el tratado y su ley aprobatoria, y se refiere a su constitucionalidad tanto intrínseca como extrínseca.
- c) La Corte Constitucional colombiana ha entendido que su control se extiende a las normas internacionales de *ius cogens*, las cuales priman aun sobre su ordenamiento constitucional.

7. Los tribunales nacionales colombianos están en la obligación de acudir al Tribunal del Acuerdo de Cartagena a efectos de la interpretación prejudicial del derecho comunitario, debiendo acatar sus decisiones, y

8. Las sentencias de la CIDH y de la CIJ, a cuyo cumplimiento el Estado colombiano se ha comprometido, no requieren de ningún procedimiento interno especial para su ejecución, como podría ser la homologación; pudiendo, además, la parte interesada exigir judicialmente su cumplimiento, de acuerdo con la acción que en tal sentido le ha otorgado la actual Constitución.

César MOYANO BONILLA