

NOTA DE PRESENTACIÓN TALLER EN WASHINGTON

En Colombia, uno de los mecanismos jurídicos esenciales de incorporación de la normatividad internacional de derechos humanos ha sido a través de la figura del bloque de constitucionalidad. El siguiente artículo, publicado hace aproximadamente año y medio, explica las vicisitudes de ese concepto en la práctica judicial colombiana, y puede entonces ser útil para el taller. El texto fue publicado en Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos. *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Bogotá, autor, 2001

EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal.

Rodrigo Uprimny
Profesor Facultad de Derecho de la Universidad Nacional
Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional

En los últimos años, y al menos desde 1995, la categoría "bloque de constitucionalidad", que no había sido nunca usada por la doctrina o por la jurisprudencia colombianas, ha entrado con mucha fuerza en la práctica jurídica nacional. Así, en numerosas sentencias, la Corte Constitucional no sólo ha recurrido a esa expresión sino que, además, esa noción le ha servido de fundamento normativo para tomar determinaciones tan importantes, como las relativas al alcance de la obediencia debida por parte de los militares, o aquellas relacionadas con la fuerza jurídica en el ordenamiento colombiano de las recomendaciones de ciertas instancias internacionales de derechos humanos¹. Sin embargo, a pesar de su uso creciente, este concepto de "bloque de constitucionalidad" es problemático en la doctrina y jurisprudencia nacionales. Así, esa noción sigue siendo un poco enigmática para muchos operadores jurídicos, que no entienden claramente ni su alcance ni su importancia, y por ello tienden a considerarla un extranjerismo innecesario. Además, la propia Corte Constitucional no utiliza de manera unívoca esa categoría pues, como lo veremos posteriormente, este tribunal parece atribuirle tres sentidos parcialmente distintos (Cf infra 2.3.). Finalmente, y hasta donde yo conozco, no existe ningún estudio doctrinario colombiano sistemático sobre el alcance del bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento, por lo cual, la doctrina parece haberse quedado rezagada en esta materia en relación con el dinamismo que ha tenido la evolución jurisprudencial². En síntesis, a pesar de la importancia creciente

¹Sobre obediencia debida, ver las sentencias C-225 de 1995 y C-578 de 1995. Sobre la fuerza vinculante en el orden interno de la jurisprudencia de ciertas instancias internacionales de derechos humanos, ver la sentencia T-558 de 1999.

² Dicho sea de paso, desafortunadamente éste no es el único caso en donde se pueden constatar esos vacíos doctrinales, pues en estos primeros nueve años de trabajo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana no ha tenido una suficiente discusión académica. Y esto ha tenido efectos perjudiciales, pues la falta de un adecuado desarrollo doctrinario en materia constitucional ha impedido que exista un diálogo fecundo entre la

del bloque de constitucionalidad en nuestra práctica jurídica, no existe una dogmática clara sobre el significado y alcance de esta categoría.

En tal contexto, la finalidad de este escrito es intentar llenar parcialmente ese vacío doctrinal, para lo cual busca presentar los elementos básicos que podrían servir para construir una dogmática, o teoría constitucionalmente adecuada del "bloque de constitucionalidad" en la práctica jurídica colombiana³. Para ello, la primera parte del trabajo adelanta una aproximación histórica y conceptual de esa noción, e intenta destacar su interés y su significado básico en el derecho comparado. La segunda parte describe la evolución de ese concepto en el constitucionalismo colombiano y muestra como esa categoría ha sido recibida por la jurisprudencia constitucional, tanto en la práctica jurídica preconstituyente como en los desarrollos ulteriores a la expedición de la Constitución de 1991. Este examen debería permitirnos no sólo comprender cuál es el significado actual del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia colombiana sino también resaltar los méritos pero también las dudas y ambigüedades del trabajo de la Corte Constitucional en esta materia. Con el fin de enfrentar esos problemas, el último punto señala algunas líneas de reflexión que podrían ser fecundas para construir una dogmática constitucional adecuada de este concepto.

1- El bloque constitucional: introducción conceptual e histórica.

Para comprender el sentido del bloque de constitucionalidad, es pedagógicamente útil comenzar por una presentación, si se quiere, intuitiva de esta noción, a fin de que el lector tenga una idea general de su sentido. Esta visión intuitiva me permitirá destacar la importancia práctica y la fecundidad de esta categoría, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, pero también me llevará a resaltar sus dificultades y riesgos. Luego procederé a analizar su evolución en el derecho comparado, e intentaré extraer unas primeras conclusiones de ese recorrido conceptual e histórico.

1.1 Sentido intuitivo general del bloque de constitucionalidad.

La noción de bloque de constitucionalidad puede ser formulada recurriendo a la siguiente imagen paradójica: El bloque de constitucionalidad hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto

crítica académica y la labor de los jueces constitucionales. Creo sin embargo que en los últimos tres años, esa dificultad puede estarse superando pues han sido publicadas algunas reflexiones académicas de notable calidad sobre la jurisprudencia constitucional, como los anuarios del Observatorio de Justicia Constitucional de la Universidad de los Andes, o las obras de Tulio Eli Chinchilla (1999) y Diego López (2000), entre otros.

³Retomo la noción de teoría constitucionalmente adecuada de Tulio Eli Chinchilla, quien destaca, con acierto, que "una Constitución no puede ser apropiadamente leída, coherentemente interpretada y lúcidamente aplicada si el operador jurídico no dispone de una teoría constitucionalmente moldeada y profundamente anclada en esa norma fundamental. Una teoría constitucional adecuada -vale decir, para una determinada Constitución- es el instrumento indispensable para que los artículos codificados digan algo más de lo que permite deducir su imperfecta gramática. Sólo una teoría constitucional permite superar las contradicciones internas, los vacíos y las oscuridades que acusa una Carta Constitucional" (1999, p 6).

constitucional. ¿Qué significa eso? Algo que es muy simple pero que al mismo tiempo tiene consecuencias jurídicas y políticas complejas: que una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supralegales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita. Por ejemplo, en Estados Unidos es claro que las mujeres gozan del derecho constitucional a abortar, tal y como lo señaló la Corte Suprema de ese país en la sentencia *Roe v Wade* de 1973. Igualmente en Francia es indiscutible que los derechos de sindicalización y de huelga tienen rango constitucional, tal y como lo determinó el Consejo Constitucional de ese país en varias decisiones. Sin embargo, si alguien leyera la totalidad de las constituciones de Estados Unidos o de Francia de 1958, en ninguna parte de esos textos encontraría una mención expresa a esos derechos, que tienen empero rango constitucional.

Esta idea del bloque de constitucionalidad plantea entonces la siguiente pregunta: si con muy contadas excepciones, como Inglaterra, las constituciones suelen ser textos escritos, ¿entonces cómo puede suceder que existan normas constitucionales que no estén incluidas en el propio texto constitucional? ¿No implica esto una profunda contradicción que erosiona la propia supremacía de la Carta?

Para responder a ese interrogante, es necesario tener en cuenta que las constituciones no son códigos totalmente cerrados, ya que los textos constitucionales pueden hacer remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principios, que sin estar en la constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la propia constitución establece que esas otras normas tienen una suerte de valor constitucional. Así, los casos más evidentes son aquellos en donde una constitución expresamente señala que, por ejemplo, ciertos tratados de derechos humanos tienen rango constitucional, tal y como lo hacen varias constituciones latinoamericanas⁴. En otros eventos, la referencia puede ser más compleja, como la llamada cláusula de los derechos innominados o no enumerados de la novena enmienda de la Constitución de Estados Unidos, según la cual, el reconocimiento de ciertos derechos en la constitución y en la carta de derechos no puede ser interpretado como una negación de aquellos que el pueblo se ha reservado⁵.

Estos dos ejemplos elementales muestran entonces que en muchos ordenamientos jurídicos existen derechos o principios que no se encuentran directamente en el texto constitucional, pero que, por expreso mandato constitucional, tienen rango constitucional. El bloque de constitucionalidad es entonces un intento por sistematizar jurídicamente ese fenómeno, según el cual las normas materialmente constitucionales -esto es, con fuerza constitucional- son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales -esto es, aquellas que son expresamente mencionadas por el articulado constitucional -. Por ende, el bloque de constitucionalidad es compatible con la idea de constitución escrita y con la supremacía de la misma por cuanto, como lo destaca Bidart Campos, es por imperio de la propia constitución que normas ajenas a su articulado comparten su misma

⁴ Ver, entre otros, el artículo 75 de la Constitución de Argentina, el artículo 5-II de la Constitución Chilena, el artículo 17 de la Constitución de Ecuador de 1998, el artículo 46 de la Constitución de Nicaragua, o el artículo 23 de la Constitución de Venezuela de 1999.

⁵ Muchas otras constituciones han seguido el ejemplo estadounidense y han incorporado también este tipo de cláusulas. Ver, por ejemplo, el artículo 5 de la Constitución de Brasil o el artículo 22 de la Constitución de Venezuela.

fuerza normativa, puesto que la propia Carta, como fuente suprema del ordenamiento, así lo ha estatuido⁶.

1.2. Importancia, riqueza y problemas dogmáticos del bloque de constitucionalidad.

La existencia del bloque de constitucionalidad adquiere una gran importancia para todos los operadores jurídicos en aquellos ordenamientos, como el colombiano, que tienen alguna forma de justicia constitucional. En efecto, esta noción amplía los términos del debate constitucional, tanto en los procesos de control abstracto como en las acciones de tutela y amparo, pues implica que las normas a tener en cuenta para resolver una controversia judicial no son exclusivamente los artículos de la constitución, ya que otras disposiciones y principios pueden tener también relevancia para decidir esos asuntos. El bloque de constitucionalidad es pues “uno de los elementos básicos para realizar un juicio de constitucionalidad” ya que “irradia un criterio interpretativo y aplicativo que ningún operador jurídico debe dejar de considerar” (Nogueira, 2000, p 189).

Debido a lo anterior, el bloque de constitucionalidad tiene ciertas ventajas y potencialidades democráticas, ya que permite que la constitución sea más dinámica y se adapte a los cambios históricos, en la medida en que faculta a los jueces constitucionales a tomar en cuenta importantes principios y derechos, que pueden no estar incluidos directamente en el texto constitucional, pero que, en el curso del tiempo, pueden llegar a adquirir una enorme importancia. Por ejemplo, en Francia, la Constitución de la V República no incorpora directamente ninguno de los derechos sociales ni de las libertades clásicas, pero gracias a la referencia al bloque de constitucionalidad, el Consejo Constitucional ha podido reconocer que esos derechos tienen jerarquía constitucional⁷. Igualmente, la Constitución colombiana no prohíbe expresamente que la obediencia debida pueda ser invocada por un militar en caso de que cometa un delito de lesa humanidad. Es más, una lectura aislada del artículo 91 sugiere que un militar podría justificar su conducta argumentando que simplemente acató órdenes, pues esa disposición establece que en "caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de una persona", los militares en servicio que cumplan el mandato de un superior, no responderán, pues respecto a ellos "la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden". Sin embargo, una interpretación sistemática de la Carta y la referencia directa a las normas incorporadas al bloque de constitucionalidad, como la Convención contra la Tortura o los Convenios de Ginebra de derecho humanitario y sus protocolos respectivos, llevaron a la Corte Constitucional a concluir que los militares no pueden invocar la obediencia debida en relación con esos delitos atroces.

El bloque de constitucionalidad favorece entonces la adaptación histórica de las constituciones a nuevas realidades sociales y políticas, y en esa medida mantiene el dinamismo de los textos constitucionales, que se convierten entonces en

⁶ Ver Germán Bidart Campos. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, citado por Nogueira (2000, p 188)

⁷ Sobre Francia, ver Pierre Bon (1998), Louis Favoreu (1990, 1994) y Javier Pardo Falcón (1990). Ver igualmente infra 1.3., en donde analizo más en detalle este caso, por su incidencia directa en la evolución jurisprudencial colombiana.

"documentos vivientes", como dicen algunos jueces y doctrinantes estadounidenses (Marshall 1997, Brennan 1997). Esto es importante no sólo para el propio juez constitucional, que encuentra en esa categoría un instrumento dinámico para el desarrollo de la jurisprudencia constitucional, sino también para el abogado litigante y para el ciudadano en general, que pueden usar las normas incorporadas en el bloque de constitucionalidad como argumentos sólidos en la lucha por el reconocimiento de nuevos derechos.

Sin embargo, los riesgos de esa categoría, en términos de seguridad jurídica o de arbitrariedad judicial, también son muy grandes, pues para los operadores jurídicos no es claro ni siquiera cuáles son las normas de referencia en un debate constitucional complejo. Por ejemplo, un juez podría, basándose en la cláusula abierta sobre derechos innominados⁸, invocar un derecho que no encuentre en el texto constitucional, pero que él considere inherente a la dignidad humana o a la libertad de las personas, y con base en ese valor anular regulaciones que para la gran mayoría de la sociedad son no sólo legítimas sino muy importantes. En el fondo, eso fue lo que hizo la Corte Suprema de Estados Unidos en las primeras décadas del Siglo XX, cuando anuló las leyes de intervención social, que habían establecido el salario mínimo o la jornada máxima de trabajo, argumentando que éstas violaban la libertad contractual, cuando el texto constitucional de ese país en ninguna parte reconoce, como derecho constitucional, esta libertad. Y es que, por medio de una suerte de bloque de constitucionalidad tácito, la Corte Suprema consideró que aunque el texto no lo dijera, la libertad contractual hacía parte del debido proceso sustantivo consagrado en la enmienda XIV de la Carta de Filadelfia⁹.

Pero incluso, otras referencias aparentemente más precisas de un texto constitucional pueden también tornarse muy problemáticas, si ellas son pensadas como una apertura a principios y valores que harían parte de un eventual bloque de constitucionalidad. Por ejemplo, la reciente Constitución de Venezuela de 1999 establece en su artículo primero que esa república "fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador (subrayas no originales)". Este artículo podría entonces llevar a algunos intérpretes a considerar que la doctrina de Bolívar fue constitucionalizada, y que todas sus cartas, discursos y proclamas hacen parte del bloque de constitucionalidad, lo cual generaría evidentes riesgos en términos de seguridad jurídica y arbitrariedad judicial. Así, un operador jurídico podría invocar la Carta de Jamaica de Bolívar como argumento constitucional, mientras que otro podría recurrir al discurso del Libertador en el Congreso de Angostura, con lo cual, el debate constitucional podría tornarse inmanejable.

El bloque de constitucionalidad tiene entonces potencialidades y riesgos. Una breve referencia al derecho comparado tal vez sea útil para comprender cómo ha sido desarrollada esta noción en otros países, y cómo esos ordenamientos han enfrentado las dificultades que plantea esta categoría.

⁸ Como lo señalamos anteriormente, esta cláusula establece que el listado de derechos del texto constitucional no excluye aquellos otros que no aparecen en él pero que son inherentes a la persona humana o a una determinada forma de gobierno.

⁹ La bibliografía sobre el caso *Lochner* es inmensa, y en general muy crítica en contra de esos excesos de la Corte Suprema. Ver por ejemplo Tribe (1988). Para una explicación más amplia del debido proceso sustantivo como suerte de bloque de constitucionalidad tácito en el constitucionalismo estadounidense, ver infra 1.3.

1.3. Desarrollo de la noción en derecho comparado.

El bloque de constitucionalidad tiene al mismo tiempo una historia vasta y compleja, y otra más precisa, concreta y reciente.

Así, en forma tácita, la idea del bloque de constitucionalidad es muy vieja, y existe prácticamente desde que conocemos la justicia constitucional, aunque la expresión no haya sido utilizada sino hasta hace algunas décadas. El ejemplo más claro de la antigüedad del fenómeno jurídico asociado al bloque de constitucionalidad ha sido la evolución jurídica de los Estados Unidos, pues en ese país para todo el mundo es claro que el derecho constitucional comprende muchas más normas y principios que aquellos que se desprenden de una simple lectura literal del texto de Filadelfia. Así, y por no citar sino uno de los ejemplos más prominentes, la Corte Suprema de ese país ha considerado que la cláusula de la XIV enmienda, según la cual "ningún Estado puede privar a ninguna persona de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal", incorpora no sólo garantías procesales sino también derechos sustantivos, que no pueden ser irrazonablemente limitados por las autoridades. Es la idea del "debido proceso sustantivo" que ha llevado a la Corte Suprema a reconocer numerosos derechos constitucionales, que no aparecen directamente en el texto constitucional, como la libertad contractual, en la época del caso *Lochner* de 1905, o el derecho de las mujeres a abortar, desde el fallo *Roe* de 1973. En ese sentido, esta cláusula del debido proceso ha operado como una especie de bloque de constitucionalidad tácito, en la medida en que ha permitido la incorporación de numerosos principios y derechos a la Constitución estadounidense, principios y derechos que no aparecen expresamente en el texto, lo cual ha suscitado recurrentes polémicas, pues para algunos este procedimiento de interpretar extensivamente los conceptos constitucionales es legítimo, y permite mantener el dinamismo de la Constitución, mientras que para otros es el punto de partida del despotismo judicial. Esto explica que haya en ese país ciertas tendencias que consideran que el juez debe atenerse estrictamente al tenor literal del texto constitucional o a la voluntad originaria de los constituyentes, sin buscar nuevos derechos ni nuevos valores por fuera del texto constitucional, por cuanto esto último conduce ineluctablemente al antidemocrático gobierno de los jueces. Son las llamadas posturas "originalistas" y "literalistas", que han adquirido una importancia creciente en los últimos años, con el nombramiento de algunos de sus representantes en las altas cortes de ese país¹⁰.

La idea misma del bloque de constitucionalidad y los debates que le están asociados son pues tan antiguos como la propia justicia constitucional. Sin embargo la categoría, con su nombre y con los intentos de precisión dogmática, es más reciente y se origina en la práctica del Consejo Constitucional francés en el marco de la llamada V República¹¹. Para entender su desarrollo, es necesario tener en cuenta que

¹⁰ Así, uno de los más vigorosos defensores del originalismo, Scalia, fue nombrado en la Corte Suprema por Reagan en 1986. Ver sus planteamientos en Scalia (1997). Esta referencia muestra además que los problemas que suscita el bloque de constitucionalidad se encuentran muy ligados a las polémicas contemporáneas sobre la interpretación constitucional.

¹¹ Para el desarrollo del concepto en Francia, ver Javier Pardo Falcón (1990, pp 115) y ss, Pierre Bon (1998, pp 155 y ss), y Louis Favoreu (1990, pp 46 y ss), y (1994, pp 107 y ss).

en ese país, y hasta al menos los años setentas, el control judicial de constitucionalidad fue muy precario, por la influencia de la filosofía jacobina, y debido a que los ensayos de control constitucional que habían existido en el pasado, fueron desafortunados. Por ello, cuando en 1958 se introdujo una especie de juez constitucional (Consejo Constitucional), sus competencias eran muy limitadas y su función no era originariamente la de proteger los derechos ciudadanos o la de garantizar la supremacía constitucional sino una menos generosa: asegurar las prerrogativas del Ejecutivo frente al Parlamento, a fin de evitar los excesos del parlamentarismo de la IV República, tal y como lo reconocieron expresamente los redactores de la Constitución de 1958¹². Esto explica que la parte dogmática de ese texto fuera muy precaria, en especial en materia de reconocimiento de derechos de la persona, pues se temía que si se incorporaba una amplia carta de derechos, los riesgos de un gobierno de los jueces eran excesivos. La Constitución de 1958 sólo efectúa entonces algunas pocas menciones de los derechos fundamentales, en especial en el preámbulo, pues el articulado contiene sobre todo regulaciones relativas a la configuración y a las competencias de los órganos estatales.

Sin embargo, varias decisiones del propio Consejo Constitucional, a comienzos de los años setenta, cambiaron profundamente la anterior situación. El punto de base de esa verdadera "revolución constitucional", como la denominan algunos autores (Favoreu, p 107), fue que ese tribunal atribuyó pleno valor constitucional al preámbulo, a pesar de que los constituyentes de 1958 no quisieron que éste tuviera ninguna fuerza jurídica. Esa opción hermenéutica fue de enorme trascendencia pues, a pesar de su brevedad, ese preámbulo hace remisiones normativas, que de ser tomadas en serio, aumentan considerablemente la extensión y la densidad normativa de la Constitución. En efecto, ese texto señala que "el pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946 (subrayas no originales)." Como vemos, el Preámbulo de 1958 hace un reenvío a la Declaración de 1789 y al Preámbulo de 1946. A su vez éste último menciona "los principios fundamentales reconocidos por la ley de la República", y enumera ciertos "principios políticos, económicos y sociales", que son "particularmente necesarios a nuestro tiempo", que son básicamente muchos de los derechos sociales. Por consiguiente, al reconocer plena fuerza jurídica al Preámbulo de la Constitución de 1958, el Consejo Constitucional confirió jerarquía y valor constitucional a la Declaración de 1789, a todos los derechos sociales reconocidos por el Preámbulo de 1946, y a los principios fundamentales que hubieran sido establecidos en las leyes anteriores a la expedición del texto de 1946.

Esta mutación constitucional comienza con la decisión D-39 del 19 de junio de 1970, en donde el Consejo expresamente menciona el valor del preámbulo, y se

¹² Por ejemplo, el profesor Luchaire, uno de los redactores de los artículos sobre el Consejo Constitucional en el texto de 1958, indicó que el "objetivo de los constituyentes de 1958 no era, en absoluto, establecer un control general de constitucionalidad de los actos de los poderes públicos; no era tampoco garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos; la creación del Consejo Constitucional se explica por el carácter general de la Constitución de 1958; ésta se proponía reforzar el Ejecutivo en detrimento del Parlamento...; era necesario, pues, prever un mecanismo especialmente eficaz para obligar al Parlamento a permanecer en el marco de sus atribuciones" Ver F Luchaire. *Le Conseil Constitutionnel*, Paris, Economica, 1980, p 19, citado por Pierre Bon (1997, pp 137 y 138)

consolida un año después con la decisión D-44 del 16 de julio de 1971, en donde ese tribunal anuló una disposición legislativa por ser contraria a uno de los "principios fundamentales de la República" a que hace referencia el Preámbulo de 1946. Todas estas sentencias comienzan con el siguiente enunciado: "Vista la Constitución, y en especial su preámbulo". Y como dice Jean Rivero, con esas pocas palabras, el Consejo operó una verdadera revolución constitucional, pues por medio de ellas duplicó el volumen de la constitución francesa.

Ahora bien, esa osadía del Consejo Constitucional, que le ha permitido ampliar considerablemente los parámetros de control constitucional, no ha sido bien recibida por todos los analistas. Sin embargo, en términos generales, la doctrina jurídica y la sociedad francesas han tendido a aceptar esa evolución, tal vez por las siguientes tres razones: De un lado, por cuanto era claro que el articulado de la Constitución de 1958 era demasiado restrictivo en materia de derechos fundamentales, por lo que la ampliación de la carta de derechos parecía un paso necesario, sobre todo si se tenía en cuenta la adhesión de Francia al Convenio de Roma de Derechos Humanos. De otro lado, el preámbulo y la jurisprudencia del Consejo Constitucional hacen referencia a textos y valores que gozan de una gran aceptación social y política en Francia, como la Declaración de 1789 o determinados derechos sociales de amplia trayectoria, como la huelga o el derecho de asociación. Finalmente, a pesar de su osadía, el Consejo Constitucional ha sido de todos modos muy prudente y cuidadoso jurídicamente al establecer que un nuevo derecho hace parte del bloque de constitucionalidad. Así, no sólo en todos los casos, esos nuevos derechos han tenido un fundamento textual bastante claro, ya sea en la Declaración de 1789 o en el Preámbulo de 1946, sino que además el Consejo ha tratado de ser muy consistente con sus precedentes, con lo cual ha logrado conjurar las acusaciones de que se estaba cayendo en un gobierno de los jueces¹³. De esa manera, el bloque de constitucionalidad en Francia, que era inicialmente "un concepto vago y poco utilizable en cuanto a su contenido", poco a poco condujo "a nociones precisas y operativas" (Favoreu, 1990, p 45).

La mutación de la Constitución francesa de 1958 y de su sistema de justicia constitucional ha sido entonces una historia relativamente exitosa, con lo cual la categoría "bloque de constitucionalidad", que fue acuñada por la doctrina, pues el propio Consejo Constitucional no la menciona en sus decisiones¹⁴, ha adquirido un cierto prestigio, que explica que ese concepto haya sido incorporado en otros países, aunque con un sentido no siempre coincidente. En especial, en España, la noción es no sólo aceptada por la doctrina sino que incluso ha sido expresamente mencionada por el tribunal constitucional en varias de sus decisiones¹⁵. Pero eso no significa que

¹³ Ver Bon, p 156 y Favoreu p 49. Así, el conocido tratadista y juez del Consejo Constitucional, Georges Vedel, afirmaba en 1984 que la garantía que evitaba que el Consejo incurriera en un gobierno de los jueces es que ese organismo "no se considera dueño de las fuentes del derecho constitucional" de suerte que "es casi imposible citar una motivación de cualquiera de sus decisiones que no se refiera con precisión a un texto constitucional" (Citado por Favoreu, 1990, p 49).

¹⁴ Como explica Favoreu (1990, pp 46 y 47), el Consejo Constitucional suele hablar es de "reglas y principios de valor constitucional". La doctrina creó entonces la expresión de "bloque de constitucionalidad" para referirse a ese fenómeno jurídico, para lo cual se basó en la expresión "bloque de legalidad" o "bloque legal", que el derecho administrativo había acuñado para referirse a todas las reglas que, aunque no se encuentren expresamente en la ley, se imponen a la Administración en virtud del principio de legalidad.

¹⁵ Así, según la autorizada opinión de Rubio Llorente, la sentencia STC 10 de 1982 es la

el bloque de constitucionalidad sea un tema pacífico en el derecho constitucional español, pues durante mucho tiempo han existido al menos dos entendimientos bastante diversos de esa noción. Para ciertos autores, esa categoría hace referencia a todas las normas que sirven como parámetro de constitucionalidad y cuya infracción genera la inconstitucionalidad de una ley, mientras que para otros doctrinantes, este concepto tiene como única función la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, a partir de la aprobación de los distintos estatutos de autonomía (Rubio, 1993, pp 101 y ss).

1.4. Primeras conclusiones.

El anterior examen ha mostrado la importancia que puede tener una noción como el bloque de constitucionalidad en la práctica jurídica, en la medida en que delimita y enriquece los debates ante la justicia constitucional, al poner en evidencia que una constitución puede tener mayor densidad y extensión normativa de lo que sugiere una simple lectura literal de su articulado. Sin embargo, este concepto genera problemas, y no sólo en Colombia, debido a que en muchas ocasiones no sólo no existe coincidencia en la doctrina sobre el sentido de esta noción sino que, además, no es claro cuáles son las normas que integran ese bloque de constitucionalidad. Por ello, según algunos autores, esta expresión suele no ser tanto la denominación de una categoría conceptual clara y definida sino el enunciado de un problema complejo (Rubio, p 108), en la medida en que simplemente sirve para manifestar la perplejidad que tienen en ocasiones los operadores jurídicos al no saber con precisión cuáles son las normas que, en un determinado momento histórico, integran una constitución, y que son entonces relevantes para decidir un asunto específico.

En determinados casos, esa ampliación de la Constitución, por la vía del bloque de constitucionalidad, ha producido resultados negativos para el progreso democrático, como sucedió con la doctrina del debido proceso sustantivo económico desarrollada por la Corte Suprema de Estados Unidos a comienzos del Siglo XX, mientras que en otros eventos, como en la evolución del Consejo Constitucional francés, la aplicación de esta categoría ha sido muy exitosa. Dos factores parecen haber incidido en los resultados diferenciados en esos dos países: (i) el grado de aceptación social de los nuevos valores reconocidos por los jueces y (ii) el rigor jurídico con el cual los tribunales realizaron esa incorporación en el bloque de constitucionalidad. Así, en Francia, los derechos que el Consejo Constitucional determinó que hacían parte de la constitución gozaban de amplia aprobación por la sociedad francesa; además, ese tribunal, a pesar de su osadía, ha sido muy cuidadoso en la fundamentación jurídica que sirvió de soporte al reconocimiento de nuevos derechos, pues no ha recurrido a vagas filosofías políticas sino que siempre se ha basado en textos jurídicos concretos, ha buscado siempre un soporte directo en el texto constitucional y ha intentado ser lo más consistente posible con sus precedentes. En cambio, la Corte Suprema de Estados Unidos, en la llamada época *Lochner*, no sólo constitucionalizó un valor -como la libertad contractual- que era controvertido por grandes sectores de la población y por importantes fuerzas políticas, sino que, además, su fundamentación jurídica fue muy precaria ya que se basó en filosofías iusnaturalistas, que no tenían un soporte claro en la Constitución.

primera que menciona la expresión, que luego es retomada por el Tribunal Constitucional en muchas otras ocasiones. Ver Rubio (1993, pp 100 y ss).

Esto muestra que el manejo de un concepto como el bloque de constitucionalidad supone dosis importantes de creatividad jurídica pero también de responsabilidad por parte de los operadores jurídicos, y en especial por parte de los jueces.

Una vez realizada la reflexión precedente sobre la importancia, el alcance y las dificultades de esta noción, conviene pues que entremos a examinar específicamente qué tan exitosa ha sido la experiencia colombiana en esta materia.

2. El bloque de constitucionalidad en la práctica jurídica colombiana.

En forma esquemática, es posible distinguir al menos cuatro etapas en relación con la recepción del bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico: (i) la jurisprudencia preconstituyente, que rechazó la posibilidad de incorporar esta noción, precisamente en el momento en que su aceptación hubiera podido ser muy fecunda; (ii) los tres primeros años de labores de la Corte Constitucional (1992 a 1994), en donde tácitamente, y con algunos titubeos, esta categoría empieza a tener incidencia jurídica, aunque no es mencionada expresamente por la jurisprudencia; (iii) los años 1995 y 1996, cuando la expresión ingresa en forma expresa y con fuerza en la jurisprudencia constitucional; (iv) y los años posteriores (1996 a 2000), en donde la noción sigue expandiéndose pero la Corte intenta igualmente racionalizar su uso.

2.1. El nacimiento frustrado o el período del rechazo: la jurisprudencia constitucional preconstituyente.

Durante la vigencia de la Constitución de 1886, y mientras la Corte Suprema de Justicia ejerció el control de constitucionalidad, la idea del bloque de constitucionalidad tuvo un impacto muy precario. A lo sumo, en algunas ocasiones ese tribunal consideró que el desconocimiento de una ley orgánica por parte de una ley ordinaria podía acarrear la inconstitucionalidad de ésta última, por infracción indirecta de la Carta, con lo cual tácitamente aceptó una cierta idea de bloque de constitucionalidad¹⁶. Sin embargo, la Corte Suprema se negó siempre a considerar que la violación de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia pudiera ser una causa de inexecuibilidad, con lo cual rechazó toda posibilidad de incorporar esos tratados en el bloque de constitucionalidad, como lo muestran los siguientes dos ejemplos.

En 1972, un ciudadano demandó el decreto ley 2339 de 1971, pues consideró que ese cuerpo normativo desconocía varios de los derechos reconocidos por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Ley

¹⁶ Ver Sanín (1971, pp 193 y ss). Sin embargo, incluso en este punto, la Corte Suprema se resistió a la idea de bloque de constitucionalidad, pues consideró que una ley orgánica y una ley común tenían la misma jerarquía normativa. Según la doctrina constitucional de esa época, la inconstitucionalidad de una ley común por desconocer una ley orgánica no derivaba de que la primera tuviera un rango inferior a la segunda, pues todas las leyes tenían el mismo rango, sino que la Constitución establecía un orden de precedencia específico. Según Sanín, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema, si “se invalida una ley particular por no ceñirse a la general, esto obedece a que en tal forma se ha violado la Constitución, que condiciona la primera a la segunda, no a que se haya quebrantado una ley por una ley” (1971, p 197).

74 de 1968. La Corte Suprema se negó a estudiar ese cargo, argumentando que a esa Corporación “en ejercicio de la jurisdicción constitucional sólo le es dado confrontar la ley con los textos de la Carta, cuya integridad se le ha confiado. Por tanto, no procede el examen del cargo de violación del artículo 1° de citada Ley 74 de 1968”¹⁷.

Igualmente, por sentencia del 1° de diciembre de 1988, la Corte Suprema declaró ajustado a la constitución un decreto legislativo que autorizaba al Ministerio del Trabajo a suspender las personerías jurídicas de los sindicatos, aun cuando tal facultad era claramente contraria a lo prescrito por el convenio 087 de la OIT, aprobado por la ley 26 de 1976. Con respecto a la eventual violación de ese convenio, que había sido señalada expresamente por algunos intervinientes como causa de inconstitucionalidad del decreto, el juez constitucional se limitó a señalar lo siguiente:

*"La Corte considera que no asiste razón a los impugnadores al pretender violaciones de la Carta por el desconocimiento de convenios internacionales, para lo cual basta reiterar su jurisprudencia en el sentido de que en los procesos de inexecutable la confrontación de las normas acusadas para calificar su validez sólo puede ser hecha con las disposiciones de la Carta constitucional y nunca con normas de derecho internacional, pues la infracción de éstas es extraña a la jurisdicción nacional de la Corte, plantea problemas interestatales, que escapan de su competencia, y no implican violación directa de la constitución"*¹⁸.

Como hemos visto, la Corte Suprema se negó a considerar que la violación de los tratados de derechos humanos podía acarrear la inexecutable de una ley o de un decreto de estado de sitio. Esto fue desafortunado, ya que la carta de derechos de la Constitución de 1886 era bastante pobre, pero al mismo tiempo, en los años sesenta y setenta, Colombia había ratificado numerosos pactos de derechos humanos, como varios Convenios de la OIT, los Pactos de Naciones Unidas y la Convención Interamericana. En esa época hubiera sido entonces muy interesante haber aceptado una cierta noción de bloque de constitucionalidad, que incluyera los tratados de derechos humanos, a fin de fortalecer la fuerza jurídica de estos valores en el ordenamiento interno.

Con todo, podría argüirse que la Corte Suprema no tenía ninguna otra alternativa jurídica, pues la Constitución de 1886 no permitía conferir valor constitucional, o al menos supralegal, a los convenios internacionales de derechos humanos. Y es cierto que, al contrario de la Constitución de 1991, el texto constitucional anterior no tenía una apertura clara hacia los tratados de derechos humanos, que permitiera fácilmente otorgarles fuerza jurídica constitucional. Sin embargo, como intenté mostrarlo en otros trabajos (Uprimny, 1990, capítulo 3 y 1991, pp 90 y ss), era también plausible, en esa época, justificar jurídicamente que los tratados de derechos humanos tenían una especial fuerza jurídica interna, por lo cual no podían ser desconocidos por las leyes, pues si Colombia había adquirido la obligación de respetar y garantizar esos derechos, era natural que las leyes ordinarias debían ajustarse a esos compromisos internacionales. Y es que no sólo los argumentos dados por la Corte Suprema para

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 23 de marzo de 1973, MP Eustorgio Sarria, *Gaceta Judicial* No 2390-2391, p 105.

¹⁸ En el mismo sentido, ver la sentencia de agosto 15 de 1985, en la que fue Magistrado Ponente Carlos Medellín.

abstenerse de estudiar la eventual violación de esos tratados no parecen convincentes¹⁹, sino que, además, la propia jurisprudencia de esa Corporación en esa materia fue bastante contradictoria. Así, en algunas ocasiones, la Corte Suprema admitió que la violación de un tratado acarrearba la inconstitucionalidad de la correspondiente disposición legal. Por ejemplo, en 1941, la Corte Suprema declaró la inexecutable de varios artículos de la Ley 92 de 1938, que conferían a las autoridades municipales el manejo de los cementerios, pues consideró que esa regulación desconocía el Concordato de 1887, que había atribuido a la Iglesia Católica el manejo de dichos cementerios²⁰. Igualmente, en sentencia del 27 de Febrero de 1975, la Corte Suprema declaró inexecutable varios artículos de la Ley 8 de 1973 por considerar que, al no respetar los mandatos del Acuerdo de Cartagena, infringían también "el aparte primero del numeral 18 del Artículo 76 de la Carta, que depara eficacia a lo estipulado en acuerdos internacionales". Según esa sentencia, la violación de un tratado implica también la vulneración de la Constitución, ya que "las convenciones internacionales se celebran para ser cumplidas con estrictez y de buena fe. No es admisible sostener que la constitución, después de ordenar que sean obligatorias, tolere que un acto posterior del estado las desconozca".

De otro lado, durante mucho tiempo, la Corte Suprema se negó a conocer de la constitucionalidad de los tratados, reconociéndoles en cierta medida un rango supraconstitucional, puesto que un tratado podía contradecir la Constitución sin poder ser por tal razón declarado inexecutable. Este respeto a la intangibilidad de los tratados hizo que la Corte se abstuviera de anular leyes aprobatorias, aun por evidente vicios formales. Así, en sentencia del 26 de julio de 1971, tal corporación se inhibió de estudiar la constitucionalidad del Decreto- Ley 1245 de 1969 por el cual el gobierno había aprobado el Pacto Andino. En tal caso, y a pesar de los evidentes vicios formales -se pretermitió la aprobación del tratado por parte del Congreso- la Corte no retiró del ordenamiento el decreto pues -señalaba el Magistrado Ponente en tal ocasión- no se podía desintegrar un acto complejo, el tratado ya estaba perfeccionado, pues "en derecho de gentes, el Estado colombiano, sin remisión de dudas ha adquirido derechos y contraído obligaciones", y el derecho interno debía subordinarse al derecho internacional. Y sin embargo, esa misma Corte, que postulaba la supremacía del derecho internacional en el ordenamiento colombiano, se negaba a proteger los tratados de derechos humanos frente a las

¹⁹ En uno de mis textos de esa época, intenté mostrar la debilidad de la tesis de la Corte Suprema (Uprimny, 1991, p 99). Así, uno de los argumentos de esas sentencias es que la Corte no puede confrontar las normas de derecho interno con tratados pues eso plantea problemas interestatales que escapan a su competencia. Es un argumento poco convincente pues es difícil entender qué tipo de problema interestatal puede ocasionar la anulación de una norma de derecho interno que contradiga normas de derecho internacional. Es más, lo que verdaderamente puede plantear problemas internacionales es que la Corte se abstenga de hacer ese examen, pues resta eficacia a los tratados internacionales. Llevemos el razonamiento de la Corte Suprema a su extremo para mostrar su inconsistencia: supongamos que las Fuerzas Armadas persiguen a un grupo guerrillero que se refugia en un país vecino. El gobierno colombiano decide entonces suspender, mediante decreto de estado de sitio, el tratado de límites con ese país, para poder perseguir el grupo guerrillero. Y entonces la Corte Suprema declara executable ese decreto para no ocasionar problemas internacionales. ¿Es eso consistente?

²⁰ Ver Corte Suprema de Justicia, sentencia del 26 de marzo de 1941. MP José Miguel Arango. *Gaceta Judicial*. Tomo L, pp 701 y ss. Es cierto que posteriormente la Corte varió su jurisprudencia y se se negó a conocer una acusación contra otra norma legal por eventual violación del concordato. Ver sentencia del 28 de febrero de 1973, MP José Gabriel de la Vega.

violaciones de los mismos por las disposiciones legales nacionales.

En síntesis, durante la vigencia de la Constitución de 1886, la Corte Suprema desaprovechó, en varias ocasiones, y con argumentos poco convincentes, la oportunidad de constitucionalizar los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, con lo cual legitimó el desconocimiento de las garantías consagradas en tales Pactos. Esa opción jurisprudencial fue desafortunada, pues el bloque de constitucionalidad hubiera jugado en ese período histórico un papel esencial, ya que hubiera contribuido decisivamente a la consolidación de una cultura de los derechos humanos, en un momento en que eso era de enorme importancia para la evolución jurídica y política del país. Y es que antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1991, las normas internacionales de derechos humanos no tenían ninguna aplicación práctica en nuestro país. Con contadas y notables excepciones, los jueces colombianos no conocían ni aplicaban esas normas, como lo mostró una investigación empírica de un grupo de jueces y de la Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana²¹. Y sin lugar a dudas, la resistencia de la Corte Suprema a conferir fuerza jurídica interna a los tratados de derechos humanos tuvo una gran responsabilidad en el desarrollo, en ese período, de esa insensibilidad judicial hacia los derechos fundamentales, que tanto daño le hizo al país.

2.2. La infancia o la recepción tácita del concepto: 1992 a 1994.

La Constitución de 1991 varía de manera profunda la anterior situación, por cuanto confiere una fuerza jurídica interna clara a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Cuatro disposiciones jugarán entonces un papel trascendental: de un lado, el artículo 53, según el cual, “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”. De otro lado, el artículo 93, que establece que ciertas normas internacionales de derechos humanos “prevalecen en el orden interno”, y que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. En tercer término, el artículo 94 que incorpora la cláusula de derechos innominados, pues precisa que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Finalmente, el artículo 214, que regula los estados de excepción, e indica que incluso en esos momentos de crisis, no pueden “suspenderse los derechos humanos ni las

²¹ Así, un grupo de jueces, coordinado por el entonces magistrado de la Sala Penal del Tribunal de Bogotá, Carlos Valencia, realizó en 1989 una encuesta entre jueces penales de Bogotá con el fin de indagar qué tanto esos funcionarios conocían y aplicaban en sus casos los tratados de derechos humanos. Conforme a esa investigación, sólo 10% de los jueces conocía al menos un tratado, menos del 3% conocían al menos dos tratados de derechos humanos, y ninguno de esos funcionarios había aplicado ninguna de esas normas en un caso específico (Ver Carlos Valencia, 1990, p 110). Como lo resalta el estudio, si eso ocurría en Bogotá, que es donde los jueces tienen mayores posibilidades de actualizar su información jurídica, ¿cómo sería la situación en el resto del país?. El propio Carlos Valencia fue una de las pocas excepciones a esa tendencia, pues pocos meses antes de ser asesinado dictó las providencias del 27 y 29 de abril de 1989 y de mayo 15 de ese mismo año, por medio de las cuáles inaplicó la prohibición de libertad provisional consagrada en el Decreto 1203 de 1987, fundándose para ello en la supremacía del Pacto de Derechos Civiles y Políticos sobre la legislación de excepción.

libertades fundamentales”, y que “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.

Esta amplia apertura al derecho internacional de los derechos humanos permitió que la Corte Constitucional, desde sus primeras sentencias, y en abierto contraste con la jurisprudencia preconstituyente, utilizara vigorosamente los tratados de derechos humanos para orientar sus decisiones. Así, poco a poco, y aunque no utilice la expresión, la Corte recurre a la idea del bloque de constitucionalidad, pues considera que muchas normas que no se encuentran directamente en el articulado constitucional -en especial las disposiciones internacionales de derechos humanos- tienen sin embargo relevancia constitucional al momento de decidir los casos.

Cuatro decisiones del primer año de labores de la Corte son ilustrativas de este importante cambio jurisprudencial. Así, en primer término, la sentencia T-002 de 1992 analiza cuáles son los criterios para saber si un derecho es o no fundamental, y por ende, si es o no tutelable. Ahora bien, esa sentencia establece que uno de los elementos relevantes en este examen es si el derecho en discusión se encuentra o no incluido en tratados de derechos humanos, puesto que el artículo 93 establece que tales convenios prevalecen en el orden interno.

Por su parte, y con fundamento también en el artículo 93, la sentencia T-409 de 1992 invoca los Convenios de Ginebra de Derecho Humanitario para establecer límites a la obediencia debida de los militares. Dijo entonces la Corte:

"Así, en virtud del criterio que se deja expuesto, bien podría negarse un subalterno a obedecer la orden impartida por su superior si ella consiste en infligir torturas a un prisionero o en ocasionar la muerte fuera de combate, pues semejantes conductas, por su sola enunciación y sin requerirse especiales niveles de conocimientos jurídicos, lesionan de manera abierta los derechos humanos y chocan de bulto con la Constitución.

*No podría interpretarse de otra manera el concepto de **orden justo**, perseguido por la Carta Política, según su preámbulo, ni entenderse de modo diverso el artículo 93 constitucional, a cuyo tenor "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".*

*Según el Convenio de Ginebra I, del 12 de agosto de 1949, aprobado por la Ley 5a. de 1960 (Diario Oficial No. 30318), que las Altas Partes Contratantes se comprometieron a respetar y a hacer respetar "en todas las circunstancias", existen infraCorte Constitucionales **graves**, contra las cuales los estados han de tomar oportunas medidas. Entre ellas se enuncian, a título de ejemplo, "el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente" (artículo 50).*

Obligado en esos términos el Estado colombiano, mediante un convenio internacional que, por otra parte, es hoy fuente interpretativa sobre el alcance de los derechos y deberes de rango constitucional (artículo 93 Constitución Política), mal podría prohijarse actualmente una concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense”.

En tercer término, la sentencia C-574 de 1992 debió revisar la constitucionalidad del Protocolo I a los Convenios de Ginebra. En esa ocasión, la Corte concluyó, con base en los artículos 93, 94 y 214 de la Constitución, que la Carta había conferido a esa normatividad humanitaria un rango supraconstitucional, de suerte que operaba una incorporación automática de la misma al ordenamiento interno. Esa sentencia llegó entonces a las siguientes conclusiones:

“Primera. *La Carta reconoce plenos efectos jurídicos a los tratados y convenios -debidamente ratificados- concernientes a los derechos humanos (art. 93). Esto indica que los constituyentes no ignoraron la existencia de esa amplia y promisorio rama que es el derecho internacional de los derechos humanos, algunas de cuyas características tuvimos ya ocasión de señalar.*

Segunda. *Asimismo, ella reconoce también plenos efectos jurídicos a las reglas del derecho internacional humanitario, particularmente durante la vigencia de los denominados Estados de Excepción (Art. 214-2). Es claro, pues, que las facultades del gobierno durante tales estados encuentran límites efectivos que operan aún antes de la vigencia de la ley estatutaria a que alude la misma disposición constitucional.*

Lo cual significa, ni más ni menos, que las reglas del derecho internacional humanitario son hoy, -por voluntad expresa del Constituyente-, normas obligatorias per se sin ratificación alguna previa o sin expedición de norma reglamentaria. Y lo son "en todo caso" como lo señala significativamente la propia Carta.

En estas condiciones, no hay duda que el derecho internacional humanitario constituye uno de los más eficaces instrumentos de protección del núcleo común que comparte con los derechos humanos, tal como lo ha señalado la más autorizada doctrina.

Tercera. *Por virtud del texto expreso del artículo 94, bien pueden considerarse incorporados a los derechos y garantías reconocidos por la Carta todos aquellos que sean inherentes a la persona humana. Así se reconoce su identidad universal, la cual constituye el fundamento ontológico del derecho internacional humanitario en la Constitución vigente”.*

Finalmente, en la sentencia T-426 de 1992, la Corte tuvo en cuenta la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales para reconocer como fundamental un derecho, que no aparecía de manera expresa en la Carta: el llamado derecho a la subsistencia o derecho al mínimo vital, que jugaría posteriormente un papel decisivo en la jurisprudencia de esta Corporación sobre derechos sociales. Dijo entonces la Corte:

“El derecho al mínimo vital no sólo incluye la facultad de neutralizar las situaciones violatorias de la dignidad humana, o la de exigir asistencia y protección por parte de personas o grupos discriminados, marginados o en circunstancias de debilidad manifiesta (CP art. 13), sino que, sobre todo, busca garantizar la igualdad de oportunidades y la nivelación social en una sociedad históricamente injusta y desigual.

(...)

El derecho internacional defiende la importancia central de los derechos de la

seguridad social. Diversos instrumentos otorgan status de derechos fundamentales a la satisfacción de las necesidades básicas de la persona.

(...)

El principio de interpretación de los derechos y deberes de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93), exige afirmar el carácter fundamental del derecho a la seguridad social para aquellas personas con necesidades básicas insatisfechas y que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por su condición económica, física o mental (CP art. 13 inc. 3)”

Estas primeras sentencias son suficientes para mostrar el importante cambio jurisprudencial que implicó la expedición de la Carta de 1991 en relación con la fuerza jurídica de los derechos humanos. Resulta igualmente notable la manera vigorosa, incluso audaz, como la Corte Constitucional interpretó, desde el comienzo de sus labores, los artículos 93, 94 y 214 de la Carta, a fin de potenciar la fuerza jurídica interna de los convenios internacionales de derechos humanos y reconocer eficacia constitucional a derechos y principios que no aparecían expresamente en la norma fundamental. Por ello, desde sus primeras decisiones, y aunque no hubiera usado la expresión, la Corte Constitucional admitió la existencia de un bloque de constitucionalidad, pues era claro que existían derechos y principios de valor constitucional, e incluso supraconstitucional, que no se encontraban directamente en el articulado constitucional.

Sin embargo, la propia Corte fue rápidamente consciente de los posibles excesos a que podría conducir una ampliación indiscriminada de ese bloque de constitucionalidad tácito, por lo cual, esa Corporación buscó también racionalizar esa apertura normativa de la Constitución. Así, la sentencia C-295 de 1993 debió analizar si la regulación de la propiedad contenida en la Convención Interamericana tenía o no rango constitucional, lo cual permitió a la Corte precisar el alcance del artículo 93, que establece la prevalencia interna de ciertas normas internacionales. La Corte concluyó que el derecho de propiedad, tal y como está regulado por el Pacto de San José, no es de aquellos que prevalecen en el orden interno, por cuanto puede ser suspendido en estados de excepción, y conforme al artículo 93 de la Carta, para que opere la prevalencia de tales tratados en el orden interno, "es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción".

2.3. La adolescencia o la recepción formal y vigorosa del bloque de constitucionalidad: 1995 y 1996.

A pesar de esa importancia creciente de las normas internacionales en la jurisprudencia constitucional desde 1992, la expresión “bloque de constitucionalidad” sólo aparecerá a mediados de 1995, con la sentencia C-225 de ese año. En esa ocasión, la Corte, luego de definir que, conforme al artículo 93 de la Carta, las normas humanitarias prevalecían en el orden interno, puesto que se trataba de derechos humanos que no podían ser suspendidos en estados de excepción, debió estudiar cuál era el lugar jerárquico que ocupaban esas disposiciones en nuestro ordenamiento. Para responder a ese interrogante, la sentencia recurrió

explícitamente a la noción de bloque de constitucionalidad. Conviene transcribir *in extenso* el aparte correspondiente, por su importancia metodológica en este tema. Según la Corte:

“A partir de todo lo anterior se concluye que los convenios de derecho internacional humanitario prevalecen en el orden interno. Sin embargo, ¿cuál es el alcance de esta prevalencia? Algunos doctrinantes y algunos intervinientes en este proceso la han entendido como una verdadera supraconstitucionalidad, por ser estos convenios normas de ius cogens. Esto puede ser válido desde la perspectiva del derecho internacional puesto que, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Con menor razón aún podrán los Estados invocar el derecho interno para incumplir normas de ius cogens como las del derecho internacional humanitario. Pero, desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano, esta interpretación debe ser matizada, puesto que la Constitución es norma de normas (CP art. 4º). ¿Cómo armonizar entonces el mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con el artículo 4º que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución?”

La Corte considera que la noción de "bloque de constitucionalidad", proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4º y 93 de nuestra Carta.

(...)

Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts 93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).

Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”.

Posteriormente, en los meses siguientes, la noción de bloque de constitucionalidad aparece en el debate de por lo menos otros tres asuntos importantes. Así, en la sentencia T-477 de 1995, la Corte tuvo que estudiar el caso de un niño de pocos meses de edad, que había sido emasculado accidentalmente, y que los médicos

recomendaron fuera transformado en mujer, por lo cual le realizaron las correspondientes operaciones de remodelación de sus genitales. Los hechos habían ocurrido durante la vigencia de la anterior Constitución, y el problema que se planteaba era si ese comportamiento médico había o no afectado algún derecho fundamental del menor. La sentencia concluyó que esas intervenciones quirúrgicas habían violado el derecho a la identidad sexual del niño. La Corte sustentó su argumentación en que ese derecho se desprendía de los convenios de derechos humanos, que tenían fuerza obligatoria incluso durante la vigencia de la anterior Carta, por lo cual esas normas, que formaban parte del bloque de constitucionalidad en ese entonces, eran relevantes para decidir el caso en la actualidad.

Luego, en la sentencia C-578 de 1995, la Corte analizó directamente el tema de los límites a la obediencia debida de un militar, en caso de que un superior le ordenara cometer un delito atroz. La Corte concluyó que la obediencia debida no excusaba los atentados contra “los derechos fundamentales intangibles e inescindibles de la dignidad humana”, pues en esos eventos, las órdenes del superior “no deben ser ejecutadas”. Para sustentar su tesis, la sentencia consideró que en esos casos, el cumplimiento de la orden desconocía el bloque de constitucionalidad, que estaba integrado no sólo por la Constitución y el Derecho Internacional Humanitario sino también por la Ley Estatutaria sobre los estados de excepción.

Finalmente, la sentencia C-135 de 1996 estudió un decreto expedido en uso de las facultades derivadas del Estado de Conmoción Interior, y reiteró que “las reglas del derecho internacional humanitario y las disposiciones de la ley estatutaria sobre los estados de excepción, integran junto a las normas de la Constitución del capítulo 6 del título VII, un bloque de constitucionalidad al cual debe sujetarse el Gobierno cuando declara estado de conmoción interior”. Con base en ese criterio, la Corte declaró la inexecutable de algunos apartes de ese decreto, que habían desconocido la exigencia de la Ley Estatutaria, según la cual, todo decreto debía motivar expresamente por qué era o no necesario suspender una determinada ley.

Estas cuatro sentencias, en donde la Corte usa expresamente, y con vigor, la noción de bloque de constitucionalidad, ponen en evidencia al mismo tiempo las fortalezas y debilidades de esta categoría. De un lado, esas providencias muestran la importancia de la figura, que permitió a la Corte tomar en cuenta principios que no aparecían explícitos en la Carta, y que fueron decisivos para resolver estos complejos asuntos. Pero, de otro lado, las ambigüedades mismas del concepto empiezan también a manifestarse, al menos en dos aspectos esenciales.

De un lado, no es claro cuál es la naturaleza o la función de esa noción, pues la Corte parece adscribirle al menos tres significados. Así, la sentencia C-225 de 1995 sobre derecho humanitario señala que el bloque incorpora las “normas de rango constitucional”, lo cual no incluye a las leyes estatutarias que no tienen esa jerarquía normativa. En cambio, en las sentencias C-578 de 1995 (obediencia debida) y C-135 de 1996 (estado de excepción), la Corte adopta un concepto más amplio, pues incluye también a las leyes estatutarias; en estas providencias, el bloque de constitucionalidad parece entonces referirse a todas aquellas disposiciones cuya violación acarrea la inconstitucionalidad de una ley, esto es, a lo que algunos autores denominan los “parámetros de constitucionalidad” de una ley. Finalmente, en la tutela T-477 de 1995, sobre el niño emasculado, el bloque de constitucionalidad parece tener nuevamente un significado distinto, pues en ese evento, la referencia a

los tratados de derechos humanos no tiene como función analizar la constitucionalidad de una ley, sino valorar una situación fáctica específica y decidir un caso constitucional particular. El bloque de constitucionalidad parece entonces referirse a las normas que tienen “relevancia constitucional” para decidir un determinado asunto.

Es obvio que estos distintos sentidos del bloque de constitucionalidad se encuentran relacionados. Por ejemplo, una norma de jerarquía constitucional (primera acepción) opera como parámetro de constitucionalidad de las leyes (segunda acepción) y es además relevante (tercera acepción) para decidir casos constitucionales. Pero sus significados no son idénticos, pues una norma -como un artículo de una ley estatutaria- puede constituir un parámetro de constitucionalidad, o tener relevancia constitucional, sin que obligatoriamente tenga jerarquía o rango constitucional. Por ello, la utilización de la misma expresión "bloque de constitucionalidad" para esos tres fenómenos, que son parcialmente distintos, puede en ocasiones generar ambigüedades.

De otro lado, y ligado a lo anterior, las sentencias de la Corte en ese período no establecen con claridad cuáles son las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, ni cuáles son los mecanismos de incorporación que permiten determinar la pertenencia de un determinado derecho o principio en el bloque. Por ejemplo, no es totalmente claro si todos los tratados hacen parte del bloque de constitucionalidad, o únicamente aquellos que reconocen derechos humanos.

Como vemos, en 1995 y 1996, la categoría ingresa con vigor, y de manera expresa, en la práctica constitucional, pero adolece todavía de importantes ambigüedades. Es una especie de adolescencia turbulenta, que será seguida, en los años siguientes, por una fase de mayor madurez, en donde la Corte intentará sistematizar y decantar el alcance de este concepto.

2.4. ¿La madurez conceptual? Los intentos de sistematización doctrinaria a partir de 1997

A partir de 1997, la evolución del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte toma tres vías complementarias: (i) una sistematización conceptual y metodológica, pues la Corte intenta precisar la naturaleza del bloque de constitucionalidad y la manera como éste se estructura; (ii) una restricción, pues la Corte aclara qué ciertas normas no hacen parte del bloque de constitucionalidad; pero simultáneamente (iii) se da una cierta expansión normativa, en particular por la recepción de los convenios de la OIT y de la jurisprudencia de las instancias de derechos humanos. Veamos pues estos distintos desarrollos.

2.4.1. Precisiones metodológicas y conceptuales.

Desde el punto de vista dogmático, la Corte efectúa dos aclaraciones importantes: de un lado, en varias sentencias indica que la incorporación de un derecho o principio en el bloque de constitucionalidad no puede depender del capricho del intérprete sino que tiene que tener un fundamento normativo muy claro en el texto constitucional. Esta precisión ya la había hecho la Sentencia C-578 de 1995, que señaló que "que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la

violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior" (Fundamento Jurídico N° 3). Pero lo cierto es que ese criterio metodológico sólo adquiere una verdadera importancia a partir de 1997, pues será el que permitirá a la Corte concluir que ciertas normas que algunos ciudadanos argumentaban que hacían parte del bloque de constitucionalidad, en realidad no pertenecían a ese conjunto normativa, por cuanto ninguna disposición constitucional ordenaba su integración²².

Igualmente, la Corte tiene conciencia de las ambigüedades semánticas de la categoría e intenta entonces precisar la naturaleza y función del bloque de constitucionalidad, por lo cual distingue progresivamente entre bloque "en sentido estricto", que corresponde únicamente a las normas de jerarquía constitucional, y bloque en sentido lato, que incorpora además las otras disposiciones, que sin tener rango constitucional, representan sin embargo un parámetro de constitucionalidad de las leyes, ya que pueden acarrear la invalidación de una norma legal sometida a control.

Esta distinción metodológica aparece desde la sentencia C-358 de 1997, fundamentos 3 y 4, en donde la Corte, al referirse al bloque de constitucionalidad distingue entre las "normas situadas en el nivel constitucional", como los convenios de derecho internacional humanitario, que tienen jerarquía y fuerza constitucional, y aquellas otras "disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos." Posteriormente, la sentencia C-191 de 1998 consolida esta diferenciación conceptual ya que la Corte distingue expresamente entre el bloque en sentido estricto (normas de rango constitucional) y en sentido lato (parámetros de constitucionalidad). Así, el fundamento 5 de esa sentencia afirma:

"Resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad stricto sensu, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93). (...) Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción lato sensu del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias".

Posteriormente, otras sentencias, como la C-582 de 1999, retoman esa misma distinción, de suerte que ésta parece haberse consolidado en la práctica jurisprudencial de la Corte.

2.4.2. La restricción del bloque: la exclusión de los tratados en general y de las leyes estatutarias en ciertos eventos.

²² Ver las sentencias C-358 de 1997 y C-191 de 1998. Ver infra 2.4.2.

Las anteriores precisiones metodológicas llevaron a la Corte a establecer que ciertas normas, que algunos operadores jurídicos consideraban que estaban incorporadas en el bloque de constitucionalidad, en realidad no hacían parte de él, por cuanto no existía ninguna disposición constitucional que remitiera a esas normas o principios. En particular, varias sentencias concluyeron que si bien ciertos tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional, por el contrario los tratados en general no están integrados en el bloque de constitucionalidad. Dos argumentos fueron decisivos en esta evolución jurisprudencial. De un lado, la Corte constató que no existía ninguna remisión normativa que justificara la inclusión de todos los tratados en el bloque, pues “la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes” (Sentencia C-358 de 1997, fundamento 6º). En esa sentencia, la Corte consideró que el mandato del artículo 9º, según el cual las relaciones exteriores colombianas se orientan por los principios admitidos de derecho internacional, no constitucionalizaba todos los tratados. Según la Corte, obviamente el principio *Pacta Sunt Servanda* orienta las relaciones de Colombia, pero “el hecho de que se acepte que los tratados internacionales deben ser acatados, no implica que las normas legales contrarias a lo pactado en los tratados deban ser consideradas inconstitucionales”.

De otro lado, la Corte invocó dos argumentos prácticos y políticos para excluir los tratados del bloque: (i) la imposibilidad de confrontar la validez de las normas legales frente a la totalidad de los tratados, pues “si se aceptara que todos los tratados que obligan a Colombia integran el bloque de constitucionalidad, correspondería a la Corte revisar las normas impugnadas con relación a los mandatos del universo de los tratados ratificados por Colombia, lo cual es irrazonable” (Sentencia C-358 de 1997 fundamento 7º) Y (ii) el principio de reciprocidad, según el cual muchos convenios exigen la condición de reciprocidad para que sus cláusulas se apliquen, por lo cual su aplicabilidad a un caso concreto dependerá del cumplimiento de esa exigencia. Mal podría entonces, concluye la Corte, excluirse “en forma permanente del ordenamiento una ley por violar un tratado cuya aplicabilidad está sujeta a contingencias” (Ibídem).

Estas consideraciones llevaron pues a la Corte a excluir los tratados en general del bloque de constitucionalidad²³, por lo cual, la sentencia C-358 de 1997 se abstuvo de examinar si unos artículos del Código Penal Militar violaban o no la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, suscrita en 1963 y aprobada en Colombia mediante la Ley 6ª de 1972. Por su parte, la sentencia C-582 de 1999 se abstuvo de estudiar si los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998 violaban o no el “Acuerdo sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio”, que corresponde a un anexo del “Acuerdo de Marrakech”, con el que se crea la Organización Mundial del Comercio, los cuales fueron aprobados en

²³ Conviene precisar que esa sentencia C-358 de 1997 aclaró que la Corte no estaba desconociendo la posible fuerza jurídica interna de los tratados sino que “simplemente está afirmando que no es factible, por la vía del control constitucional abstracto, y en términos generales, declarar la inexecutable de una norma que contradiga un tratado. Sin embargo, es obvio que corresponde a los jueces ordinarios, en los casos concretos, resolver los eventuales conflictos que puedan surgir entre tratados y leyes. Como se ha señalado en esta sentencia, la Carta reconoce fuerza jurídica interna al derecho internacional”.

Colombia por la Ley 170 de 1994.

En la sentencia C-708 de 1999, la Corte excluye también del bloque en sentido lato una norma que un demandante consideraba que hacía parte del mismo: la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. Según esa sentencia, no existe una remisión expresa de la Carta que le confiera una fuerza especial a esa ley estatutaria, por lo cual no hace parte del bloque, a diferencia de lo que sucede con la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, a la cual expresamente el artículo 214 de la Constitución le confiere un status particular. La Corte se abstuvo entonces de analizar si una norma del Código Disciplinario Único violaba o no ciertos artículos de la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia. Según esa sentencia, “no todo el contenido de una ley estatutaria es apto para ostentar esa condición, sólo es viable a través de un mandato expreso del Constituyente de 1991 que apunte hacia esa dirección”.

2.4.3. La ampliación del bloque: la inclusión de los tratados de límites, los convenios de la OIT, y de las decisiones y la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos

En esos años, la Corte también establece que ciertas normas y parámetros internacionales deben entenderse incluidos en el bloque de constitucionalidad. Así, la sentencia C-191 de 1998 sugiere que los tratados de límites hacen parte del bloque, pues el artículo 102 de la Carta les confiere jerarquía constitucional, cuando establece que el territorio colombiano se encuentra delimitado por esos convenios. En dos sentencias ulteriores, la Corte reiterará esa especificidad de los tratados de fronteras. Así, la sentencia C-400 de 1998 acepta la posibilidad de que sean demandadas las leyes aprobatorias de tratados, incluso si éstos ya han sido ratificados, pero excluye de esa eventualidad a los tratados de límites, ya que éstos, “conforme al artículo 102 de la Carta, son normas particulares pues representan elementos constitutivos del territorio nacional, y por ende del propio Estado colombiano.” Por su parte, la sentencia C-1022 de 1999, que estudió la constitucionalidad del convenio que delimita la frontera marítima con Honduras, indicó, en su fundamento 8, que los tratados de fronteras ya perfeccionados “no pueden ser demandados, puesto que en el fondo son normas que integran el bloque de constitucionalidad”.

Los tratados de fronteras tienen entonces un status especial, y pueden ser considerados parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

De otro lado, la Corte ha concluido que los convenios de la OIT hacen parte también del bloque de constitucionalidad. Así lo señala explícitamente la sentencia T-568 de 1999, y ese criterio fue reiterado en la sentencia C-567 de 2000. El argumento central para incluir esos convenios parece ser que, según la Corte, esos tratados reconocen derechos laborales que no pueden ser suspendidos en estados de excepción, por lo que, conforme al artículo 93 de la Carta, tienen jerarquía constitucional. Así, la primera de las sentencias indica que procede incluir en el bloque de constitucionalidad “la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción)” A ello, la Corte añade un argumento suplementario; que si Colombia ha suscrito esos tratados, entonces debe respetar lo que ellos

establecen, pues el país se comprometió a cumplirlos de buena fe. La sentencia concluye entonces que “la interpretación y aplicación de los derechos laborales en Colombia, debe consistir en la integración de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados sobre la materia”.

Igualmente, en ese período, en algunas sentencias, la Corte parece incorporar todos los convenios de derechos humanos ratificados por Colombia al bloque de constitucionalidad, sin importar si consagran o no derechos que puedan ser suspendidos en los estados de excepción. Para realizar esa incorporación, la Corte no invoca entonces el inciso primero del artículo 93, según el cual ciertas normas internacionales de derechos humanos “prevalecen en el orden interno” sino sobre todo el inciso segundo, según el cual, los derechos y deberes constitucionales “se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Por su enorme importancia en este tema, conviene transcribir literalmente ese artículo 93, que estipula:

“Artículo 93: Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”

Ahora bien, la sentencia T-483 de 1999 debió analizar si una restricción a la libertad de movimiento era o no válida, y entonces fundamentó su análisis en los artículos 12 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 22 de la Convención Interamericana, que consagran ambos la libertad de movimiento. A pesar de que ambos tratados prevén la suspensión de esos derechos en los estados de excepción²⁴, y que por ende, conforme al inciso primero del artículo 93, esos artículos no son de aquellos que prevalecen en el orden interno, la Corte consideró que en virtud del inciso segundo del artículo 93, esos dos artículos hacían de todos modos parte del bloque de constitucionalidad, ya que “para efectos de interpretar los referidos derechos (libertad de movimiento) las normas de los tratados en referencia (los artículos citados del Pacto y de la Convención) tienen carácter prevalente en el orden interno, formando por lo tanto parte del bloque de constitucionalidad”.

Finalmente, en esos años, la Corte también reconoce una fuerza especial a la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos, pero por dos vías diferentes. De un lado, el juez constitucional determina que la doctrina establecida por esas instancias sobre el alcance de un derecho opera como una pauta normativa que debe ser tomada en consideración por los jueces, ya que el inciso segundo del artículo 93 ordena que los derechos constitucionales sean interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia. Así, expresamente la sentencia C-010 de 200 señaló al respecto:

“La Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente

²⁴ Ver el artículo 27 de la Convención Interamericana y el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que no prevén que la libertad de movimiento sea uno de los llamados derechos intangibles, que no pueden ser suspendidos en estados de excepción.

relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”²⁵.

Por su parte, la sentencia T-568 de 1999 parece ir todavía más lejos, pues estableció que no sólo la doctrina general de estas instancias es hermenéuticamente relevante sino que, además, las decisiones concretas de determinados organismos de control en casos contenciosos, como pueden ser las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, cuando éstas han sido avaladas por el Consejo de Administración, tenían fuerza jurídica interna y eran parte del bloque de constitucionalidad. El argumento de esa sentencia parece ser el siguiente: la Constitución de la OIT y sus convenios establecen que las recomendaciones del Consejo de Administración son obligatorias. Por su parte, el artículo 53 de la Carta señala que los convenios de la OIT hacen parte de la legislación interna. Por consiguiente, argumenta la Corte, debe entenderse que esas recomendaciones son obligatorias en el ordenamiento interno colombiano, pues de no ser así, “ninguno de los derechos consagrados en los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados podrían exigirse a través del mecanismo de la queja, o de las acciones consagradas en el ordenamiento interno, y nunca alguno de ellos haría parte de la legislación interna como lo prevé el artículo 53 de la Carta Política”. Concluyó entonces la Corte en esa sentencia:

“Las recomendaciones de los órganos de control y vigilancia de la OIT, no pueden ser ignoradas: cuando resultan de actuaciones del Estado contrarias a los tratados internacionales aludidos en el artículo 93 Superior, aunque no sean vinculantes directamente, generan una triple obligación en cabeza de los Estados: deben 1) ser acogidas y aplicadas por las autoridades administrativas; 2) servir de base para la presentación de proyectos legislativos; y 3) orientar el sentido y alcance de las órdenes que el juez de tutela debe impartir para restablecer los derechos violados o amenazados en ése y los casos que sean similares.

La desidia del Gobierno frente a las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia, no puede ser fuente de derechos para la administración, ni causal de extinción de los derechos de los trabajadores. Al amparar los derechos invocados por los accionantes, la Corte no solo está protegiendo derechos constitucionales, sino que está llamando la atención al gobierno sobre el deber de cumplir en el orden interno los compromisos que libremente adquirió en el plano de las relaciones internacionales, para que los derechos de las personas consignados en los tratados no queden como meras buenas intenciones manifestadas externamente y desdichas en el país. Dado que el Estado colombiano se obligó para con los otros miembros de la OIT a garantizar los derechos de los trabajadores, y en lugar de hacerlo los violó, debe restablecerse el imperio de la Constitución.”

²⁵ En el mismo sentido ver la sentencia C-406 de 1996. Sin embargo, en este tema, las sentencias T-568 de 1999 y C-010 de 2000 siguen siendo tal vez las más importantes, pues en ellas la Corte utiliza *in extenso* decisiones de instancias internacionales.

3. A título de conclusión: evaluación y propuesta de sistematización dogmática.

3.1. Breve valoración del trabajo de la Corte.

La anterior descripción de la recepción del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia colombiana es suficiente para concluir que esa categoría ha sido fructífera pues ha permitido que los tratados de derechos humanos y de derecho humanitario, así como la doctrina elaborada por las instancias internacionales, hayan entrado con fuerza en la práctica jurídica colombiana. Por ejemplo, es claro que hoy en Colombia, conforme a la doctrina desarrollada por la Corte Constitucional, los convenios de derecho humanitario y gran parte de los otros tratados de derechos humanos, tienen rango constitucional, y hacen parte del bloque en sentido estricto. Igualmente es claro que la jurisprudencia de las instancias internacionales, como la Corte Interamericana o el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, tiene una cierta fuerza jurídica interna, en la medida en que constituyen pautas relevantes sobre la interpretación de los derechos constitucionales. Esa evolución representa un avance notable en la consolidación de una cultura jurídica de los derechos humanos en el país, sobre todo si comparamos la actual situación con la práctica jurídica existente antes de 1991, cuando los jueces negaban cualquiera fuerza jurídica a los tratados en la materia.

De otro lado, a pesar de la indudable audacia de algunas de sus decisiones, la Corte Constitucional ha intentado construir una dogmática sensata del bloque de constitucionalidad, a fin de evitar los riesgos que tiene esa noción, cuyo mal manejo puede generar enormes inseguridades jurídicas, como lo resalté anteriormente (Cf supra 1.2.). Tres elementos muestran esa prudencia de la Corte. Así, en primer término, el tribunal ha evitado, en lo posible, usar el artículo 94, según la cual, la “enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Esta cláusula de derechos innominados, si bien puede ser necesaria en casos extremos, es de todos modos muy problemática, ya que es la que genera más posibilidades de arbitrariedad judicial, por cuanto permite la constitucionalización de derechos que no tienen ninguna consagración textual. Por ello es importante destacar que la Corte ha utilizado en muy pocas ocasiones ese artículo 94 para incorporar derechos en el bloque de constitucionalidad, y cuando lo ha hecho, también ha recurrido a otros argumentos jurídicos: referencias a tratados de derechos humanos o a otros artículos constitucionales²⁶. Esto muestra

²⁶ Así, hasta donde yo conozco, sólo en dos casos, el artículo 94 constituyó un argumento importante para que la Corte reconociera rango constitucional un derecho: cuando la Corte concluyó que la Carta establecía el derecho de las personas a conocer su filiación jurídica (Sentencia C-109 de 1995) y cuando planteó que toda persona tenía un derecho a su identidad, que incluía el derecho a la identidad sexual (sentencia T-477 de 1995); pero en ambos casos, la Corte mostró que si bien esos derechos no estaban

que en el desarrollo del bloque de constitucionalidad, la Corte ha optado por incorporar textos de tratados de derechos humanos, y no vagas nociones de filosofía política, con lo cual ha evitado extender indebidamente el alcance de esa noción.

En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, la Corte ha intentado ser bastante rigurosa en el proceso de incorporación de normas al bloque, pues ha señalado insistentemente que sólo pueden tener ese carácter aquellos textos, principios o derechos que cuenten con una expresa remisión constitucional, como sucede con los tratados de derechos humanos y de derecho humanitario (CP arts 93 y 214).

Finalmente, la Corte ha avanzado en una sistematización dogmática del alcance de esta noción, pues ha intentado precisar no sólo su naturaleza y función (distinción entre bloque en sentido estricto y en sentido lato) sino también el listado de los principios y derechos que integran cada uno de esos sub-grupos. Así, existen normas que sin lugar a dudas forman parte del bloque en sentido estricto, como el propio texto constitucional, los convenios que delimitan el territorio colombiano, los tratados de derecho humanitario y las normas internacionales que regulan derechos humanos intangibles; igualmente es claro que para formar el bloque en sentido lato, hay que agregar a las anteriores normas ciertas leyes orgánicas y al menos la ley estatutaria de estados de excepción.

Todo lo anterior, muestra que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido, en términos generales, valiosa, pues ha combinado el vigor en la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos, con la prudencia en el manejo dogmático de la categoría. Sin embargo, a pesar de lo anterior, subsisten importantes dudas, como lo muestran los siguientes tres problemas.

De un lado, la naturaleza de la noción todavía no es nítida, pues no parece que sea lo mismo incorporar al bloque un tratado de derecho humanitario, como lo hace la sentencia C-225 de 1995, que incluir la resolución de una instancia internacional en un caso específico, como lo hace la sentencia T-568 de 1999, pues en el primer caso se trata de normas generales, abstractas y permanentes, mientras que en el segundo evento se trata de la decisión concreta de una controversia. Existe pues aún una cierta ambigüedad en el significado de esta categoría.

De otro lado, el mecanismo de incorporación de las normas al bloque también suscita interrogantes, pues en los últimos años, el inciso primero del artículo 93, que había dado origen a la noción, ha perdido importancia como dispositivo de remisión para acoger normas internacionales, mientras que el inciso segundo de ese mismo artículo ha ganado una influencia creciente. Este cambio de énfasis es importante, pues es obvio que los resultados de optar por una u otra metodología son distintos. Así, si la regla para que entren al bloque normas de derechos humanos es exclusivamente el inciso primero del artículo 93, entonces se requiere no sólo que se trate de disposiciones que hagan parte de un tratado ratificado por Colombia sino además que los derechos en cuestión no puedan ser suspendidos en

expresamente reconocidos por la Constitución o por los tratados ratificados por Colombia, sin embargo se desprendían tácitamente de otras disposiciones, como el derecho a la personalidad jurídica o al libre desarrollo de la personalidad.

estados de excepción. Por el contrario, si el proceso de incorporación se basa en el inciso segundo, entonces aparentemente basta con que se trate de un convenio de derechos humanos ratificado por Colombia.

Y esto remite al tercer problema, que es consecuencia de los dos anteriores, y es el siguiente: todavía no es claro cuáles son las normas y principios que integran el bloque en sentido estricto o en sentido lato. Así, algunas sentencias (C-295 de 1993 y C-225 de 1995) sugieren que sólo ciertos tratados de derechos humanos ratificados por Colombia tienen rango constitucional, mientras que otras decisiones (sentencia T-483 de 2000) parecen incorporar todos los tratados de esta naturaleza. Igualmente, algunas sentencias parecen incluir todas las leyes estatutarias en el bloque en sentido lato (C-582 de 1999) mientras que otras parecen incorporar únicamente a la Ley Estatutaria de Estados de Excepción (C-708 de 1999).

Estas incertidumbres explican algunas polémicas que se han presentado en este tema, incluso dentro de la propia Corte. El caso más evidente fue la sentencia T-568 de 1999 que, como ya lo expliqué, no sólo señaló que los convenios de la OIT hacen parte del bloque de constitucionalidad sino que, además estableció que las resoluciones de los organismos de control, como el Comité de Libertad Sindical y el Consejo de Administración de la OIT, tenían obligatoriedad interna. La parte derrotada en este caso, a saber, las Empresas Públicas de Medellín, solicitaron la nulidad de esta sentencia, pues consideraron, entre otras cosas, que la Corte había variado su jurisprudencia sobre el alcance del bloque de constitucionalidad pues, según su parecer, era claro que conforme a ella, los Convenios de la OIT no tenían jerarquía constitucional. La Corte, por medio del auto 078-A de 1999, rechazó la petición de nulidad, pero dos magistrados -Cifuentes y Naranjo- se apartaron de esa decisión, pues consideraron que efectivamente la sentencia debía ser anulada. Y específicamente sobre alcance del bloque de constitucionalidad, señalaron esos magistrados:

“A propósito de los convenios internacionales del trabajo, la propia Constitución se encarga de definir el rango normativo de que gozan sus disposiciones dentro del ordenamiento jurídico nacional: “Los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna” (C.P. art. 53). La sala cuarta ha decidido modificar esta norma constitucional atribuyendo a los convenios internacionales de trabajo el carácter de normas constitucionales, calificación que igualmente extiende a las recomendaciones que fluyen de los órganos de control de la O.I.T.

“Aunque no puede excluirse que algunas normas relativas al derecho internacional del trabajo puedan, por su contenido y alcance, ser consideradas fuentes directas de derechos humanos no restringibles en los estados de excepción, definitivamente ese no es el caso de la regulación atinente a la calificación de los servicios públicos como esenciales o a la designación del órgano interno llamado a resolver sobre la ilegalidad de un determinado cese de actividades. La generalidad del derecho internacional del trabajo, de impronta universal, no es compatible con esta suerte de normativa que se desarrolla a nivel interno de los países, desde luego con sujeción a los principios generales consagrados en los convenios. En la sentencia de la sala cuarta no se hace ningún análisis sobre las normas internacionales relacionadas con esta precisa materia, ni sobre su supuesta indisponibilidad. Resulta, por tanto, aventurado que in genere convenios y recomendaciones de órganos de control de la O.I.T., se integren al bloque de constitucionalidad.”

Por su parte, en ese auto, la Corte no sólo reiteró los argumentos de la sentencia T-568 de 1999 sino que además añadió uno nuevo, que según su parecer, justifica la atribución de fuerza jurídica interna a los convenios de la OIT y a las recomendaciones de los organismos de control. Para la Corte, en la medida en que los convenios de la OIT hayan sido ratificados por Colombia, hacen parte de la legislación interna, “por lo que son normas aplicables en cuya interpretación deben los jueces atender el criterio de los órganos de la OIT que son sus intérpretes legítimos.”

Esta discusión muestra que la polémica entre la Corte y los magistrados disidentes versa no sólo sobre si los convenios de la OIT hacen o no parte del bloque sino también sobre cuál es el artículo constitucional relevante para definir si ha operado esa incorporación. Así, mientras los magistrados que salvaron el voto se restringen exclusivamente al inciso primero del artículo 93, y por ello excluyen muchos convenios de la OIT del bloque, pues consideran que éstos no consagran “derechos humanos no restringibles en los estados de excepción”, por el contrario la Corte utiliza otras normas de reenvío, como el artículo 53 y el inciso segundo del artículo 93, y llega entonces a otras conclusiones.

La anterior evaluación del trabajo de la Corte ha mostrado entonces que el bloque de constitucionalidad ha sido útil y dinámico para incorporar normas y jurisprudencia internacional de derechos humanos, lo cual es importante no sólo para asegurar una mayor vigencia de los mismos sino también para controlar la propia discrecionalidad de la Corte Constitucional, que deberá al menos adecuar su doctrina a esas pautas internacionales mínimas. Pero existen problemas de inseguridad jurídica, que derivan de una falta de sistematización doctrinaria de una noción que es todavía ambigua en ciertos aspectos. Es pues necesario que la jurisprudencia y la doctrina colombianas avancen aún más en la estructuración de una “teoría constitucionalmente adecuada” de este concepto. Las últimas líneas de este artículo adelantan algunas sugerencias al respecto.

3.2. Lineamientos para una progresiva sistematización de la dogmática constitucional.

Conforme al anterior análisis, los interrogantes que suscita el bloque de constitucionalidad tienen que ver con tres aspectos esenciales: (i) su naturaleza y función, (ii) el procedimiento de incorporación de nuevos principios y derechos, y (iii) el listado de normas que lo integran. Una dogmática constitucionalmente adecuada debe entonces sugerir respuestas en los tres campos, que además permitan que la figura siga jugando un papel dinámico en la recepción jurídica de los derechos humanos.

3.2.1. Precisiones conceptuales y teminológicas.

En cuanto a la naturaleza de esta categoría, creo que, a pesar de que el lenguaje pueda tornarse un poco pesado, conviene usar expresiones distintas para diferenciar tres estándares normativos diferentes, que la Corte ha denominado indistintamente “bloque de constitucionalidad”: (i) las normas de rango constitucional, (ii) los parámetros de constitucionalidad de las leyes y (iii) las

normas que son constitucionalmente relevantes en un caso específico.

La distinción entre bloque en sentido lato y en sentido estricto, propuesta por la propia Corte, ya es un avance sustancial, pues introduce un cierto orden terminológico; pero subsisten aún ciertas confusiones, que pueden tener efectos prácticos negativos. Por ejemplo, creo que la sentencia T-568 de 1999 tuvo razón en señalar que la recomendación del Comité de Libertad Sindical tenía una gran importancia para resolver ese caso; era pues una norma singular constitucionalmente relevante. Pero me parece inadecuado indicar que esa resolución hace parte del bloque de constitucionalidad, ya que esa recomendación sólo tenía trascendencia en ese asunto específico, mientras que la expresión “bloque de constitucionalidad” parece hacer referencia a pautas normativas más generales y estables. Por ello, tal vez convenga utilizar otra locución para referirse a esas normas, generales o singulares, que son relevantes para decidir un asunto constitucional, pero que no tienen jerarquía constitucional, ni representan un parámetro de constitucionalidad de las leyes. Esa simple precisión semántica permitiría superar las actuales ambigüedades sobre la naturaleza y función del bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento.

3.2.2. Las técnicas de reenvío normativo en la construcción del bloque.

De otro lado, la propia Corte ha dado un paso esencial para resolver las dudas sobre la forma de incorporación de normas al bloque, ya sea en sentido estricto o lato, y es su jurisprudencia reiterada según la cual, para que un derecho o principio ingrese al bloque es necesario que exista una regla constitucional clara que ordene su inclusión. Por ende, el problema es determinar cuáles son las técnicas de remisión admitidas por nuestra Constitución y establecer un orden sistemático entre ellas.

Una breve referencia al derecho comparado es útil para resolver ese interrogante, ya que permite establecer una cierta tipología de las formas de remisión. Así, según mi criterio, en el fondo existen cinco técnicas básicas de reenvío, que es posible clasificar, desde las más cerradas y jurídicamente seguras, hasta las más abiertas y complejas, así: (i) la remisión a textos cerrados y definidos, como cuando varias constituciones latinoamericanas incorporan la Convención Interamericana; (ii) el reenvío a textos cerrados, pero cuya determinación suscita algunas polémicas e incertidumbres, como cuando el Preámbulo de la Constitución de Francia de 1946 (que hace parte del bloque por la remisión del Preámbulo de la Carta de 1958) a su vez remite “a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”, pues no se sabe taxativamente cuáles son esas leyes ni esos principios; (iii) la remisión a textos por desarrollar, como cuando la Constitución española se refiere a los estatutos de autonomía que serían ulteriormente aprobados; (iv) las remisiones abiertas a valores y principios, como la cláusula de derechos innominados de la IX enmienda de la Constitución estadounidense; y (v) finalmente, la remisión a otros valores por medio del uso de conceptos particularmente indeterminados, como la cláusula del debido proceso sustantivo en Estados Unidos, en donde los debates en torno a la integración del bloque se confunden con los problemas de interpretación.

Ahora bien, la conformación del bloque de constitucionalidad en Colombia es muy

compleja y polémica, porque nuestra Carta no recurre a la técnica más segura (remisión a textos cerrados precisos) pero en cambio incorpora todas las otras formas de reenvío: así, hay remisiones a textos cerrados pero indeterminados, pues la Constitución se refiere genéricamente a los convenios de la OIT (CP art. 53) y a ciertos tratados de derechos humanos y derecho humanitario (CP arts 93 y 214). Igualmente la Carta confiere especial fuerza a textos por desarrollar, como las leyes orgánicas y estatutarias (CP arts 151, 152, 153 y 214) o los nuevos convenios de derechos humanos que Colombia pueda ratificar (CP arts 53, 93 y 214). La Constitución también establece remisiones indeterminadas, como la cláusula de derechos innominados del artículo 94. Y, finalmente, la Carta recurre a varios conceptos particularmente abiertos, pues indica que Colombia está fundada en el respeto de la dignidad humana, en la primacía de los derechos inalienables de la persona (CP arts 1º y 3º), y que es deber del Estado asegurar la vigencia de un orden justo (CP art. 2º).

Pero eso no es todo. No sólo la Constitución colombiana incorpora múltiples técnicas de reenvío a otros principios y valores sino que, además, frente a un mismo tema, las formas de remisión parecen inconsistentes. Así, mientras el artículo 53 indica expresamente que los convenios de la OIT hacen parte de la legislación interna -y aparentemente carecen de fuerza constitucional, como lo afirman Cifuentes y Naranjo en el salvamento al auto 078-A de 1999, por el contrario el artículo 93 parece conferirles otro rango normativo, ya que es razonable afirmar que esos convenios deben ser considerados tratados de derechos humanos.

Dada esa complejidad y densidad de las remisiones normativas previstas en nuestra Carta, resulta apenas normal que la Corte haya a veces dudado sobre cómo integrar el bloque de constitucionalidad. Sin embargo, aunque el tema seguirá siendo polémico, creo que la propia evolución de la jurisprudencia constitucional permite armonizar esas distintas técnicas de reenvío en una dogmática aceptable, con base en unas pocas reglas básicas.

Así, en primer término, creo que conviene preservar la prudencia de la Corte en relación con las cláusulas muy abiertas, como la prevista por el artículo 94 o por los conceptos excesivamente indeterminados, de tal suerte que estas normas sólo puedan constituir argumentos válidos y suficientes para reconocer principios constitucionales en casos extremos, y poco probables, en donde exista un determinado derecho o valor que no tenga consagración expresa en la Constitución ni en ningún tratado de derechos humanos, pero haya adquirido una tal aceptación y relevancia social, que sea necesaria su incorporación al bloque.

En segundo término, me parece que los artículos 151, 152 y 153 de la Carta deben ser considerados cláusulas de remisión para integrar el bloque en sentido lato, pues esas normas determinan que las leyes ordinarias deben respetar los mandatos conferidos por las leyes orgánicas y estatutarias. Este tipos de leyes -estatutarias y orgánicas- si bien no tienen rango constitucional, representan entonces parámetros de constitucionalidad de las leyes ordinarias. Por ello me parece que la sentencia C-708 de 1999, que señaló que únicamente la Ley Estatutaria de Estados de Excepción hace parte del bloque en sentido lato, es desafortunada. Así, es cierto que esa ley es la única que es mencionada expresamente por un artículo constitucional distinto del 152 y del 153, puesto que el artículo 214 sobre estados

de excepción establece específicamente que “una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos”. Sin embargo, no puede inferirse de lo anterior que las otras leyes estatutarias no condicionan la constitucionalidad de las leyes ordinarias, pues es obvio que no puede una ley ordinaria modificar una ley estatutaria. Por ello, en varias sentencias anteriores, la Corte había incorporado genéricamente todas las leyes estatutarias en el bloque en sentido amplio. La sentencia C-708 de 1999 ignora entonces ese hecho elemental y esa evolución jurisprudencial, y por ello sólo cabe esperar que la Corte aclare y modifique su jurisprudencia en este punto.

En tercer término, y éste es el punto más complejo, es necesario armonizar el inciso primero del artículo 93 con el segundo inciso de ese mismo artículo, y con el artículo 53 sobre los convenios de la OIT, ya que esas tres normas son las que han suscitado mayores controversias doctrinarias y jurisprudenciales. La dificultad reside en que estas disposiciones parecen establecer mandatos contradictorios, pues el artículo 93-1 confiere jerarquía constitucional únicamente a los tratados ratificados que reconocen derechos intangibles -como los convenios de derecho humanitario-, mientras que el inciso segundo parece constitucionalizar todos los tratados ratificados por Colombia, y por su parte el artículo 53 parece conferir a los convenios de la OIT una fuerza meramente legal. Sin embargo, a pesar de esas tensiones, creo que es posible acoplar estos tres mandatos.

Así, según mi criterio, la contradicción entre el artículo 93-1 y el 93-2 es aparente, ya que ambas disposiciones pueden ser armonizadas, siempre y cuando el intérprete tenga en cuenta que los dos incisos hacen referencia a tipos distintos de derechos y establecen mandatos diversos. Así, el inciso primero no habla de derechos que sean reconocidos en la Constitución sino de derechos intangibles (que no pueden ser limitados en los estados de emergencia), y establece un mandato de incorporación, pues señala que esas normas de derechos humanos prevalecen en el orden interno. La Corte, como ya lo indiqué, ha precisado que esa “prevalencia” debe ser entendida como la integración de esos derechos en el bloque de constitucionalidad en estricto sentido. En cambio, el inciso segundo hace referencia a todos los “derechos y deberes reconocidos por la Constitución” e impone una determinada interpretación de esos derechos, pues establece que su contenido debe ser determinado de “conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia”.

En tales condiciones, ¿cuál es la utilidad y campo de acción del inciso primero del artículo 93 de la Carta? A mi juicio, es básicamente que esa norma permite incorporar ciertos derechos y principios al bloque, incluso cuando éstos no han sido reconocidos por el articulado constitucional, pero para ello se requiere que sean derechos no limitables en estados de excepción. Este artículo 93-1 adquiere entonces una verdadera eficacia cuando se trata de derechos o principios que no aparecen expresamente en el articulado constitucional, pero que se refieren a derechos intangibles incorporados en tratados ratificados por Colombia. El ejemplo más importante en este campo es la exclusión de la obediencia debida en casos de delitos de lesa humanidad cometidos por militares, pues si bien ese mandato no aparece abiertamente en la Carta, por el contrario está expresamente previsto en ciertos instrumentos internacionales, como la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas, ratificada por Colombia el 8 de diciembre de 1987, y cuyo

artículo 2º señala que “no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”. Obviamente, el derecho a no ser torturado no puede ser limitado en estados de excepción, por lo cual este tratado, de conformidad con el artículo 93-1 de la Carta, prevalece en el orden interno. Y por ello debe concluirse que, por el reenvío de ese inciso, esa limitación a la obediencia debida tiene rango constitucional, aunque no se encuentre de manera expresa en el articulado de la Carta

Por su parte: ¿cuál es la importancia y campo de acción del inciso segundo del artículo 93 superior? A mi juicio es que esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia. Ahora bien, los convenios en esta materia suelen incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad, según la cual no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado²⁷. La Corte Constitucional, en varias sentencias, ha reconocido el carácter vinculante en el ordenamiento colombiano de esta regla hermenéutica²⁸, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. En ese contexto, debemos concluir que el artículo 93-2 constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos. Y como es obvio, para ese ejercicio, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia de las instancias internacionales, que constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados, tal y como la Corte Constitucional lo ha señalado.

Así las cosas, es posible realizar una dogmática consistente del artículo 93, que conduce a la siguiente regla práctica: si se trata de un derecho o deber que ya está expresamente incorporado en algún artículo de la Carta, entonces la norma de reenvío pertinente es el inciso segundo, y debe entenderse que están incorporados en el bloque en sentido estricto todos los artículos relativos a ese derecho que hagan parte de tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, sin importar si son o no derechos limitables en los estados de excepción. En cambio, si se trata de un derecho o principio reconocido por un tratado ratificado por Colombia, pero que no aparece expresamente en ningún artículo constitucional, entonces la norma relevante es el inciso primero; ese derecho sólo adquirirá rango constitucional si se trata de un derecho no limitable en los estados de excepción.

Es pues posible armonizar las reglas de remisión previstas por el artículo 93. Pero, resta por determinar qué sentido deberíamos atribuir al artículo 53 de la Carta, según el cual, los convenios de la OIT, ratificados por Colombia, “hacen parte de la legislación interna”.

²⁷ Ver, por ejemplo, el artículo 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el artículo 29 de la Convención Interamericana y el artículo 4º del Protocolo de San Salvador.

²⁸ Ver las sentencias y C-406 de 1996, fundamento 14 y C-251 de 1997, fundamento 14.

Una lectura literal podría llevar a la conclusión que, a diferencia de los otros tratados de derechos humanos, esos convenios de la OIT tienen una fuerza meramente legal, pues son sólo parte de la “legislación interna”. Esta interpretación, que es la que sustenta el salvamento de voto de Cifuentes y Naranjo al auto 078-A de 1999, parece aceptable, no sólo porque armoniza con el tenor literal del artículo 53 superior sino además porque se sustenta en la regla hermenéutica, según la cual, la norma especial prima sobre la general. En efecto, el artículo 53 es la única disposición constitucional que expresamente se refiere a los convenios de la OIT, por lo cual, debe entenderse que ese artículo es el que define el status de esos instrumentos internacionales en nuestro ordenamiento, sin interesar lo que dispongan las otras normas constitucionales sobre tratados de derechos humanos, como el artículo 93.

A pesar de su aparente fuerza, esa hermenéutica no me parece satisfactoria, pues conduce a unos resultados paradójicos: tendríamos que aceptar que la Constitución discrimina a los convenios de la OIT frente a los otros tratados de derechos humanos, pues mientras que estos últimos pueden adquirir rango constitucional, por las remisiones del artículo 93 superior, los convenios de la OIT estarían condenados a tener una fuerza meramente legal. Esta conclusión es inaceptable, pues estos convenios de la OIT son verdaderos tratados de derechos humanos, que buscan brindar una salvaguarda particular al trabajo, por lo cual resulta impensable que la Constitución los discrimine, ya que la Carta establece que Colombia es un Estado social de derecho, que se basa en el trabajo (Preámbulo y art. 1º), que es no sólo un principio sino también un derecho y una obligación social, que goza de especial protección en todas sus modalidades (CP art. 25).

Debemos pues conferir otro alcance, que armonice con los principios y valores constitucionales, al mandato del artículo 53, según el cual esos convenios hacen parte de la legislación interna. Y, según mi criterio, la única respuesta razonable es que la Carta de 1991, que pretende amparar vigorosamente a los trabajadores, simplemente reiteró en este artículo 53 que los Convenios de la OIT son normas obligatorias en el ordenamiento interno colombiano, por cuanto en la práctica judicial preconstituyente, los jueces no solían reconocer ninguna fuerza jurídica -ni siquiera legal- a esos instrumentos internacionales. Pero no puede sostenerse que, al conferir en forma explícita fuerza interna a esos tratados de derechos humanos, en virtud del artículo 53, nuestra Constitución los estaría privando de la fuerza constitucional que les puede estar otorgando genéricamente el artículo 93. Por ello, creo que la conclusión que se impone, y que corresponde a la doctrina desarrollada por la Corte, aunque con una justificación parcialmente distinta, es que la mayor parte de los convenios de la OIT, en la medida en que desarrollan derechos que ya están reconocidos en la Carta (CP arts 25, 29, 48, 53 y 56), hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, en virtud del mandato del artículo 93-2 de la Constitución.

3.2.3. Normas integrantes del bloque y consideraciones finales.

La anterior sistematización de las técnicas de reenvío debería permitir, a su vez, determinar con cada vez mayor claridad cuáles normas integran el bloque de constitucionalidad, tanto en sentido estricto como en sentido lato. Así, conforme a esa dogmática, habría que concluir que hacen parte del bloque en sentido estricto

(i) el Preámbulo, (ii) el articulado constitucional, (iii) los tratados de límites ratificados por Colombia, (iv) los tratados de derecho humanitario, (v) los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, (vi) los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta, y (vii) la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales. Como es obvio, esta lista genérica incluye específicamente los convenios de la OIT y la doctrina elaborada por los órganos de control de esa organización internacional. Y de otro lado, para integrar el bloque en sentido lato, habría que agregar a las anteriores pautas normativas (i) las leyes estatutarias y (ii) las leyes orgánicas, en lo pertinente.

Este listado normativo corresponde, con algunas variaciones, a la sistematización hecha por la propia Corte en algunas de sus sentencias²⁹. Por ello considero que, a pesar de ciertas vacilaciones, que son naturales debido a la complejidad del tema, la jurisprudencia de la Corte sobre bloque de constitucionalidad ha sido no sólo fecunda sino mucho más consistente de lo que plantean sus críticos. La propuesta dogmática que he adelantado pretende tan sólo sistematizar el trabajo de la Corte Constitucional sobre el tema, reducir los riesgos que de todos modos tiene la categoría, y hacerla más manejable por los operadores jurídicos. El reto es entonces seguir avanzando no sólo en esta sistematización doctrinaria, que es necesaria por razones de seguridad jurídica, sino también en el uso creativo de este concepto, que ha contribuido significativamente al desarrollo de una cultura de los derechos humanos en la práctica judicial. Y es que aunque es indudable que Colombia enfrenta hoy una muy dura y aguda crisis de derechos humanos, que conduce a muchos al pesimismo, al menos en este campo de la práctica judicial ha habido avances importantes; gracias a figuras como el bloque de constitucionalidad, estamos hoy muy lejos de esas épocas, no tan lejanas, en que resultaba estrambótico que alguien citara una norma internacional de derechos humanos en una controversia judicial.

Bibliografía

- Pierre Bon (1998) "Francia" en Eliseo Aja (Ed) *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*. Barcelona, Ariel.
- William Brennan (1997) "The Constitution of the United States: Contemporary Ratification" en David O'Brien (Ed). *Judges on judging. Views from the Bench*. New Jersey: Chatham House Publishers Inc.
- Tulio Elí Chinchilla (1999). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá, Temis.
- Louis Favoreu (1990) "El bloque de constitucionalidad" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*., No 5.
- Louis Favoreu. (1994) *Los tribunales constitucionales*. Barcelona, Ariel.
- Diego Eduardo López Medina (2000) *El derecho de los jueces*. Bogotá, Legis.
- Humberto Nogueira Alcalá (2000) "Las constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos" en *Anuario de Derecho Latinoamericano. Edición*

²⁹ Ver por ejemplo, la sentencia C-582 de 1999.

2000. Buenos Aires: CIEDLA, Konrad Adenauer.

- Thurgood Marshall (1997) "The Constitution: A living document" en David O'Brien (Ed). *Judges on judging. Views from the Bench*. New Jersey: Chatham House Publishers Inc.
- Observatorio de Justicia Constitucional. (1998). *Balance jurisprudencial de 1996*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores.
- Javier Pardo Falcón (1990). *El Consejo Constitucional Francés*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Francisco Rubio Llorente (1993). "El bloque de constitucionalidad" en *La forma del poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Francisco Rubio Llorente (1995). "El bloque de constitucionalidad" en *Enciclopedia Jurídica Básica*. Madrid: Civitas..
- Jaime Sanín Greiffenstein (1971) *La defensa judicial de la constitución*. Bogotá, Temis.
- Antonin Scalia (1997) "Originalism: The Lesser Evil" en David O'Brien (Ed). *Judges on judging. Views from the Bench*. New Jersey: Chatham House Publishers Inc.
- Laurence Tribe (1988) *American Constitutional Law*, (2 Ed). New York: The Foundation Press,
- Rodrigo Uprimny (1990) *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*. Bogotá, FUAC
- Rodrigo Uprimny (1991) "Estado de sitio y tratados internacionales: una crítica a la jurisprudencia constitucional de la Corte" en Gustavo Gallón (Comp) *Guerra y Constituyente*. Bogotá, Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana.
- Carlos E Valencia García (1990) "Legislación y jurisprudencia colombiana en relación con los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos" en Gustavo Gallón (Comp) *Espacios internacionales para la justicia colombiana*. Bogotá, Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana.