



Ensayos de teoría
constitucional y
derecho internacional

Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional

Marco Gerardo Monroy Cabra



COLECCIÓN TEXTOS DE JURISPRUDENCIA

© 2007 Editorial Universidad del Rosario
© 2007 Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia
© 2007 Marco Gerardo Monroy Cabra

ISBN: 978-958-8298-39-9

Primera edición: Bogotá, D.C., marzo de 2007
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Rodrigo Andrés Díaz Lozada
Diagramación: Margoth C. de Olivos - María del Pilar Palacio
Diseño de cubierta: Antonio Alarcón
Impresión: Javegraf
Editorial Universidad del Rosario
Calle 13 N.º 5-83 Tels.: 336 6582/83, 243 2380
editorial@urosario.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida
sin el permiso previo escrito de la
Editorial Universidad del Rosario.

MONROY CABRA, Marco Gerardo
Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional / Marco Gerardo Monroy Cabra.—
Facultad de Jurisprudencia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2007.
494 p.—(Colección Textos de Jurisprudencia).

ISBN: 978-958-8298-39-9

Derecho internacional / Derecho constitucional / Constituciones / Control de constitucionalidad /
Arbitraje internacional / Derechos humanos / Terrorismo / I. Título / II. Serie.

342.01

220

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

CONTENIDO

Presentación	19
Anexo	24
Bibliografía del doctor Marco Gerardo Monroy Cabra	
Introducción	27

Teoría constitucional

El concepto de Constitución	32
Introducción	32
1. La Constitución en Grecia y en Roma	32
1.1. Concepto de Constitución en Grecia	32
1.2. La Constitución en Roma	35
1.3. La Constitución en la Edad Media	36
1.4. La Constitución en la Edad Moderna	39
2. La Constitución como norma jurídica	49
3. El concepto de Constitución	54
3.1. Múltiples acepciones del término Constitución	54
3.2. La Constitución como la construcción del orden político	55
3.3. Constitución formal y Constitución material	56
3.4. Diversos conceptos sobre la Constitución	58
3.4.1. Tres grandes conceptos de Constitución	58
3.4.2. Clases de constituciones	61
3.4.3. La Constitución como fuente material y formal del derecho	63
3.5. Tipos de Constitución en las teorías modernas	64

3.5.1. Rudolf Smend	65
3.5.2. Carl Schmitt	65
3.5.3. Hermann Heller	66
3.5.4. M. Hauriou	66
3.5.5. Santi Romano	66
3.5.6. Dietrich Schindler	67
3.5.7. Erick Kaufmann	67
3.5.8. Georges Burdeau	67
Conclusiones	67
La Constitución como fuente del derecho y sistema de fuentes	71
1. Concepto de fuentes del derecho	71
2. Cambios en el sistema de fuentes introducidos por la Constitución Política de 1991	73
3. Nuevo concepto de fuentes de derecho	74
4. La Constitución como fuente de derecho	78
4.1. Concepto de Constitución	78
4.2. La Constitución como norma suprema	80
4.3. La Constitución y el sistema de fuentes del derecho	83
5. Regulación constitucional de las fuentes del derecho	86
5.1. Regulación de las fuentes en el Código Civil	86
5.2. Regulación constitucional de las fuentes del derecho ...	87
5.2.1. Valores, principios y reglas constitucionales. Principios generales y derecho	88
5.2.2. Regulación constitucional de la ley	94
6. Jerarquía normativa	96
7. La jurisprudencia como fuente de derecho. Eficacia jurídica del precedente	99
Conclusiones	107
Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de derecho	108

Introducción	108
1. Creación y desarrollo de los tribunales constitucionales en el mundo	108
2. Fundamento de la jurisdicción constitucional	113
3. Naturaleza de los tribunales constitucionales	118
4. Misión de los tribunales constitucionales	122
5. Importancia de los tribunales constitucionales en el Estado social de derecho	126
6. Razón de la existencia de los tribunales constitucionales	128
7. Críticas a la existencia de los tribunales constitucionales	131
8. La jurisdicción constitucional en Colombia	132
Conclusiones	136
El control de constitucionalidad	141
Introducción	141
1. La defensa de la constitución por la vía del control jurisdiccional	142
1.1. Significados del control de constitucionalidad de la ley	142
1.2. Presupuestos ideológicos del control de constitucionalidad	143
1.3. El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía constitucional	145
2. Origen del control de constitucionalidad	148
2.1. Antecedentes remotos del control constitucional	148
2.2. El control constitucional en los Estados Unidos de América	149
3. Sistemas de control de constitucionalidad	154
3.1. Sistema europeo	154
3.1.1. Razones de la no existencia del control constitucional en Europa	154
3.2. Características del sistema concentrado de control de constitucionalidad	162

3.3. Características del sistema de control difuso de constitucionalidad	164
4. Desarrollo histórico del control de constitucionalidad en Colombia	165
4.1. Constitución de 1886	165
4.2. Leyes 57 y 153 de 1887	166
4.3. Acto Legislativo 3 de 1910	167
4.4. Reforma constitucional de 1945	167
4.5. Reforma constitucional de 1960	168
4.6. Reforma constitucional de 1968	169
4.7. Acto Legislativo 1 de 1986	170
4.8. Proyecto de reforma constitucional presentado por el gobierno del presidente Virgilio Barco Vargas	171
4.9. Proyecto de reforma constitucional presentado por el gobierno del presidente César Gaviria Trujillo	171
5. El control constitucional en la Constitución Política de 1991	172
5.1. Características del control constitucional en la Constitución de 1991	173
5.2. Naturaleza y antecedentes históricos del control constitucional en Colombia de 1811 a 1886	175
5.2.1. Naturaleza	175
5.2.2. Evolución del control constitucional de 1811 a 1886	177
6. Breve referencia a la jurisdicción constitucional en Latinoamérica	179
Conclusiones	181
 La interpretación constitucional en el Estado social de derecho	 183
Introducción	183
1. Importancia y concepto de la interpretación constitucional ..	186
2. Sujetos de la interpretación constitucional	192

3. La Constitución como norma jurídica suprema	195
4. Objeto de la interpretación constitucional	198
5. Peculiaridades de interpretación constitucional	202
6. Métodos de interpretación constitucional	204
7. Función integradora de la Constitución e interpretación	211
Conclusiones	212
La interpretación constitucional colombiana de la familia	218
1. Fuentes del derecho de familia en Colombia	218
2. Normas constitucionales	219
3. Concepto de familia en la Constitución y en la interpretación constitucional y legal de la Corte Constitucional	221
3.1. Igualdad entre las familias sin distinción de origen	225
3.2. Protección de la unidad familiar	227
3.3. Igualdad de derechos y deberes de la pareja	229
3.4. Igualdad de derechos y deberes entre los hijos	229
3.5. Derecho a tener una familia y no ser separado de ella ..	231
3.6. Violencia intrafamiliar	232
3.7. Protección de madres y padres cabeza de familia	233
3.8. Aborto	234
3.9. Eutanasia	235
Conclusiones	236
Perspectivas del constitucionalismo moderno	238
Introducción	238
1. Transformaciones del concepto de “Estado de derecho”	239
2. La constitucionalización del ordenamiento jurídico	241
3. La fuerza vinculante de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático	243
4. La Jurisprudencia ha llegado a constituirse como fuente de derecho en el Estado constitucional	246
5. El neoconstitucionalismo	250

6. Preponderancia de los principios en el neoconstitucionalismo	253
Conclusiones	260

Derecho internacional

Las relaciones entre la protección nacional e internacional de los derechos humanos	263
1. Los derechos humanos en el nuevo contexto internacional ..	263
2. Protección nacional e internacional de los derechos humanos	264
2.1. Marco de referencia	264
2.2. Recepción del derecho internacional de los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos nacionales	265
2.3. Régimen constitucional comparado	267
2.4. Conclusiones sobre el análisis de derecho comparado ...	270
2.5. Interpretación sistemática del bloque de constitucionalidad en el derecho colombiano	271
3. Diferencias entre la protección nacional e internacional en materia de derechos humanos	273
4. Aproximación entre la protección nacional e internacional de los derechos humanos	279
Conclusiones	281
La tendencia hacia la internacionalización del derecho	284
1. Nuevos cambios en la comunidad internacional	284
2. La tendencia hacia la internacionalización del derecho	286
3. Los aportes del derecho comparado	289
4. Perspectivas	291
5. La internacionalización conlleva cambios en el currículo de las facultades de derecho	293
6. Diversas formas de integración jurídica internacional	294
Conclusiones	295

Contribución del derecho interamericano a la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional	296
Introducción	296
1. ¿Existe un derecho internacional americano independiente del derecho internacional general, o un sistema interamericano dentro del derecho internacional?	296
2. El Congreso de Panamá de 1826	299
3. Congresos y tratados hispanoamericanos del siglo XIX	301
4. Conferencias internacionales americanas	303
5. Conferencias especiales y reuniones de consulta de ministros de relaciones exteriores convocadas en aplicación del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos	306
6. Carta de la Organización de los Estados Americanos	318
7. El Comité Jurídico Interamericano	322
8. Codificación y desarrollo progresivo del derecho interamericano público y privado	323
8.1. Congreso de Lima de 1877-1878	324
8.2. Los tratados de Montevideo de 1889	324
9. Desarrollo de la codificación del derecho internacional público y privado en América	325
9.1. Código Bustamante o Código de Derecho Internacional Privado	328
9.2. Tratados de Montevideo de 1939-1940	328
9.3. Conferencias especializadas interamericanas sobre derecho internacional privado	329
9.3.1. Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre derecho internacional Privado, CIDIP I, Panamá, 1975	329
9.3.2. Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, CIDIP II, Montevideo, 1979	329

9.3.3. Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, CIDIP III, La Paz, 1984	330
9.3.4. Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, CIDIP IV, Montevideo, 1989	330
9.3.5. Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, CIDIP V, Ciudad de México, 1994	331
9.3.6. Sexta conferencia Especializada Interamericana sobre Desarrollo Internacional Privado, Washington D.C., 2002	333
10. Evolución del sistema interamericano y su contribución al desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional general	334
11. Perspectivas del sistema interamericano en el área jurídica	340
Conclusiones	343
 Seguridad, terrorismo y derechos humanos	345
1. El contexto internacional actual	347
2. Nuevo concepto de seguridad	347
3. Las normas para garantizar la seguridad deben respetar los derechos humanos	349
4. Límites a las leyes y medidas adoptadas por los gobiernos para garantizar la seguridad	352
5. Cooperación a nivel internacional para combatir el terrorismo	360
5.1. El terrorismo como fenómeno transnacional	360
5.2. Cooperación internacional para prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo mediante la adopción de tratados internacionales	361

5.3. Límites en la aplicación de los tratados sobre terrorismo	362
5.4. Límites a estados de excepción	365
5.5. Responsabilidad internacional por violación de tratados sobre derechos humanos	366
5.6. Definición de terrorismo	367
5.7. Relación entre terrorismo, derechos humanos y derecho internacional humanitario	368
Conclusiones	371
 Interpretación en derecho internacional	 373
1. Concepto	373
2. Alcance de la interpretación internacional	373
3. Modos de interpretación de los tratados	373
4. Principios y métodos de interpretación de los tratados	375
4.1. Principios de interpretación de los tratados	375
4.2. Métodos de interpretación de los tratados	376
5. Reglas de interpretación en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados	377
5.1. Principios consagrados en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados	378
5.2. Métodos de interpretación complementarios	379
5.3. Varios idiomas	380
5.4. Obligatoriedad de las reglas interpretativas	380
6. Interpretación internacional de los derechos humanos	381
7. La jurisprudencia internacional en el derecho interno	384
 La importancia y utilidad de la Convención de Panamá de 1975 sobre arbitraje comercial internacional	 387
Introducción	387
1. Antecedentes	387
2. Codificación americana sobre arbitraje comercial internacional	388

2.1. Tratados de Montevideo de 1889 y 1940	388
2.2. Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante	389
3. Antecedentes de la Convención de Panamá	390
4. Análisis de la Convención de Panamá de 1975	392
4.1. Temas que regula	392
4.2. Noción general de arbitraje comercial internacional	392
4.3. Ámbito de aplicación	393
4.4. Procedimiento	395
4.5. Elección del derecho aplicable al fondo de la controversia	398
4.6. Acuerdo de arbitraje	398
4.7. El reconocimiento y ejecución del laudo arbitral	400
Conclusiones	404
 Intervención humanitaria y derecho a la asistencia humanitaria	 407
1. Planteamiento del problema	407
2. Definición	408
3. El principio de no intervención	410
4. Los derechos humanos constituyen obligación internacional de los estados y no forman parte del dominio reservado de los estados	411
5. Las graves violaciones a los derechos humanos pueden constituir amenaza a la paz	412
6. Prohibición de la amenaza o uso de la fuerza	413
7. Intervención humanitaria es diferente al derecho a la asistencia humanitaria	413
8. Intervención humanitaria	414
9. La práctica de los Estados respecto de la intervención humanitaria no confirma que ésta sea de derecho consuetudinario internacional, ni constituya excepción al principio que prohíbe el uso de la fuerza	418

10. La práctica de Naciones Unidas después de finalizada la Guerra Fría en cuanto a intervenciones humanitarias	419
Conclusiones	421
El diferendo limítrofe con Nicaragua sobre el Archipiélago de San Andrés y Providencia	
Introducción	424
1. Antecedentes	424
2. Real Orden de 1803	425
3. Títulos de Colombia sobre el Archipiélago de San Andrés y Providencia	428
4. Argumentos de Nicaragua en cuanto a la soberanía de Colombia respecto del Archipiélago de San Andrés y Providencia	437
5. Conclusión acerca de los derechos de Colombia sobre el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina	440
6. Régimen jurídico aplicable a la controversia jurídica entre Colombia y Nicaragua sobre el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y sus aguas marinas y submarinas	442
6.1. Se trata de una controversia jurídica	442
6.2. Régimen jurídico aplicable a la controversia	443
6.3. Objeciones preliminares presentadas por Colombia	444
Conclusiones	446
Valor jurídico de las resoluciones de las organizaciones internacionales	
1. Las organizaciones internacionales han llegado a constituir un sujeto importante del derecho internacional	447
2. Las reglas de las organizaciones internacionales	449
3. ¿Las resoluciones de las organizaciones internacionales son fuente del derecho internacional?	452

4. Análisis de la obligatoriedad jurídica de las resoluciones de las organizaciones internacionales	459
4.1. Valor jurídico de las resoluciones de órganos de las Naciones Unidas	460
4.2. Derecho interno de la organización	463
4.3. Requisitos que deben cumplir las resoluciones de las organizaciones internacionales para considerarse fuentes del derecho internacional	463
Conclusiones	467
 Bibliografía citada	 470

Presentación

Con la publicación del presente volumen sobre teoría constitucional y derecho internacional, escrito por el doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario quiere rendirle un merecido homenaje a su egresado, colegial mayor, profesor emérito, profesor honorario, director del área de Derecho Internacional y su Decano en el período 1995-2001.

La vida y obra jurídica del doctor Monroy Cabra son paradigmas de virtudes, en los diversos ámbitos en que un buen ciudadano y profesional aspira a la búsqueda de la perfección en su tránsito vital, esto es, en lo personal y familiar, en su formación y en la de sus alumnos y discípulos, en la consagración a la enseñanza y aprendizaje, a la investigación y los usos del conocimiento derivado, y a su comunicación y transmisión desde la cátedra y las publicaciones académicas.

En nuestra amplia y diversa comunidad académica en general, y en la jurídica en especial, históricamente hemos sido beneficiados con la presencia de excelsas figuras, que le han dado realce a sus respectivas disciplinas en los ámbitos más acotados de la investigación y la producción científica e intelectual.

En esta élite se halla en posición de visibilidad pública el doctor Monroy Cabra, con sus aportes académicos vertidos en 31 libros de autoría individual publicados, y 11 más en colaboración (cfr. anexo a esta nota), amén de más de un centenar de ensayos difundidos en revistas nacionales y del exterior, de los cuales 24 aparecen en la colección de la *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* y 12 en *Nova et Vetera* (revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario) y algunos en la revista *Estudios Socio-Jurídicos*, de nuestra facultad.

Asimismo, con sendos ensayos recientes, el doctor Monroy Cabra tuvo a bien contribuir a exaltar la memoria de sus colegas, en los cuatro volúmenes separados que compilamos y publicamos en los años 2005 y 2006 en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, en homenaje póstumo a los ilustres juristas colombianos Carlos Holguín Holguín, Alirio Gómez Lobo, Vladimiro Naranjo Mesa y Germán Cavalier (quienes fueron profesores eméritos y honorarios de la facultad).

Consideramos que por sus cualidades y aportes los ensayos del doctor Monroy Cabra, en parte inéditos y en parte dispersos en revistas o en obras de varios autores, podrían ser mejor difundidos al ser agrupados en un volumen. Fue así como solicitamos y obtuvimos autorización del autor para realizar este proyecto editorial, para el cual seleccionamos 17 ensayos (8 sobre teoría constitucional y 9 sobre derecho internacional). En su mayoría, se trata de textos escritos por el autor durante el último bienio (2005-2006), ya fuera para su publicación o como ponencias presentadas a conferencias o seminarios académicos, hasta ahora inéditas.

En los ensayos de esta compilación se advierte una continuidad del pensamiento filosófico jurídico del doctor Monroy Cabra, que podríamos identificar como un autor integracionista de tendencias neoclásicas y modernas, que gráficamente podríamos expresar como una semejanza con la filosofía dworkiniana del juez Hércules, quien resuelve los casos fáciles por la norma, y los difíciles conforme a principios y valores.

Este eclecticismo del profesor Ronald Dworkin refleja de algún modo la tendencia actual de destacados pensadores y teóricos de nuestra disciplina, a revertir la separación radical entre ética y derecho, propugnando su aproximación sin llegar a confundirse con el naturalismo clásico. Estas ideas surgen como una comprensión sintética de la vasta obra sobre el derecho y la justicia del profesor Monroy Cabra.

En líneas generales, los estudios del derecho colombiano contemporáneo tienden a interactuar armónicamente con el derecho latinoamericano del siglo xx, y en las décadas recientes a contribuir a un pensamiento jurídico hispanoamericano, alejado de confrontaciones ideológicas o filosóficas, que podrían inducir a ambivalencias de los operadores jurídicos en la administración de justicia. Estos operadores actúan como tales siguiendo el canon procesal de norma, precedente y razonamiento jurídico.

En este sentido, las identidades teóricas de los estudiosos del derecho tienden a no ser diferenciadas, y apenas se visibilizan agrupamientos generacionales y de especialistas en cada una de las ramas de una disciplina cada vez más diversa y compleja.

El doctor Monroy Cabra es un multi-especialista, no sólo por haber realizado cursos de posgrado en derecho internacional, laboral y de familia, y sobre derechos humanos, sino por sus investigaciones sobre teoría y técnica jurídicas, derecho constitucional e internacional, derechos humanos y derecho internacional humanitario, derecho comercial, derecho procesal civil y otros aspectos y ramas del derecho.

No obstante este culto por el dominio de las partes, el doctor Monroy Cabra concibe la integralidad del derecho, y a tal objeto ha dedicado las investigaciones de los últimos años, al identificar puntos de convergencia entre el derecho constitucional, los derechos humanos y el derecho internacional; así podrá observarse en la lectura de los ensayos que conforman el presente volumen, entre otros los que versan sobre la constitucionalización y la internacionalización del derecho, o la constitución como fuente de derecho y sistema de fuentes.

La valoración académica del conjunto de obras del profesor Monroy Cabra sobre derecho internacional le ha permitido ser acogido como un par entre los grandes especialistas de Hispanoamérica, con quienes interactúa en el intercambio de ideas sustantivas sobre la materia. Se explica así el cúmulo de referencias sobre trabajos de sus colegas, parte de las cuales aparecen en el presente volumen.

La vida profesional y académica del doctor Monroy Cabra es pletórica de merecidas dignidades y de actividad sobresaliente, desde su aprendizaje formal en el Colegio Agustiniiano, donde obtuvo el título de bachiller en 1957, y en su carrera con honores realizada entre 1958 y 1962, por la que obtuvo su título de Doctor en Jurisprudencia en 1963. De ese período, sus condiscípulos guardan un grato recuerdo de él como un estudiante consagrado al estudio, con las óptimas calificaciones que le merecieron el otorgamiento del honroso título de colegial mayor.

En el ámbito judicial inicia su trayectoria como juez municipal y de circuito (1963-70); prosigue en el Tribunal Superior de Bogotá (sala civil) durante siete años (1970-77). En este último año fue magistrado en interinidad de la Corte Suprema de Justicia (sala constitucional). Tras un paréntesis en el que ejerce su profesión como consultor durante ocho años (1982-89) desempeña el cargo de magistrado del Tribunal Disciplinario, del que también fue presidente. Luego se desempeña como vicepresidente del Consejo Superior de la Administra-

ción de Justicia (1989) y poco después advendrá el culmen de la carrera como juez, al ser designado magistrado de la Corte Constitucional, elegido para el período 2001-2009.

En el campo internacional ha desempeñado destacadas posiciones en la administración de justicia internacional, en el ejercicio de la diplomacia y en la representación ante organismos internacionales. Fue durante un decenio (1978-1988) miembro y presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; vicepresidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA (1992); magistrado suplente del Tribunal Andino de Justicia; embajador a las Conferencias sobre derecho internacional privado de Panamá (1975) y Montevideo (1979 y 1989), y delegado de Colombia a otras conferencias internacionales. Asimismo, como diplomático residió durante un lustro en Washington, D.C., en calidad de ministro plenipotenciario de la Misión Colombiana ante la OEA (1989-1993).

En el área académica, el profesor Monroy Cabra ha sido —como se vió— profesor emérito (1996) y profesor honorario (2005) en la Facultad de Jurisprudencia, y decano de la misma durante el período 1995-2001, en la que ha sido catedrático a partir de 1965 y hasta el presente, con excepción de los intervalos de su permanencia en el exterior como diplomático o funcionario internacional.

En el desempeño de la decanatura de nuestra facultad, el profesor Monroy Cabra deja como legado importantes logros como lo son la creación del grupo de investigaciones Carlos Holguín Holguín, la fundación de la revista *Estudios Socio-Jurídicos* y la obtención de la primera acreditación de la facultad, primera facultad de derecho en Colombia en haber obtenido el reconocimiento, con mención de alta calidad, de parte del Ministerio de Educación (Consejo Nacional de Acreditación).

De igual manera, ha enseñado en numerosas universidades nacionales y extranjeras. Entre las primeras lo ha sido en Los Andes, Javeriana, Libre, Santo Tomás, Sergio Arboleda, Gran Colombia, Universidad Militar, etc., y entre las foráneas, en American University (Washington, D.C.); Universidad de Naciones Unidas, y en otras más en varios países latinoamericanos.

Es miembro activo de 14 instituciones académicas del país y del exterior, incluida la prestigiosa Academia Colombiana de Jurisprudencia, de la que es miem-

bro de número y su actual presidente. En su gestión en la Academia, desde cuando ocupó la Vicepresidencia de la misma, lo hemos acompañado en asocio del doctor Jorge Vélez García (su antecesor en ese cargo honorífico de la academia del derecho), y nuestro profesor emérito, el doctor Jaime Vidal Perdomo (actual vicepresidente).

Es importante señalar que estos ensayos fueron elaborados en el tiempo extra que le era permitido por su atención cuidadosa a sus funciones judiciales como magistrado de la Corte Constitucional, a sus tareas como presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, y a la realización de conferencias magistrales en su calidad de catedrático universitario emérito, tareas auto impuestas, que para fortuna de nuestro ámbito continúa ejerciendo con incomparables idoneidad y entusiasmo.

Quisiera mencionar estas actividades del doctor Monroy Cabra, un docente fiel de nuestra facultad en los últimos cuarenta años, y destacar como algo verdaderamente extraordinario en nuestro medio el que hasta hoy hubiere sido autor de la vasta obra cuya bibliografía estamos anexando aquí. A este respecto valdría la pena hacer notar que al menos seis de los libros del doctor Monroy Cabra registran entre cinco y trece reediciones, cada una cuidadosamente revisada y actualizada, y que algunos aparecen en los *syllabus* de universidades extranjeras y nacionales, a modo de textos de pregrado y posgrado, o bien como obras de referencia o lecturas adicionales en asignaturas o módulos.

Por último, quisiera reiterar que la edición de este volumen tiene el carácter de homenaje de nuestra facultad —su Facultad— a quien rememoramos por los vínculos indelebles de haber sido alumno, profesor y decano, y a quien presentamos a nuestra comunidad estudiantil como paradigma de una vida ejemplar, consagrada a la academia y a la formación de actuales y futuros investigadores académicos.

Alejandro Venegas Franco

Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario

Anexo

Bibliografía del doctor Marco Gerardo Monroy Cabra

Derecho constitucional / teoría jurídica

La Constitución norteamericana y su influencia en el derecho público (Bogotá: Kelly, 1987).

Métodos alternativos de solución de conflictos (Oxford University Press, 1997).

Interpretación constitucional. 2ª ed. (Bogotá: Librería del Profesional, 2005).

Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional (Bogotá: Universidad del Rosario, 2007).

Derechos humanos y filosofía del derecho

Derechos y deberes consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica: IIDH, 1980).

Derechos humanos (Bogotá: Temis, 1980).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Washington D.C., 1980).

Introducción al derecho. 14ª ed. (Bogotá: Temis, 2005).

Derecho de familia

Matrimonio civil y divorcio en la legislación colombiana. 2ª ed. (Bogotá: Temis, 1979).

Derecho de familia y de menores. 9ª ed. (Bogotá: Librería del Profesional, 2004).

Derecho procesal

Derecho procesal civil. Parte especial. (Medellín: Díké, 1995).

Derecho procesal civil internacional (Bogotá: Librería del Profesional, 2000).

Derecho procesal civil. Parte general. 5ª ed. (Bogotá: Librería del Profesional, 2002).

Derecho comercial

“Arbitration in Colombia” (in: *Arbitration Yearbook 1994*, Amsterdam, Netherlands).

Arbitraje comercial (1ª ed, Temis, 1985; 2ª ed, Legis, 1998).

Deontología

Lecciones de ética de la abogacía (1984).

Ética del abogado. 4ª ed. (2004).

Derecho penal internacional

Desaparición forzada de personas (Bogotá: Librería del Profesional, 2000).

Derecho internacional

Derecho concordatario colombiano (Bogotá: Temis, 1973).

La conferencia de Panamá y Montevideo sobre derecho internacional privado (Bogotá: Universidad del Rosario, 1983).

Introducción al derecho internacional laboral (Bogotá: Universidad del Rosario, 1984).

Régimen jurídico de la extradición (Bogotá: Temis, 1985).

Reforma del sistema interamericano (Bogotá: Universidad Javeriana, 1986).

La Corte interamericana y su influencia en el derecho público (Bogotá: Kelly, 1987).

El sistema interamericano (San José de Costa Rica: Juricentro, 1994).

Derecho de los tratados (1ª ed., Bogotá: Temis, 1989; 2ª ed., Leyes, 1995).

Solución pacífica de controversias internacionales (Medellín: Díké, 1996).

Derecho procesal civil internacional. 1ª ed. (2000).

Derecho internacional público. 5ª ed. (Bogotá: Temis, 2002).

Tratado de derecho internacional privado. 6ª ed. (Bogotá: Temis, 2006).

El diferendo entre Colombia y Nicaragua sobre el Archipiélago de San Andrés y Providencia (Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2006).

Obras en colaboración

“Contribución del derecho interamericano a la codificación y desarrollo del derecho internacional”, en: Alvaro Tirado Mejía (comp.), *Visiones de la OEA. 50 años, 1948-1998* (Bogotá: Ministerio de Relaciones Exteriores, 1998), pp. 187-230.

Premoniciones y realidades sobre la paz —en asocio de Jorge Vélez García y Jaime Vidal Perdomo— (Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2003).

Ensayos en los libros-homenaje a los internacionalistas extranjeros Werner Goldschmidt (1997), Héctor Gros Espiell (1997), Eduardo Jiménez de Aréchaga (1994), Carlos A. Dunshee de Abranches (1984) y Didier Opertti Bodan (2005).

Ensayos en los libros-homenaje a los juristas colombianos Carlos Holguín Holguín, Alirio Gómez Lobo, Vladimiro Naranjo Mesa y Germán Cavalier (compilados por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y publicados en 2006 por el Centro Editorial Rosarista).

Introducción

El derecho ha sufrido enormes transformaciones en todas sus ramas, especialmente en los ámbitos constitucional e internacional, lo cual ha conducido a su constitucionalización, pero a su vez a su internacionalización.

Actualmente se presentan nuevos desafíos que conllevan la necesidad de respuestas por parte del derecho. Al respecto se pueden citar, entre otros, la globalización económica; el aumento de la integración económica y los tratados de libre comercio; la universalización de los derechos humanos; el terrorismo internacional; la subsistencia de conflictos internos e internacionales a pesar de la finalización de la guerra fría; el aumento preocupante de la pobreza absoluta en muchas regiones del mundo; el fortalecimiento de la jurisdicción nacional e internacional para el conocimiento de los delitos de lesa humanidad; los crímenes de guerra; las violaciones al derecho internacional humanitario; el genocidio; los delitos transnacionales; el desarrollo de la teoría de la legítima defensa preventiva; la intervención humanitaria y el narcotráfico internacional,

La existencia de esta nueva problemática implica el que necesariamente deba existir una integración entre todas las ramas del derecho y, de manera especial, entre el derecho constitucional y el derecho internacional. En el mismo sentido, la preocupación académica por describir el tránsito del Estado liberal, en que la fuente suprema era la ley, al Estado constitucional, cuya norma suprema es la Constitución, motivó el que fueran escritos diversos ensayos destinados a difundir esta transformación.

Igualmente, el cambio en el derecho internacional de la anterior sociedad interestatal y no integrada, heterogénea, descentralizada e inorgánica, a la nueva sociedad internacional, no solamente relacional sino institucionalizada y comunitaria, fue el fundamento para la escritura de artículos sobre temas de la nueva agenda internacional. Por esa razón, el presente libro contiene una compilación de algunos de los artículos que el autor ha publicado en los últimos años, en diferentes medios de difusión jurídica nacional e internacional, acerca de diferentes aspectos de derecho constitucional y derecho internacional. El criterio de selección que se utilizó fue sencillo: consistió en recoger los artículos publicados

en la forma como fueron clasificándose los temas, según un orden lógico, no por orden de aparición de los mismos.

La primera parte del libro está dedicada al análisis de algunos de los grandes temas de la teoría constitucional como lo son el concepto de Constitución, la Constitución como fuente del derecho y sistema de fuentes, la necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de derecho, el control de constitucionalidad, la interpretación constitucional en el Estado social de derecho, la interpretación constitucional colombiana de la familia, y las perspectivas del constitucionalismo moderno.

Como señala Diego Valadés, en su prólogo a la obra *Interpretación constitucional*, coordinada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor:¹

Con relación a las diversas expresiones del derecho, las Constituciones son relativamente recientes; la expansión universal del constitucionalismo es un fenómeno del siglo XIX. Los constitucionalistas, desde entonces y hasta bien avanzado el XX, tuvieron que resolver, esencialmente, problemas de ingeniería constitucional; pero la consolidación del Estado constitucional ha tenido, entre otras consecuencias, la aceptación de la Constitución como norma jurídica. La juridicidad de la Constitución a su vez ha generado el desarrollo de tribunales especializados y, por consiguiente, el paulatino desarrollo de una nueva disciplina: el derecho procesal constitucional.

El denominado “neoconstitucionalismo” estudia las distintas transformaciones que ha sufrido el constitucionalismo, debido a diferentes factores, entre los cuales cabe mencionar los que siguen: el paso del Estado legal al Estado constitucional; la fuerza normativa de la Constitución; el control de constitucionalidad; el nuevo paradigma del derecho por principios y valores; la constitucionalización del ordenamiento jurídico; la fuerza vinculante y expansiva de los derechos fundamentales; la protección de los derechos fundamentales; la

¹ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Interpretación constitucional*, 2 tomos, tomo 1, pp. 16-17, México, Porrúa - Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

importancia de la interpretación constitucional realizada por los tribunales constitucionales, y la existencia de un bloque de constitucionalidad.

La segunda parte de libro contiene algunos estudios sobre temas actuales de derecho internacional. Se incluyen artículos sobre temas como las relaciones entre la protección nacional e internacional de los derechos humanos; la tendencia hacia la internacionalización del derecho; la contribución del derecho interamericano a la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional; seguridad, terrorismo y derechos humanos; la interpretación en el derecho internacional; la importancia y utilidad de la Convención de Panamá de 1975 sobre arbitraje comercial internacional; la intervención humanitaria y el derecho a la asistencia humanitaria; el diferendo limítrofe entre Colombia y Nicaragua sobre el Archipiélago de San Andrés y Providencia, y el valor jurídico de las resoluciones de las organizaciones internacionales.

El derecho internacional actual se caracteriza, entre otros aspectos, por la universalización de los derechos humanos; el fortalecimiento de los sistemas democráticos; la búsqueda permanente de la paz, en todas sus dimensiones; la lucha contra el terrorismo, el narcotráfico y la pobreza absoluta; la existencia de nuevas amenazas a la seguridad internacional; la integración y liberación del comercio; las novedosas teorías de la intervención humanitaria y la legítima defensa preventiva, y la nueva dinámica de la cooperación internacional.

Como se ha visto, los temas abordados en este libro están en la agenda constitucional e internacional. No se han actualizado los artículos presentados, pero en criterio del autor las tesis planteadas conservan validez y vigencia. En tal sentido, el título de la obra, *Ensayos sobre teoría constitucional y derecho internacional*, describe los dilemas del nuevo paradigma constitucional, y los desafíos que enfrenta el actual derecho internacional.

Esta obra ha sido fruto de la iniciativa del señor decano de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor del Rosario, doctor Alejandro Venegas Franco, quien sugirió al autor realizar una compilación de algunos de los artículos que este último ha escrito en los últimos años, sobre temas actuales de derecho constitucional e internacional.

El autor agradece, especialmente, al señor decano de la Facultad de Jurisprudencia y a las autoridades del Claustro, encabezadas por el señor rector y el

señor vicerrector, por haber apoyado esta iniciativa. Asimismo, se agradece a la Editorial de la Universidad del Rosario por el cuidado que tuvo al hacer la edición de esta obra. Se espera que esta última sea de utilidad para quienes cultivan el derecho, particularmente el derecho constitucional y el derecho internacional.

En general, todas las ramas del derecho se interrelacionan y complementan, dentro del concepto de unidad del ordenamiento jurídico nacional e internacional, lo cual se está logrando a través del derecho comparado, la utilización de la jurisprudencia nacional, extranjera e internacional, la utilización del bloque de constitucionalidad, y la doctrina extranjera.

El enfoque sistemático y por principios y valores del derecho es útil para la búsqueda de una paz universal y nacional, de un orden justo de la misma índole que procure realizar la dignidad de la persona humana y el respeto de sus derechos, dentro de un ambiente de tolerancia, justicia social, solidaridad y pluralismo, en el marco de un Estado constitucional, social y democrático de derecho.

Bogotá, 2 de febrero de 2007

Teoría constitucional

El concepto de Constitución¹

Introducción

El concepto de Constitución escrita es relativamente reciente y data del siglo XVIII, cuando aparecen documentos para regir la organización política de la sociedad. Sin embargo, el término “Constitución” referido a la política es antiquísimo, ya que la reflexión sobre la organización política ya estaba presente en la antigüedad clásica, en la Edad Media y en la modernidad.

Por esta razón, desde el punto de vista de la evolución de las ideas políticas es posible hablar en términos generales y sin la precisión que hoy tiene el concepto de Constitución, de una Constitución antigua, una Constitución medieval, y una Constitución moderna.

Debido a lo anterior se abordará primero la evolución histórica desde el punto de vista de las ideas políticas, para luego precisar el concepto de Constitución desde los distintos puntos de vista.

Igualmente, se analizará la Constitución entendida como norma jurídica, las distintas clases de constituciones, y la Constitución como principal fuente material y formal de todo el ordenamiento jurídico.

De otra parte, se hará una síntesis de las teorías modernas sobre la Constitución; por último, se deducirán algunas conclusiones sobre el trabajo realizado.

1. La Constitución en Grecia y en Roma

1.1. Concepto de Constitución en Grecia

Desde el punto de vista histórico, Enrique Álvarez Conde señala:² “Normalmente suele atribuirse a los hebreos el primer concepto de Constitución, en el

¹ Este ensayo fue publicado en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, Montevideo (Uruguay), Fundación Konrad Adenauer, 2005, pp. 13-43.

² Enrique Álvarez Conde, *Curso de derecho constitucional*, volumen 1, 3ª edición, Madrid, Tecnos, 1999, p. 145.

sentido de existir una norma suprema a los gobernantes y gobernados que, a su vez, actuaba como límite a la acción de aquéllos. Esta norma suprema se identificaba con la ley divina, conteniendo una fuerte carga ética o moral, cuya actualización era realizada a través de los profetas”. En la época griega predomina la idea de una Constitución en sentido material.

En esta época la forma de gobierno no supone concepto de soberanía ni de Estado, sino simplemente, como lo advierte Mauricio Fioravanti,³ se hace referencia a “un sistema de organización y de control de los diversos componentes de la sociedad históricamente dada, construido para dar eficacia a las acciones colectivas y para consentir, así, un pacífico reconocimiento de la común pertenencia política”.

Este autor sostiene que la forma griega y especialmente la ateniense era la forma democrática. Cita a Clístenes primero, y su reforma constitucional de 508-507, y luego a Pericles, de 460 a 430, y afirma que la forma democrática significaba primacía absoluta de la asamblea de todos los ciudadanos atenienses para la asunción de las decisiones de relevancia colectiva; derecho de palabra concedido a todo ciudadano sin discriminación, atribución por suerte de los cargos públicos y las magistraturas, alternación de los gobernantes, obligación para estos de rendir cuentas (binomio *demokratia-isonomia* o democracia-igualdad).

Un siglo después, Platón y Aristóteles hablan de *politeia* que los modernos han traducido en el sentido de Constitución.⁴ Según Rolando Tamayo y Salmorán:⁵

Bajo el nombre de *politeia* los antiguos conocían una colección de tratados de Aristóteles que exponían las instituciones políticas de un gran número de *poleis* griegas o bárbaras. Numerosos de esos fragmentos fueron publicados por Newman bajo el título *Aristoteli rerum publicarum reliquiae*, en 1827.

³ Mauricio Fioravanti, *Constitución*, Madrid, Trotta, 2001, p. 17.

⁴ J. Bordes, *Politeia dans la pensée grecque jusqu'à Aristote*, París, 1982.

⁵ Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción al estudio de la Constitución*, 1ª ed. corregida, 1998, México D.F., Distribuciones Fontamara, p. 24.

Con el nombre de “La constitución de Atenas” se conoce un trabajo en que Aristóteles analiza la forma y estructura del gobierno y administración de Atenas.

Por su parte, Remedio Sánchez Ferris⁶ dice:

En conclusión, podemos con Passerin, definir la polis como un Estado ciudadano cerrado en su particularismo y concebido como suprema expresión del bien colectivo, es decir, como un hecho asociativo; con palabras modernas, cabría decir que la polis es, a su vez, un Estado y una Iglesia. Con el tiempo, la oposición entre las diversas ciudades, sus rivalidades y luchas, darán lugar a un nuevo tipo de organización (La Hegemonía), que, no obstante, es compatible con las ideas que se acaban de subrayar respecto de la polis.

La Constitución para Aristóteles no es un mero arreglo de funciones, sino también gobierno o administración de la ciudad, y se asocia con la legislación. Aristóteles distinguía entre *politeia*, *nomos* y *psefisma* (Constitución, ley y decreto).

La *politeia* aparece como un elemento configurador de la polis, significando la ordenación del Estado y de sus diferentes magistraturas. En el tercer libro de *La Política* Aristóteles utiliza *politeia* como forma de la unión política y en este sentido se puede traducir por Constitución.⁷

Según Fioravanti⁸ la Constitución mixta era la conciliación entre la democracia y la forma regia y aristocrática. Para Aristóteles, todas las formas de gobierno eran potencialmente justas y legítimas: la monarquía, la aristocracia o gobierno de los pocos y la democracia o gobierno del pueblo.

⁶ Remedio Sánchez Ferris, *Introducción al Estado constitucional*, Barcelona, Ariel Derecho, 1993, p. 33.

⁷ Aristóteles, *Política*, III 3, 1276b 1-16.

⁸ Mauricio Fioravanti, *op. cit.*, p. 22.

Lo que no puede aceptarse es la degeneración de estas formas: las del rey, que se convierte en tirano; la nobleza que se convierte en oligarquía o gobierno de los ricos; el pueblo, en el seno del régimen democrático.⁹

Aristóteles se refiere a la virtud, la ciudadanía activa, la *politia* o justo equilibrio entre la oligarquía y la democracia para obtener la Constitución ideal.

Aristóteles utiliza el término Constitución para referirse a las distintas formas de gobierno, y analiza el poder político.

1.2. La Constitución en Roma

Observa Remedio Sánchez Ferris¹⁰ que “La ciudad romana tiene en su origen caracteres muy similares a los de la polis griega (grupo social reducido, unidad religiosa y participación ciudadana) que, a diferencia del griego, el romano tiene conciencia de la existencia de una *res pública* diversa de los intereses privados y la proyecta sobre la distinción entre un derecho “público” y un derecho “privado”.

Cicerón, en sus grandes obras políticas *De res publica* y *De legibus*, habla de conciliación y concordia entre la forma oligárquica y los excesos populares.

Cicerón define *res pública* como *res* que es del pueblo, pero con la condición de que no sea considerado “pueblo toda multitud de individuos agregados de cualquier manera, sino sólo aquella que está reunida sobre la base de un consenso sobre el derecho y de una comunidad de intereses”.¹¹

La *res pública* no puede tener un origen unilateral y violento, sino pacífico y consensuado.

En Roma, el nombre de *constitutio* indica el acto legislativo en general o su resultado: *constituere iura*. En el *Digesto* 1.4.1 se establece que *constitutio* es lo que el emperador ordena (*principi placuit*) y que tenía fuerza (vigor) de una ley (*lex*). Posteriormente, evolucionó hacia el “estatuto de una *civitas*”.

Roma es una *res pública* con lo cual se señala la estructura específica de la *civitas* romana.

⁹ *Apolítica*, III 7, 1279^a 22-42, 1279b 1-11.

¹⁰ Sánchez Ferris, *op. cit.*, p. 33.

¹¹ Cicerón, *De res publica*, I, XLV.

Álvarez Conde¹² señala:

La aportación del mundo romano, a través del concepto de *rem publicam constituere*, no significa un elemento de ruptura con la tradición helénica. Así pues, el Estado se entenderá como algo preexistente al pueblo y la Constitución como uno de los elementos de aquél, siendo considerada como el instrumento eficaz para organizar la comunidad política. Como pusiera de relieve Polibio, la Constitución de un pueblo debe considerarse como la primera causa del éxito o fracaso de toda acción.

1.3. La Constitución en la Edad Media

Si bien la concepción del poder divino de los reyes hace que algunos consideren que en la Edad Media no existió la concepción de Constitución, puede hablarse, sin embargo, del concepto de *ley fundamental* que puede ser considerado como el antecedente de la Constitución.

El medioevo perdura diez siglos (v-xv). Si bien no existe una forma típica de ejercicio del poder, como lo anota Fioravanti,

Existen rey, príncipes y señores, laicos y eclesiásticos, que derivan sus poderes de manera más o menos segura y lineal de los poderes orientados en sentido universalista, y que, a su vez, de manera más o menos clara, tienden a considerar el objeto de su dominio como un territorio más o menos unificado, o como un simple conjunto de tierras unidas por relaciones de carácter feudal. Existe, finalmente, sobre todo a partir del siglo xi, el extraordinario fenómeno de la constitución de los ordenamientos de las ciudades, que se dictan de formas de gobiernos también en gran medida participativas.¹³

Según este autor la primera característica general de la constitución medieval es la intrínseca limitación de los poderes públicos.

¹² Álvarez Conde, *op. cit.*, p. 146.

¹³ Fioravanti, *op. cit.*, p. 34.

Según Tamayo y Salmorán:¹⁴

Constitución en el medioevo va a adquirir progresivamente el significado de “legislación”; pero de una legislación que fundamenta y explica las relaciones de poder de los individuos en la comunidad política (ciudades y reinos). Durante la Edad Media, a mi juicio, surge un nuevo concepto de “constitución”. La Iglesia tomó el término *constitutio* del derecho romano y lo aplicó a las reglamentaciones eclesiásticas válidas para toda iglesia o para alguna provincia eclesiástica particular. De la Iglesia o, posiblemente, de las obras del derecho romano mismas o de ambas —lo cual parece más probable—, el término “constitución” volvió a ponerse en uso en la Edad Media para aplicarse a las disposiciones legislativas del poder temporal.

En España el término “constitución” se usó en la guerra de reconquista contra los moros, para designar las cartas y los fueros, entre otros elementos, otorgados por los monarcas a regiones, ciudades y villas.

En la Edad Media se usó el término Constitución para referirse a la legislación del príncipe. Como España, Francia e Inglaterra fueron reinos de ciudades, el término Constitución se utilizó como instrumento de carácter legislativo, por medio del cual se daban franquicias o privilegios a los individuos de una comunidad política (burgos), villas o ciudades. Las constituciones se entendieron como pacto y por éste se define el estado jurídico de una colectividad, de un territorio o de una ciudad.

En Inglaterra *constitution* también se refiere a franquicias y privilegios de ciertos estamentos, como la Iglesia; igualmente, las constituciones se consideran como leyes fundamentales del reino.

Álvarez Conde,¹⁵ después de hablar del concepto de *ley fundamental* en la Edad Media agrega:

¹⁴ Rolando Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, p. 52.

¹⁵ Álvarez Conde, *op. cit.*, p. 146.

El contenido de la Ley Fundamental, que en un principio estaba integrado por las reglas de sucesión monárquicas, por la necesidad de convocar a los diferentes estamentos y por la imposibilidad de enajenar el patrimonio real, fue posteriormente identificándose con la idea de limitación del poder, que cristalizará en las teorías del *ius resistendi*. Es la idea del pacto entre el *Rex* y el *Regnum*, que dará lugar al llamado constitucionalismo sinalagmático (García Pelayo). Bajo estas ideas habría que mencionar las cartas medievales que eran concesiones por parte del soberano a determinados estamentos y corporaciones, los Fueros, las Bulas, los Estatutos, etc.

En el siglo *XI* aparecen los mercaderes y las ciudades dotadas de regímenes políticos. Se hace, entonces, una relectura del derecho romano justiniano y florecen centros de educación y de estudio, de la filosofía y la teología.

La doctrina, especialmente Santo Tomás de Aquino, sostuvo la supremacía de la comunidad política con un principio de autoridad encarnado en el príncipe.

La limitación de los poderes del rey se pone de presente en la Carta Magna de 1215 que fue un contrato suscrito por el rey y todos los ricos, laicos y eclesiásticos, que tenía por objeto el conjunto de los derechos que por tradición correspondían al clero, a los vasallos del soberano, a todos los hombres libres, a los mercaderes, y a la comunidad de la ciudad de Londres. Se trataba de limitar algunas prerrogativas del rey, como el condicionamiento de la imposición de tributos, o de cargas de distintos géneros, a su aprobación por parte de los obispos, de los condes y de los barones mayores.

En el siglo *XIII* aparecen el parlamento inglés, los Estados generales en Francia, las cortes en la península ibérica, además de los *landtage* y las asambleas territoriales, en Alemania. Asimismo, surge el fenómeno de los municipios (*comuni*), formados por una progresiva agregación de familias de origen señorial, y después, por otros estamentos de origen popular, por las corporaciones de las artes y de los oficios, así como por los mercaderes. La Constitución mixta medieval se dirige a limitar los poderes públicos.

1.4. La Constitución en la Edad Moderna

La noción moderna de Constitución como “la constitución”, según Tamayo y Salmorán¹⁶ “aparece como resultado de ciertos acontecimientos, de los cuales algunos de los más importantes son: a) aparición de los conceptos de comunidad y Estado; b) la protección jurídica de los pactos y el nacimiento de los *civil rights*; c) la aparición de las Cartas de las colonias inglesas de Norteamérica; y d) el auge de la doctrina moderna del derecho natural”.

Según Jellinek,¹⁷ los orígenes de la Constitución moderna son los siguientes:

Bajo el influjo de la doctrina aristotélica encuéntrase ya la concepción del *dominium politicum*, o sea de la autoridad limitada por la Constitución, como opuesta al *dominium regale*. En el siglo *xvi* aparece por vez primera el concepto de ley fundamental, *lex fundamentalis*.

La *lex fundamentalis* tiene una fuerza superior a las demás leyes. El propio rey está obligado respecto de ella y no la puede modificar por sí solo. En la época de Enrique IV, declaró en Francia Loyseau que las “lois fondamentales de l’État” constituyen una limitación estricta del poder del rey. En Inglaterra, Jacobo I es quien habla por vez primera de *fundamental law*, la cual considera como derecho divino. En la época de su hijo desempeña el concepto de ley fundamental un gran papel, en las luchas parlamentarias. El conde de Strafford fue acusado y juzgado porque quiso cambiar las leyes fundamentales de la monarquía. En el Derecho Público alemán se conoce el concepto de la ley fundamental desde la paz de Westfalia.

Agrega este autor que la concepción de ley fundamental va unida a la antigua del contrato constitucional entre el rey y el país, “especialmente en Inglaterra, donde la concepción medieval de las relaciones contractuales entre *rex*

¹⁶ Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, p. 62.

¹⁷ Georg Jellinek, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1970, p. 383.

y *regnum* ha permanecido muy viva a causa de las innumerables confirmaciones de los derechos y libertades por la corona”.¹⁸

Luego explica: “Mediante la transmisión de la doctrina calvinista de las comunidades eclesíásticas al Estado, y de la aplicación de la doctrina bíblica de la alianza entre Dios y su pueblo, nace entre los puritanos independientes la concepción de que la comunidad cristiana, así como el Estado, descansan sobre su covenant, sobre su contrato social, que necesita ser llevado a cabo con unanimidad por todos los miembros de la comunidad”.¹⁹

Esta concepción fue llevada a efecto por los colonos americanos que acordaron un contrato para la colonia en virtud del cual fundaron una comunidad, instituyeron una autoridad y expresaron obediencia a la misma.

Hay que poner de presente que fue la doctrina del derecho natural la primera que investigó el problema de las leyes fundamentales.

El concepto moderno de Constitución está vinculado a las doctrinas de la soberanía. Hay que citar la obra de Bodino (1529-1596), autor de *Los seis libros de la República*, publicados por primera vez en París, en 1576.

En síntesis, Bodino²⁰ sostiene que el rey no es soberano porque sea titular de múltiples y vastos poderes, sino porque esos poderes están dotados de un carácter particular que es el de la soberanía. Para que tal carácter esté presente es necesario que el poder del soberano sea perpetuo y absoluto; es decir, el rey puede hacer la ley, modificarla, derogarla, pero no puede prescindir de la misma. La ley es un límite al poder real, pero no sirve de fundamento al mismo porque éste radica en la soberanía divina.

El absolutismo parte de que el poder es perpetuo, en el sentido de originario. Bodino enumera los poderes que no pueden ser compartidos y que constituyen el núcleo duro de la soberanía: dar y anular leyes; declarar la guerra y firmar la paz; decidir en última instancia sobre las controversias existentes entre los súbditos; nombrar a los magistrados e imponer tributos.

¹⁸ *Ibid.*, p. 384.

¹⁹ *Ibid.*, p. 385.

²⁰ *II sei libri*, I, caps. 8 y 9.

De estas características derivan dos límites que según Fioravanti,²¹ a quien hemos seguido en la exposición histórico-filosófica, son los siguientes:

El primero viene unido a la distinción entre rey y Corona, con la consecuyente imposibilidad de cambiar las leyes que regulan la sucesión al trono y de alienar los bienes que forman parte de la hacienda pública.

El segundo, aún más importante, viene unido a la existencia de un derecho profundamente radicado en las cosas y en los bienes, que regula la pertenencia de éstos a los súbditos tomados individualmente, a las familias, a las comunidades rurales y urbanas. Este “derecho de los particulares” como podemos decir usando un lenguaje de tiempos más recientes, no está a disposición del soberano, no puede ser libremente alterado por su voluntad discrecional.

Bodino, sostiene que el régimen político puede asumir tres formas: la monárquica, la aristocrática y la democrática, pero prefiere la soberanía monárquica. La fórmula que prefiere es la del régimen monárquico provisto de un gobierno “mixto y temperado” capaz de valorar los componentes populares y aristocráticos.

Thomas Hobbes en su *Leviatán*, publicado en 1651, afirma que existe una única ley fundamental, que exige preservar la integridad de los poderes soberanos:²²

[...] ley fundamental es en todo Estado aquella que, si se anula, el Estado se derrumba y disuelve por completo, lo mismo que un edificio cuyos cimientos son destruidos. Por tanto, una ley fundamental es aquella en virtud de la cual los súbditos están obligados a mantener todo poder dado al soberano, ya sea éste monarca o una asamblea soberana, sin el cual el Estado no puede subsistir. Tal es el poder de hacer la guerra y la paz, el de judicatura, el de elección de oficiales y el de procurar todo lo que sea necesario para el bien público.

²¹ Fioravanti, *op. cit.*, p. 74.

²² Thomas Hobbes, *Leviatán*, edición de Carlos Mellizo, Madrid, 1989, cap. 29.

La doctrina popular del contrato social es acogida por Hobbes y sobre ella funda su teoría de la doctrina del Estado. La ley fundamental se identifica con el contrato sobre el cual se funda el Estado, así como con las consecuencias que se desprenden inmediatamente del mismo. En el contrato social va implícita la cláusula de someterse a aquel príncipe que designe la mayoría.

Hobbes afirma que los individuos absolutamente iguales en el estado de naturaleza deciden, para evitar los conflictos, salir de esa precaria condición e instituir un poder soberano común a través de la autorización y la representación.

En 1762 fue publicado *El contrato social* de Juan Jacobo Rousseau (1712-1778)²³ que atribuía el poder soberano directamente al pueblo. Pero, ni Hobbes ni Rousseau previeron la división del poder soberano ni la posibilidad de oponer a esos poderes una norma fundamental.

El iusnaturalismo racionalista (Locke, Rousseau, Althusius) concibió la Constitución como la expresión del pacto social entendido como acuerdo general de sus miembros, lo que conllevó la distinción entre pacto social y acto constitucional. Mediante el pacto social la sociedad civil se convierte en sociedad estatal. Mediante el acto constitucional se realiza la organización de esa sociedad estatal.

La solución equilibrada y moderada de gobierno la dio John Locke (1632-1704) con sus dos tratados sobre el gobierno, publicados en 1690. El resumen de su pensamiento lo hace Fioravanti²⁴ quien dice que Locke parte del estado de naturaleza pero que:

A los hombres les faltaba sin embargo lo que Locke llamaba una *standing rule*, una regla fija y consolidada, capaz de asegurar en el tiempo la property ya adquirida en el estado de naturaleza. Por esto, los hombres deciden salir del estado de naturaleza e instituir la sociedad política. En ella esos hombres veían esencialmente un instrumento de perfeccionamiento de la condición ya existente, que permitía poner al servicio de la misma property, de sus derechos, algunas instituciones políticas que como tales nunca habrían podido estable-

²³ Jean Jacques, Rousseau, *El contrato social*, edición de María José Villaverde, Madrid, Tecnos, 1999.

²⁴ Fioravanti, *op. cit.*, pp. 91-92.

cerse en el estado de naturaleza: un legislador y una ley capaz de representar la “medida común” en la determinación de la sinrazón y de la razón en las controversias entre los individuos, un juez “cierto e imparcial” con el que siempre se pueda contar para la aplicación de la ley, y un poder ulterior, el ejecutivo, que tenga en sí de manera incontestable la fuerza necesaria para hacer cumplir las sentencias.²⁵

Locke distingue entre el poder absoluto en que un único sujeto, sea el rey o la asamblea, tiene el poder legislativo y el ejecutivo, y un poder moderado en que los dos poderes son distintos y pertenecen a sujetos distintos.

Después de Locke y a lo largo del siglo XVIII se va formando la idea que la Constitución era en realidad la Constitución inglesa, que había sabido equilibrar los poderes del parlamento y de la monarquía, además de garantizar los derechos. Se afirmaba que la Constitución inglesa era capaz de impedir toda absolutización del poder y de distinguir y contrapesar los poderes (*checks and balances*).

Estas ideas fueron defendidas y divulgadas por Montesquieu²⁶ (1689-1755). Según este autor tanto la monarquía como la democracia pueden asumir una configuración despótica. Por tanto, un régimen político moderado es aquel dotado de una Constitución capaz de mantener diferenciados y en una posición de equilibrio esos mismos poderes.

Sostiene este ilustre pensador que “el poder frena al poder”, significando que el legislativo puede y debe controlar la ejecución de la ley, pero sin entrometerse en los asuntos que competen al ejecutivo; este segundo puede oponer su veto a la ley, pero sólo en sentido negativo, y sin que se configure la participación del ejecutivo en la formación de la voluntad legislativa. Afirma que los derechos de los individuos sólo pueden existir dentro de un régimen político moderado, dotado de una Constitución semejante a la inglesa. Al respecto señaló: “La libertad política se encuentra en los gobiernos moderados”.

²⁵ John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno*, edición de Pablo López Álvarez, II, Madrid, 1999, cap. 9, parr. 124.

²⁶ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Madrid, 2000, II, 4, y VIII, 2.

Las revoluciones del siglo XVIII, la americana y después la francesa, aplican un nuevo concepto que es el del poder constituyente que ejercieron los americanos para declarar su independencia de Inglaterra y que ejercieron los revolucionarios franceses con la finalidad de destruir las instituciones del antiguo régimen y de generar una nueva forma política.

La concepción de ley fundamental escrita, esto es, de Constitución, alcanza una significación independiente en las colonias americanas de Inglaterra. Como lo manifiesta Jellinek:²⁷

Estas colonias, si son de la corona, reciben de los reyes de Inglaterra, y si no (como sucede en Carolina del Norte y Pensylvania) de sus señores, cartas de libertad, privilegios, en los que se consignan los principios fundamentales de su gobierno y organización administrativa. Muchas de estas cartas sólo contienen la confirmación de la Constitución que se habían dado con anterioridad los propios interesados.

En 1776 las colonias independientes se transforman en estados, y en virtud de la plenitud de los poderes que habían alcanzado, publican las constituciones basadas en el principio de la soberanía popular y de la división de poderes, o bien transforman sus cartas en constituciones.

En estas constituciones se encuentra el modelo de las constituciones europeas, incluyendo la constituyente francesa de 1789-1791.

Dichas constituciones en su mayoría van precedidas de un *bill* o *declaration of rights*, y luego hay un plan de acción de gobierno y disposiciones acerca de los órganos supremos del Estado y sus funciones. Algunos de los principios del *Bill* del Estado de Virginia formaron parte de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos del 4 de julio de 1776.

La Constitución americana de 1787 es una Constitución democrática, fundada sobre el poder constituyente, dirigida a instituir un gobierno limitado y con contrapesos. La exposición de esta Constitución se encuentra en las páginas

²⁷ Jellinek, *op. cit.*, p. 389.

del *Federalist*, escritas y publicadas en 1788, con la finalidad de sostener la causa de la Constitución federal, por obra de Alexander Hamilton (1755-1804) y James Madison (1751-1836).

Los norteamericanos introdujeron el régimen republicano que tiene una opción democrática, porque se expresa a través de una Constitución que se funda en el poder constituyente del pueblo soberano. Se preveía un equilibrio entre los poderes, de forma que se obtuviera un gobierno limitado. Hamilton admitía el poder de los jueces para declarar nulos los actos del legislativo contrarios a la Constitución, que en seguida se desarrolló en el control difuso de constitucionalidad.²⁸

“Una Constitución es algo que precede al gobierno y el gobierno es únicamente una creación de la Constitución. La Constitución de un país no es un acto de su gobierno, sino del pueblo que constituye un gobierno” decía Thomas Paine en *The rights of man*.

Los textos constitucionales de las colonias tras la independencia decían:

Ordenamos, declaramos y establecemos la siguiente Declaración de Derechos y Frame of Government (división de poderes), a fin de que sea la Constitución de esta *Commonwealth* (Constitución de Pensylvania) y la Constitución Federal: Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos [...] ordenamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América.

Surgió así la imagen de la supremacía de la Constitución querida por el pueblo soberano, que ordena y limita los poderes.

Siéyés (1748-1836) sostiene que la Constitución limita los poderes constituidos pero no puede limitar el poder constituyente; en su obra *¿Qué es el Tercer Estado?* señalaba:

Es imposible crear un cuerpo para un fin sin darle una organización, sin darle las formas y las leyes adecuadas para hacerle cumplir las funciones a las que se le quiere destinar. Es lo que se denomina la Constitución de este cuerpo. Es

²⁸ J. R. Stoner, *Common Law and Liberal Theory. Coke, Hobbes and the Origins of the American Constitutionalism*, Lawrence, Kan, 1992, pp. 197 y ss.

evidente que no puede existir sin ella. Lo es también que todo gobierno constituido debe tener una Constitución.

Por tanto, según Siéyés el poder constituyente reside siempre en el pueblo, en tanto que los otros poderes, como poderes constituidos, derivan su existencia y competencia del poder constituyente.

La primera Carta constitucional aparecida en Europa fue la promulgada en Francia el 3 de septiembre de 1791.

La Constitución de la revolución francesa fue la Constitución del pueblo soberano. Se concebía el poder legislativo como poder constituido, autorizado y limitado por la Constitución. Sin embargo, en esta Constitución el poder legislativo está puesto de tal forma que el ejecutivo le está subordinado completamente. Además, el Parlamento se compone de una sola cámara, y todo elemento que pudiera entorpecer la legislación es rechazado. Queda prohibido a los miembros de la Asamblea General la entrada al ministerio. El poder constituyente no se atribuye a la Asamblea popular, sino exclusivamente al Parlamento.

Según Jellinek:²⁹

El influjo de la Constitución francesa de 1791 fue muy profundo. Ha servido de prototipo a todas las Constituciones que descansan sobre un principio democrático. Así, las Cortes españolas de 1812 y la Constitución de esta fecha, la portuguesa de 1822 y la noruega, aún en vigor, de 1814, fueron creadas tomando aquélla por modelo, y la misma Constitución belga de 1831 está muy influida en muchos puntos, por la misma.

El artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano señala: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada y la división de poderes determinada, no tiene Constitución”. Este concepto francés es el de la Constitución referida al poder estatal.

²⁹ Jellinek, *op. cit.*, p. 395.

El movimiento liberal se inicia con la revolución inglesa del siglo xvii. Como lo dice Álvarez Conde⁵⁰ en este proceso revolucionario,

[...] asistimos a la primera Constitución escrita en sentido moderno, el Instrument of Government de 1653 (sin olvidar la *regeriagsform* sueca de 1634), siendo comúnmente aceptada la existencia de un derecho superior al derecho positivo. Así, por un lado, la Carta Magna vino a cumplir la función de una ley natural, función que posteriormente se atribuirá al *common law* en la interpretación que del mismo hizo el juez Coke, con una idea de limitación permanente del poder de la Corona.

Se empieza con este movimiento a gestar la idea de que la Constitución tiene por finalidad asegurar la libertad del ciudadano frente al poder político, a través de principios como el respeto de los derechos individuales y la consagración de la división de poderes.

La idea de la Constitución estatal se encuentra por primera vez en la obra de Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), especialmente en *La Constitución de Alemania*. Hegel afirmaba que Alemania tenía una Constitución jurídica, establecida contractualmente y como tal exigible por las partes ante los tribunales, pero no tenía una Constitución estatal en la que se expresara la existencia de un Estado, de un principio político común dotado de autoridad propia. La Constitución estatal es norma de derecho público que debe prevalecer sobre la Constitución estamental y feudal. La Constitución estatal se afirma sobre la soberanía del Estado y la existencia de un orden fundamental de convivencia civil basado un sólido vínculo entre las fuerzas sociales.

Fioravanti⁵¹ señala:

Las constituciones del siglo xix no querían ser democráticas y populares, pero tampoco monárquicas como el modelo constitucional prusiano: querían ser simplemente constituciones estatales. Fue así inevitable, en la cultura constitucional del siglo xix, que coincidiera la soberanía del Estado con la soberanía

⁵⁰ Álvarez Conde, *op. cit.*, p. 147.

⁵¹ Fioravanti, *op. cit.*, p. 140.

del ordenamiento jurídico dado por ese mismo Estado, que con sus reglas anulaba la soberanía política del monarca o del pueblo, transformándola en poderes jurídicamente regulados, insertos en ese mismo ordenamiento. En pocas palabras, esto es el Estado de derecho, que precisamente en los últimos años del siglo asume su forma teórica definitiva, recibida en varios países europeos gracias a la obra de Georg Jellinek (1851-1911), ciertamente el mayor jurista alemán en el cambio de siglo.

Jellinek³² dice que la mejor garantía posible para los derechos de los individuos está dada por el Estado de derecho, por el principio del Estado soberano. En el sistema del Estado de derecho, los derechos están confiados a la ley del Estado soberano. Según este autor “La Constitución del Estado comprende los principios jurídicos que determinan cuáles son los órganos supremos del Estado, el modo de su formación, sus relaciones recíprocas y su esfera de acción, y en fin la posición fundamental del particular respecto del poder del Estado”.³³

La relación entre Estado y Constitución es tan sólida que no puede existir Estado sin Constitución, pero tampoco Constitución sin Estado. La Constitución existe para organizar y limitar un Estado.

La Constitución alemana de Weimar (1919) representa el comienzo de las constituciones democráticas del siglo xx. Parte de la base del poder constituyente ejercido por el pueblo alemán; además, contiene los principios de la inviolabilidad de los derechos fundamentales y el principio de igualdad; igualmente, contiene la separación y equilibrio entre los poderes, la tutela jurisdiccional de los derechos, el método parlamentario para la asunción de las decisiones políticas.

Para Carl Schmitt (1888-1985) en su *Doctrina de la Constitución*, publicada en 1928,³⁴ una Constitución es democrática cuando es capaz de representar y hacer vivir, en el plano institucional y político, al sujeto constituyente que le ha dado vida, es decir, al pueblo soberano.

³² Jellinek, *Teoría general del Estado*, Granada, 2000, p. 506.

³³ *Ibid.*, III, p. 508.

³⁴ C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, edición de Francisco Ayala, Madrid, 1983.

Para Hans Kelsen⁵⁵ la Constitución democrática es aquella que tiende a afirmar el principio del necesario fundamento normativo de todo poder. Esta clase de Constitución tiende a excluir poderes autocráticos y es esencialmente republicana.

Las constituciones del siglo xx son democráticas, no tienen dueño, y son pluralistas. Además, es necesario poner un límite a la ley que es la Constitución entendida como “principio en el que se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas”.⁵⁶ Así aparece la institución del control constitucional confiado a los tribunales constitucionales que tienen el poder de declarar inválidas las leyes contrarias a la Constitución. Al respecto dice Kelsen: “Si la esencia de la democracia reside no ya en la omnipotencia de la mayoría, sino en el constante compromiso entre los grupos que la mayoría y la minoría representan en el parlamento, y así en la paz social, la justicia constitucional parece instrumento idóneo para realizar esta idea”.⁵⁷

Las constituciones, después de la primera guerra mundial, se fundamentan en la soberanía popular y no en la soberanía monárquico-constitucional o parlamentaria.

2. La Constitución como norma jurídica

Hay que poner de presente que el concepto liberal y burgués de Constitución es diferente en el proceso revolucionario francés e inglés y en el proceso norteamericano.

En Norteamérica surgió la idea de una justicia constitucional y el control constitucional de las leyes. Por su parte, Europa fue reacia al constitucionalismo norteamericano y continuó manteniendo la supremacía de la ley como expresión popular. La elaboración científica del concepto del carácter normativo de la Constitución se debe a la dogmática alemana del siglo xix. Este enfoque diferente es explicado por Álvarez Conde⁵⁸ así:

⁵⁵ Hans Kelsen, *Problemas capitales de la teoría del Estado. Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, México, 1987.

⁵⁶ Hans Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en: *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, 1988, pp. 109-155.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 202.

⁵⁸ Álvarez Conde, *op. cit.*, p. 148.

En Europa, por un lado, los ingleses continuaban haciendo del principio de la soberanía parlamentaria una especie de dogma de fe y, por otro, en el continente, el auge del principio monárquico hacía que el rey fuese el titular del poder constituyente, a veces compartido con el Parlamento, no siendo la Constitución más que una declaración de principios, un programa político. Es decir, mientras en Europa se pensó, casi hasta el período de entreguerras, que esos principios o técnicas eran suficientes para asegurar la libertad del ciudadano frente al poder político, en Estados Unidos, sin renunciar a esa utopía liberal burguesa, se va a añadir un nuevo elemento. La Constitución, desde sus inicios, es una norma jurídica que ocupa la posición de suprema del ordenamiento jurídico.

Es un hecho pacífico en la doctrina el que las constituciones modernas sean verdaderas normas jurídicas y no simples documentos políticos. Lo anterior implica que todos y cada uno de los preceptos constitucionales tienen la condición de norma jurídica.

Rafael Díaz Roca⁵⁹ diferencia cuatro fases generales en el constitucionalismo que permiten fijar el concepto de Constitución.⁴⁰ Estas fases son las siguientes:

a) *Fase revolucionaria (1776-1799/ 1814)*: según Díaz Roca:

Aplicando de un modo directo e inmediato la doctrina política que resulta de la Filosofía de la Ilustración y del Liberalismo (Locke, Montesquieu, Kant, Rousseau, Franklin, Jefferson, Siéyés, Hamilton, Constant, etc.) los revolucionarios, tanto europeos como norteamericanos, conciben la Constitución, desde un punto de vista racional normativo, como el instrumento jurídico-político que especifica y garantiza los derechos individuales, que configura una estructura del poder político en el Estado para la salvaguardia de tales libertades y que

⁵⁹ Rafael Díaz Roca, *Teoría general del derecho*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 131 y ss.

⁴⁰ Otras clasificaciones más prolizas se encuentran en Paolo Biscaretti Di Ruffia, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1972, pp. 285-304.

asegura, en opinión de los liberales más avanzados que pronto desembocan en las tesis democráticas; que la acción política va a responder a los dictados de la voluntad soberana de la Nación que encarna el pueblo en su conjunto.

- b) *Monarquía limitada (1799/1814-1848/1868)*: en un primer momento (1814-1830/1848) la Constitución es una simple codificación formal del sistema político superior, que representa el compromiso del poder monárquico, al que se le sigue atribuyendo el carácter de soberano, en cuanto a la forma de organizar y legitimar el ejercicio de tal poder. (Carta francesa de 1814, Estatuto Real de 1834, etc.). En un segundo momento, la Constitución como norma representa el pacto entre dos principios legitimadores del poder: el principio monárquico, que controla el ejecutivo y el principio popular que controla el legislativo.
- c) *Soberanía parlamentaria (1868-1945)*: en esta etapa sólo queda en pie el Parlamento. La soberanía se predica de la nación. El Parlamento se expresa a través de la ley, que no está sujeta a ninguna otra norma y por ende no tiene limitaciones. La ley y la Constitución son igualmente emanación de la voluntad general soberana (Carré De Malhberg). La Constitución no es más que un programa. Desaparece el carácter normativo y directamente aplicable de la Constitución y por ende su papel como fuente material y formal del ordenamiento jurídico.
- d) *Constitucionalismo democrático (desde 1945)*: como lo sostiene Rafael Díaz Roca⁴¹ en este concepto la Constitución “es y únicamente puede ser, el instrumento jurídico supremo en el Estado, que no sólo resume o establece su estructura esencial, sino que lo hace de una manera dada”: ésta forma tiene, según este autor, las siguientes determinaciones básicas: a) Reconocimiento de libertades de los ciudadanos que son previas y superiores al Estado que surge para garantizarlas; b) El poder político se concibe y construye como una emanación del pueblo al que pertenece de modo indelegable la soberanía; c) De lo anterior se deriva la necesidad del carácter normativo de la

⁴¹ Rafael Díaz Roca, *op. cit.*, p. 133.

Constitución, su superioridad sobre todo el ordenamiento y la necesidad de que el Derecho sea aplicado e interpretado conforme a la norma suprema, que puede ser invocada directamente por todos los ciudadanos.

De lo dicho anteriormente, se deduce que no hay preceptos constitucionales carentes de eficacia jurídica. Tanto las normas orgánico-procedimentales como las sustantivas, las relativas a los derechos fundamentales, las que suponen garantías institucionales, y las que implican auténticos mandatos al legislador, son verdaderas fuentes de derecho objetivo e imponen obligaciones.

Hay que agregar que si bien todos los preceptos constitucionales son normas jurídicas, tienen distinto grado de eficacia. Algunas son normas de aplicación directa, y otras de aplicación diferida.

En Colombia, es indudable el carácter normativo de la Constitución por cuanto el artículo 4 de la misma estipula: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

La afirmación de que la Constitución tiene normatividad jurídica tiene consecuencias jurídicas: La primera es que la violación de la Constitución por la ley conlleva la inconstitucionalidad de ésta. La segunda, que la Constitución como auténtica norma jurídica es directamente aplicable en materia de derechos y libertades. La tercera, la interpretación de todas las normas jurídicas conforme a la Constitución. La cuarta, que como norma suprema vincula a los poderes públicos. La quinta, la derogatoria de todas las normas contrarias a la Constitución y la inconstitucionalidad sobreviviente de las normas anteriores a ésta. La sexta, la Constitución es no sólo norma suprema sino delimitadora del sistema de fuentes del derecho.

A lo anterior hay que agregar la dimensión axiológica de la Constitución que tiene unos principios y valores que permiten su adaptación a las nuevas realidades sociales.

La fuente primera de todo el derecho en el Estado constitucional es la Constitución, no la ley.

Eduardo García Enterría⁴² dice:

La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella contruidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe de cumplir en beneficio de la comunidad. En todos esos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos. La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico.

Luego explica que “la Constitución no es sólo una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*”. Para defender su posición plantea que la Constitución define el sistema de fuentes formales, porque siendo la expresión de una intención fundacional tiene pretensión de permanencia, y porque constituye una “superlegalidad formal” que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento jurídico.

Hay que reconocer que la supremacía normativa de la Constitución es creación del constitucionalismo norteamericano. En efecto, en la sentencia de 1803 en el asunto *Marbury vs. Madison*, obra del juez Marshall se concreta que “*the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature*”, en los términos de la famosa sentencia.

En la doctrina y en la jurisprudencia se ha impuesto el carácter normativo de la Constitución, la tutela jurisdiccional de los derechos humanos y el control constitucional establecido en la mayoría de las constituciones modernas.

⁴² Eduardo García Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 48.

Por último, la fuerza y el carácter normativo se predica de toda la Constitución. En efecto, el preámbulo, y todos los artículos de la Constitución enuncian normas jurídicas efectivas. La distinción entre parte dogmática y parte orgánica puede ser útil para fines académicos, pero no representa diferencia alguna en relación con el carácter normativo de toda la Constitución. Desde luego, la Constitución puede, si el poder constituyente así lo decide, establecer diferente valor para algunas de sus disposiciones.

3. El concepto de Constitución

3.1. Múltiples acepciones del término Constitución

Se ha dicho por la doctrina que se puede utilizar el término Constitución aunque no exista un régimen constitucional. Se ha abusado del término. K. Loewenstein ha llegado a clasificar las constituciones en “normativas”, “nominales” y “semánticas” en función del no-abuso, o menor o mayor abuso del término Constitución.

En las “normativas” habría coincidencia entre lo que la Constitución prevé y lo que ocurre en la realidad. En las “nominales” habría una desviación importante. En las “semánticas” la realidad implica un remedo de Constitución.⁴³

En la doctrina, el concepto de Constitución ha tenido diversos enfoques jurídicos y políticos. Según Ignacio de Otto:⁴⁴

La palabra Constitución y con ella la expresión Derecho Constitucional y cualquier otra en que el término aparezca como adjetivo, se encuentra en su origen ostensiblemente cargada de significado político, evoca de inmediato ideas tales como libertad y democracia, garantía de los derechos de los ciudadanos, limitación de poder.

⁴³ Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979, p. 56.

⁴⁴ Ignacio de Otto, *Derecho constitucional*, Madrid, Ariel Derecho, 1999, p. 11.

3.2. La Constitución como la construcción del orden político

La Constitución tiende como lo dice Javier Pérez Royo a “posibilitar la construcción jurídica de un orden político”.⁴⁵

Por tanto, la Constitución no es sino la formulación jurídica del orden político de la sociedad. A su vez, el Estado tiene que ser la expresión política única de la sociedad.

La Constitución, en la concepción liberal, implica la idea de un acto fundacional, en forma escrita, por el cual se garantizan los derechos de las personas y se estructura la organización del poder político. Como lo afirma García Pelayo la Constitución se presenta “como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos”.⁴⁶

Por tanto, la Constitución escrita ha sido definida por García Pelayo como Constitución racional normativa.⁴⁷ Para este autor:

La Constitución es, pues, un sistema de normas. No representa una suma o resultante de decisiones parciales tomadas según van surgiendo los acontecimientos o presentándose las situaciones, sino que parte de la creencia en la posibilidad de establecer de una sola vez para siempre y de manera general un esquema de organización en el que se encierre la vida toda del Estado y en el que se subsuman todos los casos particulares posibles.

El profesor Javier Pérez Royo⁴⁸ sostiene que la Constitución racional normativa

Es el resultado de la combinación de un elemento formal y otro material.

Formalmente, tiene que ser un producto de la sociedad, creado por ella misma,

⁴⁵ Javier Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*, 7ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 100.

⁴⁶ Manuel García Pelayo, *Escritos políticos y sociales*, Madrid, 1989, p. 34.

⁴⁷ Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1991, p. 35.

⁴⁸ Javier Pérez Royo, *op. cit.*, p. 99.

y no una norma que se le impone sin su consentimiento. Materialmente, la Constitución tiene que permitir a la sociedad auto dirigirse políticamente de manera permanente. La sociedad no solamente debe ser libre en el momento de aprobar la Constitución, sino que debe continuar siéndolo después de manera indefinida.

De la fuerza normativa de la Constitución se derivan los problemas del poder constituyente, la interpretación de la Constitución, su reforma, y el control de constitucionalidad de la ley.

Todos los órganos del Estado son creados y regulados por la Constitución y ésta es expresión del poder constituyente, de la soberanía, mediante la cual se racionaliza la estructura del Estado (Álvarez Conde).

Gonzalo Ramírez Cleves⁴⁹ explica que la Constitución es “la elaboración política-normativa que da base al Estado democrático de derecho que refleja y es producido por un poder constituyente a su vez democrático y superior”. Según este tratadista hay dos características que son esenciales al concepto de Constitución: su carácter político y su carácter normativo.

3.3. Constitución formal y Constitución material

La Constitución material es la realidad social. F. Lasalle⁵⁰ sostuvo que las cuestiones constitucionales no son cuestiones jurídicas sino cuestiones de poder. Decía que la Constitución escrita es una “hoja de papel”. Agregaba que la Constitución verdadera de un país es la relación real de fuerzas que existen en la sociedad. La Constitución escrita debe ser expresión de esa relación real de fuerzas o no sirve para nada.

La Constitución material en palabras de De Otto⁵¹ “alude al conjunto de las normas cuyo objetivo es la organización del Estado, los poderes de sus órganos, las relaciones de estos entre sí y sus relaciones con los ciudadanos”.

⁴⁹ Gonzalo Ramírez Cleves, *Los límites a la reforma constitucional y las garantías límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 40.

⁵⁰ Ferdinand Lasalle, *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona, Marcial Pons, 1989, p. 45.

⁵¹ Ignacio de Otto, cita de Álvarez Conde, *op. cit.*, p. 149.

La distinción entre Constitución formal y material se refleja en diferentes posiciones doctrinales que son resumidas así por Álvarez Conde:⁵²

L. Von Stein proclamará la idea de que la Constitución debe legitimar el orden social existente. Por su parte, Schmitt mantendrá la teoría decisionista de la Constitución, como acto de voluntad del poder constituyente en cuanto es la decisión política fundamental creadora de un orden nuevo, con la distinción entre Constitución y Leyes Constitucionales. Finalmente Kelsen define la Constitución desde un punto de vista lógico-jurídico como la Norma Hipotética fundamental del ordenamiento jurídico. Por su parte, la doctrina italiana (Mortati hablará de Constitución en *sensu materiale*), que debe reflejar la estructura fundamental de una sociedad y por ello la define como la fuerza resultante de la organización de un grupo social que se singulariza de los demás y que logra, triunfando sobre grupos antagónicos y portadores de intereses diversos, hacer valer efectivamente la forma particular de orden por él afirmada. Para este autor, la Constitución material no se subsume en la Constitución formal, sino que permanece sustentándola a lo largo de todo el despliegue de la vida constitucional, con la consecuencia de que el intérprete de la Constitución habrá de tener en cuenta en todo momento este dualismo. Por su parte, Smend fundamentó su teoría de la integración, integrando tanto los elementos fácticos como normativos, la realidad histórico-política y realidad jurídica, y rechazando la teoría decisionista de la Constitución, entendida ésta como la decisión global sobre el tipo y la forma de la unidad política o en cuanto una ley de difícil modificabilidad.

Hay que advertir que el carácter normativo de la Constitución no puede desconocer las realidades sociales y las funciones que la Constitución debe cumplir en una democracia.

⁵² Álvarez Conde, *op. cit.*, p. 150.

3.4. Diversos conceptos sobre la Constitución

Como puede observarse, de acuerdo con lo expuesto, la Constitución es objeto de un gran debate entre diversas concepciones políticas, diversos modos de concebir el Estado, el derecho y la relación entre ambos, y las teorías modernas sobre el Estado constitucional.

Como lo expresa García Pelayo⁵⁵ el concepto de Constitución es uno de los que ofrecen mayor pluralidad de formulaciones. Esto por dos razones. La primera “porque si la mayoría de conceptos jurídico-políticos son de un modo mediato o inmediato conceptos polémicos, éste, por referirse a la sustancia de la existencia política de un pueblo, está particularmente abocado a convertirse en uno de esos conceptos simbólicos y combativos que halla su ratio no es la voluntad de conocimiento, sino en su adecuación instrumental para la controversia con el adversario”. La segunda porque “el hecho de que la constitución forma un nexo entre diversas esferas de la vida humana objetivada, por el que se vinculan sectores de la realidad política, jurídica, sociológica”.

Por las anteriores razones la palabra Constitución, como lo dice el autor citado, no está sola sino acompañada de adjetivos, como política, real, formal, material, empírica, ideal, en sentido amplio o en sentido restringido.

3.4.1. Tres grandes conceptos de Constitución

Siguiendo a García Pelayo⁵⁴ se pueden distinguir tres grandes conceptos que son reveladores del proceso histórico de configuración conceptual de la misma:

- a) *Concepto racional normativo*, que configura la Constitución como un complejo normativo, establecido de una sola vez, en el que se regulan las funciones del Estado. Este es el concepto del liberalismo burgués que concibe la Constitución como un conjunto normativo que se establece de una sola vez para regular las funciones fundamentales del Estado y declarar los derechos

⁵⁵ Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1984, p. 33.

⁵⁴ García Pelayo, *op. cit.*, p. 65.

de los ciudadanos. El tratadista German J. Bidart Campos⁵⁵ dice que el tipo racional normativo tiene estas características: a) define a la Constitución como conjunto de normas, fundamentalmente escritas, y reunidas en un cuerpo codificado; b) piensa y elabora a la Constitución como una planificación racional, o sea, suponiendo que la razón humana es capaz de ordenar constitucionalmente a la comunidad y al Estado; c) profesa la creencia en la fuerza estructurada de la ley, es decir, en que las normas son el principio ordenador del régimen constitucional y de que tienen en sí mismas, y en su pura fuerza normativa, la eficacia para conseguir que la realidad sea tal como las normas la describen; d) la Constitución es un esquema racional de organización, un plan o programa formulado con pretensión de subsumir toda la dinámica del régimen político en las previsiones normativas. Este tipo racional normativo tiende a lograr racionalidad, seguridad, estabilidad. Históricamente, responde a la época del constitucionalismo moderno o clásico, que comienza a fines del siglo XVIII.

- b) *Concepto histórico-tradicional*, que implica que la Constitución de un pueblo no es producto de la razón, sino el resultado de una transformación histórica. Por tanto, la constitución no se elabora ni se escribe racionalmente sino que es algo propio de cada régimen. Por ende, cada estado tiene “su” constitución surgida y formada por acontecimientos históricos.
- c) *Concepto sociológico*, que establece que la Constitución es la forma de ser de un determinado pueblo o sociedad. En este sentido la doctrina habla de realidad constitucional que según Pablo Lucas Verdú consiste “en un conjunto de elementos que se interrelacionan sea colaborando u oponiéndose entre sí, sea complementándose encaminado a formar, sustentar y modular el Estado y la sociedad” y luego agrega que “consiste en un conjunto de factores sociopolíticos que influyen sobre la Constitución condicionándola, manteniéndola, modulándola, transformándola y, a veces, sustituyéndola”.⁵⁶

⁵⁵ Germán J. Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, 3ª reimpresión, Tomo 1, Buenos Aires, Ediar, 2001, p. 291.

⁵⁶ Pablo Lucas Verdú, *Curso de derecho político*, Volumen IV, Madrid, Tecnos, 1984, p. 78.

Sobre el concepto sociológico, sostiene García Pelayo:⁵⁷

En todo caso, es característica del concepto sociológico de Constitución entender que la estructura política real de un pueblo no es creación de una normatividad, sino expresión de una infraestructura social, y que si tal normatividad quiere ser vigente ha de ser expresión y sistematización de aquella realidad social subyacente. Pero en cuanto que de hecho se puede dar una normatividad jurídico-constitucional en desacuerdo con la estructura real, esta tendencia lleva implícita la escisión del concepto de constitución en dos partes, al distinguir entre una Constitución real o sociológica y una Constitución jurídico política, la cual será tanto más vigente y eficaz cuanto más tienda a coincidir con la primera.

Hay que poner de presente que el tipo historicista y el tipo sociológico ven la Constitución como un producto del medio social, o sea, como Constitución material y no formal.

En todo caso, se ha afirmado que todo Estado tiene Constitución. Lo que es la Constitución es respondido de manera sencilla por Bidart Campos⁵⁸ así:

[...] la constitución de un estado es la que real, verdadera y efectivamente lo ordena, lo hace ser y existir tal cual es, lo compone y lo estructura. Con esto, podemos ya comprender que la constitución que todo estado tiene como positiva, se ubica en el orden de la realidad o de las conductas, es una constitución vigente y por ser vigente, es una constitución actual, presente, que se realiza. Esta primera aproximación que emplaza a la constitución en el orden de la realidad, se completa simultáneamente con la afirmación de que la constitución real es captada lógicamente como norma, lo que quiere decir que es también normativa. Tenemos, pues, que la constitución que todo estado tiene y que no puede faltar —porque si faltara el estado no existiría— es una

⁵⁷ Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Universidad, 1991, p. 54.

⁵⁸ Germán J. Bidart Campos, *Filosofía del derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1969.

constitución material, captada neutralmente por los terceros como norma, y por los protagonistas como imperativo con forma de deber ser lógico.

Podemos aceptar la definición de J. J. Solizábal Echavarría⁵⁹ de acuerdo con la cual “La Constitución es el conjunto de normas que fundamentan la legitimidad del poder estatal”. Esta definición adopta la tesis moderna que concibe la Constitución como norma jurídica, que determina los modos de creación del derecho, y constituye el fundamento de validez de todo el resto del ordenamiento jurídico.

3.4.2. Clases de constituciones

El tratadista Zagrebelsky⁶⁰ distingue entre constituciones de contenido, finalistas y formales, cada una de las cuales exhibe unas determinadas características. Mientras las constituciones de contenido, cuya mejor expresión escrita sería el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, encierran “un sistema de valores materiales y de concepciones organizativas difusamente aceptado y capaz de constituir el fundamento de la formulación de nuevas reglas de derecho constitucional y de su coherente aplicación”, la Constitución finalista se conforma con perfilar los fines de la organización estatal omitiendo precisar los medios indispensables para su realización y permitiendo, con un menor compromiso, una identificación de un diversificado espectro de fuerzas políticas tan amplio como sea la acumulación de objetivos que respondan a las expectativas de los distintos colectivos facilitado precisamente por la ausencia de indicaciones. Por último, las constituciones formales serían las que manifiestan su neutralidad sobre los fines y contenidos como expresión de una falta de acuerdo en el que brilla la voluntad de exclusión y la incapacidad de compatibilizar,

⁵⁹J. J. Solizábal Echavarría, “Constitución” en: Aragón Reyes, Manuel (coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, Tomo 1, Madrid, Civitas, 2001, p. 21.

⁶⁰G. Zagrebelsky, “Adeguamenti e cambiamenti della Costituzione”, en: *Scritti su le fonti normative e altri temi di vario diritto in onere di Vezio Crisafulli*, citado por Miguel Ángel García Herrera en *La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 57.

ni siquiera en una formulación genérica, los fines del Estado. German J. Bidart Campos⁶¹ hace la siguiente clasificación de la Constitución:

- a) la escrita, formal o codificada, que reúne las normas jurídicas en un cuerpo unitario;
- b) no escrita o dispersa que puede ser totalmente no escrita, o parcialmente no escrita y parcialmente escrita en normas dispersas;
- c) formal, que es la codificación normativa;
- d) material, que es la que tiene vigencia real en la dimensión sociológica;
- e) rígida, que es la surgida del poder constituyente formal y no se puede modificar sino mediante procedimientos diferentes a los de la legislación común, o procedimiento especial y agravado;
- f) flexible, que es la que admite su enmienda mediante el mismo mecanismo empleado para la legislación común;
- g) pétrea, cuando además de ser escrita y rígida se declara irreformable. Los contenidos pétreos pueden estar expresamente establecidos, o surgir implícitamente, y la irreformabilidad puede ser para algunos contenidos de la Constitución;
- h) otorgada, cuando un órgano estatal la concede o establece unilateralmente;
- i) pactada, cuando se deriva de un acuerdo, compromiso o transacción entre un órgano estatal y la comunidad;
- j) impuesta, cuando se supone emanada del poder constituyente radicado en el pueblo, y surgida de un mecanismo formal en ejercicio del mismo poder.

El profesor Francisco Javier Díaz Revorio⁶² habla de Constitución como orden abierto para referirse a dos ideas “1) La Norma fundamental permite con carácter general la defensa de valores contrarios u opuestos a los que la misma considera fundamentales, siempre y cuando dicha defensa se realice con los medios que la propia Norma fundamental prevé o permite; igualmente permite la

⁶¹ German J. Bidart Campos, *op. cit.*, pp. 292-293.

⁶² Francisco Javier Díaz Revorio, *La Constitución como orden abierto*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

modificación de dichos valores fundamentales; 2) la Constitución permite, sin necesidad de ser reformada, el desarrollo de muy diversas opciones políticas". Zagrebelsky⁶⁵ dice que hoy existe contradicción entre derecho constitucional y adhesión unilateral a un proyecto político particular cerrado.

Consideramos que nuestra Constitución es finalista porque enumera los fines y valores dotados de valor normativo. Además, es escrita o codificada, por lo que corresponde a la categoría de Constitución formal. Asimismo, es del tipo racional-normativo, tiene algunos caracteres del tipo tradicional-historicista, y tiene un techo ideológico compuesto por los principios y valores enunciados en la Constitución y en su preámbulo. Como lo hemos manifestado la Constitución es la norma suprema y por ende constituye el orden jurídico fundamental del Estado.

3.4.3. La Constitución como fuente material y formal del derecho

Ya se ha expresado con anterioridad que la Constitución no sólo es norma suprema sino que es la fuente real y formal de todo el ordenamiento jurídico. Según Javier Pérez Royo:⁶⁴

La Constitución pretende ordenar la génesis del Derecho. Y esto lo suele hacer de dos maneras: regulando, por una parte, ciertas materias de manera directa o determinando, por otra, qué órganos y con qué procedimientos regularán aquellas materias que ella misma no ha regulado. La Constitución es, por lo tanto, y de manera simultánea, fuente del Derecho y norma que regula las fuentes del Derecho, la producción jurídica. Este segundo punto es algo que está perfectamente claro y casi no es necesario detenerse en él. Es opinión prácticamente unánime en la doctrina que una de las tareas esenciales, ni no la tarea esencial de todo texto constitucional, consiste en disciplinar las formas de producción de las normas jurídicas, precisando tanto los órganos competentes para ello, como las categorías básicas a través de las cuales se manifiesta la voluntad de dichos órganos y las relaciones entre las mismas por razón de jerarquía o de competencia.

⁶⁵ G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, p. 16.

⁶⁴ Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho*, 7ª reimpresión, Madrid, Tecnos, 2001, p. 31.

Agrega este autor que además de ser fuente del derecho la Constitución es norma jurídica que regula las fuentes del derecho. Advierte que “Hasta la fecha es el instrumento mejor que se conoce de racionalización y control del poder. De ahí la importancia de afirmar su fuerza normativa en la mayor medida posible”.⁶⁵ Frente a la identificación entre ley y derecho, que era propia de la doctrina tradicional de las fuentes, se ha impuesto en el Estado constitucional democrático la teoría constitucional que busca la confluencia entre derecho y Constitución. Para Francisco Balaguer Callejón:⁶⁶

La Constitución no puede contener, obviamente, todo el Derecho, pero todo el Derecho del ordenamiento debe tender a la constitucionalidad de sus aspectos formales y materiales. La teoría constitucional no sitúa a la Constitución en lugar de la ley, manteniendo las mismas estructuras. Antes bien, origina un cambio fundamental en la estructura del sistema de fuentes, dentro del cual, la Constitución, en cuanto expresión del consenso fundamental de los diversos sectores sociales, sirve de medida para la determinación de la validez del Derecho producido en los distintos ámbitos en que esos sectores ejercitan el poder público. La Constitución es el origen último del Derecho vigente en el ordenamiento, hasta donde el Derecho es Derecho (más allá no existe como tal). Es la fuente conformadora del ordenamiento.

3.5. Tipos de Constitución en las teorías modernas

Según Manuel García Pelayo⁶⁷ la crisis de legalidad y de los métodos positivistas ha producido una tendencia al abandono del concepto racional normativo de la Constitución, y en su lugar se intenta formular una nueva concepción acorde con las nuevas situaciones jurídico-constitucionales. Se trata de penetrar en la sustancia de la Constitución; ésta es estudiada como totalidad, en función de la cual se explican las partes componentes.

⁶⁵ Marco Gerardo Monroy Cabra, “La Constitución como fuente de derecho: sistema de fuentes”, en: *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2002, Montevideo, Konrad Adenauer, pp. 13-39.

⁶⁶ Francisco Balaguer Callejón, *Fuentes del derecho*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 54.

⁶⁷ García Pelayo, *op. cit.*, p. 79.

Las teorías insisten en la realidad social tratando de superar la antinomia entre lo fáctico y lo normativo. Por esto, se advierte el carácter dinámico de la Constitución; igualmente, se sostiene que la Constitución no sólo tiene carácter normativo sino que es un modo de existencia política.

En este sentido haremos una brevísima síntesis de las teorías de Smend, Schmitt, Heller, Hauriou, S. Romano, Schindler, Kaufmann y Burdeau, siguiendo la exposición de Manuel García Pelayo.

3.5.1. Rudolf Smend

El pensamiento de Smend se basa en la teoría de la integración, distinguiendo entre integración personal, funcional y real. La integración personal se refiere al Jefe de Estado, quien representa la unidad nacional. A la integración social pertenecen todas las especies de formas de vida colectiva de una comunidad. A la integración real se refieren todos aquellos fenómenos que significan participación de los individuos en un contenido de valores estatales o encarnados en el Estado. La Constitución “es el orden jurídico de un Estado”, que se diferencia del resto del orden jurídico por “el carácter político de su objeto” y del resto de las normas jurídicas en que éstas son “la normativización abstracta de una pluralidad infinita de casos” mientras que la Constitución es “la ley individual de una única realidad vital concreta”.⁶⁸

3.5.2. Carl Schmitt⁶⁹

La teoría de Schmitt se resume en la reducción de la Constitución a unas decisiones fundamentales. La posición decisionista considera que el derecho tiene su raíz en la voluntad, es decisión y no norma.

La Constitución no surge ni se establece por sí misma sino que es producto de una voluntad del poder constituyente.

⁶⁸ García Pelayo, *op. cit.*, pp. 82-83.

⁶⁹ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, F. Ayala (trad.), Madrid, 1934, p. 25.

3.5.3. Hermann Heller⁷⁰

La teoría de Heller se caracteriza por la consideración de la Constitución como una totalidad, en la que se reúnen en relación dialéctica lo estático y lo dinámico, la normalidad y la normatividad. Trata de salvar la unidad del concepto de Constitución, pero reconociendo la autonomía de sus partes integrantes.

3.5.4. M. Hauriou⁷¹

Con fundamento en la teoría institucionalista, considera a la Constitución como parte integrante de un orden superior que es el orden constitucional. Define este último como “un orden de cosas a la vez formal, objetivo y sistemático, que engendra fuerzas de resistencia contra el poder y contra la libertad”. Distingue entre Estado y sociedad y expresa que “la empresa política del Estado siempre ha tenido por objeto la protección de la sociedad civil”.

3.5.5. Santi Romano⁷²

Santi Romano desarrolla la teoría institucionalista o del ordenamiento jurídico. Dice que una institución es una entidad o cuerpo social con una unidad firme, que tiene una existencia objetiva concreta y una organización y una estructura que absorben los elementos que forman parte de ella y que es superior y preordenado tanto a los elementos mismos como a sus relaciones. Considera que “toda institución es un ordenamiento jurídico y todo ordenamiento jurídico es una institución, ya que donde ésta no se halla pueden darse relaciones sociales, pero no relaciones que, como las jurídicas, estén formal, objetiva y establemente ordenadas: *ubi societas ibi ius*, e invirtiendo, *ubi ius ibi societas*”. Sostiene que uno de los ordenamientos jurídicos es el Estado que tiene una parte que forma su estructura esencial que es la Constitución.

⁷⁰ Herman Heller, *Teoría del Estado*, México, F.C.E., 1942, p. 277.

⁷¹ Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional*, trad. de C. R. Del Castillo, Madrid, 1927, p. 42.

⁷² Santi Romano, *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, Padova, 1946, citado por García Pelayo, *op. cit.*, p. 92.

3.5.6. Dietrich Schindler⁷³

Según Schindler, la Constitución está directamente vinculada al problema de la organización y del ejercicio de la soberanía, entendiendo por tal la afirmación suprema del poder estatal en la vida social. La Constitución es el conjunto de normas jurídicas que se refieren al poder supremo dentro del Estado.

3.5.7. Erick Kaufmann⁷⁴

La tesis de Kaufmann se caracteriza por una desvalorización de la norma jurídico positiva, pues para él lo único que puede hacer la Constitución es crear el marco y la forma en los que las fuerzas éticas de un pueblo puedan expresarse en un orden legal, en el transcurso ordenado de un proceso de formación de esa voluntad.

3.5.8. Georges Burdeau⁷⁵

Define la Constitución como “acto determinante de la idea del Derecho, al mismo tiempo que regla de organización en el ejercicio de las funciones estatales”. Agrega que la Constitución es la “regla por la cual el soberano legitima el poder adhiriéndose a la idea del Derecho que representa y que determina, en consecuencia, las condiciones de su ejercicio”.

Conclusiones

1. Históricamente se presentó una evolución desde la Constitución mixta griega y romana, los estatutos y leyes fundamentales de la Edad Media, hasta la Constitución moderna como norma jurídica fundamental del Estado.
2. El constitucionalismo nació como movimiento ideológico y político. Como lo expresa Ignacio de Otto:⁷⁶ “La finalidad del movimiento que históricamente se llamó constitucionalismo no era, obviamente, introducir en los ordenamientos una norma denominada Constitución, sino asegurar la garantía de

⁷³ Cita de Manuel García Pelayo, *op. cit.*, p. 93.

⁷⁴ Cita de Manuel García Pelayo, *op. cit.*, p. 95.

⁷⁵ Georges Burdeau, *Traité de science politique*, Paris, 1949-50, 3 tomos.

⁷⁶ Ignacio de Otto, *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, 7ª reimpresión, Barcelona, Ariel Derecho, 1999, p. 12.

la libertad frente al poder público. Que una sociedad tenga Constitución, que un Estado sea constitucional, significa, ante todo, que en él la organización de los poderes corresponde a un determinado fin, el aseguramiento y garantía de la libertad de los ciudadanos”. Agrega este autor⁷⁷ que la palabra Constitución se encuentra en su origen “ostensiblemente cargada de significado político, evoca de inmediato ideas tales como libertad y democracia, garantía de los derechos de los ciudadanos, limitación de poder”.

3. La Constitución es una norma suprema, los poderes públicos están sometidos a ella, y la infracción de la misma es antijurídica y es declarada inconstitucional por los tribunales constitucionales. La norma constitucional tiene superioridad sobre la legislación, es fuente de toda creación normativa y de todos los actos de aplicación de la misma.
4. En cuanto al origen del término Constitución debe decirse que se encuentra en la antigüedad, pero en el contexto moderno tiene otro sentido. Aceptamos la conclusión de Rolando Tamayo y Salmorán,⁷⁸ de acuerdo con la cual:

No es seguro si la noción de “constitución” entendida como “constitución escrita” fue realmente una construcción hecha por juristas, filósofos, políticos o doctrinarios, como podría haber sido el caso francés, o si fue el resultado de la experiencia jurídica y política como en el caso de Estados Unidos sugiere, lo cierto es que, en cuanto al significado de “constitución” concierne, la mayoría de los movimientos políticos subsiguientes actuaron de acuerdo con esa noción. Desde entonces, las constituciones escritas, que crean, definen y limitan el ejercicio del poder gubernamental, han sido la regla general en casi todo el mundo constitucional y “constitución” generalmente eso designan.

Es decir, actualmente se utiliza el término Constitución escrita para hacer referencia a la organización, el ejercicio y el manejo del poder político.

5. La Constitución es la norma jurídica fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico. Como lo ha expresado Luis Sánchez Agesta⁷⁹ el

⁷⁷ *Ibid.*, p. 11.

⁷⁸ Tamayo y Salmorán, *op. cit.*, p. 83.

⁷⁹ Luis Sánchez Agesta, *Principios de teoría política*, 6ª ed., Madrid, 1976, p. 374.

carácter fundamental de la Constitución se manifiesta de varias formas: en primer lugar, desde un punto de vista sociológico, la Constitución formula los valores que tienen vigencia para una comunidad y es la expresión consecuente de las fuerzas y los elementos sociales que los representan. En segundo lugar, desde el punto de vista político, la Constitución contiene el mínimo de elementos para que una comunidad política o Estado pueda existir y que le imprimen una forma específica. Desde este punto de vista la Constitución es la esencia del orden. En tercer lugar, desde el punto de vista jurídico, la Constitución es el cimiento o base sobre la cual descansa el resto del ordenamiento. La Constitución es la premisa mayor de la cual derivan las restantes leyes; es la fuente de todo el ordenamiento jurídico, establece los órganos de gobierno y el contenido de sus competencias.

6. La Constitución colombiana de 1991 define al Estado que funda como “Estado social de Derecho” organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general; es decir, el Estado colombiano es social, democrático participativo y pluralista. La Constitución debe aplicarse y para ello es necesario un control constitucional efectivo. Como lo señala el tratadista Alberto B. Bianchi:⁸⁰ “De nada sirve una Constitución que no se aplica; incluso, ello acarrea peores males, pues engendra la desconfianza y el desapego hacia las instituciones jurídicas. De modo, pues, que el dilema principal radica en lograr que la supremacía constitucional no sea tan sólo una expresión de deseos. Aquí es donde aparece y se evidencia la necesidad de contar con un sistema efectivo de control de constitucionalidad”.
7. Estamos de acuerdo con Carlo de Cabo Martín⁸¹ cuando afirma la vinculación de la Constitución al tiempo, a la historia y a la realidad “en un doble sentido:

⁸⁰ Alberto B. Bianchi, *Control de constitucionalidad*, Tomo 1, 2ª ed., Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Desalma, 1998, p. 34.

⁸¹ Carlos de Cabo Martín, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, Madrid, Trotta, 2003, p. 73.

en el de la vinculación a la coyuntura, a los intereses y problemas coyunturales que hace a la Constitución más dependiente de su tiempo y que si esta vinculación es, por concurrir determinadas circunstancias históricas, particularmente intensa y hasta patológicamente intensa, pueden acentuar la necesidad de la reforma en la medida en que se vaya alejando e independizando de aquella coyuntura de origen y en el más amplio y general de la vigencia, de la efectividad de la Constitución”. Por tanto, la reforma es el mecanismo y la garantía de la efectividad constitucional que se realiza según este autor “en la medida en que la Constitución despliega sus dos caracteres básicos: la Normatividad y la Supremacía”. Por tanto, la Constitución debe tener conexión con la realidad constitucional y cuando ésta se modifica hay que reformar la Constitución.

8. Coincidimos con el análisis del jurista Antonio E. Pérez Luño⁸² que en las formulaciones constitucionales clásicas del Estado liberal de derecho se trazaba una neta separación entre el Estado y la sociedad civil. Explica que: “La Constitución se presentaba, de este modo, como: a) la garantía normativa de los límites de la actuación del Estado, en beneficio de la libertad de los ciudadanos; b) como el estatuto jurídico de la organización política del Estado”. Frente a este modelo surge el Estado social y democrático de derecho que “ha supuesto la abolición fáctica de la separación entre el Estado y la sociedad civil. De ello se infiere la posibilidad y la exigencia de que el Estado, lejos de inhibirse de las condiciones que informan su estructura económico-social, asuma la responsabilidad de la transformación de dicha estructura en función de los grandes valores constitucionales y, en particular, de la igualdad”. Estamos de acuerdo con la conclusión de que la Constitución española de 1978 se inscribe, al igual que la colombiana de 1991, en los parámetros del Estado social y democrático de Derecho, “lo que determina que nuestro sistema constitucional sea un sistema abierto a los datos externos que provienen de la estructura económico-social, cuya transformación representa una tarea indeclinable de los poderes públicos”.

⁸² Antonio E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, 7ª ed., Madrid, Tecnos, 1998, pp. 150-151.

La Constitución como fuente del derecho y sistema de fuentes¹

1. Concepto de fuentes del derecho

La mayoría de la doctrina define fuentes como el origen del derecho. Savigny² denomina fuentes jurídicas a “las causas de nacimiento del derecho general, o sea, tanto de las instituciones jurídicas como de las reglas jurídicas formadas por abstracción de aquella”. Agrega que “la verdadera fuente u origen es esa vida invisible del derecho en el espíritu del pueblo, en su conciencia común”.

Las fuentes del derecho son su causa generatriz o productora. Se distinguen usualmente fuentes del conocimiento del derecho, fuentes del derecho subjetivo, como el origen de las facultades atribuidas a los sujetos por el ordenamiento, y fuentes del derecho objetivo que según Rafael Díaz Roca³ “son aquellos hechos y formas mediante los que una sociedad constituida establece y exterioriza la norma jurídica como Derecho positivo obligatorio”.

Rubio Llorente⁴ dice que son fuentes del derecho “los actos y hechos a los que las normas sobre producción de un sistema jurídico concreto atribuyen la capacidad de crear normas con validez *erga omnes*”.

Según Kelsen, las fuentes se identifican con el fundamento de validez y por tanto no serían diversas del derecho mismo: serían las propias normas jurídicas en cuanto sirven de fundamento de validez al proceso de creación normativa.

La mayoría de los autores clasifica las fuentes en reales y formales. Las fuentes materiales están constituidas según Díaz Roca⁵ por “todo factor o elemento que contribuye a fijar el contenido de la norma. En este sentido tales fuentes serán de carácter sociológico o mertajurídico: la opinión popular, la tradición, la utilidad social”.

¹ Este ensayo fue publicado en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo (Uruguay), Konrad Adenauer: Stiftung E.V, 2002, pp. 13-39.

² Friedrich C. von Savigny, *Sistema de derecho privado romano*, J. Mesia y Manuel Poley (trads.), tomo 2, Madrid, 1879, p. 63.

³ Rafael Díaz Roca, *Teoría general del derecho*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 121.

⁴ Francisco Rubio Llorente, “Fuentes del derecho”, en: Manuel Aragón Reyes (coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, tomo 1, p. 231.

⁵ Rafael Díaz Roca, *op. cit.*, p. 122.

Las fuentes formales son los modos y formas a través de los que se exterioriza el derecho positivo. Si bien algunos consideran la ley como fuente única, la mayoría incluye la costumbre. La doctrina, los principios generales de derecho y la jurisprudencia se consideran como fuentes indirectas.

Pero también, el concepto de fuentes del derecho se refiere al fenómeno de creación de normas, o sea aquello a lo que el ordenamiento jurídico tiene la virtualidad de crear una norma. Por tanto, hay que distinguir entre la realidad social y fáctica, que es fuente causal, y aquello a lo que el ordenamiento atribuye eficacia creadora de normas.

No se incluye en el concepto de fuentes el órgano que dicta las normas ni el proceso de formación de las mismas.

Suele distinguirse entre normas y actos de aplicación, pero hay que señalar que los actos de aplicación también son con frecuencia creadores de normas, o sea normativos. Pero, salvo en derecho laboral, donde se llama fuentes del derecho a los convenios colectivos, no se consideran fuentes del derecho los contratos entre particulares.

Tampoco se denominan fuentes las sentencias, en cuanto creadoras de normas para las partes, aunque sí lo son en cuanto creen jurisprudencia, y no se denominan fuentes tampoco los actos administrativos, muchos de ellos creadores de normas.

Para Ignacio de Otto:⁶

El criterio que opera de hecho en la labor de identificación de las fuentes es el de tomar como punto de partida la aplicación judicial del derecho, de modo que se incluye en la categoría de fuentes del derecho todo aquello que proporciona al juez las normas para decidir el caso, aquello donde se encuentra la predeterminación normativa de la función judicial.

El concepto de fuentes del derecho nace en el campo del derecho civil en que se consideran tales la ley, la costumbre, la doctrina y los principios generales de derecho.

⁶ Ignacio de Otto, *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 72.

2. Cambios en el sistema de fuentes introducidos por la Constitución Política de 1991

La adopción de la Constitución Política de 1991 ha supuesto una modificación del concepto de fuentes del derecho. Este cambio se produjo por el papel de la Constitución como norma de normas en el Estado social de derecho, por la primacía de los valores y principios constitucionales y los derechos inalienables de las personas, la reducción de la posición privilegiada de la ley, la incidencia de la creación de la Corte Constitucional, y las reformas que se produjeron en cuanto a los mecanismos de protección de los derechos con la creación de las acciones de tutela, populares, de cumplimiento, y en fin con la implicación de las modificaciones constitucionales.

Además, la Constitución consagra principios, valores, y reglas constitucionales con valor normativo por lo cual hay que establecer si existe una jerarquía de fuentes dentro de la Constitución.

El artículo 230 de la Carta dice que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley. Además, agrega que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina “son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Esta norma ha sido interpretada por la jurisprudencia constitucional para incluir en el concepto de ley el de Constitución y de costumbre, y para otorgarle valor a la jurisprudencia y al precedente como fuente formal del derecho.

Lo anterior implica analizar el sistema de fuentes teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por la Constitución Política que nos rige.

En vigencia de la Constitución de 1886 se sostenía, y continúa siendo válido decir, que existen fuentes reales y formales del derecho.

En cuanto a las fuentes reales no ha existido ninguna modificación por cuanto se trata de los factores políticos, económicos, sociales y culturales que conllevan el sustrato de la realidad social de un Estado determinado en un preciso momento histórico.⁷

⁷ Francois Génys, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, 2ª ed., Madrid, Reus, 1925, pp. 210 y ss. En igual sentido, Marco Gerardo Monroy Cabra, *Introducción al derecho*, 12ª ed., Bogotá, Temis, 2001, pp. 127 y ss.

En cuanto a las fuentes formales se aceptaba que eran básicamente dos: la ley y la costumbre. Como “autoridad y tradición”, siguiendo la terminología de Gény, se aceptaban la doctrina y la jurisprudencia.

En la tradición romanística (naciones latinas y germánicas), dentro de la cual se inscribe Colombia, prevalece la ley, en cambio en el sistema angloamericano (*common law*) tiene primacía el precedente judicial.

Las fuentes del derecho venían reguladas por los códigos y especialmente por el Código Civil, que contiene una serie de reglas sobre aplicación de las normas jurídicas, sobre su eficacia en el espacio y en el tiempo y la interpretación, así como sobre el valor de los principios generales de derecho y la jurisprudencia (Código Civil, título preliminar, artículos 1-72 y Ley 153 de 1887).

Hay que tener en cuenta que estas normas no han sido derogadas pero deben ser interpretadas, como el resto del ordenamiento jurídico, de conformidad con la Constitución Política de 1991.

La doctrina⁸ se orientaba, y sigue siendo válido el planteamiento, a considerar las fuentes como respuestas objetivas a interrogantes que plantea la realidad social y conforme a los valores vigentes en un determinado momento histórico.

La concepción tradicional de las fuentes del derecho establecida en nuestro sistema jurídico tenía origen iusprivatista y correspondía al Estado de derecho clásico liberal que tenía como principio fundamental la supremacía de la ley como expresión de la voluntad general.

Por esta razón, se hace necesario indagar los cambios que se van a producir en el sistema de fuentes con la adopción del Estado social de derecho, y los principios y valores consagrados en la Carta Política de 1991.

3. Nuevo concepto de fuentes de derecho

La adopción del Estado social de derecho corresponde al Estado constitucional, donde la Constitución viene a ser la norma suprema que tiene primacía sobre todas las demás normas.

⁸ Julio Cueto Rúa, *Fuentes del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, p. 28; Carlos Cossio, *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Arayú, 1954, p. 122.

El derecho actual se ha constitucionalizado e internacionalizado debido a la globalización, a los grandes bloques económicos, a la concesión de competencias ejecutivas, legislativas y judiciales a órganos supranacionales, y a la paulatina unificación normativa y codificación que están acercando las distintas familias jurídicas.

Es evidente que el derecho constitucional ha llegado a ser lo que era en otro tiempo el derecho civil y más exactamente lo que era el derecho común en la Edad Media. Las normas, valores y principios constitucionales han llegado a ser normas aplicables en las distintas ramas del derecho.

Por todo lo anterior, tiene razón Enrique Álvarez Conde⁹ cuando afirma:

Hoy día parece comúnmente pacífico que la regulación de las fuentes del Derecho se sitúe en el campo de la teoría de la Constitución. En efecto, ya el propio Kelsen concebía ésta, desde el punto de vista material, como la norma reguladora del proceso de creación de normas por parte de los órganos superiores del Estado.

El hecho de que ya la ley no tiene supremacía sino que ésta corresponde a la Constitución, ha llevado a que la Constitución sea considerada no sólo como fuente de derecho sino que delimita el sistema de fuentes.

Dentro del concepto moderno de fuentes subsiste la concepción sociológica que se refiere al conjunto de factores constitutivos de la realidad social que son los que conducen a la creación de las normas.

Esto significa que no puede reducirse el concepto de fuentes a un concepto jurídico por cuanto hay que tener en cuenta las estructuras políticas y socioeconómicas, que sirven de sustrato a la formulación jurídica.

Las fuentes suponen que el derecho nace en la sociedad y que cada sociedad en especial tiene unas estructuras que dan origen a la formulación de las normas.

⁹ Enrique Álvarez Conde, *Curso de derecho constitucional*, vol. 1, 3ª ed., Madrid, Tecnos, p. 138.

Este concepto sociológico de fuentes es resumido por Carretero¹⁰ cuando dice que las fuentes constituyen la “manifestación de las fuerzas sociales a las que el ordenamiento jurídico y la Constitución califican como creadoras de mandatos jurídicos obligatorios dentro del Estado”.

Las fuentes del derecho se centran “en el estudio de los procedimientos de producción normativa, cuyo diseño básico viene establecido por la Constitución”.¹¹

Según Pizzorusso¹² por fuentes del derecho hay que entender “aquellos hechos o actos jurídicos los cuales, en virtud de las normas sobre producción jurídica vigente en un determinado ordenamiento, tienen como efecto la creación, modificación o derogación de disposiciones o normas integradas en aquél ordenamiento”.

Enrico Pattaro¹³ define las fuentes de derecho como “todas las normas que, de hecho, se sientan como socialmente vinculantes y sean aplicadas (por los tribunales)”.

La teoría iuspositivista de las fuentes del derecho afirma la supremacía de la ley pero hoy hay que entenderla como la supremacía de la Constitución.

Hagerstrom¹⁴ entiende por fuentes de derecho “normas jurídicas” que pueden ser diferentes: leyes, espíritu de la ley, costumbre, equidad, naturaleza, etc. Estas fuentes, en la concepción de este autor, “adquieren validez (*gora sig gallande*) en la medida en que, de hecho, llegan a hacerse acoger en la ideología normativa de los jueces, y a encontrar aplicación en los tribunales: en este caso, son, efectivamente, fuentes de derecho”.

Según Álvarez Conde la doctrina¹⁵ realiza una triple distinción de fuentes:

- a) Actos a los que el ordenamiento jurídico atribuye la facultad de crear normas, o “fuentes de producción”;

¹⁰ A. Carretero Pérez, “El concepto constitucional de fuentes de Derecho” en Autores Varios, *La Constitución española y las fuentes del derecho*, Madrid, 1979.

¹¹ Álvarez Conde, *op. cit.*, p. 140.

¹² Alessandro Pizzorusso, “Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico italiano”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 3.

¹³ Enrico Pattaro, *Elementos para una teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1991, p. 165.

¹⁴ Hagerstrom, *Ar gallande ratt*, citado por Enrico Pattaro, *op. cit.*, p. 167.

¹⁵ Enrique Álvarez Conde, *op. cit.*, vol. 1, pp. 138 y 139.

- b) Se entiende por fuentes las normas, o sea son las llamadas “fuentes sobre la producción”; y,
- c) por fuentes se entienden las formas a través de las cuales se expresa la norma jurídica (De Otto).¹⁶

Esto significa que siguiendo esta distinción, se puede diferenciar entre “normas sobre la producción jurídica”, aquellas que establecen las reglas para la creación, modificación o derogación del derecho, y “normas de producción jurídica”, las que dictan la regla aplicable al caso concreto.

En conclusión, como lo sostiene Álvarez Conde:¹⁷

La doble condición de la Constitución como norma jurídica y como norma suprema la configura no sólo como fuente del derecho, sino como norma reguladora del propio sistema de fuentes; es decir, si bien puede afirmarse que la idea de supremacía constitucional va unida a la de Constitución escrita, lo cierto es que la configuración de la misma como norma que regula la creación de normas por parte de los órganos del Estado implica necesariamente que el concepto de Constitución se construye a partir de la jerarquía entre normas.

En Colombia podemos decir que las fuentes se pueden clasificar así:

- a) La Constitución y la interpretación dada a esta por la Corte Constitucional.
- b) La ley en sus diversas clases.
- c) La costumbre.
- d) La jurisprudencia.
- e) Los principios generales de derecho.

Como fuentes indirectas se pueden mencionar los tratados y la doctrina.

¹⁶ Ignacio de Otto, “Introducción”, en: *Lecciones de derecho constitucional*, Oviedo, 1980; *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, Barcelona, 1987.

¹⁷ Enrique Álvarez Conde, *op. cit.*, tomo 1, p. 159.

El artículo 230 de la Constitución hay que interpretarlo en la forma como lo ha hecho la Corte Constitucional al entender que en el concepto de “imperio de la ley” queda incluida la Constitución, y también respecto al valor de la doctrina constitucional y la jurisprudencia (Sentencias C-486 de 1993; C-037/00; C-037/96; C-224 de 1994).

El alcance de la jurisprudencia constitucional en el sistema de fuentes en Colombia se analizará adelante.

4. La Constitución como fuente de derecho

4.1. Concepto de Constitución

Expresa Ignacio de Otto:¹⁸

La palabra Constitución, y con ella la expresión Derecho Constitucional y cualquier otra en que el término aparezca como adjetivo, se encuentra en su origen ostensiblemente cargada de significado político, evoca de inmediato ideas tales como libertad y democracia, garantía de los derechos de los ciudadanos, limitación de poder.

El significado político del término Constitución se pone de presente en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional francesa en 1789 en que se contiene la siguiente idea: “Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución”.

Manuel García Pelayo¹⁹ dice que la Constitución se presenta “como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática, se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos”.

En el mismo sentido señala Álvarez Conde:²⁰ “todos los órganos del Estado son creados y regulados por la Constitución, convirtiéndose ésta en ex-

¹⁸ Ignacio de Otto, *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel Derecho, 1998, p. 11.

¹⁹ Manuel García Pelayo, *Escritos políticos y sociales*, Madrid, 1989, p. 43.

²⁰ Álvarez Conde, *op. cit.*, p. 148.

presión del poder constituyente, de la soberanía, mediante la cual se racionaliza la estructura del Estado”. Agrega que cuando se produce la crisis del Estado liberal la idea de la Constitución como norma es aceptada en Europa.

En Europa, la Revolución Francesa conduce a la primera Constitución europea, la de 1791, y el movimiento liberal español se traduce en la Constitución de Cadiz de 1812. Pero, por la existencia de monarquías no se afianza la idea de que la Constitución escrita es una norma jurídica que obliga a los poderes del Estado.

En Europa, la supremacía corresponde a la ley por las razones explicadas por Ignacio de Otto:²¹

La finalidad garantista del constitucionalismo se persigue por una vía interna —por decirlo así— al aparato de poder del Estado, de modo que el Estado constitucional significa Estado organizado con arreglo a ciertos principios, pero no necesariamente sumisión de los poderes del Estado a normas situadas por encima de ellos. Por eso, es posible que precisamente el país donde tiene su cuna el régimen constitucional, la Gran Bretaña, ni siquiera tenga una Constitución escrita y se asiente sobre la soberanía del Parlamento, sobre su no sumisión a normas jurídicas; y que en la más clásica realización francesa del régimen constitucional, la III República, la Constitución fuera considerada una ley como cualquier otra que no vinculaba al poder legislativo. El resultado es que la posición suprema en el ordenamiento jurídico corresponderá a la ley.

Por el contrario, en el constitucionalismo americano, donde no se presentan las condiciones que influyeron en Europa, resulta claro que desde un comienzo las normas contenidas en la Constitución escrita son derecho.

El derecho norteamericano consagra la supremacía jerárquica de la Constitución. El juez Marshall consideró que: “los poderes del legislativo son definidos y limitados y para que tales límites no se confundan u olviden se ha escrito la Constitución”.

²¹ Ignacio de Otto, *op. cit.*, p. 13.

Actualmente es indudable que el concepto de Constitución ya no se refiere a un régimen sino a una norma, a la cual han de sujetarse todos los poderes del Estado.

4.2. La Constitución como norma suprema

La doctrina constitucional diferencia entre normas de creación y aplicación de normas. En el plano de la creación hay que distinguir entre órganos que crean las normas (legislación) y normas superiores a que han de sujetarse (Constitución).

El concepto de Constitución como norma suprema presupone una determinada estructura del ordenamiento. Esto significa que la Constitución se presenta como el conjunto de normas a las cuales está sujeta la creación de normas por los órganos superiores del Estado. Es la norma básica o fundamental que es la pirámide del ordenamiento.

El establecimiento de la norma suprema se hace mediante la promulgación de un texto escrito. La Constitución como norma supone que el cumplimiento de sus preceptos es obligatorio y que su infracción es antijurídica.

El concepto de Constitución se construye a partir de la jerarquía entre normas. La diferencia entre las normas constitucionales y las demás normas jurídicas es que las primeras tienen superioridad respecto de la legislación y de toda creación normativa y respecto de todos los actos de aplicación de la misma.

La Constitución como norma suprema fue una creación jurisprudencial norteamericana en la sentencia del juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison* (1803). En la sentencia de Marshall se planteó la cuestión de si una ley votada por el Congreso y contraria a la Constitución podría continuar siendo aplicada. El juez Marshall proclama la superioridad jerárquica de la Constitución: "O la Constitución es superior a todo acto legislativo no conforme con ella, o el poder legislativo puede modificar la Constitución con una ley ordinaria". Esta tesis dio origen al control constitucional de las leyes.

Sin embargo, en Europa se siguió manteniendo la supremacía de la ley. Según Álvarez Conde:²² "La elaboración científica del concepto normativo de Cons-

²² Enrique Álvarez Conde, *Curso de derecho constitucional*, 3ª ed., volumen I, Madrid, Tecnos, 1999, p. 154.

titución es debida, en buena medida, a la dogmática alemana del siglo XIX, a partir de la cual se inicia el proceso de juridificación de todo el Derecho Público, predicándose el carácter normativo de los contenidos orgánicos de la Constitución”.

Todos y cada uno de los preceptos constitucionales tienen el carácter de norma jurídica, lo que implica que no hay normas constitucionales carentes de eficacia jurídica.

Hay normas directamente aplicables como las relativas a los derechos fundamentales o las normas organizativas de los poderes públicos, pero hay otras que tienen remisión normativa, o poseen carácter programático, pero siguen siendo normas jurídicas. La doctrina ha reconocido el carácter abierto de las normas constitucionales.

Aplicando estos conceptos es indudable que la Constitución colombiana de 1991 es la norma que en el ordenamiento jurídico colombiano ocupa la posición de norma suprema.

El carácter supremo de la Constitución colombiana deriva de que se supone la existencia de una norma fundamental como lo expresara Hans Kelsen. Si existe esa norma fundamental se entiende lo preceptuado por el artículo 4 de la Constitución que dice: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

Asimismo, la supremacía de la Constitución está afirmada por la existencia de la jurisdicción constitucional y, en concreto, de la Corte Constitucional colombiana que tiene competencia para declarar inexecutable o invalidar leyes que contraríen los preceptos constitucionales. Es indudable que no podría existir jurisdicción constitucional si la Constitución colombiana no fuera norma suprema.

Eduardo García De Enterría²⁵ dice lo siguiente respecto de la Constitución española que es aplicable a la Constitución colombiana:

²⁵ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, p. 61.

[...] nuestra Constitución es explícita en reconocer a la Constitución un valor normativo y vinculante directo que, sin mengua del monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes atribuido al Tribunal Constitucional (art 161, 1.a, y 163), afecta a todos los poderes públicos y a todos los ciudadanos (art 9,1) y, que por tanto, necesariamente, es aplicable, en mayor o menor medida, pero efectivamente, por todos los jueces y Tribunales. La Constitución no es, pues, un simple parámetro de un quintaesenciado proceso nomofiláctico concentrado en un órgano único y exquisito, a quien se encomienda en exclusiva eliminar las normas inconstitucionales como complemento de la actividad propiamente legislativa, actividad que sólo a través de la eliminación y sustitución de las normas llegará, finalmente, a los ciudadanos y a los jueces. Es una norma jurídica efectiva, por tanto aplicable por sí misma, y vamos a estudiar seguidamente con qué alcance concreto. A la vez, hace inválidas las normas inferiores que se le opongan desde su origen. En este sentido, habrá que decir que en nuestro sistema constitucional están también presentes elementos sustanciales procedentes del principio americano de supremacía constitucional, por debajo de la apariencia formal de un sistema de jurisdicción constitucional concentrada.

La supremacía de la Constitución cede en varias situaciones:

- a) Por la existencia del derecho internacional que debe acatar en virtud de lo dispuesto por el artículo 9 de la Constitución.
- b) Según el artículo 150 de la Carta que en su numeral 16 dice que corresponde al Congreso mediante leyes:

Aprobar o improbar los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.

c) Por los artículos 93 y 94 de la Constitución que dicen:

Art.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. Art. 94. 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.

d) En virtud del artículo 214 de la Carta no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. Además, en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.

En la Constitución se distinguen normas de organización y procedimiento y normas de contenido. También se denominan parte orgánica y parte dogmática. Sin embargo, como la Constitución es norma suprema, todos sus preceptos predeterminan positiva o negativamente el contenido de las normas y actos de los poderes que la Constitución organiza.

4.3. La Constitución y el sistema de fuentes del derecho

Uno de los problemas de los ordenamientos en los que la Constitución tiene el carácter de norma jurídica es si resulta o no aplicable por los órganos llamados a aplicar el ordenamiento, o sea los jueces (eficacia directa); es decir, si la Constitución en sí misma es fuente del derecho, o si la Constitución constituye sólo un mandato dirigido al legislador y que sólo afectará a la actividad de los órganos del Estado en la medida en que se haya incorporado a las leyes (eficacia indirecta).

El problema de la Constitución como fuente sólo se presenta en los ordenamientos que aceptan que la Constitución es norma jurídica suprema.

Según Rafael Díaz Roca²⁴ el constitucionalismo democrático desde 1945 establece que la Constitución debe contener las siguientes determinaciones básicas: a) Reconocimiento de un serie de libertades de los ciudadanos “que son previas y superiores al propio Estado el cual surge, precisamente, para servir las y asegurarlas” como resume el autor citado; b) Establecimiento de una serie de garantías para limitar el poder político como la separación de poderes, reserva de ley, división territorial del poder, universalidad de la justicia, etc; c) El poder político se concede y construye “como una emanación del pueblo al que pertenece de modo indelegable la soberanía”; d) De lo anterior se supone el carácter normativo de la Constitución, su superioridad respecto de todo el ordenamiento, y la necesidad de que todo el derecho sea aplicado e interpretado conforme a la Constitución, que puede ser invocada directamente por todos los ciudadanos.

El sistema de eficacia directa de la Constitución significa según Ignacio de Otto:²⁵

que los jueces, y en general todos los llamados a aplicar el derecho, habrán de tomar la norma constitucional como una premisa de su decisión, igual que cualquier otra norma, con las siguientes consecuencias: a) dado que la Constitución es norma superior habrán de examinar con ella todas las leyes y cualesquiera normas para comprobar si son o no conformes con la norma constitucional; b) habrán de aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solución del litigio o, en general, para configurar de un modo u otro una situación jurídica; c) habrán de interpretar todo el ordenamiento conforme a la Constitución. En otras palabras, si la Constitución tiene eficacia directa no será sólo norma sobre normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más.

La eficacia directa de la Constitución significa que se aplica junto a la ley o incluso frente a ella. Cualquier juez puede aplicar la Constitución junto a la ley para interpretar ésta o para completarla. Asimismo, los derechos que la Constitución

²⁴ Rafael Díaz Roca, *Teoría general del derecho*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 133.

²⁵ Ignacio de Otto, *op. cit.*, p. 76.

reconoce son directamente aplicables por el juez, así no se encuentren regulados por la ley. La eficacia directa de la Constitución implica reconocer su posición jerárquica como norma suprema.

La supremacía de la Constitución sobre todas las normas, como dice García De Enterría,²⁶ y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, “obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación —por operadores públicos o por operados privados, por Tribunales o por órganos legislativos o administrativos— en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate”.

La Constitución Política de Colombia de 1991 optó por atribuir a sus normas eficacia directa. Este principio se encuentra contenido en el artículo 4 que dice lo siguiente: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

La eficacia directa de la Constitución supone que el juez o el operador jurídico ha de verificar si la norma es o no constitucional por cuanto puede aplicar la excepción de inconstitucionalidad. Asimismo, la eficacia directa de la norma constitucional conlleva el que se puede pedir la declaratoria de inconstitucionalidad al tribunal constitucional.

La eficacia directa de la Constitución implica reconocer efecto derogatorio. Por tanto, la Constitución de 1991 tiene efecto derogatorio de todas las disposiciones que contradigan lo dispuesto en la Constitución, incluidas las normas constitucionales anteriores (artículo 380, Constitución Política).

Igualmente, un principio general reconocido en la doctrina constitucional es el de la interpretación de las normas conforme a la Constitución.²⁷ Por tanto, en caso de existir varias posibilidades de interpretación de la norma se debe aceptar la que sea conforme a la Constitución y rechazar la que sea contraria a ésta.

²⁶ García de Enterría, *op. cit.*, p. 95.

²⁷ Marco Gerardo Monroy Cabra, *La interpretación constitucional*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2002.

La consecuencia del principio anterior es que la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes según las normas, principios y valores constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las sentencias dictadas por la Corte Constitucional.

La supremacía de la Constitución y el principio de la seguridad jurídica implican la uniformidad de la jurisprudencia a la cual debe propender la Corte Constitucional. Además, es necesario que los jueces interpreten la Constitución en la forma como lo ha establecido la Corte Constitucional en sus sentencias.

5. Regulación constitucional de las fuentes del derecho

La Constitución afecta al sistema de fuentes de un ordenamiento por cuanto regula el proceso de creación jurídica.

5.1. Regulación de las fuentes en el Código Civil

La regulación de las fuentes empezó en el Código Civil, como derecho común, y en los demás códigos. Esto era consecuencia de la supremacía de la ley dentro del concepto liberal del estado de derecho.

El Código Civil colombiano contiene un título preliminar que regula la ley, normas sobre interpretación de la ley, efectos de la ley en el tiempo (Ley 153 de 1887) y efectos de la ley en el espacio (artículos 18 a 22). Además, conforme a los artículos 4 a 8 y 13 de la Ley 153 de 1887, se establecen algunos principios: a) La costumbre “siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva” (artículos 13, Ley 153 de 1887); b) Cuando no haya ley aplicable al caso controvertido “se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional, y las reglas generales de derecho” (artículo 8, Ley 153 de 1887); c) La Constitución “es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente” (artículo 9, Ley 153 de 1887); d) Hay que tener en cuenta “la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes”. (artículo 5, Ley 153 de 1887).

La entrada en vigencia de la Constitución de 1991 no dispuso la derogación de estos principios contenidos en el Código Civil, sino la coexistencia de distintas regulaciones de fuentes, unas de rango constitucional y otras de rango legal.

La doble regulación legal y constitucional de las fuentes no conlleva ningún problema siempre y cuando se acepte que el sistema legal de fuentes sólo es válido si no contradice lo dispuesto en la Constitución.

Por ejemplo, la expresión “ley” que utiliza el Código Civil hay que entender que comprende la Constitución. La costumbre prevista en el Código Civil, y no prevista en la Constitución, es válida siempre que no contraríe la Constitución.

Por su parte, la norma sobre el valor de la jurisprudencia (artículo 10, Ley 153 de 1887), de acuerdo con la cual “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal mas probable” hay que entenderla con la interpretación constitucional de esta norma. En efecto la Corte declaró inconstitucional la doctrina legal más probable. Además, esta norma hay que interpretarla sin perjuicio del valor de las sentencias de la Corte Constitucional de cosa juzgada constitucional (artículo 243 de la Carta) y teniendo en cuenta el valor del precedente conforme lo ha interpretado la Corte Constitucional en la Sentencia C- 836 de 2001, a que se hará referencia posteriormente. La fuente de los principios generales de derecho hay que interpretarla conforme a los principios fundamentales constitucionales consagrados en el título 1 de la Constitución Política de 1991.

Por último, las normas sobre efectos de la ley en el tiempo y en el espacio deben ser interpretadas conforme a los principios y normas constitucionales sobre irretroactividad, legalidad, favorabilidad, etc. En conclusión, el sistema legal de fuentes contenido no sólo en el Código Civil sino en los diferentes códigos respecto a las distintas materias es plenamente válido siempre que no contraríe los valores, principios, y normas constitucionales.

5.2. Regulación constitucional de las fuentes del derecho

Ya se ha visto cómo la Constitución es norma suprema y por tanto fuente de derecho. Pero también son fuente de derecho las sentencias de la Corte Constitucional proferidas en procesos de inconstitucionalidad. Sin embargo, es necesario indagar la jerarquía dentro de la misma Constitución.

5.2.1. Valores, principios y reglas constitucionales. Principios generales y derecho

En la Constitución hay que distinguir principios, valores y reglas constitucionales. De acuerdo con Ronald Dworkin²⁸ el ordenamiento jurídico no se agota en estándares que funcionan como reglas, sino que en él es posible encontrar otros que operan como “principios, directrices políticas y otros tipos de pautas”, a los cuales llamó genéricamente “principios”.

Estos tipos de estándares jurídicos, o bien proponen objetivos que han de ser alcanzados, o bien contienen exigencias de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

La diferencia entre principios y reglas es para Dworkin una diferencia lógica. Las reglas son “aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una regla están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”.²⁹ En cambio los principios “no establecen consecuencias jurídicas que sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas”, puesto que ellos sólo enuncian razones pero no exigen decisiones particulares.

La doctrina ha distinguido entre valores, principios y reglas constitucionales y ha formulado, con base en precisiones de concepto, una teoría sobre la existencia de un sistema de jerarquía normativa al interior de los textos constitucionales.

Los valores son considerados como normas abstractas y de tipo abierto que orientan la producción e interpretación de las demás normas, y en tal virtud fijan criterios de contenido para otras normas y por tanto prevalecen sobre los principios y sobre las reglas. Para otra parte de la doctrina los valores son normas que al igual que los principios determinan el contenido de otras normas, y sólo se diferencian de éstos por su menor eficacia directa, aplicándose estrictamente en el momento de la interpretación. Los valores están formulados como cláusulas generales que determinan los criterios interpretativos del resto del ordenamiento.³⁰

²⁸ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995, p. 72.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Luciano Parejo Alfonso, “Constitución y valores del ordenamiento”, en: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García Enterría*, tomo I, Madrid, Civitas, 1991, pp. 122 y ss.

En el moderno Estado constitucional se han positivizado los valores. La misma Constitución se considera un orden de valores y por ello se requiere una interpretación finalista que preserve los valores en ella consagrados. Esta ha sido la posición del tribunal constitucional español (STC 18/1981/ 8 de junio).

Los principios son normas que condicionan las demás normas, pero tienen un grado mayor de concreción y eficacia, teniendo por sí mismos carácter normativo. Por tanto, los valores son más abstractos y abiertos que los principios.

En cuanto a las reglas, según Luciano Parejo, son disposiciones jurídicas en las que “define, en forma general y abstracta, un supuesto de hecho y se determina la consecuencia o consecuencias jurídicas que se derivan de la realización del mismo; una disposición, pues, derechamente construida para regular u ordenar de forma directa la vida humana, la realidad social”.

Este mismo autor³¹ dice:

Las diferenciaciones que se establecen entre reglas, principios y valores pueden reconducirse a la idea noción de grado de concreción de la norma, bajo la idea, en todo caso, de que la distinción principal es la que media entre reglas, de un lado, y valores y principios, de otro (lo que supone que estos dos últimos tipos tienen en común no ser disposiciones de aplicación directa, consistir en normas de normas. La distinción entre valores y principios resulta ser, así, más bien de grado: los primeros son las normas más abstractas y más abiertas, los segundos tienen un contenido ciertamente indeterminado pero más preciso o concreto.

Sobre la distinción entre reglas y principios expresa Alexy:³²

las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan defini-

³¹ Luciano Parejo Alfonso, “Valores superiores”, en: Aragón Reyes, Manuel (coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, Tomo 1, Madrid, Civitas, 2001, p. 38.

³² Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, p. 75.

tivamente hacer algo. Por lo tanto pueden ser llamadas “mandatos definitivos”. Su forma de aplicación característica es la subsunción. En cambio, los principios son mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no sólo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de los principios.

Según Alexy, la diferencia entre valores y principios se encuentra en que los primeros tienen un carácter axiológico y los segundos lo tienen deontológico.

Los principios expresan un deber ser y se manifiestan a través de mandatos, prohibiciones, permisos o derechos. Explica Alexy⁵³ que “lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* lo debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente lo debido”. Por tanto, siguiendo a la doctrina puede decirse que las normas que expresan valores predominan sobre las que consagran principios o reglas, y las que señalan principios prevalecen sobre las simples reglas.

Los valores representan como ha dicho la Corte Constitucional “el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico”. Los principios constitucionales “a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional”.⁵⁴

⁵³ Robert Alexy, *op. cit.*, p. 80.

⁵⁴ Sentencia C-546 de 1992.

Cuando se presentan antinomias constitucionales hay que tratar de armonizar los principios o las normas en conflicto como lo reconoció la Corte Constitucional.³⁵

Cuando surgen conflictos entre principios se debe acudir a la ponderación para lograr su armonización.

Refiriéndonos a la Constitución colombiana el preámbulo reconoce valores como la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, la libertad, la paz, la democracia participativa, la unidad nacional etc.

El título 1 consagra los principios fundamentales como las bases de la política, los fines esenciales del Estado, la misión de las autoridades constituidas, el concepto de soberanía, la primacía de los derechos inalienables de las personas etc. Esta distinción ha sido establecida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.³⁶

Hay que distinguir los principios constitucionales que son los positivizados en la Constitución, y los principios generales de derecho que son fuente de derecho en caso de ausencia de ley, analogía y costumbre (artículos 8 y 13 de la Ley 153 de 1887).

Los principios constitucionales positivizados prevalecen sobre los principios generales de derecho no incluidos en la Constitución.

Los principios generales de derecho que no están en la Constitución son fuente subsidiaria del derecho y fuente interpretativa de las normas jurídicas.

La Corte Constitucional mediante sentencia del 26 de enero de 2000 declaró inexecutable el artículo 240 de la Ley 4ª de 1913. Asimismo, declaró inexecutable las expresiones “expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria” y “ni a la doctrina legal más probable” contenidas en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887. Igualmente, salvo las expresiones anteriores resolvió “declarar executable el artículo

³⁵ Sentencia C-1287/01, magistrado ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. En esta sentencia se declararon executable las expresiones “primero civil” contenidas en los artículos 283 del Decreto 2700 de 1991, 431 y 495 de la Ley 522 de 1999 y 267 y 337 de la Ley 600 de 2000. Asimismo, se declaró que en la aplicación de las normas legales antes mencionadas se deberá hacer una integración de las mismas con lo previsto en el inciso 4 del artículo 42 de la Constitución Política.

³⁶ Sentencia C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

12 de la Ley 153 de 1887, bajo el entendido de no vincular al juez cuando falla de conformidad con los principios superiores que emanan de la Constitución y que no puede desconocer la doctrina constitucional integradora en los términos de esta sentencia”. La Corte expresó que la aplicación de la excepción de ilegalidad, o sea la inaplicación de actos administrativos contrarios a normas superiores, se reserva a la jurisdicción contencioso administrativa y no queda al arbitrio de autoridades y particulares.

La Corte en esta sentencia admite que existe una jerarquía normativa que emana de la Constitución y que está constituida por el siguiente orden:

1. La Constitución, que es norma de normas según su artículo 4, reforzada por el control constitucional adscrito a la Corte Constitucional (artículo 241 de la Carta) y el numeral 3 del artículo 237 referente a la competencia del Consejo de Estado para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuyo conocimiento no corresponda a la Corte Constitucional.
2. La primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5) y de los derechos de los menores (artículo 44).
3. Los deberes y facultades que, según el artículo 189 de la Constitución, le corresponden al Presidente frente a la ley.
4. Los reglamentos autónomos que emanan de la Constitución y que tienen rango especial. Dice la Corte:

Tal sería el caso de los reglamentos autónomos a los que se refiere el inciso segundo del artículo 355 superior, el de aquellas facultades del contralor general de la República otorgadas por el artículo 268 inciso 1 ibídem, aquellas otras de las autoridades de los pueblos indígenas contempladas en el artículo 246, las de las altas corporaciones judiciales consignadas en los artículos 235 numeral 6, 237 numeral 6 y 241 numeral 11, o, en general, la fuerza vinculante que se reconoce a la doctrina constitucional integradora, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación. Así, en casos como los anteriores, el legislador tiene que respetar la autonomía de estas entidades en sus respectivas competencias.

5. La Constitución consagra, además, una jerarquía entre las distintas clases de leyes. En efecto, existen leyes estatutarias, orgánicas, marco y ordinarias, respecto de las cuales existe cierta relación de subordinación.
6. Respecto de la competencia normativa de las autoridades territoriales, dentro del marco de la autonomía que establece la Constitución, las atribuciones que corresponden a los departamentos y municipios deben ejercerse de conformidad no sólo con las disposiciones de la Carta, sino también con las de la ley.
7. Advierte la Corte:

Dentro de la amplia gama de los actos administrativos de contenido normativo, que incluye las varias categorías de decretos, resoluciones, reglamentos, órdenes etc. la Constitución no prevé explícitamente una relación de supremacía, aunque ella podría deducirse, de conformidad con un criterio orgánico, por la jerarquía de las autoridades que las profieran, ésta sí señalada por la Constitución; o de conformidad con un criterio material, atendiendo a su contenido, para indicar que aquellas normas que desarrollan o implementan otras, o las refieren a situaciones particulares, se someten a las que pretenden desarrollar. De igual manera, la Carta omite indicar el orden de prelación entre los actos administrativos emanados de la Administración y los proferidos por los entes autónomos e independientes.

8. La Corte omitió en su enumeración referirse al “bloque de constitucionalidad” formado por los tratados sobre derechos humanos, sobre límites, sobre derecho internacional humanitario, y aquellos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) conforme a los artículos 93, 94, 101, 213 y 53 de la Constitución Política y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.³⁷

³⁷ Un análisis del bloque de constitucionalidad se encuentra en el libro *La Interpretación Constitucional*, de Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, pp. 149 y ss.

5.2.2. Regulación constitucional de la ley

Hay que tener en cuenta que la regulación constitucional de las fuentes guarda relación con la forma de Estado y con la forma de gobierno, por cuanto la Constitución determina la estructura territorial del ordenamiento centralismo/federalismo, autonomía, descentralización, lo cual incide en la normatividad. Por ejemplo, si se reconocen las autonomías se les otorga poder normativo. Pero, puede suceder que los particulares tengan poderes normativos como sucede con los convenios colectivos.

En el derecho colombiano la Constitución Política en su artículo 1 dice que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales”.

La Constitución, como antes se expuso, contiene principios, valores y normas, y regula el procedimiento de formación de la ley, así como las distintas clases de leyes. Esto conlleva el establecimiento de un sistema de fuentes de contenido constitucional.

La doctrina constitucional y la jurisprudencia, como anteriormente se ha indicado, no sólo establece la diferencia entre valores, principios y normas constitucionales, sino su jerarquía intraconstitucional.⁵⁸

El capítulo 3 de la Constitución (artículos 150 a 170) regula todo lo relativo a las leyes. Por su parte, el procedimiento de formación de la ley también es regulado constitucionalmente (artículos 154 a 170).

Si bien la Constitución no habla de clasificación de las leyes, sin embargo se puede hacer la siguiente:

1. Leyes orgánicas. El artículo 151 de la Constitución dispone que mediante leyes orgánicas se regula el ejercicio de la actividad legislativa. Estas leyes establecen los reglamentos del Congreso y de cada una de las cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y la ley

⁵⁸ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1995, p. 72; Luciano Parejo Alfonso, “Constitución y valores del ordenamiento”, en: *Estudios sobre la Constitución española, homenaje al profesor Eduardo García Entrería*, pp. 122 y ss.; Norberto Bobbio, *Teoría general del derecho*, Bogotá, Temis, 1994, p. 183; Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994; Hans Peter Schneider, *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 48.

de apropiaciones, además del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales.

2. Leyes estatutarias (artículo 152). Mediante estas leyes el Congreso regula las siguientes materias: a) derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección; b) administración de justicia; c) organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales; d) instituciones y mecanismos de participación ciudadana; e) estados de excepción.
3. Leyes interpretativas (artículo 150, numeral 1).
4. Leyes que expiden códigos (artículo 150, numeral 2).
5. Ley que aprueba el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas (artículo 150, numeral 3).
6. Ley sobre división general del territorio (artículo 150, numeral 4).
7. Ley sobre la estructura de la administración nacional (artículo 150, numeral 7).
8. Ley sobre normas de inspección y vigilancia (artículo 150, numeral 8).
9. Ley que concede autorizaciones especiales (artículo 150, numeral 9).
10. Ley que otorga facultades extraordinarias al Presidente (artículo 150, numeral 10).
11. Leyes sobre rentas nacionales, gastos de la administración y contribuciones fiscales (artículo 150, numerales 11 y 12).
12. Ley sobre moneda y pesas y medidas (artículo 150, numeral 3).
13. Leyes sobre tratados públicos (artículo 150, numeral 16).
14. Leyes de honores (artículo 150, numeral 15).
15. Leyes sobre contratos (artículo 150, numeral 14).
16. Leyes sobre amnistías o indultos políticos (artículo 150, numeral 17).
17. Leyes sobre apropiación o adjudicación y recuperación de tierras baldías (artículo 150, numeral 18).
18. Leyes sobre crédito público, comercio exterior, régimen de aduanas, actividad financiera, bursátil y aseguradora, régimen salarial y prestacional de empleados públicos, miembros del Congreso, fuerza pública y trabajadores oficiales (artículo 150, numeral 19). Se trata de leyes marco por medio de las cuales se dictan normas generales y se señalan los objetivos

y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno en las materias antes mencionadas.

19. Leyes sobre intervención económica (artículo 150, numeral 21).
20. Leyes sobre el Banco de la República (artículo 150, numeral 22).
21. Leyes sobre ejercicio de funciones públicas y prestación de servicios públicos (artículo 150, numeral 23).
22. Leyes sobre propiedad industrial, patentes y marcas, propiedad intelectual (artículo 150, numeral 24).
23. Ley sobre unificación de policía de tránsito en todo el territorio (artículo 150, numeral 25).
24. Ley sobre variación de la actual residencia de los poderes nacionales (artículo 150, numeral 6).
25. Ley que confiere atribuciones especiales a asambleas departamentales (artículo 150, numeral 5).
26. Ley sobre estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional (artículo 150, *in fine*).
27. Otras leyes.

6. Jerarquía normativa

La Constitución es norma suprema, según se ha señalado anteriormente. Los valores prevalecen sobre los principios y éstos sobre las reglas constitucionales. Sin embargo, hay que dejar en claro que valores, principios y reglas vinculan a los poderes públicos y son origen inmediato de derechos y de obligaciones y no meros principios programáticos. Sin embargo, además de la anterior jerarquía puede existir otra de acuerdo con los textos constitucionales.

Ya se ha advertido que la Constitución es norma suprema y norma delimitadora del sistema de fuentes del derecho. Sin embargo, esto plantea el problema de si existe algún límite a esta supremacía constitucional. Es el problema de las relaciones entre el derecho internacional, que en Europa se plantea entre el derecho comunitario europeo y el derecho interno.

Los límites según la Constitución Política de 1991 son los siguientes:

- a) El artículo 93 de la Constitución dice: “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”.
- b) El artículo 94 de la Carta dice: “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”.
- c) El artículo 214 de la Constitución dispone: “en los estados de excepción no se podrán suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales”; además, agrega que: “En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.
- d) El artículo 101 sostiene: “Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la república”.

Lo anterior constituye el denominado en la doctrina y jurisprudencia constitucional colombiana “el bloque de constitucionalidad”. Este bloque está formado por el preámbulo de Constitución de 1991, el articulado de dicha Constitución, los tratados que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en estados de excepción, las normas convencionales y consuetudinarias sobre derecho internacional humanitario y los tratados de límites.⁵⁹

⁵⁹ Sentencias C-582 de 1999, C-567 de 2000, T-568 de 1999, C-191 de 1998, C-423 de 1995, C-225 de 1995, y C-467 de 1997. Louis Favoreu y otros, *El bloque de constitucionalidad*, Universidad de Sevilla, Cuadernos Civitas, 1991; Francisco Rubio Llorente, “Bloque de constitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, vol. 9, número 27, septiembre-diciembre de 1989; Marco Gerardo Monroy Cabra, *La interpretación constitucional*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2002, pp. 149 y ss.

Además, podría agregarse que el artículo 150 de la Constitución permite suscribir tratados con entidades de derecho internacional relativas a la integración, al disponer: “Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados”. Esto implica que en virtud del concepto de supranacionalidad y de limitación de la soberanía en beneficio de la integración, se pueden otorgar facultades normativas y judiciales a órganos supranacionales. La Constitución establece como uno de sus principios fundamentales el apoyo a la integración. El artículo 9 de la Constitución dice: “De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe”.

Tanto en el bloque de constitucionalidad como en los tratados de integración hay que señalar que el artículo 9 dice que “Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios de derecho internacional aceptados por Colombia”. El principio *pacta sunt servanda* y la prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno están previstos en los artículos 26 y 27 de la Convención sobre Derecho de los Tratados de 1969, de la cual Colombia es un Estado parte.

No es la oportunidad de analizar las concepciones monista y dualista.⁴⁰ Sin embargo, es indudable que los tratados son fuente de derecho. La Constitución Política de 1991 no establece expresamente la prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno, excepto en materia de tratados sobre derechos humanos que prohíben su limitación en estados de excepción, las normas sobre derecho internacional humanitario, los tratados de límites, los tratados de integración. Sin embargo, el tratado y la ley son sujetos de control de constitucionalidad, lo cual supone su subordinación a la Constitución.

Los tratados son fuente supeditada a la Constitución por cuanto hay control constitucional previo a la manifestación del consentimiento en obligarse

⁴⁰ Marco Gerardo Monroy Cabra, *Derecho internacional público*, 5ª ed., Bogotá, Temis, 2002, pp. 86 y ss.

por el tratado. El artículo 241 de la Constitución Política establece que la Corte Constitucional tiene competencia para:

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

7. La jurisprudencia como fuente de derecho. Eficacia jurídica del precedente

La palabra “jurisprudencia” ofrece varios significados. En sentido amplio se refiere a la “ciencia de la justo y de lo injusto” (*iusti atque iniusti scientia*).

En sentido estricto designa la doctrina y criterios de interpretación establecidos por las máximas autoridades judiciales de las distintas jurisdicciones (por ejemplo, Corte Suprema de Justicia, o Consejo de Estado, en Colombia).

Además, con la creación de los tribunales constitucionales en varios estados se entiende por jurisprudencia el criterio constante y uniforme dado por dichos tribunales al ejercer el control constitucional y la revisión de las acciones de amparo o de tutela por violación de derechos fundamentales.

En cuanto al carácter de fuente de la jurisprudencia se ha presentado una evolución. En el derecho romano, el derecho honorario, producido conforme al *ius dicendi* de los pretores y manifestado en edicto de estos magistrados fue el que desarrolló el derecho romano.⁴¹

En la Edad Media el carácter de fuente se mantuvo. Rafael Díaz dice⁴² que ello se deduce de “la atribución por los reyes a la nobleza de señoríos jurisdic-

⁴¹ Rafael Díaz Roca, *Teoría general del derecho*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 236.

⁴² *Ibid.*

cionales con la libertad, y arbitrariedad, de creación normativa que ello suponía, el carácter complementario del Derecho escrito y consuetudinario jugado por las auténticas normas que se producían por las diversas jurisdicciones existentes en este período e, incluso, el desarrollo y construcción de nuevas ramas del Derecho en gran parte debida a los jueces, como el caso del Derecho mercantil (jurisdicción consular)”.

En la edad moderna se redujo el papel de la jurisprudencia por la índole de la organización del poder y el carácter autoritario y absolutista del régimen político. Sin embargo, las lagunas de los ordenamientos dieron libertad a los jueces que fueron creando normas, aunque no siempre reconocidas como tales.

En la edad contemporánea adviene el Estado liberal de derecho y el papel de la jurisprudencia varía. En el sistema anglosajón, teniendo en cuenta los antecedentes históricos y el papel de la Corona y el marco de la división de poderes, cada uno de los poderes del Estado tiene un poder normativo bajo la primacía absoluta de la ley según la teoría de la soberanía parlamentaria.

El legislativo es el autor de la ley, el gobierno dicta las normas reglamentarias para la ejecución de las leyes y el poder judicial, por medio de sus sentencias, adapta las leyes al caso concreto.

Sin embargo, para impedir la discrecionalidad judicial y garantizar la igualdad y seguridad jurídica de los ciudadanos ante los tribunales, se crea la regla del *stare decisis* que implica que el precedente judicial tiene valor de regla de obligatoria aplicación para los casos posteriores que se presenten. Este principio del precedente opera verticalmente obligando a los tribunales inferiores a seguir el criterio de los superiores y horizontalmente obligando a cada tribunal a seguir sus propios precedentes.

En Europa, debido a la separación de poderes y el papel del legislativo como guardian de las libertades, se le quitó al poder judicial el papel normativo y sólo se le encargó de la aplicación individual del derecho para solucionar las controversias jurídicas. El juez subsumía el caso dentro del tipo legal y le aplicaba la consecuencia jurídica. Luego, para lograr que la interpretación y aplicación del derecho fuesen uniformes se crearon cortes de casación para unificar la jurisprudencia.

Por último, después de la primera guerra mundial, y especialmente después de la segunda, a las constituciones se les reconoce carácter normativo y recobran importancia los valores y principios constitucionales. La doctrina constitucional que se ha ido creando con el establecimiento de los tribunales constitucionales ha dado valor al precedente que por razones de igualdad se impone a los tribunales de inferior jerarquía. Esto significa que actualmente se le otorga el valor de fuente a la jurisprudencia.

Asimismo, hay que hacer referencia a la jurisprudencia de los tribunales internacionales, como la de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o el Comité de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, o la Corte Europea de Derechos Humanos, que son fuentes de interpretación conforme al artículo 93 de la Constitución colombiana, en materia de derechos humanos.

Al lado de la jurisprudencia ordinaria existe la jurisprudencia constitucional. En los estados donde existen los tribunales constitucionales, éstos tienen la competencia exclusiva para declarar la inconstitucionalidad de la ley y por ende actúan como legisladores negativos. Por tanto, las sentencias de estos tribunales tienen el carácter de fuente de derecho que deben ser seguidas por los jueces.

La evolución del precedente judicial en Colombia ha sido analizada por el profesor Diego Eduardo López Medina.⁴⁵ Este autor describe la siguiente evolución:

- a) El sistema tradicional de fuentes consideraba como fuentes principales la ley y la costumbre, y fuentes auxiliares la doctrina y la jurisprudencia. Este sistema vino a ser reforzado por el artículo 230 de la Constitución que dispone: “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos, al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales de derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.
- b) El artículo 21 del Decreto 2067 de 1991 dispuso: “Las sentencias que profiere la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los

⁴⁵ Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2000.

- particulares”. La Corte Constitucional en Sentencia C-113 de 1993 declara inconstitucionales los incisos 2 y 4 del artículo 21 del citado Decreto 2067 por cuanto el efecto obligatorio *erga omnes* sólo se predica de la revisión abstracta de constitucionalidad (artículo 241, numeral 4 de la Constitución).
- c) El artículo 23 del Decreto 2067 de 1991 estableció que: “La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrije la jurisprudencia”. Mediante Sentencia C-131 de 1993, la Corte Constitucional declaró inconstitucional la expresión “obligatorio” pero declaró que la Corte es la encargada constitucionalmente de fijar los efectos de sus sentencias. Agregó que la obligatoriedad de las sentencias se debe tratar según la doctrina de la cosa juzgada constitucional. En relación con las sentencias de tutela, el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 dejó en claro que sólo producen efectos respecto del caso concreto.
- d) En Sentencia C-083, que revisó la constitucionalidad del artículo 8 de la Ley 153 de 1887, la Corte Constitucional distinguió entre doctrina constitucional y jurisprudencia. Afirmó que la doctrina constitucional es la misma Constitución y es obligatoria su aplicación si hay vacío legal una vez aplicada la analogía como mecanismo de integración de las lagunas de la ley. La doctrina constitucional es, además, interpretativa en casos dudosos. Esto implica que la doctrina constitucional es obligatoria cuando es integradora del orden jurídico. La doctrina constitucional interpretativa y la jurisprudencia son guías auxiliares. La jurisprudencia es fuente auxiliar según el artículo 4 de la Ley 169 de 1896.
- e) El artículo 49 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996, dispuso que: “Solo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República tiene carácter obligatorio general”. La Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 1996 declaró inconstitucional la expresión “solo” y “ El Congreso de la República”, por lo cual hoy tanto la Corte Constitucional como el Congreso interpretan por vía obligatoria la ley. En cuanto a los efectos de las sentencias de tutela la Corte Constitucional expresó que tienen efectos “inter partes”, pero la doctrina constitucional que define el alcance de los derechos constitucionales debe ser seguida por los jueces por el princi-

pio de igualdad en la aplicación del derecho. Sigue siendo criterio auxiliar, pero si los jueces se separan de la doctrina constitucional deben indicarlo expresamente so pena de infringir el principio de igualdad.

- f) La Corte Constitucional ha distinguido respecto al precedente entre el *decisum* que es la parte resolutive de la sentencia, *dicta*, que son los argumentos que no inciden en la decisión, y la *ratio decidendi* que es el principio básico o esencial en que se fundamenta la sentencia. Lo que obliga como precedente según la Corte es únicamente la *ratio decidendi* (Sentencia SU-047 de 1999).
- g) En providencia ICC-235 del 27 de febrero de 2001 la Corte Constitucional creó el “efecto inter-pares” que consiste en aplicar la misma decisión en materia de tutela a casos similares, lo que logra la unificación de la jurisprudencia en materia constitucional. Esta tesis tiene como fundamento la autonomía de la Corte para fijar los efectos de la sentencia.
- h) La Corte, en Sentencia C-836 de 2001 interpretó constitucionalmente el artículo 4 de la Ley 169 de 1896 que dice: “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

La Corte en esta sentencia resolvió:

Declarar exequible el artículo 4 de la Ley 169 de 1896, siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente sentencia.

La Corte en esta sentencia hizo estas interpretaciones sobre la jurisprudencia y el valor del precedente:

- a) Ya no existe la doctrina legal más probable sino la doctrina probable. Al respecto la Corte dice:

La palabra probable, que hace alusión a un determinado nivel de certeza empírica respecto de la doctrina no implica una anulación del sentido normativo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular.

- b) El fundamento constitucional

De la fuerza normativa de la doctrina elaborada por la Corte Suprema se encuentra en el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico. Las dos garantías constitucionales de igualdad ante la ley —entendida ésta como el conjunto del ordenamiento jurídico— de igualdad de trato por parte de las autoridades, tomada desde la perspectiva del principio de igualdad —como objetivo y límite de la actividad estatal—, suponen que la igualdad de trato frente a casos iguales y la desigualdad de trato entre situaciones desiguales obliga especialmente a los jueces.

- c) La Corte reafirma la interpretación constitucional del artículo 230 de la Constitución en el sentido que “la palabra “ley” que emplea el primer inciso del Artículo 230 de la Constitución Política, necesariamente designe “ordenamiento jurídico”. En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones “marco jurídico” (preámbulo) y “orden jurídico” (Artículo 16)” (Sentencia C-486/93. M.P, Eduardo Cifuentes Munoz).

- d) La sujeción del juez al ordenamiento jurídico “le impone el deber de tratar explícitamente casos iguales de la misma manera, y los casos diferentes de manera distinta, y caracteriza su función dentro del Estado social de derecho como creador de principios jurídicos que permitan que el derecho responda adecuadamente a las necesidades sociales”.
- e) Un cambio en la legislación puede motivar un cambio de jurisprudencia. Pero,

cuando no ha habido un tránsito legislativo relevante, los jueces están obligados a seguir explícitamente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en todos los casos en que el principio o regla jurisprudencial, sigan teniendo aplicación. Con todo, la aplicabilidad de los principios y reglas jurisprudenciales depende de su capacidad para responder adecuadamente a una realidad social cambiante.

Por último, cuando no exista claridad sobre el precedente, o cuando haya sentencias en que se hayan tomado decisiones contradictorias, compete a la Corte unificar y precisar su propia jurisprudencia.

- f) La Corte reitera la distinción entre el *obiter dicta* que no obliga y la *ratio decidendi*, que está constituida por los fundamentos jurídicos que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto. Esta tesis ha sido reiterada por la Corte Constitucional en sentencias SU-168/99; SU-47/99, SU-640/98, T-961/00, T-937/99, T-1003/00.

De todo lo anterior se deduce que la Corte Constitucional ha aceptado que el precedente es fuente formal de derecho y tiene valor normativo. En la aclaración de voto de los magistrados Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy Cabra se explicó lo siguiente:

Como la Constitución es norma de normas el precedente constitucional sentado por la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía de la Carta tiene fuerza vinculante no solo para la interpretación de la Constitución sino

también para la interpretación de las leyes, y en todo caso su lugar en el sistema de fuentes no es inferior al que ocupan las leyes. En principio los jueces deben seguir la jurisprudencia constitucional y cuando no lo hacen por razones del respeto al principio de igualdad, de seguridad jurídica, o de confianza legítima deben indicar las razones que los llevaron a apartarse de la jurisprudencia.

La jurisprudencia es por tanto fuente formal de derecho de acuerdo con la interpretación constitucional dada por la Corte en la sentencia citada, que culmina una evolución jurisprudencial, como anteriormente se anotó, por la fuerza obligatoria que paulatinamente se le está otorgando al precedente.

Estamos de acuerdo con Ignacio de Otto⁴⁴ cuando concluye:

La atribución de valor vinculante a la jurisprudencia es el único modo de mantener la propia separación de poderes. Admitido que el texto legal no predetermina por completo la resolución del juez, dejar a éste el espacio de libertad resultante sin someterlo a reglas de aplicación significa permitirle que por sí mismo opere para el caso concreto una labor complementaria de la del legislador, contribuyendo a formar la premisa mayor del juicio; y remitir la función interpretativa al legislador mismo, como en el sistema del *référé législatif*; significa alterar el principio en un sentido opuesto, por cuanto con ello se abre una vía a la imposición del criterio del legislador. El sistema de casación, como el del precedente, constituye un punto de equilibrio en cuanto que centraliza la orientación interpretativa y la funda en el propio ejercicio de la función jurisdiccional.

Y luego agrega que “La cuestión está nuevamente en que el poder normativo consistente en crear jurisprudencia con fuerza vinculante no es algo distinto de la potestad jurisdiccional misma ejercida en los recursos de casación, y por ello no requiere un título distinto del necesario para ésta”.

⁴⁴ Ignacio de Otto, *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 302 y 303.

Conclusiones

1. Es indudable que dentro del Estado constitucional moderno, y desde luego en la concepción del Estado social de derecho adoptado por la Constitución colombiana de 1991, la Constitución es fuente de derecho, así como la interpretación dada por la Corte Constitucional en sus sentencias.
2. Existe una jerarquía de fuentes dentro de la Constitución que comprende valores, principios y normas constitucionales en la forma como la jurisprudencia constitucional ha entendido dicha jerarquía.
3. Los jueces deben seguir el precedente judicial y cuando no lo acaten deben indicar las razones que los llevan a separarse del mismo. Por tanto, la jurisprudencia y el precedente son verdaderas fuentes del derecho.
4. La ley ha perdido el papel preponderante que tenía dentro del Estado liberal clásico, y en su lugar han cobrado importancia los valores, los principios, y las decisiones judiciales. Esto conlleva aceptar la función creadora del juez y la prevalencia del contenido material de la Constitución sobre las formalidades.
5. La costumbre es verdadera fuente de derecho a pesar de no estar enumerada en el artículo 230 de la Constitución, como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional.
6. Además, la equidad y los principios generales de derecho también son fuentes de derecho, si bien subsidiarias. Hay que distinguir entre los principios constitucionales que no sólo tienen eficacia interpretativa sino directa, y los principios generales de derecho que no están en la Constitución y que son fuente subsidiaria del derecho.
7. El respeto de la jerarquía normativa constituye un requisito de validez de las normas, por lo que su infracción determina que la norma inferior sea inválida.

Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de derecho¹

Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo destacar la necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado constitucional democrático y social. Para estos efectos, se inicia haciendo un breve resumen de la creación y desarrollo de los tribunales constitucionales. Luego, se hace un análisis del fundamento, naturaleza, funciones y misión de dichos tribunales para demostrar su significación dentro del sistema democrático. Se realiza un breve recuento del desarrollo de la jurisdicción constitucional en Colombia explicando la razón de su existencia.

Por último, se deducen las conclusiones sobre la necesidad e importancia de esta clase de tribunales.

1. Creación y desarrollo de los tribunales constitucionales en el mundo

Los tribunales constitucionales existen hoy en casi toda Europa, América Latina, Asia y África.

En su obra sobre los tribunales constitucionales Louis Favoreu² sostiene:

El desarrollo de la justicia constitucional es, ciertamente, el acontecimiento más destacado del Derecho Constitucional europeo de la segunda mitad del siglo xx. No se concibe hoy día, un sistema constitucional que no reserve un lugar a esta institución, y en Europa todas las nuevas Constituciones han previsto la existencia de un Tribunal constitucional.

Si bien existen antecedentes, la aparición del control constitucional se produjo con la sentencia del Juez Marshall en 1803 en el caso *Marbury vs.*

¹Este ensayo fue publicado en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo 1, Montevideo (Uruguay), Fundación Konrad Adenauer-Stiftung, 2004, pp. 15-41.

² Louis Favoreu, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 13.

Madison. Sus argumentos fueron los siguientes, según el resumen de Pedro José González-Trevijano Sánchez:³

Una afirmación de principio: la Constitución escrita ha sido considerada siempre como Ley Fundamental y Superior de la Nación y consecuentemente la teoría de tales Gobiernos ha de ser que un acto de la legislatura que repugne a la Constitución es nulo [...] *La necesidad de optar por una de las normas (Constitución/ley) en conflicto:* si una ley está en oposición a la Constitución, si ambas, la ley y la Constitución son aplicables al caso particular, el Tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto en la que rige el caso [...] *La lógica preeminencia de la Constitución:* si los Tribunales han de observar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, la Constitución y no tal acto ordinario ha de regir el caso a que ambas se aplican, ya que otra cosa sería subvertir el verdadero fundamento de todas las constituciones escritas. (Las cursivas son mías).

En cuanto al origen de los tribunales constitucionales es célebre la polémica entre Carl Schmitt, quien en 1931 publicó *La defensa de la Constitución- estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, y Kelsen, quien contestó con un libro al que se llamó *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*

No hay duda de que la historia le dio la razón a Kelsen, quien sostenía que a los tribunales constitucionales se les debe confiar la función de ser garantes de la Constitución. Al efecto señala: “Defensor de la Constitución, significa en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones... Como toda norma también la Constitución puede ser violada sólo por aquéllos que deben cumplirla”.⁴

³ Pedro José González-Trevijano Sánchez, *El tribunal constitucional*, Aranzadi, 2000, p. 24.

⁴ Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Traducción de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995, p. 27.

De esta polémica surge la conclusión que si bien el control constitucional lo puede ejercer el poder ejecutivo o el poder legislativo, es más democrático que el control esté a cargo de un órgano independiente y autónomo aunque nada obsta para que forme parte del poder judicial. Como lo recuerda Favoreu la historia de los tribunales constitucionales empieza con la creación del Tribunal Constitucional checoslovaco en 1920, y el Alto Tribunal Constitucional de Austria en 1920.

Posteriormente, se crean el Tribunal de Garantías Constitucionales de España, en 1931 y luego de 1978, el Tribunal Constitucional italiano en 1948; el Tribunal Constitucional alemán, en 1949, y los tribunales constitucionales turco (1961) y yugoeslavo (1963). Sobre las circunstancias históricas de aparición de los tribunales constitucionales expresa Javier Pérez Royo⁵ lo siguiente:

El Tribunal Constitucional, por el contrario, responde a una anomalía histórica presente y con proyección de futuro. El Tribunal Constitucional nace en el siglo xx, después de la Primera Guerra Mundial, con el constitucionalismo que hemos definido en muchas ocasiones a lo largo del curso como constitucionalismo democrático. La anomalía histórica que está detrás de él es una anomalía democrática o, mejor dicho, una anomalía en el proceso de transición a la democracia de determinados países. Por eso, el Tribunal Constitucional no existe en todos los países europeos, sino únicamente en aquellos que tuvieron excepcionales dificultades para transitar del Estado liberal del xix al Estado Democrático del siglo xx: Austria, Alemania, Italia, Portugal y España.

A estos tribunales hay que agregar la creación del Consejo Constitucional francés, en 1959, el Tribunal Constitucional portugués en la Constitución de 1976, revisada en 1982, y en cierta medida el Tribunal Especial Superior griego, en 1975. Este movimiento se extendió a Bélgica con el Tribunal de Arbitraje (1983) y se ha desarrollado en Europa del Este: Polonia (1985), Hungría (1989), Checoslovaquia (1991), Rumania (1991), y Bulgaria (1991).

⁵ Javier Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*, 7ª ed., Marcial Pons, 2000, p. 922.

En Latinoamérica la jurisdicción constitucional se ha extendido a Perú en la Constitución de 1979; en Chile, se instaló nuevamente un tribunal constitucional en 1980; en El Salvador se prevé el Tribunal Constitucional en la Constitución de 1982; Guatemala estableció en 1985 un tribunal constitucional; Costa Rica creó en 1989 una sala constitucional en la Corte Suprema de Justicia; Colombia instauró en 1991 la Corte Constitucional; Ecuador creó el Tribunal en 1945 y luego lo reinstaló en 1998; Paraguay creó una sala constitucional en 1992; Bolivia estableció el Tribunal Constitucional en 1994; Nicaragua creó una sala constitucional en 1995; México, mediante reformas constitucionales de 1994, 1996 y 1999, estableció la Corte Suprema de Justicia como tribunal constitucional, y en Honduras se creó en 2001.

Los sistemas o modelos de control constitucional en América del Sur se pueden clasificar según Humberto Nogueira Alcalá⁶ así:

1. Sistema judicial difuso (Argentina).
2. Sistema judicial concentrado en Corte Suprema (Uruguay).
3. Sistema judicial concentrado en la Corte Suprema de Justicia y en su Sala Constitucional (Paraguay).
4. Sistema de control judicial difuso y control concentrado en Tribunal Supremo (Brasil).
5. Sistema de control judicial difuso y control concentrado en Tribunal Constitucional (Bolivia, Colombia).
6. Sistema de control constitucional dualista (Perú, Ecuador).
7. Sistema de doble control concentrado de constitucionalidad (Chile).

En los tribunales constitucionales de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, las competencias se refieren al control constitucional normativo, control de constitucionalidad de conflictos de competencias, y control de constitucionalidad a través del amparo de derechos fundamentales y sus garantías.

⁶ Humberto Nogueira Alcalá, "Las competencias de los tribunales constitucionales de América del Sur", Ponencia en el IX Encuentro de presidentes y magistrados de tribunales constitucionales de América Latina, Florianópolis, 2002. Igualmente, Néstor Pedro Sagués, *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 30.

En resumen, como lo dice Losing⁷ la jurisdicción constitucional en Europa, y lo mismo se puede decir respecto de otras partes del mundo, “se evidencia como presupuesto irrenunciable de la conservación, operatividad, y desarrollo ulterior del estado constitucional y democrático o, en otras palabras, como la culminación del Estado de Derecho”.⁸

En cuanto a la importancia de los tribunales constitucionales Javier Pérez Royo⁹ afirma que son:

[...] una institución vigorosa, que no sólo no se ha difuminado con el paso del tiempo, sino que se ha ido convirtiendo en una institución cada vez más importante en el Estado Constitucional democrático. En los países europeos que tienen Tribunal Constitucional la historia de la democracia y la de la justicia constitucional han ido juntas, alimentándose la una a la otra. Esta es la razón por la que el Tribunal Constitucional es una institución de sólido prestigio, con una aceptación muy amplia tanto en la opinión especializada como en la opinión pública en general: de hecho, suele ser una de las instituciones mejor valoradas en todas las encuestas.

Mauro Cappelletti¹⁰ sostuvo: “Parece que ningún país europeo que salga de alguna forma de régimen no democrático o de una tensión interna importante puede encontrar mejor respuesta a la exigencia de reaccionar contra demonios pasados, y posiblemente para impedir su vuelta, que la de introducir la Justicia Constitucional en su forma de gobierno”. Esta es la razón por la cual los tribunales constitucionales se están imponiendo en los países orientales europeos tras la caída del Muro de Berlín: Polonia, Hungría, repúblicas Checa y Eslovaca.

⁷ Norbert Losing, *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Madrid, 2002, pp. 32-33.

⁸ En el mismo sentido Manuel García Pelayo, *Estado legal y Estado constitucional de derecho*, Lima, 1989, p. 32.

⁹ Javier Pérez Royo, *op. cit.*, pp. 922-923.

¹⁰ Mauro Cappelletti, cita de Javier Pérez Royo, *op. cit.*, p. 923.

2. Fundamento de la jurisdicción constitucional

El fundamento de la jurisdicción constitucional depende del concepto que se tenga de la Constitución, de las normas constitucionales, y de su efectividad.

La doctrina ha dicho que para que pueda existir un sistema de control constitucional es necesario:

1. La existencia de una Constitución total o parcialmente rígida.
2. Un órgano estatal independiente y autónomo que desarrolle el control de constitucionalidad con facultad decisoria dentro de plazos determinados.¹¹

El jurista Manuel Aragón Reyes¹² dice sobre las relaciones entre control constitucional y Constitución lo siguiente:

[...] hablar de Constitución tiene sentido cuando se la concibe como un instrumento de limitación y control del poder. Efectivamente, el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo, es decir, si se pretende que la Constitución se “realice”, en expresión, bien conocida de Hesse¹³; o dicho en otras palabras, si la Constitución es norma y no mero programa puramente retórico. El control no forma parte únicamente de un concepto “político” de la Constitución, como sostenía Schmitt, sino de su concepto jurídico, de tal manera que solo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa y sólo si el control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida ésta como norma.

Por tanto, la doctrina sostiene que el control es elemento indispensable del concepto de Constitución y dicho control es ejercido por la jurisdicción constitucional.

¹¹ Néstor Pedro Sagués, *op. cit.*, p. 30.

¹² Manuel Aragón Reyes, *Constitución y control del poder*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 15.

El tratadista Javier Pérez Royo¹³ dice que las características de los tribunales constitucionales son las siguientes:

1. Como un órgano único, en el que se concentra la interpretación definitivamente vinculante de la Constitución.
2. Como un órgano jurisdiccional, aunque no integrado en el poder judicial. Según este autor: “El hecho de ser un Tribunal, que actúa a instancia de parte y que obtiene información, la procesa y la traduce en una sentencia, como lo hacen los Tribunales de Justicia, se adecua muy bien a su naturaleza defensiva”.
3. Su composición tiende a reflejar el compromiso entre la mayoría y la minoría que presidió la aprobación de la Constitución.
4. Su competencia básica consiste en el control de constitucionalidad de la ley y, por tanto, en imponer a la mayoría parlamentaria que la aprueba el respeto del pacto constituyente.
5. Sus competencias adicionales van en la misma dirección: protección de los derechos fundamentales, esto es, defensa del individuo, de la sociedad frente al Estado; protección de la distribución territorial del poder y por tanto de la existencia de minorías territoriales; protección de la división de poderes, esto es, protección de la sociedad frente a la concentración indebida de poder en uno de los órganos del Estado.

A lo anterior habría que agregar que los tribunales constitucionales controlan el ejercicio del poder del Estado y complementan la división de poderes mediante el control constitucional. Como lo señala Kelsen:¹⁴ “La Justicia Constitucional desempeña una función de protección eficaz de la minoría contra el avasallamiento de la mayoría, cuyo dominio sólo es soportable en la medida en que se ejerce jurídicamente”.

¹³ Javier Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*, 7ª ed., Marcial Pons, 2000, p. 925.

¹⁴ Citado por Javier Pérez Royo, *op. cit.*, p. 924.

Por otra parte, los tribunales constitucionales han sido una institución defensora del régimen constitucional democrático: garantizan la supremacía e integridad de la Constitución como norma de normas y fuente de fuentes del derecho. Además, como se ha dicho anteriormente, dichos tribunales garantizan el respeto de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos.

José Asensi Sabater,¹⁵ al referirse al papel preponderante de los tribunales constitucionales, afirma: “Es hoy opinión generalizada que el juez constitucional desarrolla cada vez más una función activa que abarca desde la represión de las leyes inconstitucionales hasta una función de dirección integradora, de estímulo, y más genéricamente, de garantía activa de los fines de la Constitución”. Luego agrega: “La voluntad democrática representada en el parlamento queda decisivamente limitada por la existencia de estas “normas superiores” cuyo intérprete es el tribunal constitucional”. De ahí que, en consonancia con otras características que afloran en el constitucionalismo actual, pueda decidirse que el anterior —Estado legislativo-parlamentario— está dejando paso a un Estado jurisdiccional (Rusconi, 1997); o lo que es igual la soberanía popular se está transformando en soberanía constitucional.

La creación de una Constitución escrita que no pueda ser modificada sino mediante un procedimiento especial y determinado dio origen al control constitucional. El artículo 6º, parágrafo 2 de la Constitución americana de 1789, declaró la Constitución como ley suprema del país y obligatoria para todos los jueces. De esta norma se desarrolló la doctrina del *judicial review* que fue formulada por el juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*, de acuerdo con la cual “... es evidente que, o los jueces prefieren la Constitución o las leyes que la contravienen, o el legislador puede modificar la Constitución mediante la legislación ordinaria...”. Por tanto, si la Constitución es el derecho supremo, la ley inconstitucional deberá ceder ante ella.

Norbert Losing¹⁶ encuentra antecedentes en la distinción en Atenas entre *nomoi* (ley en sentido estricto) y *pséphisma* (decreto), el derecho natural

¹⁵ José Asensi Sabater, *La época constitucional*, Valencia, Tirant Lo Blanch Alternativa, 1998, pp. 212 y 213.

¹⁶ Norbert Losing, *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Madrid, Konrad Adenauer, Dykinson S L, 2002.

como límite del poder del gobernante, y la creación de un *higher law* o *common law*. Así mismo, sostiene que hay que agregar como hitos importantes el amparo, en México, la queja constitucional o el *recours de droit public*, en Suiza, para imponer la supremacía del derecho federal sobre los derechos cantonales.

Mauro Cappelletti¹⁷ considera que en Noruega, Dinamarca, Rumania, Grecia y Portugal, aun antes de la primera guerra mundial, se reconocen los inicios de un control constitucional por vía judicial, aún cuando estos en principio, no se pudieron aplicar a largo plazo.

Ya se ha visto que luego de la primera guerra mundial, la jurisdicción constitucional adquirió importancia gracias a los esfuerzos de Hans Kelsen y Franz Wyer. Los primeros tribunales constitucionales fueron los de Austria y Checoslovaquia, creados en 1920. Hay que dejar establecido que la justicia constitucional se ubica dentro de la defensa constitucional. Los tribunales constitucionales son uno de los mecanismos de defensa de la Constitución. Puede haber otros mecanismos como las normas sobre reforma de la Constitución.

Desde un punto objetivo la justicia constitucional está formada por las funciones jurisdiccionales realizadas para la garantía y defensa de la Constitución. Pero hay que tener en cuenta que el control de constitucionalidad no es el único objeto de la justicia constitucional. Actualmente se suman la tutela de los derechos fundamentales, y en algunos estados, la decisión de los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado y la denominada justicia política. Además, en estados federales se plantea la resolución de conflictos entre el Estado central y las entidades políticamente descentralizadas. Los mecanismos de defensa de la Constitución pueden atribuirse a órganos políticos como el Parlamento —que sería juez y parte de sus propias decisiones—, a órganos ejecutivos y a órganos judiciales, lo que constituye propiamente la denominada justicia constitucional.

En la atribución a órganos judiciales hay dos sistemas:

- a) El sistema austriaco, que se caracteriza por la atribución a un tribunal *ad hoc* de las competencias de justicia constitucional. Es el sistema de justicia

¹⁷ Mauro Cappelletti y W. Cohen, *Comparative constitutional law*, p. 12.

constitucional concentrado. Las sentencias del Tribunal Constitucional producen, en caso afirmativo, la nulidad de la disposición impugnada. Este sistema influyó en los modelos alemán, italiano y español.

- b) Sistema norteamericano, que se denomina *judicial review*. Se trata de un control difuso, ya que todos los tribunales son competentes en este sentido, aunque están vinculados por el principio *stare decisis*. Además, únicamente se admite la vía indirecta en el control de constitucionalidad de las leyes, no se produce la nulidad de la disposición afectada, sino únicamente su inaplicabilidad al caso concreto objeto del proceso.¹⁸

Los tratadistas Lucio Cabrera y Fix-Zamudio¹⁹ sostienen:

[...] la contribución de América a la defensa constitucional consiste en que en este continente surgió la verdadera y propia garantía jurisdiccional de la Constitución, en contraste con el continente europeo, en donde se ensayó primeramente la búsqueda de una defensa política de la Constitución, una de cuyas manifestaciones fue la defensa por Sieyes de la necesidad de crear un “Jury de Constitution” o “Jury constitutionnel”.

Hay que tener en cuenta que en la actualidad la justicia constitucional de los distintos estados tiene características especiales y por tanto no responden a los modelos antes mencionados. Según Álvarez Conde,²⁰ refiriéndose a los modelos antes citados:

[...] la filosofía política subyacente a ambos sistemas es muy diferente. Mientras el sistema norteamericano tiene, al menos en sus orígenes, como finalidad fundamental la consagración del principio federal, el sistema europeo

¹⁸ Enrique Álvarez Conde, *Curso de derecho constitucional*, volumen II, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 2000, pp. 279-280.

¹⁹ Lucio Cabrera y Fix-Zamudio, prólogo a la obra de James Allan Clifford Grant, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, México D.F., Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1963, p. 10.

²⁰ Álvarez Conde, *op. cit.*, p. 281.

tiene como finalidad la garantía de la libertad. Pensemos que en 1803 todavía existe en Norteamérica la esclavitud y que en 1920, en Europa, las célebres disputas entre Kelsen y Schmitt, para quien la existencia de una jurisdicción constitucional politiza la justicia en vez de judicializar la política, se convierten en auténticas confrontaciones entre Democracia y Dictadura.

Sin embargo, es muy difícil dar una regla general y depende de la Constitución de cada Estado consagrar un modelo que se ajuste a sus especiales circunstancias históricas, políticas, y sociales.

3. Naturaleza de los tribunales constitucionales

A partir de la segunda guerra mundial se produce un renacimiento de la justicia constitucional. Ello obedece, según Álvarez Conde²¹ a estas consideraciones:

a) La justicia constitucional surge como reacción ante la crisis del concepto clásico de la Constitución. Se acepta que la Constitución deje de ser una simple declaración de principios y se convierte en norma directamente aplicable.

b) La justicia constitucional es consecuencia del principio de la supremacía de la Constitución por lo cual se ha dicho por la doctrina que sólo es posible en aquellos sistemas políticos dotados de Constitución rígida;

La justicia constitucional debe ser considerada como una manifestación del Estado de Derecho, en cuanto supone la consagración del principio de legalidad constitucional la tutela de los derechos y libertades y la aceptación del principio de división de poderes, tanto en su aspecto horizontal como vertical.

Nosotros agregaríamos que los tribunales constitucionales son el instrumento de defensa de la Constitución por excelencia. Pero, hay que entender que la Constitución comprende el preámbulo, las normas constitucionales, y los principios y valores constitucionales, todo lo cual forma una unidad sistemática.

²¹ *Ibid.*

Hay que tener en cuenta que la interpretación constitucional de los tribunales constitucionales vincula a los ciudadanos y a los poderes públicos. Los tribunales constitucionales son órganos constitucionales. En efecto, tienen competencia constitucional, su existencia, funciones y estructura básica son establecidas por la Constitución. Por tanto, el juez constitucional se diferencia del juez ordinario.

En cuanto a la naturaleza de los tribunales constitucionales se pueden concebir como órganos estrictamente judiciales desde un punto de vista estrictamente jurídico. Pero también, hay varias teorías sobre la naturaleza de estos tribunales. Algunos autores (Tesauro y Lavagna) defienden su naturaleza jurisdiccional; otros (Calamandrei, Kelsen y Villari) sostienen que tienen un cariz legislativo, y unos pocos, defienden la naturaleza administrativa (Balladore Pallieri). Parte de la doctrina pone énfasis en que son órganos de justicia política (Mortati, Martinres y Cheli).

Louis Favoreu²² dice: “la cuestión de la composición no puede plantearse de manera neutral, ya que, habida cuenta de la repercusión de sus decisiones, el juez constitucional desempeña necesariamente un papel o una función política”. Luego agrega: “... toda jurisdicción constitucional, incluso el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, tiene un carácter político, pues si no, no se trata de una verdadera jurisdicción constitucional”.

El Profesor Martínez Sospedra²³ enumera seis razones para afirmar el carácter jurisdiccional de los tribunales constitucionales: 1. La sujeción de su función a un método jurídico de interpretación; 2. El carácter reglado de la acción del tribunal constitucional en cuanto la actividad de conocimiento jurídico y no de oportunidad política; 3. Su actuación sólo opera a instancia de parte; 4. La vinculación de su actividad a un proceso jurisdiccional especial y contradictorio; 5. Los principios de neutralidad e independencia a que está sujeta la actividad jurisdiccional; y, 6. Su posición de tercero súper partes.

²² Informe general de Louis Favoreu, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 21-22.

²³ Manuel Martínez Sospedra, “El tribunal constitucional como órgano político”, en: *Dirección general de lo contencioso del Estado: el tribunal constitucional*, vol. II, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, pp. 1794 y ss.

En Colombia, la Corte Constitucional forma parte del poder judicial y las funciones que se le adscribieron en el artículo 241 de la Constitución Política son jurídicas. Sin embargo, el análisis jurídico no es puro, sino que debe tener en consideración la realidad constitucional que incluye aspectos político-económico-sociales.

Los tribunales constitucionales, como lo dice Pablo Lucas Verdú,²⁴ deben tener como fundamento básico lo que denomina la “fórmula política de la Constitución”. Este autor sostiene que las normas constitucionales expresan una ideología jurídicamente organizada en una estructura social.

Pablo Lucas Verdú, Rotteck y Welcker hablan de política constitucional, e incluso de ingeniería constitucional. Esto significa que la Constitución tiene en cuenta el proceso político que se ajusta a los acontecimientos políticos. Lucas Verdú define política constitucional como:

El proceso político que conduce a la elaboración de las normas y a la configuración de institutos, de acuerdo con un instrumento jurídico, codificado y sistemático (Constitución) y con su legislación complementaria que configuran la organización y ejercicio del poder y el resguardo de los derechos humanos.²⁵

Se ha dicho que la justicia constitucional está viciada por su naturaleza política. La crítica más dura de la ausencia de legitimidad de los tribunales constitucionales la hizo Carl Schmitt,²⁶ quien en 1929 se hizo eco de la afirmación de Guizot de que en tales casos “la justicia tiene todo que perder y la política nada que ganar”.

Schmitt cree que la defensa de la Constitución no se debería encomendar a la justicia constitucional, sino, de acuerdo con el artículo 48 de la Constitución de Weimar, al Presidente de la República; dice que los tribunales constitucionales

²⁴ Pablo Lucas Verdú, *Curso de derecho político*, volumen IV, Madrid, Tecnos, 1984, p. 806.

²⁵ Lucas Verdú, *op. cit.*, p. 807.

²⁶ Carl Schmitt, *Das Reichsgericht der Verfassung*, citado por García Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1994, p. 159. De este mismo jurista ver *Teoría de la Constitución*, traducción de F. Ayala, Madrid, Alianza, 1982.

con jurisdicción concentrada se aproximan al papel del Senado en la Constitución napoleónica, que no dice el derecho sino que lo hace.

Como se dijo al principio, Hans Kelsen refutó la tesis de Schmitt, en su libro *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*²⁷ Kelsen sostuvo que toda sentencia del tribunal constitucional tenía la fuerza de una ley posterior que deroga otra anterior, lo cual lo convierte en una suerte de “legislador negativo”.

Si bien no puede negarse que la justicia constitucional puede conocer de conflictos de carácter político, como lo dice Pedro José González-Trevijano Sánchez²⁸ “nada de ello impide que éstos se resuelvan de conformidad con un criterio jurídico y una metodología jurídica, cualesquiera que sean los concretos métodos utilizados”.

Bachof²⁹ expresa que “el carácter político de un acto no excluye un conocimiento jurídico del mismo, ni el resultado político de dicho conocimiento lo despoja de su carácter jurídico”. Agrega:

Con ello no puede desconocerse que el juez puede estar vinculado a prejuicios propios de su origen social, de su concepción política o de su visión del mundo; que de ningún hombre se puede eliminar un último resto de subjetividad. Pero el juez experimentado conoce los peligros del trasfondo emocional e irracional de su actividad y, precisamente, por regla general sabe eliminarlos. Toda su formación profesional, la necesidad de un continuo enfrentamiento con otras opiniones, el ininterrumpido “diálogo” al que ya hemos referido; todo esto garantiza un nivel de objetividad que, aunque no sea absoluto, es muy elevado. Si se necesitase aún otra prueba, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la ha aportado, eliminado todas las especulaciones iniciales sobre las diversas tendencias políticas de sus Salas.

²⁷ Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Traducción de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995.

²⁸ Pedro José González y Trevijano Sánchez, *El tribunal constitucional*, Aranzadi Editorial, 2000, p. 40.

²⁹ O. Bachof, *Jueces y Constitución*, traducción de R. Bercovitz, Barcelona, Taurus, 1963, p. 53.

Francisco Tomás y Valiente⁵⁰ refiriéndose a la realidad política y la independencia de los tribunales constitucionales plantea la siguiente conclusión, la cual compartimos:

La realidad política es conflictiva y el Tribunal Constitucional, que resuelve en forma jurídica conflictos de contenido siempre político, no puede hacerse nunca la ilusión de estar situado, ante la opinión pública, por encima de contiendas que él mismo ha de juzgar. Su posición es eminente, la propia de un juez. Pero su imparcialidad objetiva y la independencia de criterio de sus magistrados no son garantía intangible a los ojos de muchos, porque afectando sus resoluciones a temas clave de la organización del Estado y de la esfera de libre acción de los ciudadanos en la sociedad, es inevitable que los conflictos salpiquen al órgano que los resuelve. Lo esencial es que la politización del litigio jurídico y del paralelo debate social no influyan en la resolución del Tribunal. Lo imposible es que la sentencia, adoptada con plenitud de independencia, satisfaga a todos los contendientes, es decir, a quienes litigaron como partes procesales y a quienes lo hicieron libre, pero desinteresadamente, en el gran foro de los medios de comunicación.

4. Misión de los tribunales constitucionales

La misión principal de los tribunales constitucionales es la defensa de la Constitución. En su famoso ensayo de 1928 sobre la jurisdicción constitucional Kelsen sostuvo: “Una constitución a la que le falta la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en su sentido técnico”, y agregó: “Una constitución en la que los actos inconstitucionales y en particular las leyes inconstitucionales se mantienen válidos —no pudiéndose anular su inconstitucionalidad— equivale más o menos, del punto de vista estrictamente jurídico, a un deseo sin fuerza obligatoria”.⁵¹

⁵⁰ Francisco Tomás y Valiente, “La Constitución y el tribunal constitucional”, en: *La jurisdicción constitucional en España, tribunal constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999, pp. 18 y 19.

⁵¹ Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, Instituto de Investigaciones

A esta aseveración hay que agregar que esta garantía no existe sino cuando la declaratoria de inconstitucionalidad corresponde a un órgano completamente diferente e independiente de aquel que produjo la norma inconstitucional.

Smend³² asigna a los tribunales constitucionales una triple tarea:

Por una parte, crea orden en el amplio espacio de las cuestiones jurídico-constitucionales, en las que sólo puede crear un orden auténtico una justicia independiente del más alto rango. En segundo lugar, fortalece las bases de nuestra existencia política, en la que nos permite a los ciudadanos experimentar la vivencia de la condición de Estado de Derecho de nuestra comunidad y de la dignidad garantizada de ciudadanos libres. Finalmente, lucha por el imperio de los derechos y los bienes al tomar como motivación expresa de sus decisiones estos más altos valores de la tierra.

Klaus Richter³³ afirma que “la jurisdicción constitucional se puede apoyar, en el Estado de Derecho, en el principio constitucional de la sujeción del poder del Estado al derecho y a la ley. En esto, la norma fundante es la constitución del Estado de Derecho, que constituye también la base para la labor del Tribunal Constitucional”.

Se ha preguntado la doctrina ¿Quién controla al control? La respuesta es que existen dos medios para controlar el arbitrio judicial:

- a) El juicio, como procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad de los jueces; y,
- b) En forma indirecta las “cláusulas programáticas” de la Constitución, que integran la parte ideológica de las normas del Estado.

Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Anuario Jurídico, 1-1974, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, p. 510.

³² Smend, cita de E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, tercera reimpresión, Madrid, Civitas, 1994, p. 195.

³³ Klaus Richter, “El papel de la justicia en la superación del ilícito estatal en el ejemplo de la República Federal de Alemania”, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 1ª ed., Medellín, Diké, 1997, p. 485.

Vanossi³⁴ dice al respecto:

Estamos frente a un problema análogo al de la cuadratura del círculo: o no hay control, y entonces podemos desembocar en la ilimitación del ejercicio de los poderes, que significa el quebrantamiento de las competencias y limitaciones establecidas por la Constitución; o establecemos el órgano de control, pero enseguida se plantea el problema de ¿quién controla al control?, al surgir el riesgo de que dicho órgano asuma una verdadera “dictadura” interpretativa de los textos constitucionales, y, descalifique todos aquellos actos o normas que no se compadezcan con las valoraciones que él explicita. Como vemos, todos los caminos conducen a la interpretación; y la enorme importancia de ésta queda en evidencia cuando percibimos que toda la función de control está finalmente subsumida en la tarea de interpretación que cumple el órgano especializado.

La segunda misión de los tribunales constitucionales es la defensa de los derechos fundamentales de las personas, para lo cual, no sólo se hace un amplio catálogo de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, sino que se regulan los mecanismos de protección como las acciones de amparo (en Colombia se denomina acción de tutela), las acciones populares, acciones de grupo, y acciones de cumplimiento. Además de lo anterior, los estos tribunales tienen como misión aplicar los principios y valores constitucionales.

La Constitución Política de Colombia en el artículo 1º dice que Colombia “es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

Los valores y los principios fundamentales contenidos en el título 1º de la Constitución son suprapositivos y su contenido esencial debe ser respetado por la legislación. Además, todo el ordenamiento jurídico se debe interpretar a la luz

³⁴ Jorge Reinaldo Vanossi, *Teoría Constitucional*, tomo II, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 2000, pp. 126-27.

de los valores y principios constitucionales, incluido el preámbulo de la Constitución.⁵⁵ La justicia constitucional ha de operar para consolidar el Estado social de derecho, para asegurar a los integrantes de la nacionalidad colombiana la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, como lo dice el Preámbulo “dentro de un marco jurídico democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo”.

La justicia constitucional tiende a estas características:

- a) La defensa de la Constitución. Se ha dicho por la doctrina que Constitución y tribunal constitucional son categorías interdependientes.⁵⁶ García Enterría⁵⁷ dice: “una Constitución sin Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte”.
- b) La justicia constitucional vela por la protección de los derechos fundamentales de las personas y el sistema democrático.
- c) El tribunal constitucional vela por el mantenimiento del núcleo duro de los derechos fundamentales que garantiza en condiciones de igualdad la Constitución.
- d) La justicia constitucional es uno de los elementos esenciales del Estado de Derecho que hoy conlleva el principio de constitucionalidad porque la Constitución es la norma suprema. Van Der Meersch⁵⁸ afirmó: “no existe Estado de Derecho sin Tribunal Constitucional”.
- e) La justicia constitucional es un poder de cierre del propio sistema; garantiza la supremacía de la Constitución. Además, se asegura la limitación y sujeción del poder al Derecho.

⁵⁵ Marco Gerardo Monroy Cabra, *La interpretación constitucional*, Bogotá, Librería del Profesional, 2002, pp. 25 y ss.

⁵⁶ Gerhard Leibholz, *Conceptos fundamentales de la política y teoría de la Constitución*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1964, pp. 32-33.

⁵⁷ E. García Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1994, p. 186.

⁵⁸ W. J. Ganshof Van Der Meersch, prefacio, en: J. Velu, *Droit public*, tomo I, Bruselas, Bruylant, 1986, pp. X y XI.

5. Importancia de los tribunales constitucionales en el Estado social de derecho

Dentro de un Estado Social de derecho no sólo son necesarios los tribunales constitucionales, sino que son importantes para la realización de los objetivos de una democracia, que conlleva la existencia de controles y entre ellos el más importante es el control constitucional. La existencia de dichos tribunales supone la aceptación de la supremacía de la Constitución y el reconocimiento de que ésta es una norma suprema que está en la cúspide del ordenamiento jurídico.

El Profesor Pedro de Vega³⁹ sostiene:

[...] si jurídicamente el control de constitucionalidad sólo se concibe desde la definición previa de la Constitución como ley suprema, política y científicamente sólo es lícito sostener la existencia de una justicia constitucional cuando la Constitución se entiende como realidad normativa y no como una mera configuración nominal y semántica. Proceder de otro modo, supondría condenar la teoría constitucional y la labor de los constitucionalistas al más menesteroso y errante de los quehaceres.

Hans Kelsen,⁴⁰ quien fue el artífice de la justicia constitucional, afirma que la garantía de la Constitución presupone, para resolver una noción clara de Constitución, entenderla como la cúspide de la teoría escalonada del orden jurídico (*Sufenbauttheorie*); es decir, la Constitución como norma suprema. Sin embargo, Kelsen reconoce que “la Constitución expresa, jurídicamente, el equilibrio de las fuerzas políticas en un momento determinado”.

Los tribunales constitucionales que se crearon inicialmente, y los que han venido a crearse con posterioridad, tienen en esencia estas funciones: control constitucional de las leyes (abstracto o en concreto), resolución de conflictos constitucionales, de atribuciones y competencias, y protección de los derechos fundamentales mediante la acción de amparo o de tutela.

³⁹ Pedro de Vega García, “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, en: *Revista de Estudios Políticos*, No. 7, nueva época, enero-febrero, Madrid, 1979, pp. 93 y ss.

⁴⁰ Hans Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la Constitution. La justice constitutionnelle”, en: *Revue de Droit Public*, 1928, p. 204.

La importancia de los tribunales constitucionales se fundamenta en las funciones que cumplen en orden a preservar el equilibrio de poderes y sus atribuciones, proteger los derechos fundamentales, y garantizar la supremacía de la Constitución. Se trata de órganos límites en materia constitucional y por eso la interpretación que hagan de las normas constitucionales se considera integrada a la Constitución y constituye el precedente que deben seguir los mismos tribunales y que se impone a los jueces en la aplicación de las normas.

Los tribunales constitucionales interpretan con autoridad la Constitución. Además, el ordenamiento jurídico se debe interpretar según los principios y valores constitucionales como han sido interpretados por el respectivo tribunal constitucional. Los tribunales constitucionales son órganos autónomos, tienen autogobierno, son independientes de los otros poderes públicos, y en el caso colombiano la Corte Constitucional forma parte del poder judicial.

Lucas Verdú afirma que⁴¹ “la doctrina es unánime en considerar que la jurisdicción constitucional es la máxima expresión del Estado de Derecho”. Luego agrega que “mediante la justicia constitucional, se cumple y asegura el orden fundamental en la medida en que se aplican a casos concretos las normas constitucionales, se esclarece el ámbito de aplicación de todas las normas, se garantiza el cumplimiento de la ley fundamental, que prevalece sobre la norma ordinaria, e incluso se va integrando el Derecho constitucional”.

Se ha dicho que el Estado de derecho supone limitación de poder, garantía de los derechos fundamentales, y supremacía de la Constitución. El órgano que garantiza el cumplimiento de los propósitos del Estado de derecho es el tribunal constitucional.

Refiriéndose a la conexión entre el Estado de derecho y el tribunal constitucional en España, el presidente del Tribunal, Manuel García Pelayo,⁴² expresó que la función de este órgano es “perfeccionar la vigencia del Estado de Derecho en el que se constituye la Nación española en virtud de una decisión fundamental expresada en el preámbulo y en el artículo 1º de la Constitución”.

⁴¹ Pablo Lucas Verdú, *Curso de derecho político*, vol. II, 2ª ed. revisada, Madrid, Tecnos, 1977, p. 687.

⁴² Manuel García Pelayo, “El status del tribunal constitucional”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 1, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, pp. 15 y ss.

Esta afirmación es aplicable en Colombia ya que mediante el preámbulo y el artículo 1° de la Constitución, se constituye como “Estado social de derecho” dentro de un marco jurídico democrático y participativo para garantizar un orden político, económico y social justo. Esto significa lo siguiente:

- a) El pueblo colombiano decidió constituirse en un Estado de derecho calificado de social y democrático-participativo.
- b) Que existe conexión formal y funcional entre el Estado social de derecho previsto en la Constitución y la Corte Constitucional; y,
- c) La Corte Constitucional perfecciona el Estado de derecho. La Constitución se debe interpretar como un sistema coherente y esta función compete a la Corte Constitucional como intérprete supremo de la Constitución e independiente de los demás órganos constitucionales.

6. Razón de la existencia de los tribunales constitucionales

Las razones que explican la existencia de los tribunales constitucionales son las siguientes:

- a) El cambio de la supremacía de la ley por supremacía de la Constitución. Los tribunales constitucionales se explican dentro del Estado constitucional que privilegia la Constitución sobre la ley. Dentro del Estado liberal de derecho se sacralizó la ley. Como dice Louis Favoreu:⁴⁵

La sacralización de la ley es una primera explicación. A partir de la Revolución de 1789, a lo largo del siglo xix y a comienzos del xx, el dogma rousseauiano de la infabilidad de la ley se impone y difícilmente se discute. El reino del derecho es el reino de la ley [...] El concepto de legitimidad coincide con el de legalidad, es decir, con la conformidad de las actividades públicas y privadas a las leyes votadas por el Parlamento. El “derecho” (jus,

⁴⁵ Favoreu, *op. cit.*, pp. 18-19.

law, diritto, derecho, recht) se identifica cada vez más estrechamente con las leyes del parlamento (lex, statute, legge, ley, gesetz).

Es indudable que actualmente lo sagrado es la Constitución como “norma de normas” y como norma suprema requiere un órgano encargado de defender su integridad y supremacía.

- b) El control constitucional y la jurisdicción ordinaria. Se ha preguntado lo siguiente: ¿La justicia ordinaria puede ser el órgano de control de constitucionalidad? La respuesta negativa la dio Mauro Cappelletti:⁴⁴

Los jueces de la Europa continental son habitualmente magistrados de “carrera”, poco aptos para cumplir una tarea de control de las leyes, tarea que, como veremos, es inevitablemente creadora y va mucho más lejos de su función tradicional de “meros intérpretes” y “fieles servidores” de las leyes. La interpretación misma de las normas constitucionales, y especialmente del núcleo central de éstas, que es la Declaración de los derechos fundamentales o “Bill of Rights”, suele ser muy distinta de la interpretación de las leyes ordinarias. Requiere una aproximación que se conjuga mal con la tradicional “debilidad y timidez” del juez según el modelo continental.

Si bien en algunos Estados la jurisdicción ordinaria ejerce el control constitucional, sin embargo la tendencia actual como se ha visto de la lista de los Estados que han creado tribunales constitucionales es la de crear un órgano especializado, autónomo, e independiente que se encargue del control jurisdiccional y de la protección de los derechos fundamentales. En este aspecto históricamente se puede mencionar el Tribunal del Imperio que tenía atribuciones de tribunal constitucional en lo concerniente a litigios federales (1848) y en Austria en 1867, en Francia el *jurie constitutionnaire* de Sieyès, y en España el Tribunal de Garantías Constitucionales de la 2ª República.

⁴⁴ Mauro Capelletti, *Cours constitutionnelles*, p. 463.

- c) La existencia de tribunales constitucionales no es contraria a la separación de poderes. La Constitución es norma fundamental y no contiene solo reglas sobre los órganos y procedimiento de la legislación, sino también un catálogo de derechos fundamentales de las personas. La garantía de la Constitución reposa en la posibilidad de anulación de los actos que sean contrarios a la misma. Ahora bien, el órgano encargado de declarar inconstitucionales las leyes contrarias a la Constitución es el Tribunal Constitucional. No puede ser el Congreso por las razones que expone Hans Kelsen:⁴⁵

[...] el órgano legislativo se considera en realidad como un creador libre del derecho y no un órgano de aplicación del derecho, vinculado por la Constitución, como lo es en teoría, si bien en una medida relativamente restringida. No se puede contar, pues, con el propio Parlamento para realizar su subordinación a la Constitución. Se trata de un órgano diferente de él, independiente de él y, en consecuencia, también de cualquier otra autoridad estatal, a quien le compete la anulación de los actos inconstitucionales; es decir, una jurisdicción o Tribunal constitucional.

Kelsen dice que la existencia de Tribunales constitucionales no viola el principio de la separación de poderes porque estos son “legisladores negativos” que están determinados exclusivamente por la Constitución.

Los tribunales constitucionales existen en estados dotados de régimen parlamentario (Alemania, Italia, España, Bélgica), semiparlamentario (Francia, Austria, Portugal) o presidencial (Estados Unidos, Colombia, Perú, Ecuador, Guatemala, etc.).

Los tribunales constitucionales son independientes de cualquier otra autoridad estatal y tienen un estatuto que define su organización, funcionamiento y atribuciones. Los tribunales constitucionales tienen el monopolio del control constitucional si bien hay sistemas mixtos como el colombiano en que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado tienen el control constitucional según

⁴⁵ Hans Kelsen, “La garantie juridictionnelle de la Constitution”, RDP, 1928, pp. 197-257.

el reparto de competencias fijado en la Constitución. La designación de los jueces constitucionales se hace por autoridades políticas.

Por regla general la jurisdicción constitucional está fuera del aparato jurisdiccional. Es un poder independiente de los demás poderes del Estado. La esencia de los tribunales constitucionales es el control de constitucionalidad de las leyes, es decir que tiene la competencia de hacer justicia con autoridad de cosa juzgada y producir declaraciones de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*. Otra de las funciones de los estos tribunales es la protección de los derechos fundamentales por medio de la acción de amparo. Hay que tener en cuenta que hay diversos sistemas de organización de la jurisdicción constitucional y ello depende de las circunstancias políticas y sociales de cada Estado.

7. Críticas a la existencia de los tribunales constitucionales

Las principales críticas que se han formulado a la existencia de los tribunales constitucionales son las siguientes.

Se dice que la justicia constitucional es un poder soberano. Sin embargo, los tribunales constitucionales constituyen un poder constituido que como todos los poderes públicos está subordinado a la Constitución. Se afirma que la justicia constitucional usurpa la función legislativa del Congreso. Si bien los tribunales constitucionales declaran la inconstitucionalidad de una ley contraria a la Constitución y al hacerlo asumen el papel de legislador negativo, ello obedece a la supremacía de la Constitución establecida en todas las constituciones.

Se argumenta que dichos tribunales favorecen la inseguridad jurídica, pero hay que considerar que el papel de la justicia constitucional es el máximo protector de los derechos fundamentales y libertades públicas del ciudadano. Se critica a la justicia constitucional el estar viciada por su naturaleza política. Quienes así lo afirman recuerdan a Schmitt quien en 1929 se hacía eco de la afirmación de Guizot de que “La justicia tiene todo que perder y la política nada que ganar”. Sin embargo, esta crítica no es exacta ya que todas las decisiones de los Tribunales constitucionales de decidir con criterios y metodología jurídica independientemente de la naturaleza de los conflictos.

Se le critica a la justicia constitucional que carece de legitimidad. A este respecto hay que observar que si bien la legitimidad no es directa, sin embargo en la mayoría de las constituciones está previsto que los magistrados de los tribunales constitucionales, en todo o en parte, sean elegidos por el Congreso. No puede olvidarse que el juez constitucional es tan órgano del pueblo como los demás órganos del Estado, incluido el Parlamento. Por lo antes visto, carecen de razón las críticas que se han formulado contra la existencia de los tribunales constitucionales.

8. La jurisdicción constitucional en Colombia

El desarrollo constitucional en Colombia se remonta a la Constitución de 1821, en la cual el Senado podía suspender por motivos de inconstitucionalidad una ley expedida por el legislativo, hasta el siguiente período legislativo, lo cual permitía un nuevo control político por parte de un parlamento diferente.⁴⁶

Si bien la Constitución de 1821 preveía en su artículo 157 la posibilidad de ejercer la acción popular de inconstitucionalidad, el control constitucional por vía judicial se estableció en la Constitución de 1853. Este control se restringía al control de las ordenanzas municipales y a su conformidad con el derecho nacional y la Constitución.

En la Constitución de 1858 se amplió el control judicial de las normas a todas las leyes de los Estados miembros. La Corte Suprema podía suspender las leyes de los estados que considerara inconstitucionales, aunque de conformidad con el artículo 50 de la Constitución, sólo mientras el Senado decidía definitivamente. Éste era informado de inmediato por la Corte Suprema de Justicia de la suspensión provisional de la vigencia de una ley de un Estado miembro.

La Constitución de 1863 adoptó el modelo de la Constitución de 1858, pero para la suspensión de las leyes de los Estados se exigía la decisión unánime de la Corte Suprema de Justicia. De conformidad con el artículo 72 de la Constitución de 1863 la decisión definitiva seguía siendo del Senado.

En la Constitución de 1886 la competencia para decidir la inconstitucionalidad de una ley se reservó a la Corte Suprema de Justicia, pero la posibilidad de

⁴⁶ Javier Tobo Rodríguez, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, Bogotá, 1996, p. 144.

solicitar el control se restringió al Presidente de la República. Sin embargo, el artículo 6° de la Ley 153 de 1887 determinó la aplicación de toda ley que hubiese expedido luego de la Constitución de 1886 “aun cuando parezca contraria a la Constitución”.⁴⁷

En la reforma constitucional de 1910 se introdujo el control constitucional de las leyes que podía ser iniciado por cualquier persona. El artículo 40 de la Constitución de 1886, en la forma como fue reformado por el Acto Legislativo 3° de 1910, establecía la supremacía de la Constitución al decir que “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”. El artículo 41 le dio competencia a la Corte Suprema de Justicia para conocer de las demandas de inconstitucionalidad presentadas por cualquier ciudadano y sobre las objeciones presidenciales a los proyectos de ley. Esta norma decía:

A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.

El artículo 40, antes citado, estableció el control difuso y el artículo 41 el control concentrado.

Con la reforma de 1945 se le asignó al Consejo de Estado la última instancia en asuntos contencioso administrativos, y la competencia para conocer del control de constitucionalidad de los decretos del ejecutivo que no tuvieren fuerza de ley. En lo restante, la competencia, según el artículo 214 de la Constitución, la tenía la Corte Suprema de Justicia.

⁴⁷ Vladimiro Naranjo Mesa, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 6ª ed., Bogotá, 1995, p. 398. Norbert Losing, *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Madrid, Konrad Adenauer, Dykinson, 2002, p. 311.

En la reforma constitucional de 1968 se creó en la Corte Suprema de Justicia una sala constitucional que debía proyectar sentencias en casos de control de constitucionalidad, que eran decididas por la sala plena de dicha Corporación. Además, se estableció el control automático sobre los decretos que expidiera el Presidente durante el Estado de Sitio. El Consejo de Estado siguió conociendo de los decretos ejecutivos y reglamentarios, o sea los que no hubieren sido expedidos con base en el artículo 76, numerales 11 y 12, y el artículo 121 de la Constitución.

En la Constitución de 1991 se creó la Corte Constitucional que entró en funciones el 17 de febrero de 1992. El artículo 241 de la Constitución Política de 1991 dice que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, “en los estrictos y precisos términos de este artículo”.

Este artículo le otorga a la Corte las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación.
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, solo por vicios de procedimiento en su formación.
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos solo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.
6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
8. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.
9. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.
10. Darse su propio reglamento.

Como se ha visto, el artículo 241 adopta el principio de la supremacía constitucional. La Constitución la concibe en el artículo 4º como “norma de normas”. Esto convierte a la Constitución en fuente de derecho y le otorga eficacia directa por lo cual los jueces pueden aplicarla en forma directa.

La Constitución Política de 1991 establece un sistema mixto que tiene estas categorías:

- a) Control por vía de acción pública. Es ejercido por las personas naturales nacionales que gozan de ciudadanía. Además, es posible que los servidores públicos ejerzan dicha acción. Las personas jurídicas no pueden solicitar la declaratoria de inexecutable (Sentencia C-275 de 20 de junio de 1996, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo).
- b) Control por vía de excepción o incidental. Este control difuso está consagrado en el artículo 4º de la Constitución Política que dice: “En todo caso de

incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

- c) Control por vicios de procedimiento para la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Carta (Constitución Política, artículo 241, numeral 2º), como también respecto a los referendos sobre leyes, consultas populares y plebiscitos del orden nacional (Constitución Política, artículo 241, numeral 3º).
- d) Control sobre los decretos legislativos expedidos con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.
- e) Control sobre los proyectos de leyes estatutarias (artículo 153 de la Constitución Política).
- f) Control sobre los proyectos de ley objetados por el Presidente de la República (artículo 167 de la Constitución Política).
- g) Control sobre los tratados internacionales y las leyes que los aprueben.

El control de constitucionalidad es también ejercido por la jurisdicción contencioso administrativa. El artículo 237, ordinal 2º de la Constitución establece como competencia del Consejo de Estado: “Conocer de las acciones de inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”.

Igual competencia la cumplen los tribunales administrativos a nivel departamental y municipal (Ley 270 de 1996, artículo 49).

El régimen procedimental de los procesos ante la Corte Constitucional (Decreto 2067 de 1991).

Conclusiones

1. La tendencia actual es hacia la creación de tribunales constitucionales y consolidación de los existentes. No hay precedente reciente de supresión de tribunales de este tipo. La razón reside en que en el Estado constitucional democrático y social existen diversos mecanismos para asegurar la supremacía de la constitución y el principal es el control constitucional. La tendencia hacia el incremento de los tribunales constitucionales puede observarse en lo sucedido en Europa del Este y en Latinoamérica.

Norbert Losing,⁴⁸ después de estudiar los sistemas de jurisdicción constitucional en Latinoamérica concluye:

A pesar de los retrocesos (aun de aquellos que todavía se pueden esperar) el desarrollo de la jurisdicción constitucional en Latinoamérica se puede evaluar por completo como positiva. Es parte básica en el proceso de promoción del orden constitucional, sin embargo no se puede convertir por sí sola en piedra angular. La tendencia que se percibe en algunos países es la del desarrollo de tribunales constitucionales (o Salas Constitucionales) que remplacen o que por lo menos corrijan regularmente los procedimientos que se llevan ante los tribunales ordinarios. Esta situación es soportable solo de manera provisional, hasta que las reformas necesarias de la jurisdicción ordinaria se lleven a cabo y den sus primeros frutos. Hasta ahora la jurisdicción constitucional y los derechos constitucionales que le pertenecen, han sido el eje y centro del desarrollo del orden constitucional. A quienes se oponen a una jurisdicción constitucional fuerte se les argumenta que ésta es un poder que solo actúa a través de la palabra y que no le ha costado la vida a ningún ciudadano, pero que sin embargo si ha protegido a algunos frente a graves violaciones de los derechos.

2. El Control jurisdiccional es inseparable del concepto de Constitución si se pretende que ésta se realice como norma y no en forma únicamente programática.
3. El sistema europeo de control constitucional ideado por Kelsen ha sido adoptado por la mayoría de las constituciones vigentes en dicho continente. Si bien las funciones de los tribunales constitucionales son diferentes, hay uniformidad en que siempre exista un órgano *ad hoc*, diferente de la jurisdicción ordinaria, que conforma una jurisdicción especial a la cual se le atribuye el control constitucional de las leyes.

Desde luego que existen sistemas distintos de control constitucional (difuso, concentrado, mixto), pero la tendencia es la creación de un órgano especializado que es el de los tribunales constitucionales.

⁴⁸ Norbert Losing, *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Madrid, Konrad Adenauer y Dykinson S L, 2002, p. 444.

4. La existencia de los tribunales constitucionales supone necesariamente la fuerza normativa obligatoria de la Constitución como norma fundamental y suprema.

Al respecto Marc Carrillo sostiene en el prólogo al libro de Favoreu sobre los tribunales constitucionales:

La consolidación de justicia constitucional ha exacerbado la fuerza normativa de la Constitución. Su exigibilidad jurídica ante jueces y tribunales constituye uno de los presupuestos básicos del Estado democrático. Así mismo, la llamada juridificación de la vida política y del conflicto social latente encuentra en los tribunales constitucionales un instrumento esencial, aunque no exclusivo, de garantía del respeto a la Constitución de los poderes públicos y también de los particulares.

5. Los tribunales constitucionales son los intérpretes máximos de la Constitución. La interpretación constitucional de estos tribunales ha servido para la adecuación de la ley a las circunstancias de cada caso. El tribunal constitucional tiene la función, según García-Pelayo, de “interpretar y custodiar la línea divisoria entre el poder constituyente, objetivado en el texto constitucional y los poderes constituidos”.
6. La importancia de los tribunales constitucionales reside en que son órganos de defensa de la supremacía a integridad de la Constitución, y de los derechos fundamentales de las personas. Así mismo, son órganos de defensa de la democracia, del sistema de división de poderes, y de los principios y valores del Estado constitucional.
7. Los tribunales constitucionales representan el cambio del constitucionalismo liberal por el constitucionalismo democrático y social adoptado en nuestra Constitución de 1991.
8. La necesidad de un órgano independiente con función de control constitucional ha sido percibida desde Kelsen como condición inherente a la supremacía, integridad y obligatoriedad de la Constitución que está establecida en nuestra Constitución en el artículo 4º.

9. El control constitucional, sea el *judicial review* norteamericano, o el control constitucional especializado y concentrado europeo, o el sistema mixto como el colombiano, ha sido beneficioso para el Estado de derecho democrático y social.
10. Los tribunales constitucionales, a través del recurso de amparo y otras acciones constitucionales, han sido los principales defensores de los derechos fundamentales de las personas. Por esta razón, Mauro Cappelletti⁴⁹ define la justicia constitucional como la jurisdicción de la libertad. Los tribunales constitucionales defienden los derechos fundamentales por medio de la interpretación y defensa de la supremacía de la Constitución, incluso frente al legislador. Los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal aceptados en los tratados sobre derechos humanos, vinculan en forma directa a todos los poderes, su naturaleza deriva de los valores superiores y de la dignidad de la persona humana, y tienen un efecto expansivo de modo que todo el ordenamiento jurídico debe ser interpretado en función de ellos.
11. La justicia constitucional es un poder de cierre del propio sistema que asegura la supremacía de la Constitución.
12. Los tribunales constitucionales han creado conciencia constitucional en la población; han producido una interpretación constitucional uniforme; han garantizado la protección de los derechos fundamentales de las personas a través del recurso de amparo y de otras acciones constitucionales; han preservado la división de poderes; han controlado los poderes públicos y han significado un instrumento importante para la preservación del sistema democrático.
13. Los tribunales constitucionales aplican las normas constitucionales que no se consideran hoy como normas programáticas sino que tienen carácter obligatorio. Es decir, que en la Constitución son normas obligatorias el preámbulo, los principios y valores constitucionales, y la totalidad de reglas constitucionales.

⁴⁹ Mauro Cappelletti: "El tribunal constitucional en el sistema política italiano: sus relaciones con el ordenamiento política europeo", en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 4, 1982.

14. Por último, los tribunales constitucionales son esenciales para la existencia del Estado social de derecho. Además, son necesarios e importantes para el cumplimiento de los principios y fines del Estado y como un control de los poderes públicos que es altamente beneficioso para la preservación y fortalecimiento de la democracia. Por esta razón ha podido decir Van Der Meersch⁵⁰ que “no existe Estado de Derecho sin Tribunal Constitucional”. En el mismo sentido Pedro José González- Trevijano Sánchez⁵¹ afirma que: “La Constitución vive y transpira a través de la justicia constitucional”.

Para terminar, los tribunales constitucionales deben observar la más absoluta imparcialidad, y decidir siempre con criterio jurídico, pero tomando en cuenta la realidad constitucional, y aceptar la crítica democrática. Nos parece que Francisco Tomás y Valente⁵² acertó al decir lo siguiente:

El Tribunal no debe obsesionarse nunca por el eco de sus resoluciones. Ni ha de buscar el aplauso ni ha de huir de la censura, porque en una sociedad democrática dotada de las libertades que el propio Tribunal ampara, siempre habrá, en cada caso, ante cada sentencia no rutinaria, aplausos y censuras, sea cual sea la intensidad relativa de unos y otras y sean quienes sean en cada ocasión los conformes y los disconformes.

⁵⁰ W.J Ganshof Van Der Meersch, prefacio, en: J Velu, *Droit public*, tomo 1, Bruselas, Bruylant, 1986.

⁵¹ Pedro José González y Trevijano Sánchez, *El tribunal constitucional*, Aranzadi, 2000, p. 45.

⁵² Francisco Tomás y Valente, *op. cit.*, p. 19.

El control de constitucionalidad¹

Introducción

El presente trabajo trata de hacer un análisis del control de constitucionalidad, que es una de las características del constitucionalismo moderno.

Hay que poner de presente que del legalismo ideológico, en que la fuente suprema del derecho era la ley, como expresión de la voluntad soberana, se ha pasado al constitucionalismo moderno, en que la fuente principal y primera del ordenamiento jurídico es la Constitución.

El control de constitucionalidad de la ley se orienta a la formulación de un juicio de compatibilidad entre una norma inferior y otra norma superior, sea realizado por los jueces ordinarios —como en el sistema norteamericano—, o por tribunales constitucionales —como en el sistema europeo—.

En este trabajo se analiza, en primer lugar, la defensa de la Constitución por la vía del control constitucional. Para estos efectos se precisa el significado de control constitucional de la ley, luego se hace referencia a los presupuestos ideológicos del control y la existencia de éste como garantía de la supremacía constitucional.

Luego se indagan los antecedentes remotos del control de constitucionalidad. Con esta referencia se hace un resumen del control de constitucionalidad en los Estados Unidos de América.

Se realiza un bosquejo de los sistemas del control de constitucionalidad: el concentrado y el difuso, haciendo énfasis en las características de cada uno de los sistemas.

Se entra luego al análisis del control constitucional en Colombia: desarrollo histórico y lineamientos generales del sistema adoptado en la Constitución Política de 1991.

¹ Este ensayo fue publicado en el *liber amicorum* en homenaje al profesor emérito de la Universidad del Rosario, el destacado jurista doctor Alirio Gómez Lobo (Bogotá, Universidad del Rosario, pp. 44-87).

Igualmente, se pasa revista a la jurisdicción constitucional en Latinoamérica para entender el contexto actual del control de constitucionalidad. Por último, se deducen las conclusiones del trabajo realizado.

1. La defensa de la constitución por la vía del control jurisdiccional

1.1. Significados del control de constitucionalidad de la ley

Hay varios sentidos de la expresión “control de la ley”. Según Luis Prieto Sanchís,² en sentido amplísimo “el control de la ley comprende cualquier género de procedimiento que limite el arbitrio del Derecho positivo y, más concretamente, del legislador a la luz de una normatividad superior, sea moral o jurídica”.

En sentido amplio más estricto “cabe hablar de control de la ley para referirse a la intervención de instancias políticas ajenas al legislador en el proceso de formación de la norma, como puede ser la exigencia de referendo o la posibilidad de veto por parte del Jefe de Estado, la consulta popular, etc.”.

En sentido aún más estricto, el control de la ley:

Es aquel que se orienta a la formulación de un juicio de compatibilidad entre una norma inferior y otra norma superior, excluyendo, al menos en principio, el control político o de oportunidad; y que, en virtud de ello, es encomendado a sujetos ajenos al proceso de elaboración de las leyes, cuya actuación se realiza siempre sobre un texto acabado. En suma, el control de la ley es el control jurisdiccional de la ley, ya sea realizado por los jueces ordinarios, como en el modelo norteamericano, ya por un órgano especial como en el sistema europeo.

Es en este último sentido jurídico que se entiende el control en este análisis.

La doctrina también trata el tema del control de constitucionalidad dentro de las garantías que la Constitución se da a sí misma, a fin de asegurar su

² Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 31-32.

primacía sobre las demás normas del ordenamiento jurídico. El tratadista Javier Pérez Royo³ dice que las garantías constitucionales son dos: la reforma de la Constitución y el control de constitucionalidad de la ley. Considera Pérez Royo que a través de ellas la Constitución se afirma como norma jurídica. Sin ellas, explica, “el Derecho Constitucional tiene que ser un Derecho del “principio de legalidad”, pero no puede ser un Derecho del “principio de constitucionalidad”.

1.2. Presupuestos ideológicos del control de constitucionalidad

La doctrina está acorde en que hay presupuestos ideológicos que sustentan el control de constitucionalidad. Prieto Sanchís⁴ considera que en la justicia constitucional subyace la concepción iusnaturalista. Afirma:

La negación del positivismo o, si se prefiere, una renovada afirmación de fe iusnaturalista estaría en la base de nuestro modelo de Constitución y de justicia constitucional, no ya como semilla ideológica o programa de política jurídica, sino como realidad operativa y actuante en el seno del propio Derecho positivo, y de necesaria consideración para la plena comprensión del mismo.

Este autor cita a O. Bachof⁵ que explicaba así la fórmula de la entonces República Federal alemana:

La eficacia práctica del sistema no es sólo el fruto de un buen diseño técnico querido por la voluntad del constituyente, sino que reposa en un orden de valores que no ha sido creado por la Constitución, sino que ésta se limita a reconocerlo y garantizarlo; también la Constitución de Weimar incorporaba derechos fundamentales, pero lo hacía desde la estrechez de miras del positivismo jurídico, no como ahora, en que los derechos derivan de ese “orden de valores que en sus últimos caracteres es preestatal y, por lo tanto, independientes del arbitrio del Estado”.

³ Javier Pérez Royo, *Curso de derecho constitucional*, 7ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 153 y ss.

⁴ Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 21.

⁵ O. Bachof, *Jueces y Constitución*, R. Bercovitz (trad.), Madrid, Taurus, 1963, p. 28.

Como lo dice Prieto Sanchís⁶ “La idea de que los jueces, o algunos jueces, deban controlar la constitucionalidad de las leyes es sólo la última etapa de todo un proceso cultural a favor de la limitación del poder político a partir de la Constitución, es decir, de una norma positiva que se postula como superior a la ley”.

El control de constitucionalidad es expresión del constitucionalismo moderno, pues actualmente está superado el dogma de la supremacía del legislador que carece de límites.

Al respecto expresa Luigi Ferrajoli que⁷ “el constitucionalismo corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico”. Si la primera revolución se expresó en la omnipotencia del legislador, esta segunda se basa en el “principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial). O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y derechos”. Una de sus consecuencias es que “la jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional”.

Ha habido un cambio. Cuando la ley era la expresión de la voluntad soberana era la fuente suprema e indiscutible del derecho y sobre ella no cabía control alguno.

Sin entrar en la polémica de si el constitucionalismo se sostiene en la concepción iusnaturalista como creemos, o en el positivismo, es indudable que la fuente primera y esencial del derecho no es la ley sino la Constitución; que la teoría de la norma jurídica se ha ampliado para comprender la existencia de principios y valores; que la teoría de la interpretación supone nuevos conceptos como la razonabilidad, la proporcionalidad, la ponderación de derechos, lo que supone no un criterio mecanicista ni de subsunción, sino uno más amplio, dado el carácter abierto de las normas y principios constitucionales.

El constitucionalismo moderno concibe la Constitución como dotada, no solo de normas sino de principios, valores, derechos y directrices sustanciales

⁶ Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 32.

⁷ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales, debate con L. Bacelli, M. Bovero, R. Guastini y otros*, (edición de A. De Cabo y G. Pisarello), Madrid, Trotta, 2001, p. 52.

dirigidas al legislador, además de inspirarse en la justicia. Todo lo anterior permite concluir que el control de constitucionalidad es una de las características del constitucionalismo moderno.

Según Sanchís⁸ las características del moderno constitucionalismo son las siguientes: a) Carácter normativo y por ende vinculante de la Constitución; b) supremacía o superioridad jerárquica de la Constitución en el sistema de fuentes; c) eficacia o aplicación directa de la Constitución; d) contenido normativo que está formado por principios, derechos, directrices, más o menos precisos, pero que, siempre que resulten relevantes, están llamados a su aplicación a casos concretos; e) rigidez constitucional; y, f) garantía judicial dentro de la cual se inscribe el control constitucional.

Además, la doctrina moderna ha puesto de relieve la conexión necesaria entre los tribunales constitucionales y la democracia deliberativa.⁹ Como lo expresa Pedro José González-Trevijano Sánchez,¹⁰ refiriéndose a la Constitución española de 1978, y que es aplicable al derecho colombiano: “La justicia constitucional aparece como un mecanismo jurisdiccional indispensable para la propia democracia. Si para nosotros sólo es Constitución, en sentido estricto, la Constitución democrática, de suerte que ésta se conforma como un principio general básico de nuestro régimen constitucional, la justicia constitucional vela por ella, asegurando su protección, frente a desvirtuaciones indebidas”.

1.3. El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía constitucional

El control de constitucionalidad es uno de los mecanismos de defensa de la Constitución. La existencia de una Constitución, como norma suprema, reclama como

⁸ Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 126.

⁹ J. H. Ely, *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Cambridge (Mass), Harvard University Press; Igualmente, Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, introducción y traducción de la 4ª edición alemana de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2001, pp. 348 y ss.

¹⁰ Pedro José González-Trevijano Sánchez, *El tribunal constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2000, p. 43.

corolario necesario la garantía jurisdiccional. Como lo afirma Prieto Sanchís:¹¹ “Si la Constitución es una norma jurídica que impone derechos y obligaciones, parece del todo indispensable un sistema efectivo de tutela jurisdiccional, de modo no muy distinto a como nos parece indispensable en relación con el resto de las leyes”.

La defensa de la constitución por vía de recurso tuvo su primera manifestación en el régimen de Estados Unidos; sin embargo, como vamos a ver, existen antecedentes remotos que es necesario conocer. Si bien no existía una norma en la Constitución de Estados Unidos que hablara de inconstitucionalidad de las leyes, sin embargo esta teoría se concretó a partir del famoso caso *Marbury vs. Madison*. En Colombia, si bien el control constitucional data de 1910, como veremos, hay antecedentes varios empezando por la Constitución de Cundinamarca de 1811.

El control constitucional tiene distintas características en Europa y en América. Según Jorge Reinado A. Vanossi,¹² en Europa:

Si la voluntad general tenía su expresión por medio de un órgano que era el Parlamento, en el cual estaba representada primera y básicamente la soberanía nacional —todavía no se hablaba de soberanía del pueblo, pero la soberanía de la Nación tenía un significado muy profundo para los revolucionarios del 89 y sus continuadores—, era absolutamente inadmisibles que alguien que no era un magistrado elegido por el pueblo, tuviera poder suficiente como para impedir la aplicación de esa expresión misma de la soberanía popular que era la ley. La ley, entonces, como producto de esa voluntad general expresada en el Parlamento, no podía ser enervada en su aplicación por un burócrata. El juez era simplemente un burócrata designado administrativamente, que de ninguna manera podía incursionar en el tema de la legitimidad de las normas o de su validez constitucional. El juez era simplemente lo que acabamos de decir, y la concepción sobre el papel de los jueces era reducida y de carácter pesimista en cuanto al alcance de sus poderes.

¹¹ Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 155.

¹² Jorge Reinado A. Vanossi, *Teoría constitucional*, tomo 2, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 103.

La concepción norteamericana, que ha tenido enorme influencia en Colombia, es diferente. El origen del control constitucional en Estados Unidos, como lo dice el profesor Vanossi:¹³

Estuvo rodeado desde un comienzo por factores políticos que lo condicionaron y lo determinaron. Evidentemente, fue una pieza ideada por el ingenio de algunos de los estadistas norteamericanos para tratar de asegurar cierto equilibrio o imponer cierto límite a eventuales desbordes en que pudiera incurrirse en virtud de un sistema democrático y representativo como el que se había creado en la Constitución de Filadelfia.

Por esta razón es necesario conocer el sistema europeo y el sistema americano de control constitucional, así como las distintas variantes de control que existen.

Todos estos sistemas que conoce el derecho comparado son una forma de hacer efectiva la supremacía y el valor normativo de la Constitución.

Cualquier sistema de control de constitucionalidad implica el problema de la titularidad de ese enorme poder y la pregunta más difícil de ¿quién controla al control? La mayoría de las constituciones actuales han depositado el control de constitucionalidad en manos de un tribunal constitucional o de una sala constitucional dentro de la Corte Suprema de Justicia.

A favor de la atribución constitucional del control de constitucionalidad se encuentran, no sólo Hamilton y Marshall, sino el creador Hans Kelsen, mediante el establecimiento de la primera corte constitucional en la constitución republicana de Austria, que luego adoptaron las constituciones de Italia (1948) y de Alemania Occidental (1949). Así, surgen las dos principales modalidades de control de constitucionalidad: sistema difuso (norteamericano) y sistema concentrado (europeo).¹⁴

¹³ *Ibid.*, p. 106.

¹⁴ Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1966, pp. 34 y ss.

La necesidad de un órgano independiente que ejerza el control fue puesta de presente por Hans Kelsen¹⁵ cuando afirmó, en su famoso ensayo de 1928 sobre la jurisdicción constitucional: “Una constitución a la que le falta la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en su sentido técnico”; agregó: “Esta garantía no existe sino cuando la anulación del acto irregular es pronunciado inmediatamente por un órgano completamente diferente a independiente de aquel que ha realizado el acto irregular”.

Dada la importancia del control constitucional en el derecho constitucional moderno, consideramos necesario indagar el origen del control y los sistemas de control, para luego hacer un breve recorrido por la evolución histórica, la naturaleza y las características del control de constitucionalidad en Colombia.

2. Origen del control de constitucionalidad

2.1. Antecedentes remotos del control constitucional

Como antecedentes remotos se pueden mencionar la Carta Magna de 1215, la Petición de Derechos de 1628, la Ley de Habeas Corpus de 1679, el *Bill of Rights* de 1688, que fueron el origen del constitucionalismo. Estos instrumentos tuvieron como objeto poner al gobierno por debajo de la ley.

J. Otis¹⁶ aún basaba sus reclamaciones en que el Parlamento británico había desconocido sus propios límites, recordando que los jueces de Inglaterra “han sostenido de modo expreso que los actos del Parlamento contrarios a la equidad natural deben tenerse por nulos”.

El fruto de esta evolución del constitucionalismo inglés fue el *rule of law*, o sea la supremacía o gobierno de la ley, teoría que fue esbozada por A.V. Dicey en 1885, en su célebre *Introduction to the study of the law of the Constitution*.¹⁷

¹⁵ Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1, 1974, p. 510.

¹⁶ James Otis, “The rights of the british colonies asserted and proved” (1764), en: B. Bailyn, *Pamphlets of the American Revolution*, Cambridge (Mass) Harvard University Press, 1965, vol. 1, p. 476.

¹⁷ A.V. Dicey, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, Liberty classic edition, reimpresión de la 8ª ed. de Mc Millan Press, 1915, Indianapolis, 1982, pp. 107 y ss.

2.2. El control constitucional en los Estados Unidos de América

Como antecedentes del control de constitucionalidad o *judicial review* en el derecho angloamericano se citan dos casos, *Thomas Bonham* (1610), ocurrido en Inglaterra, y *Marbury vs. Madison* (1803).

Thomas Bonham, médico egresado de la Universidad de Cambridge, ejerció la profesión sin la autorización del Real Colegio de Médicos. En 1606 fue citado y se le impuso una multa de cien chelines y se le prohibió bajo pena de prisión ejercer la profesión hasta tanto obtuviera la autorización del Real Colegio. Sin embargo, siguió ejerciendo por lo cual fue condenado a una multa de diez libras, ordenándose su detención. Habiendo sido enviado a prisión, Bonham demandó al Real Colegio por encarcelamiento ilegítimo. El demandado alegó que según un estatuto sancionado bajo Enrique VIII se les permitía ejercer este poder de policía sobre la profesión, autorizándolos, al mismo tiempo, a imponer multas, cuyo monto se dividía entre el Rey y el Colegio. El caso provocó división entre los jueces del *Common Pleas*. Como lo relata Alberto B. Bianchi:¹⁸

[...] mientras uno de ellos, Walmesley, defendía ardientemente la causa del Colegio, Coke lo hizo a favor del doctor Bonham, concurriendo con él los jueces Warburton y Daniel. De los varios argumentos que Coke empleó en la sentencia, uno de ellos es el que más trascendencia ha tenido para el control de constitucionalidad. De acuerdo con los estatutos vigentes, el Colegio percibía la mitad de las multas cobradas; ello, a juicio de Coke, convertía al Colegio en juez y parte de la situación, lo que era contrario al common law, ya que de acuerdo con los principios de éste, nadie puede ser juez de su propio caso. Aparece en nuestros libros —sostuvo Coke— que en muchos casos, el common law controlará a las leyes del Parlamento y en algunos casos juzgará que son totalmente nulas cuando estén en contra de la razón o del derecho o sean de imposible cumplimiento. Coke inauguraba así el control de legitimidad de un estatuto por ser contrario a los principios del common law.

¹⁸ Alberto B. Bianchi, *Control de constitucionalidad*, 2ª ed., tomo 1, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Desalma, 1998.

Sin embargo, esta teoría fue abandonada luego de la Revolución de 1688, por lo cual se sostuvo que una ley del Parlamento no es nula, aunque establezca desigualdades o excesos.

En el capítulo 78 de *El federalista* se expone la argumentación que será la base del *judicial review*. Se afirma que la Constitución es ley suprema y por ende cualquier acto de autoridad que la vulnere o desconozca es nulo. La razón es la siguiente: “Todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante”.

Sólo el mandante puede revocar el mandato, es decir, alterar la Constitución; pero el mandante no es el órgano legislativo, sino el pueblo. Nadie negaría, dice Hamilton, “el principio fundamental del gobierno republicano, que reconoce el derecho del pueblo a alterar o abolir la Constitución en vigor, sin embargo, no sería legítimo deducir de este principio que los representantes del pueblo estarían autorizados por esa circunstancia para violar las prevenciones de la Constitución vigente. Mientras el pueblo no haya anulado o cambiado la forma establecida, por medio de un acto solemne y legalmente autorizado, seguirá obligándolo tanto individual como colectivamente”.¹⁹ Por tanto, la función de control corresponde a los jueces.

Según García Enterría²⁰ la formulación norteamericana de la jurisdicción constitucional se fundamenta en los siguientes principios:

- a) La construcción puritana y laica del derecho natural que, elaborada por Locke (1632-1674), concibe éste como *lex legum*, a la par que *lex inmutabile*.
- b) En la consagración solemne y formal de este derecho fundamental, del *fundamental law*, cuya referencia histórica inmediata se encontraba en los pactos o *covenants* de las primeras colonias americanas frente a la metrópoli (Cotton, Winthrop, Williams, Penn y Wise, entre otros); origen asimismo,

¹⁹ *El Federalista*, p. 334. Cita de Luis Prieto Sanchís, *op. cit.*, pp. 49-50.

²⁰ E. García de Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed., reimpresión, Madrid, Civitas, 1994, pp. 123 y ss.

frente a la concepción francesa, de una noción propia de poder constituyente, como poder creador de la Constitución.

- c) En la naturaleza del *common law*, entendido como la doctrina emanada de los órganos jurisdiccionales.

El caso *Marbury vs. Madison* de 1803 constituye el antecedente más importante del control de constitucionalidad.

Los antecedentes de este caso fueron los siguientes, según la narración de Bianchi:²¹

En 1801 finalizaba el mandato del presidente John Adams, federalista, cuyo partido había perdido las elecciones frente a Thomas Jefferson. Adams, entonces, decidió antes de la transferencia de mandato fortificar la posición de su partido, que también había quedado en minoría en el Congreso, mediante la creación de nuevos cargos judiciales en los que colocaría conspicuos federalistas. Fue así como el Congreso, antes del ingreso de la mayoría republicana sancionó el 13 de febrero de 1801 la Circuit Court Act, por medio de la cual dispuso la creación de 16 cargos de jueces federales de circuito. Los cargos, naturalmente, serían cubiertos por partidarios federalistas. Esta ley provocó indignación entre las filas republicanas, pues había sido sancionada en las dos últimas semanas del mandato de Adams. Asimismo, muchos nombramientos se hicieron en la medianoche del día en que expiraba el mandato; por ello los partidarios de Jefferson llamaron “jueces de medianoche” (midnight judges) a los designados en ese momento.

En segundo lugar, casi sobre los últimos días de su mandato, el 27 de febrero de 1801, Adams logró la sanción de la Organic Act of the District of Columbia, que dispuso la creación de 42 cargos de jueces de paz para dicho distrito. El 2 de marzo fueron designados esos jueces y al día siguiente, el último del período de Adams, el Senado proveyó los acuerdos, pero no llegaron a comunicarse todos los nombramientos, tarea que estaba a cargo de John Marshall, Secretario de Estado de Adams [...] Asumida por Jefferson la presidencia, los nombrados, entonces, se presentaron ante James Madison, nuevo Secretario de

²¹ Bianchi, *op. cit.*, tomo 1, pp. 76-78.

Estado, reclamando la notificación de su nombramiento. Frente a la negativa de Madison, acudieron a la Corte Suprema, en instancia originaria, reclamando que ésta emitiera, de acuerdo con lo previsto en la Sección 13 de la Ley de Organización Judicial de 1789 (*Judiciary Act of 1789*) un “Writ of mandamus” que ordenara la notificación. La sentencia de 24 de febrero de 1803, elaborada por el presidente de la Corte, John Marshall, ha sido el punto de partida de toda la teoría norteamericana del control de constitucionalidad.

Marshall dividió su sentencia formulándose tres preguntas: a) ¿Tiene el solicitante derecho al nombramiento que demanda? b) Si lo tiene y si ese derecho ha sido violado, ¿proveen las leyes del país un remedio a esa violación? y c) si lo proveen, ¿es dicho remedio un mandamiento que esta Corte debe emitir?

Las dos preguntas se respondieron afirmativamente; la tercera, en forma negativa. En cuanto a la tercera pregunta se dividió en dos sub-cuestiones: 1) el análisis de la medida que se solicita, y 2) si tal medida puede, en todo caso, ser emitida por la Corte.

La Corte, en cuanto a lo primero llegó a la conclusión de que lo que efectivamente correspondía para lograr el nombramiento que Marbury solicitaba era la emisión de un *writ of mandamus*. El problema se suscitó con la pregunta: ¿podía la Corte, finalmente, emitir ese mandamiento?

La Corte encontró que no tenía competencia, según la ley de organización judicial de 1789, para emitir órdenes directas de ejecución de conductas a funcionarios públicos. Como llegó a la conclusión de que la Sección 13 de la *Judiciary Act* de 1789 era contraria a la Constitución, Marshall advierte:

[...] o la Constitución es ley suprema, inalterada por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca.

[...] todos aquellos que han elaborado constituciones escritas las consideran ley fundamental y suprema de la Nación, y, consecuentemente, la teoría de cualquier de cualquier gobierno de este tipo debe ser que una ley repugnante a la Constitución es nula.

Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad

exponer e interpretar esta norma. Si dos leyes entran en conflicto entre sí, el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo, cuando una ley está en conflicto con la Constitución, y ambas son aplicables a un caso, de manera que la Corte debe decidir conforme a la ley, desechando a la Constitución, o conforme a la Constitución desechando la ley, cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución, y no la ley, la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren.

Quienes niegan el principio de que la Corte debe considerar la Constitución como la ley suprema, se ven reducidos a la necesidad de sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la Constitución y mirar sólo a la ley. Esta doctrina subvertiría los fundamentos mismos de toda Constitución escrita. Equivaldría a declarar que una ley totalmente nula conforme a los principios y teorías de nuestro gobierno es, en la práctica, completamente obligatoria. Significaría sostener que si el Congreso actúa de un modo que le está expresamente prohibido la ley así sancionada sería, no obstante tal prohibición, eficaz. Estaría confiriendo práctica y realmente al Congreso una omnipotencia total con el mismo aliento con el cual profesa la restricción de sus poderes dentro de límites estrechos. Equivaldría a establecer al mismo tiempo los límites y el poder de transgredirlos a discreción.

La Corte Suprema falló en contra de *Marbury*, afirmando que no podía constitucionalmente oír un caso dentro de la competencia originaria del tribunal. La Corte sostuvo que a pesar de que la *Judiciary Act* de 1789 autorizaba la jurisdicción esta norma era inconstitucional porque el Congreso no podía ampliar la jurisdicción originaria más allá de las situaciones enumeradas en la misma Constitución.

En *Marbury* quedó establecido el poder de los jueces para revisar la constitucionalidad de las leyes federales. Pocos años después, se extendió para revisar por la Corte Suprema la constitucionalidad de las leyes estatales. En efecto, en *Fletcher vs. Peck* fue declarada inconstitucional una ley de Georgia por ser violatoria de la cláusula contractual de la Constitución. Asimismo, en los

casos *Martin vs. Hunter's Lessee* y *Cohens vs. Virginia*, se instituyó la autoridad de la Corte para revisar las decisiones de los tribunales de los estados.

El caso *Marbury vs. Madison* condujo en Estados Unidos al establecimiento del “control difuso”, en virtud del cual son los jueces los encargados de ejercer el control constitucional, sin perjuicio de su ejercicio final por parte de la Corte Suprema.

Se puede decir que el sistema norteamericano de control constitucional se fundamenta en el principio de la supremacía constitucional y en la posición neutral del juez, como garante de la tutela de los derechos de las personas.

Los jueces y tribunales norteamericanos enjuician la constitucionalidad de las leyes en cualquier proceso en que se les presente, sin tener que crear un tribunal constitucional y sin un procedimiento específico de control de constitucionalidad.

En conclusión, el control de constitucionalidad en Estados Unidos es un control judicial, difuso, sólo tiene lugar por vía incidental, los efectos se producen para el caso juzgado y la sentencia es declarativa con efectos *ex tunc*; sin embargo, cuando a través de los recursos una ley es declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo, equivale a la derogación y ningún tribunal la continúa aplicando en virtud del principio del *stare decisis*.

3. Sistemas de control de constitucionalidad

Existen diversos sistemas de control constitucional. En general, existe el control concentrado europeo, el control constitucional difuso norteamericano, y sistemas de control mixtos.

3.1. Sistema europeo

3.1.1. Razones de la no existencia del control constitucional en Europa

El control constitucional de las leyes no cristalizó en Europa por las siguientes razones jurídicas expuestas por Pedro José González-Trevijano Sánchez:²²

²² Pedro José González-Trevijano Sánchez, *El tribunal constitucional*, Navarra, Arandi, 2000, p. 25

Primero, un entendimiento rígido del principio de separación de poderes, que imposibilitaba una injerencia de tal gravedad en la función fundamental del Parlamento, esto es, la potestad legislativa; especialmente si se piensa que los órganos jurisdiccionales eran designados directa o indirectamente por el Rey, al tiempo que disfrutaban en la configuración doctrinal de Montesquieu de un relieve muy secundario, al ser definidos como “la boca muda que pronunciaba las palabras de la ley”; segundo, el desmedido culto al texto escrito de las normas y, en especial, a las leyes dictadas por el Parlamento, en una época presidida por la preponderancia de la llamada Escuela Exegética, con formulaciones tan expresivas como la de Bugnet, “yo no enseñé Derecho Civil, sino Código Civil”; tercero, la confianza es ilimitada en la racionalidad de la ley, máximo reflejo de la superioridad de la razón humana; la convicción casi religiosa, en la bondad absoluta de la “volonté générale”; y cuarto, la exaltación del principio de la soberanía parlamentaria, que hacía imposible cualquier intento de controlar y valorar la adecuación de las leyes por otros órganos ajenos a la misma institución parlamentaria.

En cuanto a las causas políticas recuerda García de Enterría,²⁵ la desvalorización profunda que sufre el concepto de Constitución a raíz de la Restauración. Así, mientras que desde la derecha se consagra el principio monárquico, con la consiguiente pérdida de supremacía de la Constitución que cede frente al Rey, presentado además como un poder preconstitucional, en la izquierda, se pasa a centrar la atención no en el texto de la Constitución, sino al sustrato de relaciones de poder que se encuentran por debajo de ella con su consiguiente desjuridificación.

Sin embargo, en los últimos años del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX aparecen factores favorables al control judicial como la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, donde además de formularse un catálogo de derechos y libertades naturales e imprescriptibles (artículo 2), se afirma: “Toda sociedad en la que no se reconocen los derechos fundamentales ni se asegura el principio de separación de poderes no tiene Constitución” (artículo 16).

²⁵ García de Enterría, *op. cit.*, p. 130.

El primer país europeo en organizar un sistema de control constitucional fue Suiza, que en la Constitución de 1874 asignó al Tribunal Federal el control constitucional de las normas de los cantones (artículos 113.3 y 114 *bis*), pero no tenían control las leyes de la federación.

Hay que mencionar la Constitución alemana de 1871 (artículo 2) en que se expresaba la primacía del derecho del *Reich* frente al de los *Länder*, lo que habilitaba a los órganos jurisdiccionales a enjuiciar las leyes de aquéllos, aunque no las de la federación.

Igualmente, se debe citar la Constitución de Weimar de 1919 (artículo 13). Se publicó la Ley del 8 de abril de 1926, que estipulaba la existencia de un tribunal específico del *Reich*, *Reichsgerecht*, que conocía de un recurso directo sobre la constitucionalidad de las leyes de los *Länder*, declarando su nulidad en caso de contradicción, y otorgando a sus sentencias efectos *erga omnes*.²⁴

En Francia, hay que hacer referencia al artículo 27 del título VIII de la Constitución girondina de 1793, que establecía el derecho de censura “sobre toda ley y en general sobre todo acto de legislación contrario a la Constitución”. El procedimiento, según lo resume Luis Prieto Sanchís,²⁵ “podía ser instado por un solo ciudadano y, tras un complejo mecanismo de votaciones y ratificaciones, desembocaba en un requerimiento al cuerpo legislativo a fin de que modificase la ley cuestionada. Si éste rechazaba la petición y las asambleas primarias insistían en sus objeciones, se disolvía el parlamento, procediéndose a nuevas elecciones; si, por el contrario, la asumía y acordaba reformar la ley, aún cabía que el asunto fuese sometido a *referéndum* si lo solicitaban la mayoría de las asambleas primarias. Una solución semejante se arbitraba para la reforma “incidental” de la Constitución, dado que ésta, como se ha indicado, preveía su revisión obligatoria cada veinte años”. No existía control judicial. Se prohibía a los jueces, no ya suspender la ejecución de una ley, sino incluso interpretarla (título X, sección 1, artículo 6).

²⁴ González-Trevijano Sánchez, *op. cit.*, p. 27; J. Acosta Sánchez, *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 236 y ss; J. M López Ulla, *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 39 y ss. y Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 49 y ss.

²⁵ Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 59.

Antes, la ley de 16-24 de agosto de 1790 había prohibido que los tribunales interviniesen “directa o indirectamente en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir o suspender la ejecución de las leyes”, lo que se completó con la incorporación a la Constitución de 1791 del *référé législatif*, que confería a la propia Asamblea la facultad última de interpretación de las leyes.²⁶

Como excepción, se cita el proyecto de un *jury* o de una *jurie constitutionnaire*, presentado por E. Sieyés, quien expresa la necesidad de un tribunal constitucional con estas palabras: “Una Constitución o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada. Ahora bien, si es un código de leyes obligatorias, resulta preciso preguntarse dónde residirá el guardián, la magistratura de ese código. Todas las leyes, sea cual fuere su naturaleza, suponen la posibilidad de su infracción y, consiguientemente, la necesidad imperiosa de hacerlas obedecer”.

El jurado constitucional propuesto por Sieyés estaba formado por 108 miembros de procedencia parlamentaria, que habían de renovarse anualmente por tercios mediante un sistema de cooptación: los 72 jueces que permanecían en el cargo elegían a los nuevos 36 de entre los legisladores que cesaban en esa misma época del año. Distinguía entre los atentados contra la Constitución imputables a un sujeto responsable, que quedaban de competencia de la jurisdicción ordinaria, y los actos irresponsables que eran las leyes producidas por el órgano legislativo. Legitimados para reclamar estaban el Consejo de los Ancianos y el Consejo de los Quinientos y las minorías parlamentarias.

El Tribunal contaba con otras atribuciones, entre otras la de una de reforma constitucional. Cada diez años el Tribunal debía presentar un cuaderno de proposiciones para la reforma de la Constitución. Este procedimiento seguía en las asambleas primarias y culminaba en el Consejo de Ancianos. Además, la décima parte de este órgano se constituía en tribunal de equidad natural, que tenía competencia para la protección de las libertades en todos aquellos casos en que la ley positiva no hubiese arbitrado medios de tutela.

Sin embargo, la propuesta de Sieyés no prosperó. En la Constitución de 1799 se preveía la creación de un Senado compuesto por ochenta miembros

²⁶ Michel Troper, *La separation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980, pp. 58 y ss.

nombrados por cooptación entre listas propuestas en años sucesivos por el tribunalado, el cuerpo legislativo y el Primer Cónsul, con funciones electorales y de defensa de la Constitución. Podía declarar la nulidad de los actos dictados por el gobierno o el tribunalado, tachados de inconstitucionales.

En la Constitución del II Imperio, en 1852, se reeditó la Constitución del año VIII, al atribuir a un Senado integrado por cardenales, mariscales, almirantes y miembros vitalicios designados por el Presidente, no sólo la oposición a la promulgación de leyes contrarias a la Constitución, a la religión, a la moral, a la libertad de cultos y a la libertad individual, sino también la anulación de los actos inconstitucionales.

Luego, no hay más intentos de justicia constitucional hasta la Constitución de 1946 que instaura un Comité Constitucional presidido por el Presidente de la República. Su competencia radicaba en constatar si una ley votada por la Asamblea Nacional suponía una revisión de la Constitución. Después, la Constitución de 1958, durante la vigente V República, organiza el Consejo Constitucional (título VII). Este órgano realiza el control de constitucionalidad respecto de “leyes orgánicas, antes de su promulgación, y los reglamentos de las Asambleas parlamentarias, antes de ser puestos en vigor”. La legitimación para interponerlo se atribuye al Presidente de la República, al Primer Ministro o al Presidente de la Asamblea Nacional, al Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores (artículo 61).

No hubo proyectos sobre justicia constitucional a lo largo del siglo XIX y buena parte del XX. Esto se debía a la omnipotencia de la ley. La razón de la inexistencia de tribunales constitucionales se debió a la supremacía de la ley. En efecto, la ley era expresión de la voluntad del pueblo, era fuente de las obligaciones, establecía los delitos y las penas, y definía el orden público. La ley establecía la posición del individuo frente al Estado. La consecuencia de esta supremacía era que el verdadero soberano era el parlamento.

Hay que referirse a la República de Austria que con la Constitución de 1920, cuya redacción se debe en parte a Hans Kelsen, estableció un sistema concentrado de control constitucional a cargo de un tribunal constitucional (artículos 137 a 148).

El modelo de Hans Kelsen tuvo en cuenta el fracaso de la justicia constitucional de la República de Weimar, entendida como forma de resolución de conflictos entre órganos estatales, y la concepción antiformalista de la Escuela del Derecho Libre. Sostiene Luis Prieto Sanchís,²⁷ que el diseño de Kelsen

No pierde nunca de vista ni la primacía de la ley, ni las prerrogativas del legislador, ni en suma las virtudes del pluralismo democrático; y de hecho el opúsculo de 1931, en respuesta a Schmitt, es un permanente alegato a favor del Parlamento frente al Jefe de Estado, cuya función de defensor de la Constitución propuesta por Schmitt es el “trasto más viejo” que puede exhumarse del teatro constitucional, pero también un reconocimiento expreso de la dimensión política de la actividad jurisdiccional.

Kelsen concibe el tribunal constitucional como legislador negativo. En el Tribunal, escribe Kelsen:²⁸

[...] está ausente casi por completo la libre creación que caracteriza a la legislación. Mientras que el legislador no está vinculado a la Constitución más que con respecto al procedimiento y solamente de forma excepcional respecto al contenido de las leyes, la actividad del legislador negativo, de la jurisdicción constitucional está, por el contrario, absolutamente determinada por la Constitución [...] se trata principalmente de aplicación y sólo en una débil medida de creación del Derecho.

El tribunal constitucional, según Kelsen, tenía como tarea establecer un juicio de compatibilidad lógica entre la ley y la Constitución, mediante un juicio lógico abstracto y negativo. Se pretendía eliminar la norma incompatible, no crear una norma nueva. El juicio de constitucionalidad no era un juicio de adecuación

²⁷ Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 84.

²⁸ Hans Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional) (1928)”, en: *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, edición de J. Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988, p. 131.

de la norma a la realidad social, sino “un juicio de validez o de compatibilidad de la norma a la Constitución” según Prieto Sanchís.²⁹

Kelsen concibe el ordenamiento jurídico como una pirámide en cuya cúspide se encuentra la Constitución como *norma normarum* que, dada su superioridad jerárquica, le da validez al resto de las normas integrantes del ordenamiento.

Dentro de las medidas para garantizar la supremacía de la Constitución se encuentra el control de constitucionalidad de las leyes, a cargo de un tribunal constitucional que, como se ha dicho, hace las veces de legislador negativo.³⁰

En el caso de Checoslovaquia, la Constitución del 29 de febrero de 1920, recogió el modelo de control constitucional de las leyes, aunque su desarrollo se limitó a una única sentencia, del 7 de noviembre de 1922.

Igualmente, se pueden mencionar dentro del sistema de control europeo, la República alemana de Weimar, la I República de Checoslovaquia (1918-1938), y la II República Española (1931-1939).

Luego, hay que hacer referencia al caso de Italia, cuya Constitución de 1947 encomienda el control constitucional a la Corte Constitucional (artículos 134 a 138).

Asimismo, hay que decir que la Ley Fundamental de Bonn, de 1949, encomienda el control de la Constitución al Tribunal Constitucional Federal (artículos 93 y 94); la Constitución de Francia de 1958 establece el llamado Consejo Constitucional (artículos 56 a 63); la Constitución Española de 1978 (artículos 159 y siguientes) crea el Tribunal Constitucional, y la Constitución de Portugal, en la reforma de 1982, crea también el Tribunal Constitucional.

También, se deben mencionar el Tribunal Constitucional Turco, establecido en la Constitución de 1961, y los tribunales constitucionales creados por las constituciones de Polonia (1985), Hungría (1989), Checoslovaquia, Rumania y Bulgaria (1991).

²⁹ Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 89.

³⁰ Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción de E. García Maníes, 2ª reimpresión, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, pp. 317-318.

El control difuso se encuentra consagrado en Estados Unidos, Canadá y Argentina; el control mixto, con tribunal constitucional, en Perú y Venezuela, y sin tribunal constitucional, en Brasil, Guatemala, Honduras y México.

El control constitucional concentrado se encuentra a cargo de un tribunal constitucional en Bolivia, Chile, Colombia, Guatemala, y Ecuador; a cargo de la Corte Suprema, en Panamá y Uruguay, y a cargo de una sala de la Corte Suprema en Costa Rica, El Salvador y Paraguay.⁵¹

Como puede observarse, los modelos europeo y americano no se dan puros sino que existen sistemas mixtos.

En Europa, no todos los estados siguen el modelo europeo de justicia constitucional porque algunos como Dinamarca, Noruega o Estonia se adaptan al modelo americano, y además, los países que adoptan el modelo europeo se pueden considerar como sistema mixto.⁵² Sin embargo, como lo expresa Luis López Guerra:⁵³

[...] sí es posible afirmar que en los sistemas de justicia constitucional en Europa está mayoritariamente presente una característica definitoria del llamado 'modelo europeo': la atribución de las diversas funciones que integran la justicia constitucional a un órgano específico, el Tribunal Constitucional, distinto y separado de los órganos de la jurisdicción ordinaria.

Según este tratadista ello obedece a varias razones: "a) Que dada la estructuración del poder judicial en varias jurisdicciones, cada una con un órgano o instancia superior, no se debe confiar la defensa de la Constitución a tribunales supremos compuestos por salas separadas y diferenciadas ya que la jurisdicción constitucional exige un órgano especializado"; b) La tradición basada

⁵¹ Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado (directores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997.

⁵² Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, 1987.

⁵³ Luis López Guerra, "La organización y la posición institucional de la justicia constitucional en Europa", en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2004, tomo 1, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, pp. 86 y ss.

“en una cierta desconfianza política hacia el estamento judicial, consistente en separar radicalmente a la judicatura de toda inmisión en decisiones con trascendencia política, tradición representada en el rechazo al llamado “gobierno de los jueces””;⁵⁴ c) En Europa los tribunales supremos aparecen “muy débilmente conectados a cualquier forma de legitimidad democrática, directa o indirecta”.

Según el autor citado, ello se debe al predominio de la carrera judicial que convierte a los jueces en servidores públicos que son ajenos a las preferencias políticas; d) En Europa, los tribunales constitucionales cumplen una función caracterizada por su intervención en situaciones de conflicto entre poderes públicos, lo que se manifiesta en procedimientos de inconstitucionalidad de carácter abstracto. En cambio, en el modelo americano el control constitucional surge en procedimientos incidentales dentro de procesos de defensa de derechos individuales.

El modelo europeo, y en general en todos los países que tienen tribunal constitucional, plantea el que se reúnan en dichos tribunales al tiempo las condiciones de capacidad técnica e independencia, como el respeto de la voluntad del poder constituyente, y una interpretación basada en el respeto de las circunstancias sociales y en el interés general.⁵⁵

3.2. Características del sistema concentrado de control de constitucionalidad

El sistema concentrado de control de constitucionalidad se puede aplicar de modo exclusivo en un Estado, o conjuntamente con el sistema difuso. Este es el modelo ideado por Kelsen. El control judicial que se encomienda al tribunal constitucional es el control directo y abstracto sobre la ley inconstitucional.

Las características de este sistema, según Javier Pérez Royo,⁵⁶ son las siguientes: a) El control se confía a un tribunal constitucional distinto de los tres poderes clásicos del Estado; b) Es un control concentrado por cuanto el tribunal

⁵⁴ *Ibid.*, p. 87.

⁵⁵ Marco Gerardo Monroy Cabra, “Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de Derecho”, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo 1, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, pp. 15 y ss.

⁵⁶ Javier Pérez Royo, *op. cit.*, pp. 164-165.

constitucional es el juez único de la ley; c) El tribunal constitucional sólo actúa a instancia de parte; d) La legitimación para recurrir ante el tribunal constitucional se configura de manera restrictiva y en general no pueden acceder los ciudadanos; e) Las vías a través de las cuales se accede dependen de la titularidad en la legitimación para recurrir. Si quien recurre es un órgano político la vía es el control abstracto. Si quien recurre es un órgano judicial, la vía es el control concreto o sea que si en el curso de un proceso se suscita la duda sobre la constitucionalidad de la ley aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo; f) La sentencia del tribunal constitucional tiene fuerza de ley porque es legislador negativo; y g) La sentencia del tribunal constitucional es constitutiva y por ende produce efectos *ex nunc*.

Las características de este sistema en Latinoamérica, según Ricardo Haro,³⁷ son las siguientes:

1. En los países latinoamericanos analizados, se advierte que el control concentrado, cuando es exclusivo, puede concentrarse, en virtud de las disposiciones constitucionales pertinentes, en la Corte Suprema de Justicia, cabeza de Poder (v. g. Honduras, artículo 184; Panamá, artículo 188.1; y Uruguay, artículo 256, o en una de sus Salas (v.g. Costa Rica en la reforma de 1989 al crear la Sala Constitucional; El Salvador, artículo 174; y Paraguay, artículo 260).
2. En cambio, cuando el control concentrado de constitucionalidad de las leyes coexiste con un sistema difuso, puede estar radicado en la Corte Suprema de Justicia (v.g. Venezuela, artículo 215; Brasil en el Tribunal Supremo Federal; México) o en un Tribunal Constitucional (v. g. Guatemala, Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia).
3. Una muy específica categoría la representa el sistema de Chile, en el que el sistema concentrado está ejercido simultáneamente, según los casos, tanto por la Corte Suprema de Justicia, que conoce por vía incidental, como por el Tribunal Constitucional, que ejerce el control de carácter preventivo en

³⁷ Ricardo Haro, "El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales", en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2004, tomo 1, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, pp. 40 y ss.

el momento de la discusión de proyectos de reforma constitucional, de leyes aprobatorias de tratados internacionales y de leyes constitucionales, y en estas últimas también antes de su promulgación. Además, el Tribunal ejerce un control a posteriori sobre los decretos del Poder Ejecutivo con fuerza de ley.

4. De otro lado, se ha observado que en el sistema concentrado generalmente rige, como en el difuso, la prohibición de los tribunales para ejercer ex officio el control de constitucionalidad de las leyes y actos estatales de carácter general, sin perjuicio de que en algunos casos, deducida la acción o la vía incidental, la Corte Suprema o Constitucional pueda pronunciarse sobre otras inconstitucionalidades no deducidas.

En el sistema concentrado, la inconstitucionalidad de una ley se puede plantear por acción o por vía incidental (Uruguay, Honduras, Paraguay, Panamá, Costa Rica). Pero también, puede plantearse por vía de acción popular (por ejemplo, Colombia, Panamá, El Salvador, Nicaragua y Ecuador), o acción directa como Ecuador, Guatemala y Bolivia, en que se establece la acción directa de funcionarios específicamente señalados.

3.3. Características del sistema de control difuso de constitucionalidad

El control difuso de constitucionalidad de las leyes es el modelo norteamericano. Se caracteriza porque el control judicial de la ley no se asigna a ningún órgano de la jurisdicción ordinaria, sino a la totalidad de los jueces. Las sentencias sólo tienen efectos “inter partes” o sea entre las partes en el proceso.

Las características del sistema de control difuso de constitucionalidad, según Ricardo Haro,³⁸ son las siguientes:

- a) Se exige un proceso judicial.
- b) La impugnación constitucional se plantea como incidente o excepción dentro de una acción ordinaria.
- c) Debe ser efectuada a petición de parte legitimada procesalmente.

³⁸ *Ibid.*, p. 55.

- d) Se requiere que acredite un interés concreto en la impugnación.
- e) No existe control oficioso de la inconstitucionalidad de una norma o acto estatal.
- f) Se excluyen del control de constitucionalidad las llamadas cuestiones políticas por considerarlas no justiciables.
- g) La declaración de inconstitucionalidad solo procede efectos “inter partes” y no “erga omnes”.
- h) Sin embargo, en algunos estados y bajo ciertos presupuestos se ha establecido la obligatoriedad de la jurisprudencia respecto de tribunales inferiores.

4. Desarrollo histórico del control de constitucionalidad en Colombia

El desarrollo histórico de la justicia constitucional viene desde 1811, se concreta en 1910, y luego se perfecciona definitivamente con la Constitución Política de 1991.

En este punto vamos a analizar brevemente la evolución histórica desde la Constitución de 1886 a la actual Constitución de 1991.

4.1. Constitución de 1886

La evolución normativa del control constitucional en el derecho colombiano, según la evolución histórica realizada por Javier Tobo, a quien hemos seguido, es la siguiente:³⁹ la Constitución de 1886 se refería a la supremacía de la Constitución en el artículo 20 que decía: “Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución o de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas”.

Asimismo, se hacía mención de la supremacía en el artículo 21 que preceptuaba: “En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en

³⁹ La evolución normativa histórica del control constitucional se puede encontrar en el libro de Javier Tobo Rodríguez, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999, pp. 39 y ss.

detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden”.

El artículo 87 decía: “El proyecto de ley objetado en su conjunto por el Presidente, volverá en las Cámaras a tercer debate. El que fuere objetado sólo en parte, será reconsiderado en segundo debate con el único objeto de tomar en cuenta las observaciones del Gobierno”. El artículo 88 agregaba: “El Presidente de la República sancionará, sin poder presentar nuevas objeciones, todo proyecto que, reconsiderado, fuere adoptado por dos tercios de los votos en una y otra Cámara”.

El artículo 90 facultó expresamente al gobierno para objetar los proyectos de ley por razones de inconstitucionalidad: “Exceptúanse de lo dispuesto en el artículo 88 el caso en que el proyecto fuere objetado por inconstitucional. En este caso, si las cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Suprema para que ella, dentro de seis días, decida sobre su exequibilidad. El fallo afirmativo de la Corte obliga al Presidente a sancionar la ley. Si fuere negativo, se archivará el proyecto”.

Al enumerar las funciones de la Corte Suprema, el Constituyente de 1886 dispuso en el artículo 151: “Son atribuciones de la Corte Suprema: decidir definitivamente sobre la exequibilidad de actos legislativos que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales”.

4.2. Leyes 57 y 153 de 1887

La supremacía de la Constitución fue reafirmada por el artículo 5 de la Ley 57 del 15 de abril de 1887, según el cual: “Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla”.

Sin embargo, el artículo 6 de la Ley 153 del 24 de agosto de 1887 dispuso lo siguiente, que desconocía la supremacía de la Constitución: “Una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución”.⁴⁰

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 39 a 41.

4.3. Acto Legislativo 3 de 1910

El acto legislativo 3 de 1910 estableció el control constitucional en el derecho colombiano. Los artículos 40, 41 y 59 (numeral 7) expresaron lo siguiente:

Artículo 40. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.

Artículo 41. A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.

Artículo 59. Son atribuciones del gobernador:

7. Revisar los actos de las municipalidades y los de los alcaldes por motivos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, revocar los últimos y pasar los primeros a la autoridad judicial, para que ésta decida sobre su exequibilidad.

4.4. Reforma constitucional de 1945

En la reforma constitucional de 1945 (artículos 53 y 86 (numeral) 6 del Acto Legislativo número 1, del 16 de febrero de 1945) se amplió el control de constitucionalidad:

Artículo 53. El artículo 147 de la Constitución quedará así:

Artículo 147. A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente:

Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, o sobre todas las leyes o decretos dictados por el gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano. En las acciones de inexequibilidad deberá intervenir siempre el procurador general de la nación.

Artículo 86. El artículo 192 de la Constitución quedará así:

Artículo 192. Son atribuciones del gobernador: 6. Objetar, por motivos de inconstitucionalidad, ilegalidad o inconveniencia, los proyectos de ordenanzas, y sancionar y promulgar las ordenanzas en la forma legal.

La reforma constitucional de 1945 organizó la jurisdicción contencioso administrativa, encargada de conocer de las demandas de inconstitucionalidad presentadas contra los decretos dictados por el gobierno, excepción hecha de aquellos expedidos en ejercicio de las facultades a que hacían referencia los numerales 11 y 12 del artículo 69, como de las indicadas en el artículo 117 de la Carta.

Los artículos 36 y 41 del acto legislativo número 1 de 1945 decían:

Artículo 36. El artículo 132 de la Constitución quedará así:

Artículo 132. Habrá un Consejo de Estado integrado por el número de miembros que determine la ley.

Artículo 41. Corresponde a la jurisdicción contencioso administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de esta Constitución.

4.5. Reforma constitucional de 1960

El Acto Legislativo número 1 del 10 de diciembre de 1960 modificó el artículo 121 de la Constitución. En relación con el control de constitucionalidad estableció:

El Congreso, por medio de proposición aprobada por mayoría absoluta de una y otra cámara, podrá decidir que cualquiera de los decretos que dicte el gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias de estado de sitio, pase a la Corte Suprema de Justicia para que decida sobre su constitucionalidad. La Corte fallará dentro del término de seis días, y si así no lo hiciere, el decreto quedará suspendido. La demora de los magistrados en pronunciar el fallo es causal de mala conducta.

4.6. Reforma constitucional de 1968

En cuanto a los decretos de estado de sitio, el Acto Legislativo número 1 de 1968 dispuso:

Artículo 42. Parágrafo. El gobierno enviará a la Corte Suprema de Justicia, el día siguiente a su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Suprema de Justicia aprehenderá inmediatamente de oficio su conocimiento. Los términos señalados en el artículo 214 se reducirán a una tercera parte, y su incumplimiento dará lugar a la destitución de los magistrados responsables, la cual será decretada por el tribunal disciplinario.

En cuanto a los decretos de emergencia económica o social dispuso:

Artículo 43. Parágrafo. El gobierno enviará a la Corte Suprema de Justicia, el día siguiente a su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Suprema de Justicia aprehenderá inmediatamente de oficio su conocimiento.

Los términos señalados en el artículo 214 se reducirán a una tercera parte y su incumplimiento dará lugar a la destitución de los magistrados responsables, la cual será decretada por el Tribunal Disciplinario.

Las funciones de la Corte Suprema de Justicia fueron reordenadas así:

Artículo 71. El artículo 214 de la Constitución Nacional quedará así:

A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren esta y las leyes, tendrá las siguientes:

1. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

2. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de todas las leyes y los decretos dictados por el gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los artículos 76, ordinales 11, 12 y 80 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

En las acciones de inexecutableidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación. En los casos de los artículos 121 y 123, cualquier ciudadano puede intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de los decretos a que ellos se refieren.

La Corte Suprema de Justicia cumplirá estas funciones en sala plena, previo estudio de la sala constitucional compuesta de magistrados especialistas en derecho público.

El Procurador General de la Nación y la sala constitucional dispondrán cada uno, de un término de treinta días para rendir concepto y ponencia, y la Corte Suprema de Justicia de sesenta días para decidir. El incumplimiento de los términos es causal de mala conducta que será sancionada conforme a la ley.

Respecto de las funciones de la jurisdicción contencioso administrativa, en cuanto al control de constitucionalidad el artículo 72 dispuso:

Artículo 72. El artículo 216 de la Constitución Nacional quedará así: Corresponde a la jurisdicción contencioso administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los artículos 76, ordinales 11 y 12, 80, 121 y 122 de la Constitución.

4.7. Acto Legislativo 1 de 1986

El artículo 4 dispuso:

Artículo 4. La atribución octava del artículo 194 (que establecía las atribuciones de los gobernadores) de la Constitución Política quedará así: Revisar los actos de los concejos municipales y de los alcaldes y por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad remitirlos al tribunal competente para que decida sobre su validez.

4.8. Proyecto de reforma constitucional presentado por el gobierno del presidente Virgilio Barco Vargas⁴¹

En el proyecto de reforma constitucional de 1988 se pretendía la creación de la Corte Constitucional; no obstante, el proyecto fue modificado por el Senado en la primera vuelta, disponiendo el Senado en el artículo 85 del Proyecto De Acto Legislativo número 11 de 1988: “Corresponde a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la supremacía de la Constitución”. Por tanto, no se creó la Corte Constitucional y no se aprobó la reforma constitucional propuesta.

4.9. Proyecto de reforma constitucional presentado por el gobierno del presidente César Gaviria Trujillo

En el proyecto de acto reformativo de la Constitución Política, presentado por el gobierno del Presidente César Gaviria Trujillo, se pretendía la creación de una jurisdicción constitucional a cabeza de la cual se creaba la Corte Constitucional.⁴²

Según Javier Tobo⁴³ la estructura del proyecto tenía estas características:

[...] la Corte Constitucional sería competente para revisar los actos legislativos aprobados por el Congreso para reformar la Constitución, dentro del año siguiente a la fecha de su expedición, mediante demanda instaurada por cualquier ciudadano, sin poder revisar el fondo del acto legislativo sino examinar si se cumplieron los requisitos de forma.

La Corte Constitucional sería competente para conocer de las demandas presentadas por cualquier ciudadano contra las leyes y las disposiciones normativas con fuerza de ley. También resolvería sobre la exequibilidad de los decretos dictados por el gobierno en uso de los poderes excepcionales,

⁴¹ Colombia, Presidencia de la República, *Reforma constitucional*. Documentos, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1988, p. 37.

⁴² Colombia, Presidencia de la República, *Proyecto de acto reformativo de la Constitución Política de Colombia*. Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1991, p. 211; Javier Tobo Rodríguez, *La Corte constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999, pp. 58 y ss.

⁴³ Javier Tobo Rodríguez, *op. cit.*, pp. 60-61.

normas, que como ocurría con la Constitución anterior, estarían sujetas a control automático, tanto por vicios de forma como de fondo.

Según la propuesta del gobierno, la Corte Constitucional resolvería sobre la exequibilidad de los proyectos de ley objetados por el Ejecutivo debido a razones de inconstitucionalidad si el Congreso insistiere. Además, tendría competencia para decidir sobre la constitucionalidad de leyes aprobatorias de tratados públicos, de actos de convocación de referéndum y asambleas Constitucionales.

Con el proyecto se establecía el recurso de queja para que cualquiera persona que considerara que alguno de sus derechos constitucionales directamente aplicables, hubiera sido lesionado o puesto en grave peligro por un poder público, interpusiera ante la Corte Constitucional este recurso a fin de obtener la debida protección. Su naturaleza era la de un recurso subsidiario, aplicable cuando por las circunstancias particulares del caso, un derecho fuera a quedar desamparado.

Entre las atribuciones de la Corte Constitucional se encontraban dos en las cuales no se examinaba la constitucionalidad del acto. Estas eran: a) decidir sobre la pérdida de la investidura de senadores y representantes; y b) resolver los conflictos de competencia entre la Nación y las entidades territoriales respecto a sus facultades normativas.

Luego de amplios debates, en la Asamblea Constituyente se adoptó el actual texto constitucional (título VIII- de la rama judicial, capítulo 4, de la jurisdicción constitucional, artículos 239 a 245 de la Carta).

5. El control constitucional en la Constitución Política de 1991

La Constitución Política de 1991 representa la culminación de la evolución del control constitucional. Sin embargo, todavía se pueden hacer reformas, como el establecer la cuestión de constitucionalidad, en lugar de la excepción de inconstitucionalidad.

5.1. Características del control constitucional en la Constitución de 1991

El control constitucional en la Constitución de 1991 tiene características especiales:

- a) Se fundamenta en el principio de la supremacía constitucional. La Constitución es norma jurídica obligatoria en todas sus partes (preámbulo, principios, valores, normas). El artículo 4 de la Carta dice: “La Constitución es norma de normas”.
- b) El control de constitucionalidad obedece a que dentro de un Estado de derecho es necesario controlar el poder.
- c) El control de constitucionalidad tiene carácter judicial y se ejerce por un órgano especial, que en Colombia es la Corte Constitucional, aunque el concepto de jurisdicción constitucional es más amplio y abarca a todos los jueces dado que estos conocen la acción de tutela.
- d) El control de constitucionalidad establecido en Colombia se lleva a cabo mediante acción popular, para dar inicio al proceso constitucional. Es un control abstracto de normas legales.
- e) Existe la competencia de todos los jueces para declarar en un proceso concreto la inaplicabilidad de las disposiciones legales contrarias a la Constitución, con efecto entre las partes que han intervenido en el proceso. Es la excepción de inconstitucionalidad.
- f) Es un control de constitucionalidad difuso por cuanto está a cargo, no sólo de la Corte Constitucional, sino del Consejo de Estado y de los tribunales administrativos dentro de los ámbitos de competencia, y de todos los jueces que pueden aplicar la excepción de inconstitucionalidad.
- g) La doctrina considera como origen del control de constitucionalidad el artículo 9 de la Constitución de Cundinamarca de 1811.
- h) El ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad forma parte del derecho a la participación política. El artículo 40 de la Constitución dice: “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 6. Interponer

acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley”. En virtud de este deber de participación en la vida política, cívica y comunitaria del país, previsto en el artículo 95, numeral 5, de la Constitución, los ciudadanos pueden acudir ante la Corte Constitucional para demandar leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. Igualmente, pueden hacerlo para demandar decretos con fuerza de ley, dictados por el gobierno, con fundamento en los artículos 150, numeral 10, y 341 de la Constitución (Constitución Política, artículo 241, numerales 4 y 5). La acción de inconstitucionalidad puede ser ejercida por los ciudadanos y los servidores públicos. Las personas jurídicas, privadas o públicas, no pueden ejercer la acción pública de inconstitucionalidad, pero si se presenta la demanda a nombre de un ciudadano, como por ejemplo un apoderado, ésta es admitida (sentencias C-599 de 6 de noviembre de 1996, magistrado ponente, Carlos Gaviria Díaz; C-275 de 20 de junio de 1996, magistrado ponente, José Gregorio Hernández Galindo; Auto No. 014 de 29 de marzo de 1995, magistrado ponente, Jorge Arango Mejía).

- i) En los procesos de constitucionalidad puede intervenir cualquier ciudadano para impugnar o defender las normas acusadas de inconstitucionalidad.
- j) En el derecho colombiano existe el control constitucional por vía de excepción. El artículo 4 de la Constitución dice: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. La excepción de inconstitucionalidad puede ser aplicada por cualquier autoridad y no solamente por los órganos jurisdiccionales. En este caso los efectos son *inter-partes* y no *erga omnes*, como en la acción pública de inconstitucionalidad.
- k) Se presenta un control automático en los casos de convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Carta (artículo 241, numeral 2, Constitución Política), así como también los referendos sobre leyes, consultas populares y plebiscitos del orden nacional (artículo 241, ordinal 3, Constitución Política).
- l) Hay un control automático sobre los decretos legislativos expedidos por el gobierno en los estados de excepción (artículo 241, ordinal 6 y artículo 215, párrafo; en concordancia con el artículo 241, ordinal 7, Constitución Política).

- ll) También existe el control oficioso en el caso de proyectos de leyes estatutarias (artículo 153, Constitución Política).
- m) Igualmente, existe control sobre los proyectos de ley objetados por el Presidente de la República (artículos 167 y 241, ordinal 8, Constitución Política) y sobre los tratados públicos y las leyes que los aprueben (artículo 241, ordinal 10, Constitución Política).
- n) Dentro del control de constitucionalidad difuso existente en el derecho colombiano la Constitución facultó al Consejo de Estado para conocer “de las acciones de inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional” (artículo 237, ordinal 2, Constitución Política).
- o) Las sentencias de constitucionalidad producen efectos *erga omnes* y hacen tránsito a cosa juzgada constitucional (artículo 243, Constitución Política).
- p) El procedimiento de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional está previsto en el Decreto 2067 de 4 de septiembre de 1991.

5.2. Naturaleza y antecedentes históricos del control constitucional en Colombia de 1811 a 1886

5.2.1. Naturaleza

El ilustre profesor Manuel Gaona Cruz, prematuramente desaparecido,⁴⁴ afirmó en 1983 que el sistema colombiano, al igual que el venezolano, constituían un nuevo tipo de control:

Me propongo entonces, ya con serios elementos de conocimiento sobre el sistema colombo-venezolano, despejar equívocos y dejar en claro que la acción pública y abierta de inconstitucionalidad y simultánea o unificada de inconstitucionalidad-ilegalidad, instituida en tales países, que no es practica-

⁴⁴ Manuel Gaona Cruz, “El control de constitucionalidad de los actos jurídicos en Colombia ante el derecho consagrado, análisis teórico”, en: *Control y reforma de la Constitución*, tomo 2, Bogotá, 1988.

da ni conocida como posible, ni aceptada, bajo ninguno de los otros modelos enunciados, da lugar a un nuevo tipo de control cualificado, autógeno y no derivado, más ventajoso e integral que los otros dos, hasta ahora más conocidos, aunque no más completos.

El profesor Piza Escalante⁴⁵ se refiere a un “sistema iberoamericano” de control constitucional. El profesor Brewer Carías⁴⁶ considera que hay un sistema “mixto”, lo que supone, según el profesor Hernando Yepes Arcila⁴⁷ “mantenerse prisionero del sistema de antinomias técnicas mediante las cuales Calamadre primero, y después de él Capelletti, en seguimiento suyo y divulgándolo con singular eficacia, establecieron las señales de identidad diferenciadoras de los dos sistemas estudiados por este último”; agrega Yepes Arcila,

[...] no obstante ser indudable que en la especie venezolana y colombiana coexisten tendencialmente las dos grandes categorías técnicas del control difuso y del control concentrado, conviene explicarla a partir de sus estructuras técnicas propias, que le confieren individualidad en su condición de sistema derivado del «americano» pero moderado por las exigencias que surgen de la disimilitud entre el ambiente político- institucional al que fue trasplantado y el ambiente en que surgió el paradigma, así como por la diversidad de sus propósitos y sus condicionamientos, que no coinciden totalmente con los que dieron lugar a éste.

El profesor Fix Zamudio⁴⁸ afirma la existencia de un “sistema intermedio”. Consideramos que el sistema colombiano es diferente del sistema “americano”

⁴⁵ Rodolfo Piza Escalante, “Justicia constitucional, control y derecho de la Constitución”, en: Autores varios, *La jurisdicción constitucional*, San José (Costa Rica), Juricentro, 1993, pp. 11-50.

⁴⁶ Brewer-Carías, Allan, *El Sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, 1995.

⁴⁷ Hernando Yepes Arcila, “Interrogantes sobre la justicia constitucional en Colombia”, en: *Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 652.

⁴⁸ Fix Zamudio, cita de Hernando Yepes Arcila, *op. cit.* Se pueden consultar, además, Álvaro Tafur Galvis, “La titularidad del control de constitucionalidad”, discurso leído en la Academia

de control judicial, difuso, incidental, especial, *ex nunc* y declarativo, y del europeo que es autónomo, concentrado, principal, general, constitutivo y *ex tunc*.

El sistema de control colombiano tiene las características antes observadas y por eso es especial porque no responde ni a un sistema concentrado ni a un sistema difuso.

5.2.2. Evolución del control constitucional de 1811 a 1886

El origen del sistema de control constitucional colombiano tiene como antecedente la Constitución de Cundinamarca de 1811. Esta Constitución, según el profesor Hernando Yepes Arcila:⁴⁹

Regula cuidadosamente el estatuto de la constitucionalidad de los actos de poder constituido, tanto mirándolos en sí mismos como en la perspectiva de la conducta de los Órganos responsables, y articulando la primera de esas dimensiones con mecanismos encaminados a conjurar la inconstitucionalidad de los actos del poder legislativo, mediante una precisa regulación de las objeciones por inconstitucionalidad antes de la sanción, así como mediante la reacción represiva y a posteriori contra el acto inconstitucional de cualquier poder, por parte de un órgano de control. Tal misión y tal carácter fueron atribuidos a un “Senado” ubicado en la cúspide el poder judicial, cuya estructura definió el artículo 9 del Título 1 de la Constitución: “Habrá un Senado de censura y protección, compuesto de un Presidente, que lo será el vicepresidente de la Representación Nacional, y cuatro miembros, para sostener esta Constitución y los derechos del pueblo, a fin de que, de oficio o requerido por cualquier ciudadano, reclame cualquiera infracción o usurpación de todos o cada uno de los tres Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial que sea contra el tenor de la Constitución”.⁵⁰

Colombiana de Jurisprudencia el 23 de septiembre de 1988, *La Patria*, domingo 30 de octubre de 1988; Julio César Ortiz, “El sistema de control de constitucionalidad en Colombia”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Universidad Nacional Autónoma de México, No. 71, mayo-agosto 1991, pp. 481-516.

⁴⁹ Hernando Yepes Arcila, *Interrogantes sobre la justicia constitucional en Colombia*, pp. 659-660.

⁵⁰ Al respecto se puede consultar Carlos Restrepo Piedrahita, *Tres ideas constitucionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 16.

El profesor Norbert Losing,⁵¹ luego de decir que la Constitución de 1811 había previsto un control político de normas, resume así el desarrollo del control constitucional hasta 1910:

El 30 de agosto de 1821 el Congreso de la Gran Colombia expidió en Cúcuta la Constitución de 1821, la cual fue suscrita el 6 de octubre del mismo año por Simón Bolívar, quien había sido designado (nuevamente) Presidente. Se previó además la división de poderes, un sistema de gobierno presidencial, un sistema bicameral y un Estado organizado en forma centralizada. El texto de 1821 contempló por vez primera una cláusula vitalicia, que tenía por objeto asegurar la permanencia de la división de poderes, la protección de la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad, así como el sistema de gobierno representativo. Esta Constitución abrió en su artículo 157 la posibilidad de ejercer un recurso constitucional (acción popular de inconstitucionalidad), aún cuando el control constitucional por vía judicial sólo se estableció en la Constitución de 1853. El art. 42 de la Constitución de 1853 preveía un control judicial de normas, que sin embargo se restringía al control de las ordenanzas municipales y a su conformidad con el derecho nacional y la Constitución. En la Constitución de 1858 se amplió el control judicial de las normas a todas las leyes de los Estados miembros. La Corte Suprema podía suspender las leyes de los Estados miembros que considerara inconstitucionales, aunque de conformidad con lo establecido en el artículo 50 de la Constitución, sólo mientras que el Senado decidía definitivamente. Este era informado de inmediato por la Corte Suprema de la suspensión provisional de la vigencia de una ley de un Estado miembro. La Constitución de 1863 adoptó en esta materia prácticamente el modelo de la Constitución de 1858, sin embargo puso algunas trabas a la suspensión de las leyes de los Estados, ya que en adelante se exigía para tal efecto una decisión unánime de la Corte Suprema. De conformidad con el art. 72 de la Constitución de 1863 la decisión definitiva seguía

⁵¹ Norbert Losing, *La jurisdicción constitucional en Latinoamérica*, Madrid, Dykinson S.L., Konrad Adenauer Stiftung, 2002, pp. 310 y ss.

siendo reserva del Senado. En la Constitución de 1886 la competencia del Senado para decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de las normas fue derogada. La competencia recayó por tanto de manera exclusiva en la Corte Suprema.

Ya se ha visto la evolución posterior hasta llegar a la actual Constitución Política de 1991.

6. Breve referencia a la jurisdicción constitucional en Latinoamérica

El control constitucional en Latinoamérica ha sido estudiado por Norbert Loring,⁵² quien resume así el control constitucional en Latinoamérica:

La jurisdicción constitucional en Latinoamérica ha logrado considerables progresos en las últimas dos décadas. En ese período en la mayor parte de los países se le ha prestado atención al modelo europeo de jurisdicción constitucional especializada y concentrada, sin que por esto se hubiere derogado el sistema de control constitucional existente.

Afirma que si bien hubo en el sistema latinoamericano influencias de Europa y Estados Unidos, no hay que desconocer las influencias propias de las instituciones jurídicas; así mismo sostiene:

En primer lugar, en Latinoamérica siguiendo el modelo de las primeras constituciones francesas de 1771 y 1779 y de la Constitución española de 1812, se estableció un sistema de control constitucional político. El control constitucional por vía judicial, que se impuso posteriormente en los Estados Unidos luego de la famosa decisión "Marbury vs Madison" de 1803, fue de recibo especialmente a partir de la segunda mitad del siglo 19, en algunos ordenamientos de los países latinoamericanos. La Constitución de Yucatán del 16 de

⁵² *Ibid.*

mayo de 1841 previó por primera vez en Latinoamérica expresamente un control constitucional judicial por vía del recurso de amparo. La Constitución de Venezuela de 1858 fue la primera en reglamentar el control concentrado ante una Corte Suprema y en 1945 en Ecuador se estableció la primera corporación designada con el nombre de “Tribunal Constitucional” cuya duración sin embargo fue muy corta. Ecuador fue también el último país en Latinoamérica (con excepción de Cuba), sólo hasta 1992, en admitir un control judicial vinculante. En los años 70 se inició lentamente un desarrollo hacia la jurisdicción constitucional especializada, que se reflejó en un principio en el Tribunal Constitucional chileno en 1971 y en el Tribunal Constitucional peruano en 1979. En 1980 se volvió a crear en Chile un Tribunal Constitucional y en 1985 se estableció en Guatemala un Tribunal Constitucional permanente. Lo siguió Colombia en 1991 y Ecuador nuevamente en 1992, 1996 y 1998. En 1982 se estableció en El Salvador la primera Sala Constitucional especializada (antes ya había habido en algunos países “Salas de Amparo”, o “Salas político administrativas”), a la que le siguieron las Salas Constitucionales de Costa Rica (1989), Paraguay (1992) y Nicaragua (1995). La nueva Constitución de Venezuela de 1999/2000 prevé en todo caso el establecimiento de una Sala Constitucional en la Corte Suprema. Las cortes supremas en Brasil y México se han convertido respectivamente luego de las últimas reformas prácticamente en tribunales constitucionales. En la República Dominicana se llevo a cabo un desarrollo similar, mientras que en Argentina, Uruguay, Puerto Rico y Honduras, se encuentran además influenciadas en primera línea por el modelo norteamericano.

A lo anterior agrega:

El resultado de este desarrollo es frecuentemente una jurisdicción constitucional, caracterizada por un sistema de control constitucional que funciona en forma mixta o paralela, ya que contiene elementos del “judicial review” norteamericano como también de control constitucional especializado y concentrado europeo (siguiendo el actual modelo alemán o español. Allá donde las sentencias de los tribunales constitucionales, las salas constitucionales

o las cortes supremas se encuentren dotadas de efectos erga omnes, se palpará lentamente la influencia de la jurisdicción constitucional sobre los restantes poderes del Estado.

Losing termina diciendo:

Hasta ahora la jurisdicción constitucional y los derechos constitucionales que le pertenecen, han sido el eje y centro del desarrollo del orden constitucional. A quienes se oponen a una jurisdicción constitucional fuerte se les argumenta que ésta es un poder que solo actúa a través de la palabra y que no le ha costado la vida a ningún ciudadano, pero que sin embargo sí ha protegido a algunos frente a graves violaciones de los derechos.

Conclusiones

1. El establecimiento de los tribunales constitucionales y del control constitucional es una de las características del orden constitucional actual, cuyo fundamento último es la supremacía constitucional y la protección de los derechos fundamentales.
2. La justicia constitucional, como lo expresa Luis Prieto Sanchís,⁵³ “encierra dos postulados: uno es que el poder debe estar limitado, otro, que esa limitación ha de ser una tarea judicial, y este segundo aspecto requiere una determinada concepción de la interpretación y aplicación del Derecho y, tal vez también, una cierta actitud ante la judicatura o, cuando menos, parece excluir algunas”.
3. No es posible aceptar el escepticismo que predica que “el Derecho es lo que los jueces dicen que es” por cuanto la justicia constitucional es consecuencia de la existencia de una Constitución normativa que se puede interpretar razonablemente y con criterios objetivos.⁵⁴

⁵³ Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 95.

⁵⁴ Marco Gerardo Monroy Cabra, *La interpretación constitucional*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2005.

4. La Constitución y el tribunal constitucional son interdependientes. La justicia constitucional vela por la democracia, el respeto de los derechos humanos, la protección de las minorías y es el poder de cierre del ordenamiento jurídico.
5. La justicia constitucional es un poder neutro que se limita a sostener la efectividad de la Constitución; asegura la supremacía de la Constitución, aún frente al Congreso; tiene un papel creador del derecho, para lo cual utiliza la metodología de las sentencias condicionadas; tiene legitimación indirecta por cuanto sus integrantes en muchos estados son designados con intervención del Congreso, y es uno de los elementos indispensables del Estado social y democrático de derecho.
6. En Colombia, el desarrollo del control constitucional ha resultado positivo, pudiendo afirmarse que ya existe una verdadera jurisprudencia constitucional que debe ser observada por todos los operadores jurídicos.
7. Estamos de acuerdo con Losing⁵⁵ cuando afirma que “Una jurisdicción constitucional no representa efectivamente un seguro de vida para la Constitución o para el orden institucional. Aunque si colabora a la seguridad de la Constitución”.
8. Tanto la jurisdicción constitucional, como el control constitucional, se fundamentan en la supremacía de la Constitución y en el carácter normativo obligatorio de las normas, principios y valores constitucionales.
9. En Colombia la Corte Constitucional ha ejercido el control constitucional con apego estricto a la Constitución y ha protegido los derechos fundamentales mediante la acción de tutela.
10. La jurisdicción constitucional ha servido para el desarrollo del Estado social, constitucional y democrático, especialmente porque ha creado una interpretación uniforme de la Constitución Política de 1991.
11. En lugar de la excepción de inconstitucionalidad se podría pensar en establecer la cuestión de constitucionalidad, como se prevé en diversos ordenamientos constitucionales como el español.

⁵⁵ Losing, *op. cit.*, p. 343.

La interpretación constitucional en el Estado social de derecho¹

Introducción

La interpretación constitucional es un tema de la teoría de la Constitución. La supremacía normativa de la Constitución y la creación de los tribunales constitucionales, unido a las características especiales de las normas constitucionales, han llevado a la necesidad de establecer reglas de interpretación diferentes de las que regían para la hermenéutica jurídica general.

Esto justifica hacer un análisis del concepto de interpretación constitucional, su importancia, sus fundamentos y principios, la forma como han influenciado las teorías del neoconstitucionalismo social y democrático de derecho la forma en que los jueces constitucionales interpretan la Constitución.

Lo esencial de la interpretación constitucional es que si bien existe una pluralidad de métodos, se confiere una posición central a la teoría de los valores especialmente a la justicia, y a los principios constitucionales que tienden a lograr un orden justo.

No se analizan las teorías que se han expuesto sobre la interpretación de la ley por cuanto la interpretación constitucional tiene determinadas peculiaridades que se analizarán adelante.

Las teorías de la interpretación general son resumidas por el tratadista Rodolfo L. Vigo² en la siguiente forma:

Desde la teoría pura de Kelsen con su irracionalismo en la elección interpretativa, hasta la teoría herculeana de Dworkin descubridora de la solución correcta para los casos planteados, pasando por el discrecionalismo judicial debilitado de Hart, la nueva retórica de Perelman, la tópica de Viehweg,

¹ Este ensayo fue presentado al III Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006, pp. 107-145.

² Rodolfo Luis Vigo, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, pp. 26-27. Puede consultarse la obra en dos tomos *Interpretación constitucional*, coordinador Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.

el arte dialéctico de Villey, el logos de lo razonable de Recasens Siches, la hermenéutica existencial de Gadamer, la prudencia o razón práctica de Kriele, la teoría de la controversia de Giuliani, la teoría de la convergencia de Kaufmann, las reglas del discurso práctico de Alexy, la aceptabilidad racional de Aarnio o la tópica hermenéutica de Muller, cada uno, a su modo, rechaza tajantemente la ingenuidad de suponer que el intérprete cuando aplica la norma jurídica, la repite sin aportar nada innovador o novedoso para el ordenamiento jurídico, y, a su vez, procuran establecer mecanismos que permitan asegurar cierta racionalidad, razonabilidad, justicia u objetividad en el resultado interpretativo.

Tampoco se analizan los métodos tradicionales de interpretación jurídica que responden a una determinada concepción ontológica del derecho. La razón es que este análisis corresponde a la hermenéutica del derecho. El tratadista Gustavo Zagrebelsky³ resume la teoría que fundamenta los distintos métodos interpretativos así:

[...] la interpretación exegética remite a la idea del derecho como expresión de una voluntad legislativa perfecta y completamente declarada; la interpretación según la intención del legislador, a la idea positivista del derecho como (mera) voluntad de aquél; la interpretación sistemática, a la idea del derecho como sistema; la interpretación histórica, a la idea del derecho como hecho de formación histórica; la interpretación sociológica, al derecho como producto social; la interpretación según cánones de justicia racional, al derecho natural.

Únicamente se hará referencia a los criterios y principios interpretativos utilizados por los tribunales constitucionales y a la posición de la doctrina sobre la interpretación constitucional.

El derecho actual acepta el pluralismo metodológico utilizado por los tribunales constitucionales. La tendencia es a realizar la interpretación por principios

³ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 1997, p. 135.

y valores, reconociendo a su vez el carácter práctico de la interpretación que debe tener en consideración no sólo la confrontación entre la ley y la Constitución sino la realidad social, lo cual se pone de presente especialmente en el análisis de los casos en el recurso de amparo.

Hay que observar que a pesar de que el texto de una norma sea claro, puede oscurecerse ante un caso nuevo o difícil. Además, en materia constitucional hay casos críticos o difíciles. Como lo afirma César Augusto Rodríguez Garavito:⁴

en los casos difíciles el juez no lleva a cabo un razonamiento silogístico, como lo sostiene el formalismo jurídico, que va de premisas claramente establecidas (las normas y los hechos) a la conclusión del caso (la decisión). Por el contrario, el estudio de la práctica judicial a partir de un número amplio de casos muestra que el orden del razonamiento es el opuesto; el juez determina la decisión que desea dar al caso y, a partir de ella, como lo sostiene Viehweg, inventa las premisas, esto es, fija las normas y los hechos relevantes, que pueden justificar la conclusión obtenida.

No es el momento de hacer una referencia al debate Hart-Dworkin, que se refiere a la validez del derecho, la distinción entre reglas y principios, y la existencia de la discrecionalidad judicial.⁵

El único objeto del presente trabajo es hacer una referencia general al concepto y a los problemas que la doctrina ha analizado respecto de la interpretación constitucional, que tiene peculiaridades frente a la hermenéutica general del derecho, para deducir conclusiones que puedan ser de interés para todos los

⁴ César Augusto Rodríguez Garavito, "Los casos difíciles en la jurisprudencia constitucional colombiana", en: *Nueva interpretación constitucional*, Bogotá, Diké, Universidad de Antioquia, 1997, pp. 24 y ss.

⁵ Un análisis de este debate se encuentra en César Augusto Rodríguez Garavito, "Teoría jurídica y decisión judicial: El debate Hart-Dworkin", en: *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997; Juan Ramón De Páramo, H. L. A. *Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

operadores jurídicos. Un análisis más detenido del tema de la interpretación constitucional hemos realizado en un libro sobre la materia.⁶

1. Importancia y concepto de la interpretación constitucional

Se han expuesto diferentes teorías acerca de la interpretación jurídica, que comprende la interpretación de la ley y del negocio jurídico. Estas teorías, entre otras, son las siguientes: la escuela exegética; la libre investigación científica de Gény; la escuela del derecho libre de Kantorowicz; la jurisprudencia de intereses de Philipp Heck; la jurisprudencia sociológica de Holmes y Brandeis; el método teleológico de Ihering; el realismo jurídico de Jerone Frank; la teoría egológica de Cossio; la teoría pura de Kelsen; el método histórico-evolutivo de Saleilles; el método de Dualde; la tópica de Viehweg y la teoría de la argumentación de Perelman.⁷

Sosotiene Michel Troper⁸ que interpretar es indicar el significado de una cosa, o determinar su significado. La primera definición parte del supuesto de que la interpretación es una función del conocimiento; la segunda, que ella es una función de la voluntad.

La teoría realista de Troper descansa en tres proposiciones principales: a) La interpretación es una función de la voluntad y no del conocimiento; b) La interpretación no tiene como objeto normas, sino enunciados o hechos; y c) La interpretación confiere a quien la ejerce un poder específico. No es el

⁶ Marco Gerardo Monroy Cabra, *La interpretación constitucional*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2005.

⁷ Marco Gerardo Monroy Cabra, *Introducción al derecho*, 13ª ed., Bogotá, Temis, 2003. Igualmente, se pueden consultar Francisco Gény, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, 2ª ed., Madrid, Reus, 1925; Luis Recasens Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1956; Luis Eduardo Nieto Arteta, *La interpretación de las normas jurídicas*, Bogotá, Ediciones Tiempo Presente, 1976; Vittorio Frosini, *Teoría de la interpretación jurídica*, Bogotá, Temis, 1991; Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989; Theodor Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1969; Chaim Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1988 y Emilio Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1971.

⁸ Michel Troper, *Ensayos de teoría constitucional*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, Fontamara, 2004, p. 37.

momento de analizar esta teoría; sin embargo, se observa que el objeto de la interpretación es la norma jurídica, sea la Constitución o la ley.

El presente trabajo se dedica únicamente a hacer algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional.

El tema de la interpretación constitucional es, como dice Sagüés,⁹ “importante, polémico y en buena medida tramposo”. Considera que es importante porque “el valor de cada precepto de la Constitución depende, en definitiva, del significado que le den sus intérpretes-operadores”.

Es polémico por la controversia, entre “originalistas” y “no interpretativistas”, “arqueólogos los primeros, artífices los segundos, en el entendimiento de los documentos constitucionales”.

La interpretación tiene mucho de trampa “por ejemplo, de intereses o posiciones políticas sectoriales”.

Si cualquier norma jurídica así sean sus términos claros y precisos, debe ser interpretada, ello es así con mayor razón, si se trata de la norma constitucional.

En el sistema norteamericano dice Vanossi¹⁰ el gran poder del juez deviene de su potestad interpretativa, y de esta potestad nace su función de control constitucional que le permite inaplicar normas, lo cual es una forma genuina de ejercicio del poder político.

Según Segundo V. Linares Quintana¹¹ toda cuestión constitucional depende en última instancia de la interpretación de la Constitución.

F. Rubio Llorente¹² afirma: “La Teoría de la Interpretación es hoy el núcleo central de la Teoría de la Constitución”.

La importancia de la interpretación constitucional es puesta de presente por el tratadista Rodolfo F. Vigo¹³ en los siguientes términos: “La Constitución

⁹ Néstor Pedro Sagüés, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 1.

¹⁰ Jorge Reinaldo Vanossi, *Recurso extraordinario federal*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2000, p. 50.

¹¹ Segundo V. Linares Quintana, *Reglas para la interpretación constitucional*, cita de Rodolfo Luis Vigo, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 195.

¹² Francisco Rubio Llorente, “Prólogo”, en: Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, p. XVII.

¹³ Rodolfo Luis Vigo, *op. cit.*, p. 196.

puesta en manos de juristas-estadistas prudentes y sensibles a los verdaderos intereses de la sociedad, no sólo contribuye a que los mandatos contenidos en la misma, tengan una vigencia real, sino que evitan innecesarios esfuerzos destinados a su reforma”.

El auge de la interpretación constitucional se debe a que la Constitución se considera hoy como norma jurídica directamente aplicable y fuente de las fuentes del derecho y de los derechos.

Además, dentro del constitucionalismo moderno no solamente hay reglas sino principios y valores constitucionales que tienen también el carácter de normas jurídicas.

Ha contribuido también a la importancia de la interpretación constitucional la existencia de los tribunales constitucionales que son los intérpretes supremos de la misma.

La interpretación constitucional tiene características especiales que la diferencian de la interpretación que se hace de la ley o de los contratos.

En efecto, las normas constitucionales tienen como características la generalidad, la síntesis y su significación valorativa, abierta y con énfasis en principios. Esto hace que la interpretación adquiera, en el ámbito de la Constitución, una mayor intensidad y extensión que en el ámbito de las normas subconstitucionales.¹⁴

La teoría de la interpretación es, como lo advierte M. Aragón,¹⁵ capaz de objetivar jurídicamente los valores constitucionales y capaz también, al mismo tiempo, de no mediatizar desde el derecho, el ámbito de libertad política del legislador.

El tratadista Ezquiaga Ganuzas¹⁶ explica el concepto de interpretación constitucional en esta forma: “Entendemos la interpretación constitucional como una actividad identificable en relación al sujeto que la practica: el Tribunal Constitucional”.

¹⁴ Francisco Rubio Llorente, “Prólogo”, en Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

¹⁵ Manuel Aragón Reyes, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 17, mayo-agosto de 1986.

¹⁶ Francisco J. Ezquiaga Ganuzas, *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñate, Instituto Vasco de Administración Pública, 1987, p. 30.

El problema de esta definición es que amplía la actividad interpretativa cumplida por el tribunal constitucional, y por tanto excluye otros órganos que interpretan la Constitución.

Otra forma de entender la interpretación constitucional es a partir del objeto interpretado, o sea el texto constitucional, lo cual significa que se extiende la misión a los intérpretes de la Constitución según el respectivo ordenamiento jurídico.

Algunos autores analizan la interpretación no “de” la Constitución sino “desde” la misma, y entonces, como lo dice Rodolfo Vigo,¹⁷ “la cuestión se trasladada al ordenamiento jurídico, más concretamente, se lo visualiza como un orden jerárquico presidido por la Constitución e importa señalar la función que cumple esta última como “criterio hermenéutico fundamental de todo el ordenamiento jurídico””.¹⁸

Otra parte de la doctrina, como por ejemplo el tratadista Alonso García, sostiene que la esencia de la interpretación de la Constitución reside en “la elaboración de normas subconstitucionales” en tanto resultado de la aplicación judicial de la Constitución.¹⁹ Se privilegia en este concepto el papel creativo de los sujetos constitucionales y el carácter normativo de la interpretación.

El profesor Igartúa Salaverría²⁰ aclara que utiliza la expresión “interpretación constitucional en las siguientes acepciones: “como” a) sentencias del Tribunal Constitucional; b) sentencias que tengan como parámetro una Constitución rígida; c) sólo las sentencias relativas al control de constitucionalidad de las leyes y actos normativos con fuerza de ley; d) en un sistema jurídico en el que tal control está concentrado”.

Estamos de acuerdo con Rodolfo Vigo²¹ cuando afirma que “la interpretación constitucional tiene, en principio, un doble objeto: o bien se procura con

¹⁷ Rodolfo Luis Vigo, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, p. 82.

¹⁸ Antonio E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 292.

¹⁹ Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, p. 5.

²⁰ Juan Igartúa Salaverría, “La interpretación de la Constitución: demarcación de perspectivas”, en: *La interpretación de la Constitución*, Universidad del País Vasco, 1984, p. 7.

²¹ Rodolfo Luis Vigo, *op. cit.*, p. 83.

ella fijar el sentido de una norma constitucional; o bien interesa para fijar el sentido de una norma o de un comportamiento en relación a la Constitución”.

La Constitución no es lo que el intérprete quiera que sea, como lo afirman algunos autores. El tratadista Manuel Aragón Reyes²² explica esta conclusión, refiriéndose al derecho español, que es perfectamente aplicable a nuestro derecho:

De este modo, la Constitución no tiene por qué “ser sólo” lo que su intérprete “quiere” que sea, porque la norma constitucional no resulta enteramente disponible en su aplicación, de tal manera que cuando esa aplicación se produce jurisdiccionalmente, el órgano judicial no “crea” la norma constitucional, sino que la “recrea”. La Constitución no “es lo que los tribunales dicen que es” por la sencilla razón de que el órgano jurisdiccional tiene unos límites teóricos (lo que la Constitución dice de sí misma), normativos (lo que el precepto constitucional literalmente dice) y argumentativos (el razonamiento jurídico) que le vienen dados y que no puede legítimamente traspasar. Ni el juez es simplemente “la boca que pronuncia las palabras de la Constitución” ni, en nuestro sistema jurídico, es tampoco el libre conformador de ella. Ahora bien, lo que no cabe negar es que en la aplicación judicial de la Constitución existe un margen superior de “concretización”, de “recreación”, de adaptación de la norma, que en la aplicación judicial de la ley.

Segundo V. Linares Quintana²³ explica sobre el concepto de interpretación:

La aplicación de una Constitución exige su previa interpretación. Esta es un acto de comprensión. Ahora bien, no se interpretan normas sino conductas con las normas. Por eso es que la interpretación es de normas y comportamientos. Se ha dicho que la interpretación, en sentido lato, es una actividad cognoscitiva dirigida a averiguar el significado, valor y alcance de determinadas normas y conductas.

²² Manuel Aragón Reyes, *Estudios de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 117.

²³ Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 35.

Si bien se ha dicho por Hart²⁴ que la claridad es “una virtud soberana en la jurisprudencia”, sin embargo, las normas jurídicas y en particular las normas constitucionales son incompletas, generales, de textura abierta, por lo cual se requiere la interpretación especialmente para zonas denominadas de penumbra y para resolver los casos difíciles.

De todo lo expuesto se puede concluir que la interpretación constitucional tiene características especiales que la diferencian de la interpretación de la ley. Hay que tener en consideración que unos eran los procedimientos para la interpretación en el Estado legal y otros son los métodos utilizados en el Estado constitucional para interpretar la Constitución. Esta diferencia es explicada por María Luisa Balaguer Callejón²⁵ así:

Esto supone, por tanto, que la interpretación de la Constitución no puede fundamentarse en la estructura tradicional de la interpretación de la ley. De ahí que no pueda ser solamente interpretación de la Constitución, sino, sobre todo, interpretación constitucional del ordenamiento. Sólo así resulta posible que la Constitución cumpla, bajo un sustrato social pluralista, su función de reconstrucción del ordenamiento: con la inevitable pérdida de sustantividad como norma que se deriva de la integración entre Constitución y ordenamiento. Es decir que la Constitución es apenas el núcleo esencial de la interpretación constitucional que abarca todo el ordenamiento jurídico.

Hay que observar que la interpretación constitucional adquiere mayor importancia en el Estado social y democrático de derecho consagrado en nuestra Constitución Política y por ende los principios y valores constitucionales sirven de parámetro y guía de la interpretación.

²⁴ H.L.A. Hart, “Positivism and the separation of law and morals”, en: *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, p. 594.

²⁵ María Luisa Balaguer Callejón, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 24.

La interpretación constitucional genuina es la que realizan los jueces constitucionales. El tratadista Luis Prieto Sanchís²⁶ resume así la importancia de la interpretación constitucional:

[...] el modelo constitucional jurisdiccionalmente garantizado encarna un Estado justo que reclama por parte del jurista una actitud comprometida con los valores morales que están en la base del mismo, y por eso aparece la figura ejemplar del juez Hércules. No por casualidad Hércules es un juez constitucional, pudiendo haber sido un legislador omnisciente, y es que precisamente es la justicia constitucional firmemente asentada en una depurada argumentación normativa la que viene a representar el eslabón de cierre del sistema en su conjunto, aquel que nos invita a abandonar definitivamente las premisas positivistas que ya conocemos: es en la aplicación del Derecho y especialmente en la interpretación constitucional, guiadas por una teoría plausible de la argumentación. Donde al parecer culmina la reconciliación de la razón práctica, del orden jurídico y de la moralidad.

2. Sujetos de la interpretación constitucional

Kelsen sostiene que el destinatario de las normas jurídicas es el juez y por ende la labor interpretativa queda atada en gran medida a la esfera judicial. Pero, el ordenamiento jurídico se dirige a los miembros de la comunidad y por ende los sujetos de la interpretación constitucional son los integrantes de aquella.

La Constitución, como la norma jurídica suprema, es susceptible de ser interpretada por quienes ejerzan función jurisdiccional, por el legislador, el poder administrador, los especialistas, los abogados y las personas en general.

El tratadista Peter Haberle²⁷ plantea la cuestión de los participantes en la interpretación de la Constitución de una sociedad abierta, con la siguiente tesis: “En los procesos de interpretación constitucional se insertan potencialmente

²⁶ Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 98.

²⁷ Peter Haberle, *Retos actuales del estado constitucional*, Oñate, 1996, p. 18.

todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos. No hay *numerus clausus* de los intérpretes constitucionales. Sus criterios son tan abiertos como la sociedad pluralista”.

No hay que confundir la atribución al tribunal constitucional y a los jueces que ejercen funciones constitucionales, con la atribución interpretativa de las normas que incluye a todos los agentes sociales. La interpretación constitucional no se limita a los jueces sino que se extiende a todos los operadores jurídicos. Desde luego que en el Estado constitucional de derecho la Constitución vincula a todos²⁸ los poderes públicos.

Como el legislador, la administración y los jueces aplican la Constitución, deben interpretarla. Por esta razón, como lo dice Manuel Aragón Reyes,²⁹ si bien el Tribunal Constitucional no es el único aplicador ni el único intérprete de la Constitución, sin embargo, “ese carácter de supremo intérprete de la Constitución hace del Tribunal Constitucional la pieza fundamental de nuestro ordenamiento”. Considera este tratadista que el Tribunal Constitucional no puede usurpar el poder constituyente y ello se logra “en la medida en que interprete jurídica y no políticamente la Constitución”, no puede destronar al legislador democrático y ello obedece a que sólo debe anular sus producciones cuando resulten plenamente contradictorias con la norma constitucional, respetando, en los demás casos, el amplio margen de libertad que la Constitución le otorga “y el Tribunal ha de tener la facultad de modificar su propia jurisprudencia”, “bien para corregir errores doctrinales, bien para adaptar la norma constitucional a la cambiante realidad social”.

Por tanto, la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento, es consecuencia del carácter fundamental de la norma constitucional.

En la interpretación constitucional hay que distinguir la interpretación de la Constitución y la interpretación constitucional de la ley y del resto de normas del ordenamiento jurídico.

²⁸ María Luisa Balaguer Callejón, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 25.

²⁹ Manuel Aragón Reyes, *op. cit.*, p. 118.

Si el tribunal constitucional ha interpretado la Constitución, todos los operadores jurídicos, incluyendo desde luego los jueces y tribunales, deben de seguir la interpretación de la Constitución dada por el órgano límite.

Sin embargo, si no hay interpretación del tribunal constitucional, el órgano judicial ordinario puede interpretar la Constitución. Como se ha dicho, el tribunal constitucional por ser el supremo intérprete de la Constitución es también el supremo intérprete constitucional de la ley. La interpretación la realiza el tribunal constitucional especialmente cuando declara la ley inexecutable, mediante las sentencias denominadas “interpretativas”.

La necesidad de interpretar la ley conforme a la Constitución, el respeto al legislador democrático, conduce a no declarar la inconstitucionalidad mientras pueda encontrarse una interpretación conforme a la Constitución. Además, hay razones de seguridad jurídica y del respeto al principio de la conservación del derecho.

Al respecto dice el tratadista Liebholz⁵⁰ que los tribunales constitucionales han acometido

La elaboración del principio técnico interpretativo, según el cual el tribunal debe buscar con todo detenimiento la posibilidad de una interpretación, con arreglo a la cual una ley presuntamente inconstitucional no viole la Constitución. Según esta regla, caso de existir diferentes interpretaciones posibles de una misma ley, hay que dar preferencia, cuando exista, a aquella que haga que la ley discutida sea compatible con la Constitución.

El tratadista Francisco Javier Díaz Revorio⁵¹ define las sentencias interpretativas como “aquéllas, recaídas en un procedimiento de inconstitucionalidad, cuyo fallo, dejando inalterado el texto de la disposición, declara explícita o implí-

⁵⁰ Gerhard Liebholz, “El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la aireación judicial de la política”, en: *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971, pp. 167 y 168.

⁵¹ Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*, Valladolid, Lex Nova, 2001, p. 68.

citamente que al menos una de las normas, o parte de ella, que de él derivan conjunta o alternativamente, no son acordes con la Constitución”.

La Corte Constitucional italiana, según este autor, ha justificado las sentencias interpretativas básicamente en tres afirmaciones de principio: a) su competencia para proceder autónomamente también a la interpretación de las leyes ordinarias y no sólo la Constitución; b) la oportunidad jurídica y política de evitar en lo posible la eliminación definitiva de disposiciones legislativas, creando el correspondiente vacío, y c) que si la Corte estuviera obligada a seguir la interpretación propuesta por el juez ordinario, y esta interpretación fuese equivocada o infundada, la Corte debería ser obligada a hacer caer disposiciones perfectamente legítimas.

Las sentencias interpretativas han sido aplicadas por los tribunales constitucionales de muchos estados como Alemania, España, Italia y Estados Unidos y desde luego por nuestra Corte Constitucional.³²

3. La Constitución como norma jurídica suprema

La interpretación constitucional supone necesariamente la existencia de una Constitución que es norma jurídica suprema y fuente principal de todo ordenamiento jurídico.

La interpretación de la Constitución va unida a la aceptación de su carácter normativo. Si se niega la naturaleza normativa de la Constitución la interpretación queda vinculada al carácter programático de sus normas.

Por esta razón es necesario precisar someramente el concepto de Constitución y luego las consecuencias jurídicas que se derivan de su carácter normativo.

El concepto de Constitución data del siglo XVIII. Sin embargo, el término constitución referido a la política es antiquísimo como lo ha puesto de presente Maurizio Fioravanti.³³

³² Este aspecto se puede profundizar en nuestra obra *Interpretación constitucional*, Ediciones Librería del Profesional, 2005, pp. 142 y ss.

³³ Maurizio Fioravanti, *Constitución desde la Antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2002.

El concepto liberal y burgués de la Constitución en el proceso revolucionario francés e inglés difiere del concepto revolucionario norteamericano. En este surgió la idea de una justicia constitucional y la existencia de un control constitucional de las leyes.

En cambio, Europa fue reacia al constitucionalismo norteamericano y continuó manteniendo la supremacía de la ley como expresión de la voluntad popular. Este diferente enfoque es explicado por el tratadista Enrique Álvarez Conde:⁵⁴

En Europa, por un lado, los ingleses continuaban haciendo del principio de la soberanía parlamentaria una especie de dogma de fe y, y por otro, en el continente, el auge del principio monárquico hacía que el rey fuese el titular del poder constituyente, a veces compartido con el Parlamento, no siendo la Constitución más que una declaración de principios, un programa político. Es decir, mientras en Europa se pensó, casi hasta el período de entreguerras, que esos principios o técnicas eran suficientes para asegurar la libertad del ciudadano frente al poder político, en Estados Unidos, sin renunciar a esa utopía liberal burguesa, se va a añadir un nuevo elemento. La Constitución, desde sus inicios, es una norma jurídica que ocupa la posición de suprema del ordenamiento jurídico.

En esta concepción coincide el tratadista Rafael Díaz Roca⁵⁵ quien sostiene que en el constitucionalismo democrático la Constitución “es, y únicamente puede ser, el instrumento jurídico supremo en el Estado, que no sólo resume o establece su estructura esencial, sino que lo hace de una manera dada”. Este constitucionalismo tiene, según este autor, las siguientes determinaciones básicas: a) reconocimiento de libertades de los ciudadanos que son previas y superiores al Estado que surge para garantizarlas; b) el poder político se concibe y construye como una emanación del pueblo al que pertenece de modo indelegable

⁵⁴ Enrique Álvarez Conde, *Curso de derecho constitucional*, vol. 1, Madrid, Tecnos, 1999, p. 148.

⁵⁵ Rafael Díaz Roca, *Teoría general del derecho*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 131 y ss.

la soberanía; c) De lo anterior se deriva la necesidad del carácter normativo de la Constitución, su superioridad sobre todo el ordenamiento y la necesidad de que el derecho sea aplicado e interpretado conforme a la norma suprema, que puede ser invocada directamente por todos los ciudadanos.

La Constitución, dice Manuel Aragón Reyes³⁶ es “no sólo fuente del Derecho sino también fuente de derechos, norma que se impone a todos los poderes públicos, que sirve de medida a todas sus producciones, que se aplica y se interpreta por todos los operadores jurídicos (aunque en diferente medida); en definitiva, que es plenamente normativa (aunque la eficacia jurídica de sus distintos preceptos no sea de la misma clase)”. El tratadista Eduardo García Enterría³⁷ explica así la naturaleza y características de la Constitución:

Por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella contruidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe de cumplir en beneficio de la comunidad. En todos esos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos. La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico.

Luego agrega que “la Constitución no es sólo una norma, sino precisamente primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*”.

La fuerza y el carácter normativo de la Constitución se predicán de toda la Constitución, incluido el preámbulo.

El carácter normativo de la Constitución está establecido en la Constitución colombiana en el artículo 4 que dice: “La Constitución es norma de normas. En

³⁶ Manuel Aragón Reyes, *op. cit.*, p. 123.

³⁷ Eduardo García Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 48.

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

Ese carácter conlleva estas consecuencias jurídicas:

- a) Si una norma legal es contraria a la Constitución se declara la inconstitucionalidad de la misma.
- b) La Constitución es norma directamente aplicable en materia de derechos y libertades.
- c) La interpretación de todas las normas jurídicas debe hacerse conforme a la Constitución.
- d) La Constitución como norma suprema vincula a los poderes públicos.
- e) La Constitución es derogatoria de todas las normas contrarias a ella.
- f) Se declara la inconstitucionalidad sobreviviente de las normas anteriores a la Constitución que le sean contrarias.
- g) La Constitución es norma delimitadora del sistema de fuentes del derecho.

4. Objeto de la interpretación constitucional

El objeto de la interpretación constitucional es la Constitución, incluyendo el preámbulo, las normas constitucionales, tanto las orgánicas como las que contienen principios y valores.

La doctrina y la Corte Constitucional (Sentencia C-479 de 1992) ha sostenido la tesis vinculante del preámbulo de la Constitución. La citada determina:

El Preámbulo de la Constitución incorpora, mucho más allá de un simple mandato específico, los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico; los principios que inspiraron al Constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; la motivación política de

toda la normatividad; los valores que esa Constitución aspira a realizar y que trascienden la pura literalidad de sus artículos.³⁸

Además, hay que incluir las normas que contienen el bloque de constitucionalidad. Este bloque comprende las leyes orgánicas a las cuales está sujeto el Congreso en la actividad legislativa (artículo 151, Constitución Política) y los tratados internacionales que reconocen los derechos humanos (artículo 93, Constitución Política) y prohíben su limitación en los estados de excepción que prevalecen en el orden interno y que son parámetro de interpretación de los derechos y deberes consagrados en la Carta.

Este bloque de constitucionalidad ha sido admitido por la Corte Constitucional que no sólo ha aceptado su vinculación a las normas internacionales sobre derechos humanos sino a la doctrina que sobre las mismas ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los demás tribunales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La jurisprudencia constitucional, creada a partir de la Constitución de 1991, ha aceptado la teoría del bloque de constitucionalidad. Si bien ya había sido reconocida en las sentencias T-409 de 1992, C-574 de 1992, T-426 de 1992, se consolidó en la Sentencia C-225 de 1995. En esta sentencia se dijo:

[...] 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 de 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 situados en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-479 de 1992. Igualmente, José Gregorio Hernández Galindo, *Poder y Constitución*, Bogotá, Legis, 2001; Jaime Angulo Bossa, *El preámbulo de la Constitución nacional*, Bogotá, Leyer, 2002.

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 derecho internacional humanitario (Constitución Política, artículos 93 y 214, numeral 2), es que éstos forman parte, con el texto constitucional de 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 (Constitución Política, artículo 4) con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en estados de excepción (Constitución Política, artículo 93).

La Corte, en Sentencia C- 358 de 1997, dice que las leyes orgánicas y las leyes estatutarias, si bien no tienen rango constitucional, deben ser respetadas por las leyes ordinarias.³⁹

La Corte, en diversas sentencias, (C-191 de 1998, C-400 de 1998, y C-567 de 2000, entre otras) integra el bloque de constitucionalidad así: a) texto de la Constitución, preámbulo y principios y valores que se deducen de dicho texto; b) tratados sobre derechos humanos cuya limitación se encuentra prohibida en estados de excepción y normas sobre derecho internacional humanitario (Constitución Política, artículos 93 y 213); c) tratados de límites, porque el artículo 102 de la Constitución les otorga jerarquía constitucional (C- 191 de 1998); y, d) Los convenios y recomendaciones de la OIT (T-568 de 1999 y C-567 de 2000).

Esta teoría del bloque de constitucionalidad tiene origen en el “bloque de legalidad” que permitía designar las leyes y principios generales del derecho, que podía aplicar el Consejo de Estado para controlar las actividades de la administración pública. A partir de esta noción se desarrolló el bloque de constitucionalidad en Francia. Según Louis Favoreu⁴⁰ este bloque comprende: a) Las disposiciones de la Constitución vigente de 1958; b) Las disposiciones de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; c) Las disposiciones del preámbulo de la Constitución de 1946; y d) Los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República.

³⁹ Marco Gerardo Monroy Cabra, *La interpretación constitucional*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000, p. 195.

⁴⁰ Louis Favoreu, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1991 p. 25.

El bloque de constitucionalidad en España está integrado por estos elementos: a) Las normas de la Constitución de 1978; y b) Los estatutos de autonomía y otras normas que distribuyen competencias entre el Estado y las comunidades autónomas.

En Italia, según Zagrebelsky,⁴¹ el bloque de constitucionalidad, conlleva una violación indirecta de la Constitución y comprende, según Arturo Hoyos los siguientes elementos:

Normas de derecho internacional a las que el ordenamiento italiano debe conformarse; normas que regulan la Comunidad Europea; normas de los tratados lateranenses que el legislador no puede modificar unilateralmente; leyes que regulan las relaciones del Estados con los cultos no católicos, que el Estado no puede modificar sin acuerdos previos; leyes que contienen los principios fundamentales sobre las competencias de los entes regionales; normas contenidas en la legislación delegada que circunscriben el poder legislativo del órgano ejecutivo; los reglamentos de las asambleas parlamentarias.⁴²

Lo susceptible de interpretación constitucional es el contenido de la Constitución. Esto por cuanto no todas las constituciones presentan el mismo contenido normativo: algunas contienen normas sobre organización de poderes públicos exclusivamente y no incluyen un catálogo de derechos, ni contienen normas programáticas o de principio.

Otras constituciones incluyen, junto a las normas sobre la organización de los poderes, declaraciones de derechos; por último, otras constituciones agregan —junto a la declaración de derechos y a normas sobre organización del Estado— también una variedad de normas programáticas o de principio.

⁴¹ Citado por A. Hoyos, *La interpretación constitucional*, Bogotá, Temis, 1998, p. 94.

⁴² A. Hoyos, *op. cit.*, p. 94.

5. Peculiaridades de interpretación constitucional

La doctrina analiza lo que distingue la interpretación constitucional de la interpretación de la ley.

Hay que tener en cuenta que las normas constitucionales son de tipo abierto y utilizan conceptos jurídicos indeterminados. La generalidad en que se expresan las normas constitucionales hace necesaria una técnica especial para interpretarlas.

Hay acuerdo en que las peculiaridades de la interpretación no se refieren a la naturaleza de la actividad interpretativa como tal, ya que en ambos casos se trata de un acto de voluntad o decisión que conlleva la atribución de un significado a un texto.

Hay una polémica entre quienes sostienen la unidad metodológica entre la interpretación de la ley y la interpretación constitucional.

Compartimos la posición de algunos autores de que existe una clara especificidad de las normas constitucionales, que requiere principios especiales, aunque se aplican los métodos de la teoría general de la interpretación. E. Alonso García plantea bien el problema al decir:⁴³ “Los métodos clásicos de interpretación resultan mediatizados cuando la norma a interpretar tiene rango constitucional”; sin embargo, a continuación dice: “La única especialidad de la interpretación de las normas constitucionales reside en que éstas son más amplias, abiertas, elásticas. Sin embargo, la Constitución contiene normas bien precisas y las leyes ordinarias conceptos abiertos”.

La peculiaridad esencial de la interpretación constitucional reside en la posición de la Constitución en el ordenamiento jurídico, que no es de mera jerarquía, sino de supremacía sobre las normas infraconstitucionales.

Otra peculiaridad es que el carácter abierto, a veces ambiguo, incompleto y general de las normas constitucionales exige técnicas concretas de interpretación.

Se ha dicho por la doctrina⁴⁴ que la insuficiencia del método jurídico tradicional para interpretar la Constitución, deriva de que éste está elaborado con

⁴³ Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 24.

⁴⁴ Tomás de la Quadra Salcedo, “Interpretación de la Constitución y órganos del Estado”, en: López Pina (ed.), *División de poderes e interpretación*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 33.

categorías iusprivatistas, mientras que el texto de la Constitución responde al pluralismo político.

La doctrina ha aceptado que la unidad de la interpretación no se opone a un pluralismo metodológico.

El tratadista Ricardo Guastini⁴⁵ dice que las peculiaridades de la interpretación constitucional se refieren a los agentes de la interpretación, las técnicas interpretativas y los problemas de la interpretación.

En cuanto a los agentes de la interpretación constitucional hay que decir que la Constitución es interpretada típicamente por sus destinatarios. Según Guastini, hay dos concepciones de la Constitución. La primera, entiende que ésta tiene como función o bien el limitar el poder político, o bien a la función de modelar las relaciones sociales. En esta concepción “las normas constitucionales se dirigen a los órganos constitucionales supremos (las cámaras, el gobierno, el jefe de Estado, la Corte Constitucional, etcétera) y éstos son los únicos intérpretes autorizados de la Constitución. En otras palabras, desde este punto de vista, el texto constitucional —a diferencia de las leyes ordinarias— no es susceptible de interpretación y aplicación jurisdiccional directa por parte de los jueces comunes”.

La segunda concepción, sugiere que la Constitución es —como cualquier otra ley— susceptible de interpretación y aplicación directa por parte de los jueces comunes para la solución de las controversias a ellos sometidas. En esta concepción la interpretación de la legislación ordinaria se hace de manera coherente con la Constitución previamente interpretada.

En cuanto a los agentes, en los sistemas que tienen control constitucional abstracto, hay un órgano constitucional privilegiado que es el tribunal constitucional. No obstante, en los sistemas mixtos, como el caso colombiano, todos los jueces son jueces constitucionales porque protegen los derechos fundamentales a través de la acción de amparo y demás acciones constitucionales como las de cumplimiento, populares y de grupo.

⁴⁵ Ricardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003, p. 256.

En los estados donde el control de legitimidad constitucional de las leyes es ejercido en forma difusa por todos los jueces, como sucede en Estados Unidos, la Constitución es interpretada por los jueces. De otra parte, cuando hay constituciones rígidas y control constitucional, la interpretación auténtica es la realizada por el tribunal constitucional.

En cuanto a las técnicas de interpretación la doctrina rechaza la interpretación literal y es favorable a la interpretación evolutiva, según las exigencias sociales existentes en el momento en que se realiza la interpretación.

Hay que tener en cuenta que en una Constitución se interpreta el preámbulo, que es una verdadera norma jurídica; igualmente, se interpretan los derechos a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de tribunales internacionales especializados en la materia.

6. Métodos de interpretación constitucional

La interpretación constitucional utiliza por regla general los mismos métodos de interpretación de la ley: gramatical, lógico, histórico, y teleológico.⁴⁶ Según Gustavo Zagrebelsky:⁴⁷

[...] el pluralismo de métodos es un rasgo esencial de nuestra cultura jurídica. Esto se muestra con claridad desde la «escuela histórica, en cuya teoría de la interpretación confluían la gramática y la sintaxis, la lógica, la historia y el sistema. A tales criterios se añaden hoy otros, como la comparación de los principios jurídicos, consecuencia tanto de la aproximación entre los derechos como de la creación de un nuevo derecho común, o el análisis económico del derecho, que introduce entre los datos a tomar en consideración en la aplicación de las normas jurídicas el cálculo de la relación entre costes y beneficios y las consecuencias redistributivas del producto social.

⁴⁶ Un análisis de estos métodos se encuentra en Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

⁴⁷ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 1997.

El pluralismo metodológico está hoy aceptado sin que ningún método se haya impuesto sobre el otro. Según José M. La Fuente Balle⁴⁸ la dogmática constitucional distingue estas corrientes metodológicas:

- a) *Originalismo mecanicista* (B. Windscheid, E. R. Bierling). Según este método el intérprete se debe sujetar al sentido que el constituyente le otorgó a las palabras que utilizó. Sin embargo, las circunstancias políticas y sociales cambian entre el momento de elaboración de la norma y el momento de su aplicación.
- b) *Formalismo científico*. Según este método, la aplicación del derecho es una operación lógica que se basa en reglas preestablecidas.

En Estados Unidos hay dos tendencias en la interpretación constitucional denominadas “interpretativismo” y “activismo judicial”. La primera sostiene que los principios deben deducirse del texto elaborado por los constituyentes (Bork); la segunda, propugna por una interpretación por principios y valores. Una tercera tendencia sostiene que debe haber principios neutrales y apolíticos para impedir el abuso del tribunal supremo.

El tratadista Juan Vicente Sola⁴⁹ resume así interpretativismo y no interpretativismo:

Ely⁵⁰ sostiene que existe una larga disputa en la teoría constitucional que ha tenido diferentes nombres a lo largo de la historia pero que en la actualidad podría ser condensada en los términos interpretativismo y no interpretativismo. El primero indica que los jueces cuando deciden cuestiones constitucionales deben limitarse a cumplir las normas que están establecidas, o al menos claramente implícitas, en la Constitución escrita. La última posición, la no interpretativista, sostiene una visión contraria a que los tribunales vayan más

⁴⁸ José M. La Fuente Balle, *La judicialización de la interpretación constitucional*, Madrid, Colex 2000, pp. 16 y ss.

⁴⁹ Juan Vicente Sola, *Control judicial de constitucionalidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 83; Walter F. Murphy, James E. Fleming, Sotirios A. Barber, *American constitutional interpretation*, New York, Foundation Press, 1995.

⁵⁰ J. H. Ely, *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Harvard University Press, 1980.

allá de este conjunto de referencias y apliquen normas que no pueden ser descubiertas dentro de los límites del documento constitucional.

Este debate en la teoría constitucional, entre interpretativismo, a veces llamado originalismo, y no interpretativismo, o no originalismo, implica que las dos teorías disienten sobre cómo la Constitución puede evolucionar. Los originalistas consideran que la reforma constitucional es el único medio legítimo de cambio o evolución constitucional; en contraste, los no originalistas consideran que el significado y aplicación de las cláusulas constitucionales puede evolucionar por la interpretación.

Hasta principios del siglo xx la Corte Suprema sostuvo una posición originalista (caso *South Carolina vs U.S.*, 1905); posteriormente apareció un rechazo de tal doctrina (caso *Home Building and Loan Association vs Blaisdell*, 1934).

Estas dos teorías han tenido diversas interpretaciones que son resumidas por Juan Vicente Sola:⁵¹

Se hace notar que tres aspectos han sido tradicionalmente presentados en los trabajos doctrinarios para dividir las posiciones asumidas por los constitucionalistas:⁵² el embate acerca de los valores (teorías sustantivas vs teorías procesales); el llamado criterio técnico jurídico, que hace la distinción de las posiciones interpretativistas y posiciones no-interpretativistas, cabe en ese punto, una alusión a la entre *strict construction* e *broad construction* y el criterio ideológico político, que hace la separación, de un lado, los defensores de una *self-restraint* de los jueces y, de otro, los defensores del activismo judicial.

El originalismo tiene varias derivaciones que son el literalismo, el intencionalismo y el intencionalismo constructivo.

⁵¹ Juan Vicente Sola, *op. cit.*, p. 95.

⁵² Entre otros, abordan esa triple distinción Murphy *et ál.*, *American constitutional interpretation*, pp. 14-18; Díaz Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional*, p. 482; Beltrán, *Originalismo e interpretación Dworkin c/Bork: una polémica constitucional*, p. 44.

Según María Luisa Balaguer Callejón⁵³ el literalismo:

Es una corriente interpretativa que considera que toda la manera interpretativa está presente en el texto. Su principal problema es justificar la existencia de los conceptos jurídicos indeterminados. El control de un concepto jurídico indeterminado lleva a un solo concepto, que es la respuesta al caso, y excluye cualquiera otras posibles. La respuesta a si algo es o no constitucional sólo puede ser sí o no.

Según esta autora, el intencionalismo tiene un marcado acento subjetivista y consiste “en pretender averiguar lo que los fundadores quisieron decir cuando redactaron la Constitución”.

El originalismo petrifica el derecho e impone tener en cuenta la evolución social y jurídica de las normas.

El debate acerca de la interpretación constitucional en Estados Unidos ha tenido lugar desde el conocido trabajo de Weschler⁵⁴ en que sostiene que los tribunales deben decidir los casos constitucionales basándose en la razón y en un análisis que trascienda el resultado inmediato, siguiendo unos principios generales y neutrales que deben responder a razones que se estaría dispuesto a seguir en otras situaciones a las que fueran aplicables.

Este debate, según lo resume Francisco Javier Díaz Revorio,⁵⁵ gira entre las tendencias hacia el “interpretativismo” y “no interpretativismo”; en segundo lugar, entre activismo o restricción judicial, y en tercer lugar, la elección entre valores sustantivos o adjetivos en la interpretación constitucional, que conlleva el problema de si la Constitución ha de interpretarse como un orden abierto (valores adjetivos), o bien el margen de actuación del legislador es bastante menor, ya que se imponen a él determinados valores sustantivos.

⁵³ María Luisa Balaguer Callejón, *Interpretación de la constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 81.

⁵⁴ H. Weschler, “Toward neutral principles of constitutional law”, *Harvard Law Review*, no. 1, november 1959, p. 1.

⁵⁵ Francisco Javier Díaz Revorio, *La Constitución como orden abierto*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 151.

Ya hemos hecho referencia a la polémica entre interpretativismo y no interpretativismo. En cuanto al segundo aspecto, la restricción judicial limita la función del juez a la interpretación en sentido estricto, sin que pueda realizar una labor constructiva o creativa. En cambio, el activismo implica que el juez debe jugar un papel activo defendiendo los valores constitucionales para hacer una *living constitution*.

En relación con el tercer aspecto, mientras algunos autores sostienen que los tribunales deben basarse en valores sustantivos o materiales, otros afirman que es el valor democrático o participativo el que debe fundamentar las decisiones del tribunal constitucional.

La defensa de valores sustantivos conlleva la consideración, como dice Díaz Revorio, del orden constitucional “como un orden material, que se impone a todos los poderes públicos, limitando los posibles contenidos de sus decisiones. También hay que indicar que estas teorías implican, al menos en el sistema norteamericano, posiciones activas por parte de los jueces, que son quienes deben dotar de contenido a los valores constitucionales, o al menos completarlo”. Dentro de estos autores se pueden mencionar a R. Dworkin, L. H. Tribe, M. J. Perry y H. H. Wellington.

R. Dworkin,⁵⁶ defiende la posibilidad de encontrar una solución justa a los problemas constitucionales, de forma racional, basándose en principios que garanticen los derechos y que se impongan aunque el derecho positivo no los establezca o los contraríe. El juez no crea el derecho sino que se basa en criterios objetivos de articulación de los principios.

Dworkin⁵⁷ critica el originalismo que propone certezas interpretativas, al sostener que lo que la Constitución incorporó fueron principios abstractos que el juez debe encontrar para hallar una sola elección. La labor del intérprete es encontrar respuestas para las preguntas que formula la Constitución. Para ello, deben buscar la mejor interpretación respetando el texto de la Constitución, así

⁵⁶ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1977, (2ª ed., 1989).

⁵⁷ Ronald Dworkin, *Freedom's law: the moral reading of the american Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.

como las tradiciones y la práctica constitucional de la comunidad. El tratadista Roberto Gargarella⁵⁸ resume así la concepción de Dworkin:

Conforme a Dworkin, el juez que cumple debidamente su función es el que reconstruye las decisiones pasadas en su mejor luz, mostrando al derecho como “integridad”, esto es, como un cuerpo de principios coherente, capaz de hablar “con una sola voz” a las distintas generaciones que dieron forma a la comunidad. El juez que decide un caso debe ser capaz de mostrarle al individuo que hoy espera su sentencia que los principios que invoca son los mismos con los que la comunidad se ha mostrado comprometida a lo largo del tiempo. Esto también forma parte de la idea de tratar a todos con “igual consideración y respeto”.

Existen otras teorías sociológicas así como la nueva retórica, la tópica, y las teorías de la argumentación,⁵⁹ que no es la oportunidad de analizarlas pero que han incidido enormemente en la interpretación constitucional. Sin embargo, haremos un brevísimos comentario al respecto.

La tópica es un mero sistema de argumentación y no deductivo.⁶⁰ Sin embargo, la importancia de la tópica en la interpretación constitucional es puesta de presente por María Luisa Balaguer Callejón⁶¹ al decir que “debe destacarse la potencialidad que la tópica ofrece como método de interpretación constitucional, en la medida en que se trata de un método abierto y de carácter argumentativo, que no parte de verdades absolutas y que contempla el Derecho como un proceso social siempre inacabado”.

Hoy se analiza la interpretación como proceso de argumentación, y se da importancia a la realización de una actividad de comprensión del lenguaje de las normas jurídicas. La argumentación como soporte de la interpretación de las

⁵⁸ Roberto Gargarella, “Capítulo XIII: interpretación del derecho”, en: Autores Varios, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2004, p. 670.

⁵⁹ Una explicación amplia de estas teorías se encuentra en nuestra obra *Interpretación Constitucional*, 2005.

⁶⁰ T. Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964, p. 38.

⁶¹ Balaguer Callejón, *op. cit.*, p. 85.

normas constitucionales busca la legitimación por vía del convencimiento y en cuanto permite al juez dar a conocer las razones en que se ha basado.

Díaz Revorio⁶² sostiene que la justificación de las decisiones constitucionales debe venir acompañada de las siguientes cautelas para impedir el subjetivismo:

- 1) no puede perderse la conexión de la decisión con el texto constitucional;
- 2) no cabe “crear” nuevos valores no previstos en el mismo; 3) debe admitirse la constitucionalidad de la decisión legislativa cuando ésta esté entre varias soluciones, todas ellas permitidas por el texto constitucional (interpretado con los criterios aludidos); 4) el Tribunal debe en todo caso expresar y detallar la argumentación seguida en su decisión, demostrando que la misma se fundamenta en el texto constitucional.

Existen problemas de la interpretación constitucional como los que enumera Guastini.⁶³

Un primer problema se refiere a todas aquellas Constituciones que nada disponen sobre su reforma, lo que ha dado lugar a que se considere que es flexible y por ende modificable mediante ley ordinaria, o que es rígida haciendo imposible la revisión.

Un segundo problema se refiere a las Constituciones que incluyen declaración de derechos. El problema consiste en saber si los derechos enunciados en la declaración son “declarados” o simplemente reconocidos, por “constituidos”, es decir creados ex novo, en lo cual incide la posición que se adopte: la iusnaturalista o la positivista.

El tercer problema es determinar si el preámbulo de la Constitución es norma jurídica o son programas políticos.

⁶² Díaz Revorio, *op. cit.*, p. 198.

⁶³ Ricardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003, p. 143.

El cuarto problema consiste en determinar si existen límites lógicos a la reforma constitucional.

El quinto problema es de la plenitud de la Constitución que no es la oportunidad de analizarlo.

7. Función integradora de la Constitución e interpretación

De acuerdo con Juan Vicente Sola⁶⁴ “La función integradora de la Constitución reclama una función racionalizadora de la interpretación constitucional. Si se parte de la idea de que tiene que ser objetiva y evolutiva, de manera de asegurar la coherencia y subsistencia del ordenamiento”. Este tratadista enumera los puntos de mayor importancia para lograr la función integradora de la Constitución:

- a) La Constitución debe ser interpretada como un todo en búsqueda de la unidad y armonía de sentido.
- b) Mediante un sistema de ponderación solucionar la contradicción de principios.
- c) Los conceptos indeterminados y las normas puramente programáticas deben ser comprendidos desde la perspectiva de los principios, valores e intereses constitucionalmente relevantes.
- d) A las normas constitucionales se les debe atribuir el sentido que más eficacia les conceda.
- e) “El carácter jurídico es compartido por las normas programáticas de carácter abierto que desempeñan el papel de incorporación de objetivos y valores precisos para el intérprete y dándole márgenes mayores o menores al legislador ordinario para su concretización en consonancia con las coyunturas y opciones políticas”.⁶⁵
- f) Los preceptos constitucionales deben ser interpretados no sólo por lo que ostensiblemente indican sino también por lo que resulta implícito en ellos.
- g) La interpretación de las normas constitucionales debe hacerse en concordancia con los precedentes judiciales.

⁶⁴ Juan Vicente Sola, *Control judicial de constitucionalidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, p. 75.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 76.

De los anteriores principios hay que tomar en consideración que el principio fundamental de la interpretación constitucional es la interpretación de todo el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución. Este principio se fundamenta en la supremacía y fuerza normativa de la Constitución; además, es aceptado hoy que la interpretación constitucional debe respetar el precedente constitucional.⁶⁶

Igualmente, la interpretación constitucional debe guiarse por estos otros principios:

- a) Unidad constitucional.
- b) Efectividad constitucional.
- c) Conservación del derecho.
- d) Prelación del derecho sustancial.
- e) Consolidación de los valores constitucionales.
- f) Fundamentación apropiada de las decisiones constitucionales.
- g) Esfuerzo de coordinación entre el derecho constitucional interno con el derecho internacional y el derecho comunitario.
- h) Máxima funcionalidad del régimen político.
- i) Principio de que toda interpretación constitucional debe tomar en cuenta la realidad social.

En cuanto a derechos fundamentales aplicar el principio de la máxima expansión de los derechos, así como la interpretación de los derechos conforme a lo previsto en los tratados sobre derechos humanos y la jurisprudencia internacional sobre los mismos.

Conclusiones

1. La interpretación ha de entenderse en conexión con el modelo de Estado que en derecho colombiano es el Estado social de derecho, sus principios y valores. La interpretación de las normas ha de hacerse desde la Constitución y

⁶⁶ Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2000.

en relación con los presupuestos del modelo de Estado social de derecho. Este enfoque es explicado así por María Luisa Balaguer Callejón:⁶⁷

El proceso de juridificación de ese modelo, por el que se llega a las constituciones actuales, determina que ya en ellas tome importancia la interpretación de las normas para el Derecho constitucional, en la medida en que el Derecho constitucional ha de ser interpretado como norma e integrado y aplicado en relación con el resto de las normas del ordenamiento. Ello conlleva la búsqueda de fórmulas de articulación entre las normas ordinarias y las constitucionales, teniendo en cuenta que el Derecho constitucional está llamado a desempeñar la función de coherencia y unidad con el respeto de las normas infraconstitucionales.

2. La interpretación no sólo es labor neutra sino que puede ser de creación de acuerdo con la realidad constitucional existente en el momento en que se realiza la interpretación. Balaguer Callejón⁶⁸ sostiene:

La historia desmiente categóricamente el aserto de que el poder judicial es un poder neutro, y demuestra que la práctica judicial exige una labor de creación y no de indagación de normas. Situar la interpretación del Derecho en el plano de la creación y no del descubrimiento, implica una consideración del poder judicial como poder efectivo y no meramente neutral en las relaciones entre los poderes del Estado, y en su incidencia social.

3. Cualquiera que sea el método utilizado, toda interpretación debe hacerse conforme a los principios y normas constitucionales. Además, para la legitimidad es necesario acudir a la argumentación jurídica. El poder judicial como poder del Estado se diferencia de los demás poderes en orden a su legitimación. La legitimidad del poder judicial en un sistema democrática debe analizarse como dice la doctrina desde el control del poder. Por ello en el Estado

⁶⁷ María Luisa Balaguer Callejón, *op. cit.*, p. 165.

⁶⁸ María Luisa Balaguer Callejón, *op. cit.*, p. 165.

constitucional adquiere importancia en la legitimación del poder judicial, la motivación de las resoluciones judiciales.

4. Al hacer el control de constitucionalidad en abstracto el juez constitucional no efectúa propiamente una labor de subsunción, sino un juicio de razonabilidad y proporcionalidad.
5. La interpretación constitucional parte de la base de la Constitución como norma jurídica y fuente de derecho y de los derechos, la aplicación directa de la Constitución, la garantía jurisdiccional de la Constitución, y la adopción del principio de interpretación conforme que armoniza la ley con la Constitución eligiendo el significado que evite la contradicción entre las dos.
6. Entre los principios propios de la interpretación constitucional se pueden mencionar el análisis de la razonabilidad y proporcionalidad de la ley, el principio de la ponderación cuando hay conflicto de principios, y el principio de la fuerza expansiva de los derechos.
7. La interpretación de la ley es distinta de la interpretación de la Constitución en cuanto a los sujetos, las técnicas o métodos, y los problemas que se presentan.
8. La doctrina acepta el pluralismo de métodos en la interpretación constitucional y la prevalencia de las concepciones sustantivas del derecho que privilegian los valores en especial la justicia.
9. La doctrina constitucional moderna sostiene la interpretación de la Constitución como “texto vivo”, es decir, la interpretación dinámica de la misma. El famoso juez norteamericano Félix Frankfurter señalaba:⁶⁹ “Es una concepción inadmisiblemente estrecha del derecho constitucional la de confinar su contenido a las palabras de la Constitución, dejando de tomar en cuenta las glosas que la vida ha escrito acerca de ellas” (*Youngstown Ser Tube Co vs Sawyer*, 343 US, 579 (1952)). Ya antes que él, el juez Holmes había afirmado, en el caso *Missouri vs Holland*, que los creadores de la Constitución habían dado vida a un documento “cuyo desarrollo no pudieron prever por

⁶⁹ Citas de Roberto Gargarella “Control constitucional”, en: Albanese, Dalla Via, Gargarella Hernández, Sabsay, *Sobre derecho constitucional*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2004, pp. 653-654.

completo, de ahí que el caso (en cuestión) debe ser considerado a la luz de nuestras experiencias más acabadas, y no meramente a partir de lo que fue dicho cien años atrás” (252 U.S. 416 (1920)).

10. La interpretación constitucional se debe realizar por principios. Estamos de acuerdo con Luis Prieto Sanchís⁷⁰ cuando dice:

[...] las actuales Constituciones principialistas asumen de forma resuelta la función de modelar el conjunto de la vida social, y por eso las relaciones entre legislación y jurisdicción ya no pueden presentarse de manera estrictamente jerárquica, sino de un modo más complejo que tampoco puede calificarse de simétrico: las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero sólo a través de una interpretación de principios que efectúe este último.

11. La existencia de tribunales constitucionales en un gran número de estados y la jurisprudencia dictada en procesos de constitucionalidad, trae como consecuencia la búsqueda de una teoría general de la interpretación constitucional que integre las peculiaridades de la interpretación constitucional con las técnicas y principios de la interpretación general del derecho. La razón de lograr unas reglas mínimas sobre interpretación se debe a la unidad y coherencia que debe tener el ordenamiento en el momento de la aplicación judicial del derecho.
12. La técnica de las sentencias de los tribunales constitucionales, de utilizar sentencias interpretativas, manipulativas, acumulativas, aditivas y sustitutivas, siguiendo la clasificación de Pizzorusso,⁷¹ constituyen formas de aplicación del principio de conservación del derecho en lo posible y de seguridad jurídica.
13. La interpretación en el Estado constitucional, social y democrático de derecho, exige del juez la adecuación a los valores y principios establecidos en la Constitución respecto del modelo de Estado adoptado. Además, la interpretación debe atender a los postulados de la tópica, la argumentación, lo que legitima sus decisiones.

⁷⁰ Luis Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 121.

⁷¹ Alessandro Pizzorusso, *El tribunal constitucional*, Madrid, Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1981.

14. Los límites de interpretación constitucional tienen como marco mínimo la Constitución, pero como lo expresa la profesor Balaguer Callejón⁷² “por encima del cual, una sociedad puede progresar en la igualdad y en la libertad, respetando los límites de otros derechos también constitucionalmente protegidos”.
15. La interpretación constitucional debe tener en cuenta las características del neoconstitucionalismo (representado por R. Alexy, Zagreblesky, Guastini, entre otros), resumidos por Prieto Sanchís⁷³ así:

Más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.

Esta nueva teoría tiende a realizar un nuevo estudio de las fuentes desde la supremacía de la Constitución; la teoría de la norma atiende a unas nuevas tipologías, la teoría del sistema obliga a un replanteamiento de los problemas de plenitud y coherencia, y la teoría de la interpretación que exige justificación y argumentación, como base de la legitimidad constitucional.

16. Las decisiones del legislador siguen vinculando a los jueces, pero sólo a través de la interpretación constitucional de principios que realiza el tribunal constitucional, por cuanto en la Constitución se proyecta y orienta todo el ordenamiento jurídico. La Constitución de principios está abierta a todos los intérpretes. Es lo que Haberle denomina la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”. Se ha dicho que “una jurisprudencia constructiva a

⁷² Balaguer Callejón, *op. cit.*, p. 167.

⁷³ Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 117.

partir de principios viene a compensar el déficit de racionalidad de un Derecho de reglas o positivista”.⁷⁴

17. La interpretación constitucional, como resume el profesor Pablo Lucas Verdú,⁷⁵ “se propone comprender (*verfassen*) los elementos ideológicos, valorativos y sociopolíticos que contiene una Constitución”. Estos factores son captados por aquélla. Se sintetizan en lo que denomino la fórmula política “de la Constitución en cuanto expresión ideológica, axiológica que versan sobre la organización y ejercicio del poder político que reconoce y resguarda los derechos humanos en una sociedad”. Esta es la misión y propósito de la interpretación constitucional que no puede perder de vista que su propósito no puede ser otro que realizar los principios y valores del Estado social de derecho que consagra nuestra Carta Magna, para lograr un orden justo como expresamente lo establece la misma Constitución.

⁷⁴ Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 129; igualmente, A. Nieto, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000.

⁷⁵ Pablo Lucas Verdú, “Prólogo”, en: Sergio M. Díaz Ricci, *Teoría de la reforma constitucional*, Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Complutense, Buenos Aires, Ediar, 2004. Igualmente, Héctor López Bofill, *Formas interpretativas de decisión en el juicio de constitucionalidad de las leyes*, Universidad Autónoma de Barcelona, 2004.

La interpretación constitucional colombiana de la familia¹

1. Fuentes del derecho de familia en Colombia

Las normas sobre derecho de familia no están contenidas en el Código de Familia porque no se ha dictado. Éste debería ser expedido para sistematizar la normatividad sobre la materia; igualmente, las normas sobre los menores están contenidas en el Código de la Infancia recientemente expedido y que modificó el Código del Menor.

Nuestro Código Civil no contiene ningún libro dedicado a la familia, por cuanto siguió el Código Civil francés de 1804, que no dedicó ningún libro al régimen familiar. En cambio, el Código Civil alemán de 1900, el suizo de 1912 y el italiano de 1942 dedican sendos libros a la familia.

Las normas que regulan la familia están en el libro 1 “De las personas” y en el libro 4, a continuación de las reglas que informan la prueba de las obligaciones, técnica que sigue el Código Civil francés.

A partir de la Constitución Política de 1991 las normas sobre la familia están en la Carta Magna, lo cual permite sostener que el derecho de familia se ha constitucionalizado.

La Constitución ha llegado a ser la principal fuente de derecho y por tanto es la norma de normas y tiene fuerza normativa. Por ende es indudable la importancia de las normas y principios contenidos en su artículo 42 y siguientes.

Asimismo, la Corte Constitucional ha realizado la interpretación constitucional de las normas sobre derecho de familia, e igualmente ha hecho interpretación legal, al hacer el control constitucional en abstracto así como en la revisión de las sentencias de tutela.

Esto implica que los jueces y demás operadores jurídicos están obligados a seguir el precedente, o sea la *ratio decidendi* de las sentencias, tanto de constitucionalidad como de tutela. Cuando los jueces se separen del precedente

¹ Este ensayo se presentó en el *Simposio sobre Constitucionalización del Derecho Privado*, que tuvo lugar en la Pontificia Universidad Javeriana, en septiembre de 2006.

están obligados por razones de igualdad a manifestar las razones jurídicas que los llevan a no seguirlo.

Por otra parte, además de las normas constitucionales, de la interpretación constitucional y legal sobre las normas de derecho de familia, hay que tener en consideración los principios y valores constitucionales.

Como parámetro de constitucionalidad, para efectos de interpretación, hay que tener en cuenta los tratados sobre derecho de familia de los cuales Colombia es Estado parte, que conforman el bloque de constitucionalidad conforme a los artículos 93 y 94 de la Constitución; de igual forma, constituyen fuentes del derecho de familia la legislación sobre la materia y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Además, complementan las fuentes el análisis del derecho comparado y la interpretación sobre temas de derecho de familia realizada por la jurisprudencia de los órganos de protección internacional de los derechos humanos, como la Comisión y la Corte Interamericanas de los Derechos Humanos, o la Corte Europea de los Derechos Humanos, así como la interpretación que hacen las cortes de otros estados.

2. Normas constitucionales

La Constitución contiene un conjunto de normas, principios y valores que sirven de parámetro de la normatividad en derecho de familia, en virtud del principio de la supremacía de la Constitución.

El artículo 1, que establece a Colombia como Estado social de derecho, enuncia como principio fundante el respeto de la dignidad humana. El artículo 5, por su parte, dice que “el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”. El título 11 está dedicado a los derechos, las garantías y los deberes. El capítulo 1 regula lo relativo a los derechos fundamentales y el capítulo 2 trata de los derechos sociales, económicos y culturales.

Dentro del capítulo 11 se encuentran las normas sobre derechos y deberes de la institución familiar (artículo 42), la igualdad y protección de la mujer (artículo 43), protección de la niñez (artículo 44), y otras normas conexas con

la familia como el derecho a la seguridad social (artículo 48), y derecho a la vivienda digna (artículo 51).

El artículo 42 establece los siguientes principios constitucionales que deben orientar la legislación de familia:

- a) La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.
- b) Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.
- c) El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.
- d) Se consagran como derechos de familia la honra, la dignidad y la intimidad.
- e) Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.
- f) Se rechaza la violencia intrafamiliar.
- g) Igualdad de derechos y deberes de todos los hijos.
- h) La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.
- i) Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.
- j) Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.
- k) Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.
- l) También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.
- m) La ley determina lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.

En el capítulo 4, dedicado a la protección y aplicación de los derechos, está el artículo 86 que regula la acción de tutela, procedimiento preferente y

sumario para la protección inmediata de los derechos fundamentales y entre ellos los derechos de la familia.

La protección mediante la acción de tutela es subsidiaria a la protección judicial, excepto cuando se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o cuando el medio ordinario no sea eficaz.

Este conjunto de normas constituyen las bases constitucionales del derecho de familia y por tanto la legislación interna debe acomodarse a las mismas, ya que de lo contrario deviene inconstitucional la normativa interna.

Igualmente, la interpretación legal hecha por los jueces ordinarios debe ser conforme a la Constitución Política, debe garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales, aceptar la favorabilidad y la no regresión en la protección.

3. Concepto de familia en la Constitución y en la interpretación constitucional y legal de la Corte Constitucional

El artículo 42 de la Constitución dice: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

El Código Civil reglamentaba la familia dentro de una concepción puramente individualista. Dentro del Estado social de derecho, consagrado en el artículo 1 de la Constitución, se adopta una concepción solidarista. La Corte Constitucional ha dicho al respecto lo siguiente:

Dentro de la concepción individualista, la unidad de la familia aparece como el equilibrio entre la libertad de los cónyuges y las exigencias concretas de dicha unidad, en función de los intereses individuales de sus miembros. Supone pues una paulatina privatización de las relaciones familiares, dentro de la cual se valora la libertad de aquéllos tanto a la separación cuando la primera no esté respaldada por la perduración del consentimiento. En una concepción solidarista, por el contrario se reconoce que la privatización, no puede llevarse hasta el punto de perjudicar a los sujetos más débiles, o a la sociedad civil o perjudicar la estabilidad de la familia como núcleo fun-

damental de la sociedad y la suerte misma de los niños, los cuales son titulares privilegiados de un interés jurídico superior. Una de cuyas manifestaciones es hoy precisamente el derecho constitucional prevalente a tener una familia y no ser separado de ella.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado el concepto de familia: en las sentencias C-47 de 1994 y C-105 de 1994 (febrero 10 y marzo 10) expresó lo que sigue:

- a) La Constitución pone en un plano de igualdad a la familia constituida “por vínculos naturales o jurídicos”, es decir, a la que surge de la “voluntad responsable de conformarla” y a la que tiene origen en el matrimonio.
- b) “El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia”, independientemente de su constitución por vínculos jurídicos o naturales, lo cual es consecuencia lógica de la igualdad de trato.
- c) Por lo mismo, “la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables” sin tener en cuenta el origen de la misma familia.
- d) Pero la igualdad está referida a los derechos y obligaciones, y no implica identidad. Prueba de ello es que el mismo artículo 42 reconoce la existencia del matrimonio.

En conclusión: según la Constitución son igualmente dignas de respeto y protección las familias originadas en el matrimonio o constituidas al margen de éste.

El artículo 42 de la Constitución establece dos principios esenciales: a) Que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad; y, b) Que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia.

La Constitución establece las concepciones natural y jurídica de la familia. Se regula la familia legítima basada en el matrimonio, y la familia natural que es la unión marital de hecho. El artículo 42 de la Carta dice: “Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por voluntad responsable de conformarla”.

La Corte ha interpretado que tanto el matrimonio y la unión marital de hecho es la formada por un hombre y una mujer y no entre personas del mismo sexo. Esto implica que habría que reformar la Constitución si se quiere consagrar la familia entre personas del mismo sexo.

La Constitución de 1991 sitúa a la familia en un lugar preeminente en la sociedad y la hace objeto de una especial protección. Ello es así porque la considera la célula de la sociedad, la base de la articulación colectiva y el ambiente más adecuado para el desarrollo humano. Esto ha dado lugar a que la Corte Constitucional, en numerosas sentencias, se haya ocupado de la protección de la familia desde distintos puntos de vista, como a continuación se analizará.

La Corte Constitucional, en su jurisprudencia, como más adelante se verá, ha sostenido que la Constitución protege la familia heterosexual y monogámica. Sin embargo, en situaciones excepcionales, ha protegido la familia en sentido sociológico, en atención a la protección de los niños, sin abandonar el sentido jurídico constitucional que antes se precisó.

Así, por ejemplo, ha tutelado (i) el derecho a no ser separado de la familia, de una menor de edad que desde hacía varios años convivía con un matrimonio a quien había sido entregada por su madre, y quien se negaba a regresar con esta última porque estimaba que los primeros eran su real familia; (ii) el derecho a tener una familia y no ser separado de ella de una menor que solicitaba ser dada en adopción a un matrimonio belga, quien desde hacía varios años la apadrinaba y con quien tenía grandes lazos de afecto, y (iii) el derecho a la seguridad social, al debido proceso y a la familia de un tutelante que había sido afiliado al sistema de salud por el hijo de su compañera permanente —quien consideraba como su hijo—, y a quien la EPS luego desafilió cuando se percató que no era padre biológico del cotizante.

En relación con la integración de la familia, la Corporación ha precisado que ésta sólo puede tener origen en la unión de un hombre y una mujer. Sobre esta cuestión, ha señalado que las uniones de parejas homosexuales no constituyen una familia, lo cual no significa que no sean protegidas por la Constitución desde la perspectiva del libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación sexual.

En este sentido, en la Sentencia C-098 de 1996, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte encontró que el régimen de protección de las uniones maritales de hecho conformadas por parejas heterosexuales no podía extenderse a las parejas homosexuales, por cuanto la protección de las primeras se hacía en virtud de que, entre otras razones, dan origen a la familia natural, mientras las segundas no.

Posteriormente, en la Sentencia SU-623 de 2001, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, al revisar una tutela interpuesta por una persona homosexual contra la EPS a la que se encontraba afiliado su compañero, debido a que aquella se negaba a aceptarlo como beneficiario de este último, la Corporación negó el amparo, entre otros argumentos, porque estimó que las parejas homosexuales no pueden asimilarse a la noción de compañeros permanentes que es a quienes el sistema de seguridad permite afiliar como beneficiarios del cotizante, así como tampoco a la noción de familia que protege la Constitución.

Finalmente, en la Sentencia C-814 de 2001, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, al analizar una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por un ciudadano contra la exigencia de idoneidad “moral” del adoptante, contenida en el artículo 89 y en el numeral 2° del artículo 90 del Decreto 2737 de 1989 —Código del Menor—, particularmente, el cargo que se refería a que dicha exigencia negaba a las parejas homosexuales la posibilidad de adoptar niños, la Corporación sostuvo que esta consecuencia no se derivaba de su opción sexual sino del hecho de que la adopción es una medida de protección que busca dar al menor una familia, y que la familia, a la luz de la Constitución, sólo puede surgir de la unión de un hombre y una mujer. Por tal razón, declaró la exequibilidad de las disposiciones cuestionadas.

Por otra parte, la Corporación ha indicado que la familia que protege la Constitución es la de tipo monogámico, motivo por el cual, por ejemplo, en la Sentencia C-659 de 1997, magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo, declaró exequible la norma del Código Penal que prevé el tipo penal de la bigamia.

En la Tutela T-942082 de abril de 2006, la Corte negó la solicitud de sustitución pensional respecto de compañeros permanentes. La Corte se negó a inaplicar el Decreto 1889 de 1994 y en su lugar reiteró la jurisprudencia en estos términos:

[...]el ámbito de la pensión de sobrevivientes se fue ampliando, para responder a las nuevas realidades sociales, y así, el beneficio vitalicio se establece no ya a favor exclusivamente de la viuda sino que, de manera general, la ley se refiere al cónyuge supérstite, bien sea hombre o mujer, y prescinde del requisito del matrimonio, para admitir, en igualdad de condiciones, a los compañeros o compañeras permanentes, pero preservándose la idea de una protección a la familia, entendida como la que se forma por vínculos naturales o jurídicos que surgen de la decisión de un hombre y una mujer de conformarla.

Por último, cabe mencionar que según el artículo 42 de la Carta, esta institución, como ente colectivo, es titular de algunos derechos fundamentales, como la honra, la dignidad y la intimidad. Como fue indicado en la Sentencia T-008 de 1992, esta previsión marca una evolución importante en materia de titularidad de derechos fundamentales en aras de ampliar la protección de la familia.

3.1. Igualdad entre las familias sin distinción de origen

De acuerdo con el artículo 42 de la Carta, la familia puede tener origen en el matrimonio o en la voluntad responsable de conformarla. Con fundamento en esta disposición y en el artículo 13 superior, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que las familias, cualquiera que sea su origen, gozan de los mismos derechos y la misma protección por parte del Estado. Así mismo, ha aseverado que el legislador no puede expedir normas que consagren un trato diferenciado en cuanto a los derechos y deberes de quienes ostentan la condición de cónyuge o de compañero permanente.

Sin embargo, ha sostenido que tal igualdad de derechos y deberes no implica identidad entre la familia que surge de vínculos naturales y la que surge de vínculos jurídicos, pues de ser ello así, la misma Constitución no se hubiera ocupado de los requisitos para contraer matrimonio (inciso 9 del artículo 42 superior).

En particular, ha expresado que dicha diferencia se ve más clara al comparar las figuras del matrimonio y la unión marital de hecho, especialmente, al comparar los derechos y deberes que de éstas se derivan para los cónyuges y

compañeros permanentes, respectivamente. Así por ejemplo, ha indicado que en el caso de las uniones maritales de hecho, la voluntad de uno de los miembros de la pareja basta para terminar el vínculo, mientras en el matrimonio no ocurre lo mismo. En este mismo sentido, ha asegurado que “sostener que entre los compañeros permanentes existe una relación idéntica a la que une a los esposos, es afirmación que no resiste el menor análisis, pues equivale a pretender que pueda celebrarse un verdadero matrimonio a espaldas del Estado, y que, al mismo tiempo, pueda éste imponerle reglamentaciones que irían en contra de su rasgo esencial, que no es otro que el de ser una unión libre”.

En este orden de ideas, ha sostenido que constituyen una violación a la igualdad de las familias, entre otras conductas, (i) el llamamiento a prestar el servicio militar de varones que convivan en unión marital, bajo el argumento de que la normativa sólo exonera a los varones casados y que hagan vida marital; y (ii) la negativa de las fuerzas militares a conceder la pensión de sobreviviente de un soldado a su compañera permanente, argumentando que ésta sólo se concede a la esposa del ex combatiente.

Igualmente, la Corporación se ha ocupado de esta garantía en sentencias de constitucionalidad. Por ejemplo, en la Sentencia C-1033 de 2002, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño, declaró la exequibilidad condicionada del numeral 1° del artículo 411 del Código Civil, en el entendido de que la obligación de alimentos se extiende, en los eventos allí expuestos, a los compañeros permanentes. La Corte estimó entonces que si la obligación alimentaria se fundamenta en el principio de solidaridad, según el cual los miembros de la familia tienen la obligación de suministrar la subsistencia a aquellos integrantes de la misma que no están en capacidad de asegurársela por sí mismos, y la unión marital de hecho, al igual que el matrimonio, está cimentada en la ayuda y socorro mutuos de quienes integran esas relaciones, no resultaba razonable ni proporcional que se brindara un tratamiento desigual en materia de derecho de alimentos a los compañeros permanentes frente a quienes celebraron contrato de matrimonio, por el simple origen del vínculo familiar.

Posteriormente, en la Sentencia C-016 de 2004, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis, observó que el legislador había incurrido en una omisión legislativa relativa al expedir el artículo 233 de la Ley 599 de 2000 —Código

Penal—, pues había omitido incluir dentro de la tipificación del delito de inasistencia alimentaria, el incumplimiento de dicho deber frente a los compañeros permanentes —la norma sólo menciona a los cónyuges—. La Corte declaró la exequibilidad de la norma, pero exhortó al Congreso para que ajustara la disposición a los mandatos constitucionales.

Más recientemente, en la Sentencia C-875 de 2005, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil, la Corte examinó una demanda de inconstitucionalidad promovida por un ciudadano contra los artículos 8, 108-1, 238 y 387 parciales del Decreto 624 de 1989, conforme a las modificaciones realizadas por la Ley 6ª de 1992, por estimar que vulneraban la igualdad que la Constitución reconoce entre las familias originadas en vínculos naturales y en vínculos jurídicos, dado que las normas impugnadas establecen una serie de beneficios en materia de impuesto sobre la renta, sólo a favor de las familias que surgen del matrimonio. La Corporación estimó que existía una omisión legislativa relativa por no incluir dentro de los beneficiarios de los preceptos a los compañeros permanentes, razón por la cual declaró su exequibilidad bajo el entendido de que las mismas deben ser igualmente aplicables respecto de la sociedad patrimonial que surge entre compañeros permanentes que reúnan esa condición conforme a la ley vigente.

3.2. Protección de la unidad familiar

En varias oportunidades la Corte ha protegido la unidad familiar, como uno de los elementos característicos de la institución de la familia. Al respecto, ha manifestado que la unidad constituye una exigencia que desborda la voluntad de sus miembros en aras de la supremacía y supervivencia de la institución como el ambiente más propicio para el desarrollo humano. No obstante lo anterior, ha precisado que tal unidad no significa indisolubilidad del matrimonio, pues ésta no siempre significa unidad de sentimientos y afectos, sino que se refiere a la existencia de una “comunidad” —así sea materialmente separada— que cumpla la función social que le ha sido asignada a la familia.

También ha indicado que el concepto de unidad adquiere una relevancia distinta según se adopte una concepción individualista o solidarista de la familia. En este sentido, expresó lo siguiente en la sentencia T-523 de 1992:

Dentro de la primera [la concepción individualista], la unidad aparece como el equilibrio entre la libertad de los cónyuges y las exigencias concretas de dicha unidad, en función de los intereses individuales de sus miembros. Supone, pues, una paulatina privatización de las relaciones familiares dentro de la cual se valora la libertad de aquellos tanto dentro de la convivencia como en el ejercicio del derecho a la separación, cuando la primera no esté ya respaldada por la perduración del consentimiento.

En una concepción solidarista, por el contrario, se reconoce que la privatización no puede llevarse hasta el punto de perjudicar a los sujetos más débiles o a la sociedad civil o perjudicar la estabilidad de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y la suerte misma de los niños, los cuales son titulares privilegiados de un interés jurídico superior. Una de cuyas manifestaciones es, hoy precisamente, el derecho constitucional prevalente a tener una familia y no ser separado de ella.

En este orden de ideas, en la referida sentencia la Corte señaló que las anteriores concepciones inciden en las formas como se aprecia la intolerancia de la convivencia. Así, si se parte de la primera, la convivencia se deja a la simple discreción de los implicados —valoración subjetiva—, mientras si se adopta la segunda, es posible una apreciación objetiva de la intolerancia a partir de la gravedad y el perjuicio que ésta puede llegar a generar, de manera que cuando los motivos de separación sean humanamente insostenibles y nocivos para la salud, serenidad espiritual y equilibrio mental de los miembros de la familia y, por otra parte, excedan las dificultades normales de la vida matrimonial y no sea posible remediar las discrepancias en términos razonables, lo más aconsejable es terminar la convivencia.

Así las cosas, concluyó que era deber de los progenitores ofrecer a sus hijos un ambiente de unidad familiar, aun después de la ruptura de las relaciones de pareja. Es más, recordó que en los momentos de crisis era cuando mayor relevancia adquiriría dicha responsabilidad, pues los hijos requieren el apoyo moral y psicológico de los padres para enfrentar la nueva situación. Por último, aseguró que sólo así podía entenderse que los niños tuvieran derecho a una familia y a no ser separados de ella.

Con fundamento en estas consideraciones, ha entendido que constituyen conductas que atentan contra la unidad familiar, entre otras, (i) la persecución de un padre de familia por cuestiones de ideología política por parte de cuerpos de seguridad del Estado, hasta el punto de obligarlo a huir del país y abandonar a su esposa y sus hijos; (ii) la imposición judicial de un régimen de visitas arbitrario que impide a uno de los padres visitar efectivamente a sus hijos; (iii) la expulsión del territorio nacional de una persona extranjera como consecuencia de la ejecución de una sanción penal, cuando sus menores hijos y su pareja se encuentran asentados en el país y no pueden abandonarlo; (iv) la obstaculización arbitraria de las visitas a unos menores de un padre por parte del otro; (v) la omisión de traslado de un pareja de docentes padres de una menor discapacitada, a un lugar donde esta última pudiera recibir educación especial, y (vi) el traslado por parte de la Administración, de una madre a un lugar lejano al de residencia de sus hijos y cónyuge, sin ninguna justificación.

3.3. Igualdad de derechos y deberes de la pareja

El artículo 42 superior dispone que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja. Este reconocimiento comprende, entre otros aspectos, igualdad en materia de respeto mutuo y recíproca consideración.

Dando aplicación a este mandato, la Corte ha tutelado el derecho a la igualdad de miembros de matrimonios o uniones permanentes, en casos como los siguientes: (i) en el caso de una mujer que era maltratada por su compañero permanente de manera continua; y (ii) en el caso de un hombre que era maltratado por su compañera permanente.

3.4. Igualdad de derechos y deberes entre los hijos

Desde la expedición de la Ley 29 de 1982, en el ordenamiento colombiano se predica la igualdad entre los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos. Dicho reconocimiento fue recogido por el artículo 42 de la Constitución de 1991, es decir, fue elevado a rango constitucional.

Con fundamento en dicho reconocimiento, la Corte ha declarado la inexequibilidad o la exequibilidad condicionada de varias disposiciones legales, como en los siguientes casos: (i) en la Sentencia C-105 de 1994, magistrado

ponente Jorge Arango Mejía, declaró la inexecutable de varias expresiones de los artículos 61, 222, 244, 249, 260, 411, 457, 465, 537, 550, 596, 1016, 1025, 1047, 1226, 1242, 1253, 1236, 1261 y 1266 del Código Civil, las cuales hacían referencia únicamente a hijos y otros parientes legítimos; (ii) en la Sentencia C-109 de 1995, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero, declaró la executable condicionada del artículo 3° (parcial) de la Ley 75 de 1968, en el entendido de que el hijo de mujer casada cuenta con otras posibilidades para impugnar la presunción de paternidad, además de la allí señalada; (iii) en la Sentencia C-595 de 1996, magistrado ponente Jorge Arango Mejía, declaró inexecutable las referencias a hijos ilegítimos contenidas en los artículos 39 y 48 del Código Civil y (iv) en la Sentencia C-310 de 2004, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, declaró la inexecutable del artículo 248 (parcial) del Código Civil, el cual establecía un plazo de 300 días a los terceros con interés para impugnar la legitimidad de los hijos extramatrimoniales, mientras en el caso de los hijos matrimoniales disponía que dicho plazo era de sesenta (60) días.

En este respecto, también cabe destacar la Sentencia C-1287 de 2001, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, en la que la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad contra las expresiones “de consanguinidad” y “primero civil”, contenidas ambas en los artículos 431 y 495 de la Ley 522 de 1999, Código Penal Militar, 283 y 358 del Decreto 2700 de 1991, Código de Procedimiento Penal, y 267 y 337 de la Ley 600 de 2000, Nuevo Código de Procedimiento Penal. Los demandantes alegaban que dado que las normas acusadas indicaban que nadie estaba obligado a declarar contra sus parientes en primer grado civil, incurrieron en discriminación inconstitucional, porque en el caso del parentesco por consanguinidad el grado hasta el cual no existe dicha obligación es el cuarto. El problema radicaba en que estos preceptos reproducían lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución. La Corporación entonces sostuvo que las disposiciones demandadas debían ser interpretadas en armonía con el valor y principio de la igualdad, particularmente en su alcance de proscribir las diferencias de trato por el origen familiar. En este orden de ideas, concluyó que debía entenderse que la excepción al deber de declarar cobijaba a los parientes adoptivos hasta el cuarto grado. Así las cosas, declaró executable las normas cuestionadas.

3.5. Derecho a tener una familia y no ser separado de ella

De acuerdo con el artículo 44 de la Carta, es un derecho fundamental de los niños tener una familia y no ser separado de ella. La protección de este derecho —ha entendido la Corte— va ligada al de la unidad familiar y a la responsabilidad que genera la paternidad, por cuanto la pareja que decide tener un hijo en comunidad debe hacerse cargo de su cuidado y educación, y debe brindarle el apoyo que requiera para su desarrollo personal. En este sentido, ha asegurado que este derecho de los niños no se agota con la existencia nominal o aparente de la familia, sino que implica la integración real del menor a una comunidad que cumpla sus funciones, como medio propicio para su desarrollo. En este orden de ideas, ha afirmado que el derecho a tener una familia constituye una condición para la realización de los restantes derechos fundamentales del niño.

En atención a lo antes expuesto, la Corporación en varias oportunidades ha tutelado este derecho de los niños en situaciones como las siguientes: (i) en el caso de una menor que había sido entregada por su madre biológica a un matrimonio, y quien ahora reclamaba que volviera vivir con ella. La niña había desarrollado fuertes lazos afectivos con el matrimonio aludido, lo consideraba su familia y por ello se negaba a regresar con su madre; y (ii) en el caso de una menor que solicitaba ser dada en adopción a un matrimonio belga, el que desde hacía varios años la apadrinaba y con quien tenía grandes lazos de afecto.

Ahora bien, aunque la Constitución consagra este derecho específicamente a favor de los niños, la Corte en su jurisprudencia también ha entendido que se extiende a los adolescentes y los adultos por disposición de normas de derecho internacional, cuando por la naturaleza del asunto así se puede afirmar, por su estrecha relación con otros derechos fundamentales como la identidad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, y porque nada justifica que algunos miembros sean titulares del mismo y otros no.

Finalmente, la Corporación se ha ocupado del derecho a fundar una familia, particularmente tratándose de menores de edad. Así, en la Sentencia C-507 de 2004, magistrado ponente Manuel José Cepeda, al estudiar una demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 34 y 140, parciales, del Código Civil, los cuales establecen, por una parte, que los niños y las niñas dejan de ser impúberes a los 14 y 12 años, respectivamente, y por otra,

que es una causal de nulidad del matrimonio que éste se haya celebrado con varones menores de 14 años o mujeres menores de 12 años, la Corte abordó el tema del derecho a conformar una familia de los menores de edad. Al respecto, sostuvo: “El derecho a conformar libremente una familia es un derecho constitucional fundamental del cual también son titulares los menores de edad, sin perjuicio de que el legislador establezca condiciones para su ejercicio con el fin de proteger al menor y de que fije edades, incluso diferentes, para determinar la capacidad para contraer matrimonio, una de las formas de constituir familia”.

No obstante, en el caso concreto, encontró que los mínimos de edad establecidos para poder contraer matrimonio habían sido previstos para proteger al menor, pero observó que no había razón para que en el caso de las niñas, esta edad mínima fuera 12 años. Por tal razón, declaró la inexequibilidad de la expresión “de doce” contenida en el precepto demandado.

3.6. Violencia intrafamiliar

Vale la pena también mencionar que la Corte ha sido enfática en rechazar la violencia intrafamiliar por ser uno de los factores más comunes de destrucción de la institución de la familia. Al respecto, ha sostenido que este fenómeno —bien sea que asuma la forma de agresión material o contra la integridad de otro miembro de la familia— “[...] lesiona gravemente su estabilidad, ocasiona rupturas entre sus miembros, interrumpe la paz y el sosiego domésticos y afecta particularmente el desarrollo psicológico de los menores, inoculando perniciosas tendencias hacia comportamientos similares”.

Particularmente, en relación con las consecuencias que la violencia intrafamiliar tiene sobre los niños, ha sostenido que ésta genera un progresivo deterioro de su personalidad, estabilidad emocional y sana evolución psicológica, razón por la cual los padres están obligados a resolver sus eventuales diferencias de manera razonable, mediante el diálogo directo y franco, sin transmitir sus problemas a los hijos, quienes de ninguna manera deben resultar involucrados en las disputas conyugales, menos todavía si éstas degeneran en actos violentos.

En atención a estas consideraciones, mediante varias sentencias de revisión de tutela, ha protegido los derechos de hombres y mujeres que eran maltratados por sus esposos o compañeros permanentes.

3.7. Protección de madres y padres cabeza de familia

Para terminar, es necesario indicar que con el ánimo de proteger a la familia, la Corte ha declarado ajustadas a la Constitución normas que consagran protecciones especiales a favor de los padres y madres cabeza de familia, principalmente en materia laboral. Así, por ejemplo, en la sentencia C-1039 de 2003, magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra, declaró la exequibilidad condicionada de la expresión “madres” contenida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 “Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”, siempre y cuando se entendiera que la protección allí dispuesta también se extiende a los padres que se encuentren en la misma situación.

En este evento, la Corporación fue clara en señalar que la protección que se concedía a las madres cabeza de familia no provenía de su condición de mujeres, sino de la dependencia económica del núcleo familiar de ellas y de su especial condición de vulnerabilidad, ya que históricamente se han enfrentado a mayores obstáculos para acceder al mercado laboral.

Con fundamento en estas consideraciones, también ha concedido la tutela a varios padres y madres de cabeza de familia, en sentencias como la SU-388 de 2005, magistrado ponente Clara Inés Vargas Hernández, y SU-389 de 2005, magistrado ponente Jaime Araújo Rentería. En estos fallos, la Corte analizó varias tutelas interpuestas por ex funcionarios de Telecom, quienes habían sido beneficiarios de la medida de retén social —el que les había otorgado una estabilidad laboral reforzada— en su condición de padres y madres cabeza de familia, y quienes habían sido desvinculados en febrero de 2004, cuando vencía el término inicialmente previsto por el Decreto 190 de 2003 para la medida de protección. La Corporación encontró que como en la Sentencia C-991 de 2004 se había declarado la inexequibilidad del límite temporal de la medida de protección, la desvinculación de los accionantes no tenía justificación, razón por la cual ordenó su reintegro hasta que terminara el proceso de liquidación de la entidad demandada.

De estas sentencias también es importante destacar la extensión de sus efectos a todas aquellas personas que se encontraban en la misma situación

fáctica de los tutelantes, y que también habían promovido tutelas contra Telecom, las cuales no habían sido seleccionadas por la Corte.

3.8. Aborto

La Corte mediante Sentencia C-355 de 2006 declaró exequible el artículo 32 numeral 7 de la Ley 599 de 2000. Igualmente, declaró exequible el artículo 122 de la Ley 599 de 2000:

En el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Asimismo declaró inexecutable la expresión “o en mujer menor de catorce años”, contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000; además, declaró inexecutable el artículo 124 de la Ley 599 de 2000.

La Corte se fundamentó en que la vida en formación es tan sólo un bien constitucionalmente relevante, que debe ser protegido por el Estado colombiano, pero que se diferencia del derecho a la vida; no se compromete la Corte con una definición de vida humana, pero deja en claro que la vida como valor constitucionalmente valioso merece la protección en todo momento, es decir, desde la concepción. Agrega que el ordenamiento jurídico protege al *nasciturus*, pero no en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. La vida en formación es un bien constitucionalmente valioso, diferente (en cuanto a su protección) del derecho subjetivo fundamental a la vida del cual son titulares las personas portadoras de una vida ya formada.

Al ponderar el bien constitucionalmente valioso representado por la vida en formación, frente a los derechos de la mujer, la Corte dice:

Si bien no resulta desproporcionado la protección del *nasciturus* mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resultado ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del *nasciturus*, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional.

Los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil argumentaron que el derecho a la vida debe protegerse desde la concepción y que en los tres casos exceptuados de la prohibición del aborto la ponderación de derechos ha debido resolverse a favor del hijo, dado que se le impone al *nasciturus* el máximo sacrificio como es la muerte frente a los derechos de la mujer. Por tanto, no hay proporcionalidad por lo cual la norma ha debido declararse exequible. El magistrado Álvaro Tafur Galvis, por su parte, dice que el aborto forma parte de la política criminal que le corresponde fijarla al Congreso.

3.9. Eutanasia

La Corte, mediante Sentencia C-239 de 1997 declaró exequible el artículo 326 del decreto 100 de 1980 (Código Penal) “con la advertencia de que en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada”.

La Corte se fundamenta en que el deber del Estado de proteger la vida debe ser compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Por ello considera que frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna. Dice que en el caso de los enfermos terminales, los médicos que ejecuten el hecho descrito en la norma penal, con el consentimiento del sujeto pasivo, no pueden ser objeto de sanción, y en consecuencia, los jueces deben exonerar de responsabilidad a quienes así obren.

Salvaron el voto los magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa, fundamentados en que la

vida es indisponible e irrenunciable. Además, que el libre desarrollo de la personalidad no es un derecho absoluto ni prevalece sobre la vida.

Conclusiones

De todo lo expuesto surgen estas conclusiones:

1. La familia es protegida constitucionalmente y diversas leyes se han encargado de implementar dicha protección.
2. La Constitución es la fuente principal de derecho y tiene fuerza normativa. Las leyes deben interpretarse conforme a la Constitución.
3. El concepto de familia, según el artículo 42 de la Constitución Política, es la formada por un hombre y una mujer.
4. La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha encargado, a través de las acciones de inconstitucionalidad y de tutela, de hacer efectivos los derechos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales Colombia es Estado parte.
5. La Corte Constitucional ha elaborado una jurisprudencia abundante en materia de protección de la familia, a partir principalmente de la aplicación de los artículos 5, 13, 42, 43 y 44 de la Constitución. A grandes rasgos, las principales líneas jurisprudenciales giran en torno a la protección de las siguientes manifestaciones de la institución familiar, como está prevista en la Carta: la igualdad de derechos entre la familia que surge por vínculos naturales y la que surge por vínculos jurídicos; la igualdad de derechos y deberes entre hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos; la igualdad de derechos y deberes entre los cónyuges o compañeros permanentes; la unidad familiar y el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella; el respeto que debe regir las relaciones entre los miembros de la familia —en este sentido la Corte ha censurado enfáticamente la violencia intrafamiliar—, y la protección laboral de las madres y padres cabezas de familia, con la finalidad de proteger los núcleos familiares de cada uno.
6. En lo que respecta al concepto de familia, la Corporación ha señalado que la Constitución sólo protege a aquella monogámica y heterosexual, sin que ello signifique una censura de las uniones homosexuales, las cuales son permiti-

- das como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad de sus miembros, así como a la autodeterminación sexual.
7. En adición, en jurisprudencia reciente ha reconocido en casos excepcionales y de características especiales —normalmente relacionados con la protección de los derechos de los niños— la existencia de formas de familia en las que no necesariamente existe pareja ni vínculos civiles, y que incluso pueden conformarse solamente por la existencia de lazos de solidaridad. No obstante, esto no significa que la Corte haya replanteado su postura frente a que la noción de familia que protege la Constitución es la heterosexual y monogámica.
 8. En la interpretación constitucional y legal hay que tener en cuenta el bloque de constitucionalidad integrado por todos los tratados sobre derechos humanos y especialmente la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de discriminación contra las mujeres, la Convención sobre derechos del niño, la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores y la Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias.
 9. La jurisprudencia de la Corte Constitucional, tanto en asuntos de constitucionalidad como de tutela, es obligatoria ya se trate de interpretación constitucional o legal y por ende los jueces deben aplicarla respecto a la *ratio decidendi*. Si deciden separarse del precedente deben argumentar las razones de su disenso por razones de igualdad.
 10. Las reformas del derecho de familia, en términos generales, se han orientado a establecer la igualdad, a consagrar como normas legales la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y a desarrollar los principios y valores constitucionales que pretenden amparar a la familia como institución básica de la sociedad.
 11. Recientemente se promulgó la Ley 1098 de 2006 (noviembre 8) por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia (D. V. No. 46.446). Este código entrará en vigencia seis meses después de su promulgación y deroga el Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor, a excepción de los artículos 321-325 y los relativos al juicio de alimentos, los cuales quedan vigentes. Asimismo, deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Perspectivas del constitucionalismo moderno¹

Introducción

El propósito de este trabajo es hacer un rápido bosquejo de las principales transformaciones y cambios que se han presentado en el constitucionalismo moderno, así como de las perspectivas del mismo.

Como lo señala Miguel Carbonell:²

El constitucionalismo contemporáneo ha definido sus rasgos característicos en los últimos cincuenta años, sobre todo a partir del final de la Segunda Guerra Mundial. Son ejemplos de este tipo de Constituciones los textos fundamentales de Italia (1947) y Alemania (1949) primero, y de Portugal (1976) y España (1978) después. Sin embargo, desde entonces el constitucionalismo no ha permanecido como un modelo estático, sino que ha seguido evolucionando en muchos sentidos.

No nos vamos a referir al constitucionalismo como la evolución histórica de la estructura jurídico-política de la organización del poder, ni tampoco al Estado constitucional que, como lo expresa Francisco Rubio Llorente³ “es la doctrina política que surge históricamente en las grandes Revoluciones de finales del siglo XVIII. El núcleo de esta doctrina, su contenido esencial, es la idea de limitación del poder”.

De acuerdo con este autor que el constitucionalismo entró en crisis a partir de la primera guerra mundial, con la existencia de regímenes fascistas y

¹ Este ensayo fue escrito para el *liber amicorum* en homenaje del profesor emérito e ilustre jurista, doctor Vladimiro Naranjo Mesa (Bogotá, Universidad del Rosario).

² Miguel Carbonell, “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, Prólogo al libro de M. Carbonell (coord.) *Neoconstitucionalismo (s)*, *op. cit.*, con estudios de Luigi Ferrajoli, Robert Alexy, Ricardo Guastini, Paolo Comanducci, José Juan Moreso, Luis Prieto Sanchís, Alfonso García Figueroa, Susana Pozzolo, Juan Carlos Bayón, Santiago Sastre Ariza, y Mauro Barberis.

³ Francisco Rubio Llorente, en Manuel Aragón Reyes (coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo 1, Madrid, Civitas, 2001, p. 28.

comunistas, pero luego perfiló sus elementos definitorios, después de la segunda guerra mundial.

El análisis se refiere únicamente a las características principales del constitucionalismo moderno que han influido en la Constitución Política colombiana de 1991 y desde luego en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país.

El estudio se refiere a diversos temas, pero todos comunes al neoconstitucionalismo. Estas características hacen referencia a las transformaciones que ha sufrido el concepto de “Estado de derecho”, y a las notas esenciales de lo que se ha denominado la “constitucionalización del ordenamiento jurídico”. Igualmente, se hace un breve análisis de la fuerza vinculante de los derechos fundamentales, la jurisprudencia como fuente principal del Derecho, y el llamado “derecho por principios”. De igual forma, se hace una descripción de los desafíos que plantea el neoconstitucionalismo. Por último, se deducen las conclusiones que se derivan del anterior planteamiento.

1. Transformaciones del concepto de “Estado de derecho”

El tratadista Luigi Ferrajoli⁴ identifica tres transformaciones en el Estado de derecho. La primera es la que denomina *derecho premoderno*, de formación no legislativa, sino jurisprudencial y doctrinal, en que “no existía un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas, sino una pluralidad de fuentes y ordenamientos procedentes de instituciones diferentes y concurrentes —el Imperio, la Iglesia, los príncipes, los municipios, las corporaciones— ninguna de las cuales tenía el monopolio de la producción jurídica”.

La segunda transformación se produce con el Estado de derecho moderno, que nace “con la forma del Estado legislativo de Derecho, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo”.⁵

⁴ Luigi Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en: *Neoconstitucionalismo* (s), 2ª ed., Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2005, pp. 13 y ss.

⁵ *Ibid.*, p. 16.

La afirmación del cambio de paradigma implica que el derecho deja de ser producción jurisprudencial y se somete a la ley como y al principio de legalidad como única fuente de legitimación.

El tercer cambio se ha producido después de la segunda guerra mundial y son ejemplos de este nuevo paradigma las constituciones de Italia (1947), Alemania (1949), Portugal (1976) y España (1978).

Este nuevo paradigma implica la conformidad de la ley con las reglas y principios constitucionales, y el poder de los tribunales constitucionales de declarar la invalidez de las leyes contrarias a la Constitución.

Según Ferrajoli, ambos modelos están en crisis. Ésta, según este autor,⁶ se manifiesta “en otras tantas formas de regresión a un Derecho jurisprudencial de tipo premoderno: por un lado, el colapso de la capacidad reguladora de la ley y el retorno al papel creativo de la jurisdicción; por otro, la pérdida de la unidad y coherencia de las fuentes y la convivencia y superposición de diversos ordenamientos concurrentes”.

La crisis del principio de legalidad se debe a la inflación legislativa y a la disfunción del lenguaje legal fruto de “una política que ha degradado la legislación a administración, difuminando la distinción entre ambas funciones tanto en el terreno de las fuentes como en el de los contenidos”.

Además, ya no sólo el Estado nacional es fuente exclusiva de producción jurídica sino que existe el Derecho comunitario normativo y jurisprudencial que conlleva la superposición de fuentes.

En este nuevo escenario de globalización e internacionalización se habla de constitucionalismo regional, e inclusive de constitucionalismo internacional, teniendo en cuenta que la integración ya no sólo es económica y política sino jurídica e institucional, como está sucediendo con el proceso constituyente de la Unión Europea. Por eso algunos doctrinantes hablan de un posible Estado de derecho supranacional o Estado internacional de derecho, perspectivas que dependen de la voluntad política de los estados.

⁶ *Ibid.*, p. 20.

2. La constitucionalización del ordenamiento jurídico

Según Riccardo Guastini⁷ se entiende por constitucionalización del ordenamiento jurídico:

Un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.

Señala este autor que para que exista constitucionalización de un ordenamiento jurídico se hace necesaria la existencia de estas condiciones:

- a) Que exista una Constitución rígida y no flexible. Una Constitución es rígida si es escrita y si las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas, si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional más complejo que el procedimiento ordinario de formación de las leyes.
- b) Que exista la garantía constitucional de la Constitución. Los sistemas de control constitucional son diversos :a) El modelo de Estados Unidos, que es un control *a posteriori*, por vía de excepción, y por tanto en concreto, ejercido por cada juez en el ámbito de su propia competencia jurisdiccional, con efectos circunscritos a la controversia decidida, pero si es de inconstitucionalidad tiene efectos generales en virtud del principio del *stare decisis*, que confiere fuerza vinculante a los precedentes; b) El segundo modelo (Francia), que es un control *a priori*, por vía de acción y en abstracto, ejercido por el Tribunal Constitucional. Este control impide que una ley inconstitucional pueda entrar en vigor; c) Tercer modelo (Alemania, Italia, España), un control *a posteriori*, por vía de excepción, y por consiguiente en concreto, ejercido por el Tribunal Constitucional. La decisión del Tribunal Constitucional es *erga omnes* y por

⁷ Riccardi Guastini, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano", en: M. Carbonell (coord.) *Neoconstitucionalismo* (s), *op. cit.*, p. 49.

tal razón, si la ley es declarada inconstitucional, no puede ser aplicada por juez alguno. Hay otros sistemas mixtos (como Colombia) que tienen el control abstracto de las leyes, con efectos *erga omnes* y la posibilidad de los jueces de aplicar la excepción de inconstitucionalidad.

- c) Que se reconozca la fuerza vinculante de la Constitución, incluyendo no sólo las normas constitucionales, sino los principios y valores constitucionales.
- d) La sobre-interpretación de la Constitución, que conlleva el que no haya lagunas y supone que la Constitución misma tenga fuerza vinculante. Esto significa que no existe ley que puede escapar al control constitucional.
- e) La aplicación directa de las normas constitucionales, que implica que las normas constitucionales, principios y valores constitucionales, pueden producir efectos directos y ser aplicados por cualquier juez respecto de cualquier controversia.
- f) La interpretación conforme de las leyes. Como lo expresa Ricardo Guastini:⁸

Es aquella que adecua, armoniza la ley con la Constitución (previamente interpretada, se entiende), eligiendo —frente a una doble posibilidad interpretativa— el significado (o sea, la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución. El efecto de tal interpretación es, obviamente, el de conservar la validez de una ley que, de otra forma, debería ser declarada inconstitucional.

- g) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. Esta condición depende, como lo advierte Guastini, del contenido mismo de la Constitución, la postura de los jueces del Tribunal Constitucional, y la postura de los órganos constitucionales y de los actores políticos.

En el caso colombiano se dan estas condiciones porque la Constitución de 1991 es rígida, existe la Corte Constitucional, que ejerce el control de constitucionalidad, se reconoce la fuerza vinculante de la Constitución, existe sobre-interpretación de la Constitución, pudiendo afirmarse que existen innumerables reglas y sub-reglas extraídas del texto constitucional. Se reconoce por la Corte Constitucio-

⁸ Riccardi Guastini, *op. cit.*, p. 57.

nal la interpretación conforme de las leyes que se pone de presente en las decisiones interpretativas en sentido estricto y sentencias manipuladoras (sentencias condicionadas, aditivas, sustitutivas, exhortativas).⁹

En Colombia, se acepta la aplicación directa de la Constitución por parte de los jueces comunes, que tienen la calidad de jueces constitucionales, especialmente en las acciones de tutela para la protección de los derechos fundamentales. Por último, es indudable la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas pudiendo citarse en la jurisprudencia de la Corte el control constitucional de los decretos que declaran estados de excepción, la aceptación de la competencia de la Corte para hacer un juicio jurídico para determinar si hay sustitución y no reforma constitucional, y el control sobre la discrecionalidad política del parlamento.

De todo lo anterior se puede deducir que la fuente principal del ordenamiento jurídico colombiano es la Constitución y no la ley, como era anteriormente. La Constitución es la norma suprema, está por encima de la legislación ordinaria, no pudiendo ser derogada, modificada o abrogada por ésta. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha interpretado toda la legislación ordinaria con sentido constitucional. Por otra parte, los jueces hacen uso de la excepción de inconstitucionalidad y a través de la acción de tutela protegen los derechos fundamentales.

Es indudable que la aplicación de la Constitución de 1991, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha conducido a la constitucionalización de las diversas ramas del derecho. Las reglas, valores y principios constitucionales han irradiado todo el ordenamiento jurídico colombiano y han influido en la interpretación que hacen, no sólo los jueces de las distintas jurisdicciones, sino todos los operadores jurídicos.

3. La fuerza vinculante de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático

La protección de los derechos fundamentales es una de las características del Estado social y constitucional de derecho. En la Edad Moderna han aparecido las acciones para la protección de los derechos fundamentales, como las acciones

⁹ Marco Gerardo Monroy Cabra, *La interpretación constitucional*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2005.

de amparo o tutela, las acciones populares, las acciones de cumplimiento, las acciones de grupo, etc.

Los derechos civiles y políticos, así como los derechos económicos, sociales y culturales, están reconocidos en numerosos tratados internacionales como, por ejemplo, las Convenciones Americana y Europea de Derechos Humanos, y los Pactos de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

Igualmente, las constituciones modernas han enumerado los derechos que consideran fundamentales, sea por referencia en artículos específicos, o mediante la remisión a los derechos inalienables de la persona humana, o por referencia a lo previsto en los tratados internacionales. Asimismo, se enuncia un mecanismo de protección nacional especial que se conoce comúnmente como acción de amparo o de tutela, en el ordenamiento jurídico colombiano.

Los derechos fundamentales se encuentran regulados en la Constitución y por tanto cualquier ley que los infrinja es inconstitucional. Además, como lo expresa Robert Alexy¹⁰ tienen la máxima fuerza jurídica, porque vinculan como derecho directamente vigente al legislativo, al ejecutivo y al judicial.

Actualmente, se acepta la idea de aplicabilidad y justiciabilidad inmediatas de los derechos fundamentales.¹¹ Esto significa que todos los órganos del Estado quedan sujetos a respetar y proteger los derechos fundamentales.

En términos generales, en relación con la legislación, hay que tener en cuenta estos aspectos: a) Todos los poderes públicos quedan vinculados por los derechos fundamentales; b) Sólo la ley estatutaria podrá regular el ejercicio de los derechos fundamentales; c) Las leyes que regulan el ejercicio de los derechos fundamentales deben respetar el “contenido esencial” de los derechos regulados en la Constitución.

Hay que tener en consideración que los derechos fundamentales se han constitucionalizado junto con los principios y valores constitucionales. La esencia

¹⁰ Robert Alexy, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en: *Neonconstitucionalismo* (s), p. 33.

¹¹ Javier Jiménez Campo, *Derechos fundamentales, concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 22.

de los derechos fundamentales reside en la dignidad de la persona humana. Cuando hay derechos en conflicto hay que acudir a la ponderación, la razonabilidad y la proporcionalidad.¹²

La doctrina y la jurisprudencia han aceptado la fuerza expansiva de los derechos fundamentales.

La restricción a los derechos fundamentales se realiza por precisas razones de seguridad y bien común, en la forma prevista en la respectiva Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes internacionalmente.

Respecto de los derechos fundamentales se aplica la teoría del bloque de constitucionalidad, que implica que los derechos constitucionales deben ser interpretados conforme a lo previsto en los tratados de derechos humanos vigentes internacionalmente y para el Estado respectivo, así como teniendo en cuenta la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos.

Si bien se ha reconocido la indivisibilidad entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales, el recurso jurisdiccional no se ha aceptado todavía respecto de los derechos sociales. La tendencia actual es hacia el otorgamiento de la categoría de derechos fundamentales a los derechos sociales. Como lo expresa Óscar Rodríguez Olivera:¹³ “La constitucionalización de los derechos sociales marcó un primer gran paso dentro del ámbito de su reconocimiento, establecimiento, promoción y receptividad, permitiendo que pudieran aparecer en el ámbito de la protección jurídica”.

Como lo sostiene Paolo Comanducci,¹⁴ refiriéndose al ordenamiento italiano, con afirmaciones que son aplicables al ordenamiento colombiano: “En el ordenamiento italiano, también y sobre todo a partir de las deliberaciones de la Corte Constitucional, se ha producido una progresiva “constitucionalización” del

¹² Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 27.

¹³ Óscar Rodríguez Olivera, *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Granada, Comares, 1998, p. 195.

¹⁴ Paolo Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en: M. Carbonell (coord.), *Neoconstitucionalismo(s), op. cit.*, p. 81.

Derecho. Se trata de un proceso al término del cual el Derecho es impregnado”, “saturado” o “embebido” por la Constitución: un Derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos”.

4. La Jurisprudencia ha llegado a constituirse como fuente de derecho en el Estado constitucional

Uno de los aspectos que se discute es el de si la jurisprudencia es una fuente de derecho, lo que conlleva analizar si la función jurisdiccional implica o no creación del derecho, y si el derecho positivo de los estados acepta la obligatoriedad de la jurisprudencia. Afirmar o negar que la jurisprudencia sea fuente del derecho es equivalente a afirmar o negar la creación judicial del mismo.

Como lo afirma Luis Prieto Sanchís,¹⁵ se puede hablar de creación judicial en dos sentidos:

- a) Se puede decir que hay creación judicial de Derecho en el sentido que todas o algunas decisiones judiciales crean derecho para el caso concreto que resuelven; es decir, que las decisiones judiciales se fundan en parte en lo establecido por las disposiciones legales y en parte en criterios normativos creados por el juez o tribunal;
- b) Pero se puede hablar de creación judicial del derecho en el sentido que las decisiones judiciales tienen eficacia general y deben ser tomadas en consideración en el futuro por todos los operadores jurídicos para la resolución de los casos. En este sentido se afirma que la jurisprudencia es vinculante.

En el derecho clásico la función de crear derecho era propia del legislador, y la de aplicar el derecho era función del juez. Esta teoría está desacreditada. Kelsen demostró que en todo acto normativo es posible descubrir una dimensión aplicativa y una dimensión creativa. Desde luego que no hay una creación libre

¹⁵ Luis Prieto Sanchís, *Teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2005, p. 214.

del derecho, ésta se produce especialmente en caso de lagunas o de antinomias. Según Prieto Sanchís:¹⁶

Lo que sí parece cierto es que la presencia de una Constitución con indiscutible fuerza jurídica y dotada de un denso contenido normativo (principios, valores, derechos) representa una invitación a la creación judicial del Derecho. Y básicamente esto es así por dos razones: primera, porque el carácter generalísimo que presentan las normas materiales de la Constitución, carentes incluso de un catálogo taxativo de los supuestos de hecho en que son aplicables, hace que tengan una extraordinaria fuerza expansiva, de manera que todo problema jurídico medianamente serio (además de tener una solución legal) encuentra respuesta (y a veces más de una respuesta) en la normativa constitucional. Ello significa que casi cualquier problema legal (fácil) puede convertirse en un problema constitucional difícil. Y segunda razón que, por los mismos motivos, la atribución de significado a esas cláusulas materiales de la Constitución resulta también más complicada o, mejor dicho, deja un amplio campo de decisión al intérprete. Se puede decir así, el número de significados o de normas que ‘podemos obtener de una disposición constitucional como la que acabamos de citar es mayor y más controvertido que el número de significados que podemos obtener de una disposición taxativa y concluyente.

En cuanto al derecho judicial se hace referencia a la vinculatoriedad general de las decisiones judiciales; esto es, a la creación, modificación o eliminación de normas por parte de los tribunales, normas que luego resultan obligatorias para los demás jueces.

Prieto Sanchís,¹⁷ atendiendo a los distintos efectos que pueden tener para la producción del derecho propone una distinción entre,

- a) sentencias que están habilitadas para crear o extinguir de modo directo disposiciones normativas; b) sentencias cuyos efectos se proyectan sólo sobre

¹⁶ Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 217.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 217 y 218.

las normas, esto es, sentencias que a través de la interpretación de las disposiciones pueden crear o eliminar normas. A este segundo supuesto podemos denominarlo precedente y, a su vez, debemos distinguir entre: b1) precedentes obligatorios, que son propios de los sistemas de Common law basados en la doctrina del “stare decisis” y que representan sin lugar a dudas una fuente del Derecho; su observancia se funda en las mismas razones que justifican la aplicación de la ley, esto es, no es su plausibilidad, sino en la autoridad de que están revestidas las decisiones que constituyen ese precedente obligatorio; b2) precedentes persuasivos, más propios de los sistemas de Civil Law, que suponen una interpretación de la ley (generalmente efectuada por tribunales superiores) que debe ser seguida por los jueces inferiores, no en razón de que exista un deber jurídico de hacerlo, sino en razón de su racionalidad.

En los estados que tienen tribunal constitucional, éste actúa no sólo como legislador negativo, al decir de Kelsen, sino que crea el derecho mediante las sentencias interpretativas e integradoras. Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales frente a todos. Por tanto, los tribunales constitucionales se erigen también a veces como legislador positivo. Es el caso, como se ha dicho, de las sentencias interpretativas que establecen cómo debe interpretarse o no una determinada disposición legal. Estas sentencias no operan sobre la disposición, sino sobre la norma, precisando cuál es el sentido correcto que debe atribuirse a un enunciado o cuáles interpretaciones procede excluir.

Asimismo, en las sentencias manipulativas, y entre ellas las aditivas, no es que elijan entre interpretaciones posibles, sino que directamente crean normas. Igualmente, en las sentencias sustitutivas al mismo tiempo que se declara inconstitucional una norma se crea en su lugar una norma nueva.

En cuanto al valor de la *ratio decidendi*, la Corte Constitucional colombiana, por razones de igualdad, le da precedente obligatorio (C-836 de 2001). Por tanto, se puede sostener que las interpretaciones que efectúa la Corte Constitucional colombiana forman parte del ordenamiento como fuente del derecho y no sólo con la fuerza persuasiva que es propia de los precedentes en nuestro sistema. Los jueces deben interpretar las leyes según los preceptos constitucionales,

conforme a la interpretación de los mismos que resulta de las sentencias de la Corte Constitucional en todo tipo de procesos.

En materia de la jurisdicción ordinaria, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y en materia de la jurisdicción contencioso administrativa, la jurisprudencia del Consejo de Estado, tienen valor obligatorio para los jueces, y los que se separen de la misma deben expresamente señalar las razones para no acoger el precedente, lo cual se exige por razones de igualdad.

La diferencia entre legislación y jurisdicción se muestra en la exigencia fundamental de motivar las decisiones judiciales, la cual conlleva justificar una decisión mediante la técnica de la argumentación jurídica. Los jueces deben actuar con base en principios neutrales y generales (Wechsler), que exigen ajustarse a la universalización y generalización.

De acuerdo con Carlos de Silva,¹⁸

La jurisprudencia es producto de la interpretación e integración de otras normas y al constituirse como una nueva norma general, adquiere cierta independencia respecto de las que le dieron origen. Esa independencia no es absoluta, sino relativa, pues si bien se trata de normas diferentes entre sí, no es lógicamente posible separar totalmente a la jurisprudencia de su origen, como se verá más adelante.

Luego precisa:

Según el sistema que en su derecho positivo adopte cada Estado, las decisiones jurisdiccionales, independientemente de ser normas concretas, o bien pueden constituir meros precedentes (cuya fuerza para casos posteriores dependerá de lo convincentes que resulten sus argumentaciones), o bien, normas generales por la obligatoriedad que en determinadas circunstancias tengan los precedentes. Una sola sentencia podrá tener únicamente efectos

¹⁸ Carlos de Silva, "La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho", en: Rodolfo Vázquez (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3ª reimpresión, México, D.F., Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003, p. 151.

particulares y concretos, o generales y abstractos como acontece, por ejemplo, en los sistemas de derecho positivo que aceptan la posibilidad de que los órganos de control de la constitucionalidad declaren, con efectos absolutos, la invalidez de normas generales. La jurisprudencia obligatoria podrá o no tener esos efectos absolutos pero, siempre, por definición, consistirá en normas jurídicas generales.

En resumen, la doctrina actual no tiene duda de que la jurisprudencia es verdadera fuente de derecho.

5. El neoconstitucionalismo

La doctrina actual está estudiando los desafíos que plantea el llamado neoconstitucionalismo.

El neoconstitucionalismo ha sido estudiado por diversos autores.¹⁹ Prieto Sanchís²⁰ enumera tres acepciones de neoconstitucionalismo:

En primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del Derecho, más concretamente aquella teoría apta para explicar las características de dicho modelo. Finalmente, por constitucionalismo cabe entender la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada.

¹⁹ Ver entre otros autores: Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, 2ª reimpresión, México D.F., Distribuciones Fontamara, 2005; *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2005; Miguel Carbonell (coordinador), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005; Luis M. Cruz, *La Constitución como orden de valores*, Granada, Comares, 2005; Carla Huerta Ochoa, *Conflictos normativos*, México, Universidad Autónoma, 2003; Rodolfo Vázquez (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, tercera reimpresión México D.F., Distribuciones Fontamara, 2003.

²⁰ Luis Prieto Sanchís, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en: M. Carbonell (coord.) *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, pp. 123 y ss.

El constitucionalismo, como ideología, considera el Estado constitucional de derecho como la fórmula justa y óptima de organización política, la vinculación necesaria entre derecho y moral, y una actitud interpretativa crítica del operador jurídico.

En cuanto al modelo de Estado constitucional de derecho, adoptado por el neoconstitucionalismo, reúne elementos de las dos tradiciones: la que tiene a la Constitución por regla de juego de la competencia social y política, y la que concibe la Constitución como proyecto político bien articulado. Esto conlleva que el neoconstitucionalismo reúne los elementos de fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional.

El citado profesor²¹ explica que ello significa “una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces”. Agrega que las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero a través de la interpretación del Tribunal Constitucional.

Respecto del neoconstitucionalismo como teoría del derecho, ante la crisis de la ley, Prieto Sanchís²² resume las características que se encuentran en Alexy, Zagrebelsky y Guastini, así:

Más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad en torno a un

²¹ *Ibid.*, p. 127.

²² Luis Prieto Sanchís, *op. cit.*, pp. 131 y 132. Igualmente Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, J.M. Seña (trad.) Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 1259 y ss; G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, M. Gascón (trad.), Madrid, Trotta, 1995, pp. 109 y ss; Riccardi Guastini, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en M. Carbonell (coord.) *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, pp. 45-60; asimismo, Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, 2ª reimpresión, México D.F., Distribuciones Fontamara, 2005.

puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.

El tratadista Paolo Comanducci,²³ de igual forma distingue un neoconstitucionalismo, como teoría del derecho, de un neoconstitucionalismo como ideología del mismo, y un neoconstitucionalismo su método de análisis.

Este tratadista distingue un constitucionalismo en sentido amplio, que requiere de una Constitución para limitar el poder y prevenir el despotismo. En sentido restringido el constitucionalismo requiere de una Constitución para limitar el poder y prevenir el despotismo.

Comanducci, distingue a su vez entre constitucionalismo débil, que requiere de una Constitución para limitar el poder existente, y el constitucionalismo fuerte o liberal que requiere una Constitución para garantizar los derechos y las libertades fundamentales frente al poder estatal.

En el nuevo paradigma del neoconstitucionalismo, la sujeción del juez es a la ley pero en cuanto sea válida, es decir, conforme con la Constitución.

Dentro de esta nueva concepción, según Comanducci “el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo, tres características destacadas del iuspositivismo teórico de matriz decimonónica, hoy no parecen sostenibles”.²⁴

La Constitución es norma suprema que vincula a todos los poderes públicos, no sólo en sus reglas sino en sus principios, valores y derechos fundamentales. Más aún, una de las características del neoconstitucionalismo es que los principios predominan sobre las reglas. La diferencia entre reglas y principios, según Alexy,²⁵ es la siguiente: cuando dos reglas están en conflicto esto significa que o bien una de ellas no es válida, o bien una opera como excepción a la otra (criterio de especialidad). En cambio, cuando la contradicción es entre dos principios, ambos siguen siendo simultáneamente válidos, por más que en el caso

²³ Paolo Comanducci “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en: M. Carbonell (coord.) *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, pp. 75 y ss.

²⁴ *Ibid.*, p. 83.

²⁵ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, E. Garzón Valdés (trad.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 81 y ss.

concreto triunfe uno sobre otro. Se ha dicho que en las reglas prevalece el método de la subsunción y en los principios la ponderación, donde la solución es construida a partir de razones en pugna.

El neconstitucionalismo requiere una nueva teoría de las fuentes en que la Constitución sea la fuente principal y prevalente, y de una interpretación constitucional fundada en principios y valores. Además, como ya se ha expresado, se parte del reconocimiento del carácter normativo o fuerza vinculante de la Constitución, la supremacía jerárquica de la misma en el sistema de fuentes, la eficacia o aplicación directa, la garantía judicial, el valor normativo de los principios, derechos y valores, y la rigidez constitucional. Estos rasgos son los comunes ya que hay diversas interpretaciones sobre el contenido del neoconstitucionalismo.

6. Preponderancia de los principios en el neoconstitucionalismo

Ya se ha expresado que el Estado constitucional se caracteriza por la aceptación de la Constitución como norma jurídica suprema y fuente principal de derecho y de los derechos, la existencia de una jurisdicción constitucional, el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, el reconocimiento de los principios y valores, y la sumisión de todos los poderes públicos a la Constitución.

El tratadista Gustavo Zagrebelsky²⁶ dice que el paso del Estado legal al Estado constitucional no es solo subir un peldaño en la escalera de normas. Concluye su obra señalando:

Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre el Estado constitucional y

²⁶ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2ª ed., 1997, p. 153.

cualquier “señor del derecho” hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos.

Dentro del Estado constitucional las normas constitucionales reconocen principios de justicia material, con lo cual está fuera de duda la preponderancia del derecho por principios. Si el derecho no se puede reducir a la ley, surge la importancia de los principios y valores como un ámbito integrativo del ordenamiento jurídico.

La revalorización de los principios que se presenta hoy, ha sido puesta de presente en la polémica entre el profesor Ronald Dworkin, quien ha enarbolado la bandera de los principios y criticado la concepción de su antecesor en la cátedra de Oxford, H.L.A. Hart, según la cual el derecho es un sistema de reglas.²⁷

En este mismo sentido, Josef Esser,²⁸ citado por Rodolfo Vigo, advierte que el centro de gravedad va desplazándose lentamente desde el sistema de codificación a una casuística judicial orientada según principios.

No es el momento de analizar si los principios de derecho son de origen estoico o si, como lo cree Carlos Cossio, se vinculan a la escuela racionalista de los siglos xvii y xviii.

No es tampoco el momento de entrar en la polémica de si los principios se identifican con normas fundamentales, o si no son normas, o si más bien son como lo cree Alexy²⁹ “mandatos de optimización” dado que mandan la mejor conducta posible según sus posibilidades fácticas y jurídicas, mientras que las normas son “mandatos definitivos”.

Es indudable que la teoría de las fuentes del derecho se ve enriquecida por el papel privilegiado que están asumiendo los principios del derecho.

²⁷ Rodolfo Luis Vigo, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas* (Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991; Javier Delgado Barrio y Rodolfo Luis Vigo, *Sobre los principios jurídicos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp. 90-91.

²⁸ Josef Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961, p. 31.

²⁹ Robert Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa* 5, Universidad de Alicante, vol. 5, pp. 139 y ss.

Después de la segunda guerra mundial se observa el recurso, cada vez más frecuente, a los “principios generales del derecho” y al reconocimiento de que los principios se diferencian de las reglas o normas jurídicas, sin que sea esta la oportunidad de entrar a analizar las teorías fuertes y débiles entre normas y principios.

En todo caso se debe reconocer la importancia creciente de una lectura principialista de todos los ámbitos del derecho.

El tratadista Rodolfo Vigo³⁰ llega a esta conclusión, la cual compartimos:

Un Derecho reducido a normas supone un esfuerzo racional reconstructivo fuertemente discrecional para lograr un sistema en el que aquel material que de constituido en unidad, jerarquía y completitud. En cambio, la presencia de principios supone, por sí misma, cierta jerarquía y núcleos de identificación del material subordinado, como también un aporte decisivo en relación a la posibilidad de abordar todos los conflictos jurídicos dando una respuesta. Del Vecchio ha señalado que los principios son instrumentos de la unidad orgánica y de la integridad del ordenamiento.

Igualmente, los principios son importantes para la solución de los conflictos normativos.

Al respecto Carla Huerta Ochoa³¹ dice: “Entre las fuentes a utilizar en la solución de un conflicto resulta de especial interés analizar los principios, ya que éstos se transforman mediante su reconocimiento como fuente formal por el sistema jurídica, en un medio relevante para la solución de cierto tipo de conflictos”.

Los principios y los valores son importantes en el proceso de justificación de las decisiones y la argumentación en la solución de un conflicto normativo.

Los valores enuncian cláusulas generales y las reglas contienen supuestos de hecho, con sus correspondientes consecuencias jurídicas. Los valores

³⁰ Rodolfo Luis Vigo, *op. cit.*, p. 127.

³¹ Carla Huerta Ochoa, *Conflictos normativos*, México D.F., Universidad Autónoma de México, 2003, p. 192.

pueden estar positivados o no positivados. En el primer caso, se imponen al intérprete, y en el segundo, siempre que sean congruentes. Los valores (positivados o no) sólo tienen eficacia interpretativa.

Los principios, además de servir para interpretar reglas, también sirven como reglas cuando el juez no encuentra regla aplicable para el caso y debe aplicar un principio.

Hay que tener en cuenta que tanto las reglas como los principios son normas porque establecen, como dice Alexy,³² lo que debe ser.

Las reglas son normas que en el cumplimiento de ciertos presupuestos ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente. En cambio, los principios son según Alexy “mandatos de optimización” que ordenan que algo, dependiendo de las posibilidades fácticas y jurídicas, sea realizado en la mayor medida posible, en consecuencia, su cumplimiento puede verificarse en grados diferenciados. Los principios no solo son ponderables sino que requieren de la ponderación, pues ésta es su forma de aplicación característica. Por esto para Alexy la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no solamente de grado.

Respecto de la eficacia de los principios constitucionalizados, M. Aragón Reyes afirma:³³

La “constitucionalización” de los principios generales “más fundamentales” lleva a la consecuencia de que cualesquiera otros principios no positivados hayan de conformarse en congruencia con aquéllos, es decir, hayan de estar inspirados en (o de estar en coherencia con) los principios expresados en el texto de la Constitución. Una Constitución “principialista” como la nuestra, tiene gran capacidad para evolucionar o adaptarse a nuevas circunstancias, para convertirse en una living Constitution, sin requerir, por ello, en muchos casos, de la reforma constitucional explícita. Pero también esos principios “constitucionalizados” son a su vez, límite frente a la excesiva adaptación o, en otras palabras, frente a mutaciones desvirtuadoras de la normatividad constitucional. La doctrina del Tribunal Constitucional reconoció, desde el primer

³² Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 87

³³ Manuel Aragón Reyes (coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo 1, Madrid, Civitas, 2001, p. 40.

momento, el carácter principialista de la Constitución y, por consiguiente, la necesidad de su interpretación finalista, así como que los principios constitucionalizados, no sólo tienen eficacia interpretativa, sino también directa.

Se puede decir que los principios generales no positivados tienen la doble condición de fuente subsidiaria y de fuente interpretativa. En cambio, los principios expresados en la norma constitucional tienen el mismo valor de la Constitución.

Puede haber no sólo conflictos de reglas sino “conflictos de principios”. En este caso no hay regla para la solución sino que debe hacerse una ponderación, pues ésta es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios. Alexy³⁴ dice que entre los principios no existe una prelación de rango absoluta, pues depende de las condiciones consideradas, por eso la denomina “relación de precedencia condicionada”. En su concepto, las colisiones sólo se producen durante la resolución de un caso, y un principio tendrá que ceder frente a otro. Al respecto Carla Huerta Ochoa³⁵ explica:

Según Alexy y Peczenik, en el caso de una colisión no es cuestión de eliminar un principio, sino de optimizar ambos, de crear coherencia, por lo que se tienen que establecer de manera más o menos general relaciones definitivas de prioridad y órdenes *prima facie* de prioridad. Esto se debe, sobre todo, a que el establecimiento de órdenes de prioridad simplifica la tarea de decisión en el caso de una colisión de principios, por esto son tan importantes. Por otra parte, según Alexy la coherencia de las decisiones radica en que su relación con otras decisiones no es arbitraria.

No hay duda de que los principios son normas que se aplican de manera distinta a la subsunción, lo cual es relevante según Huerta Ochoa³⁶ porque “permite justificar tanto la subsistencia de la norma en el orden jurídico en caso de

³⁴ Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª ed., J.M. Seña (trad.), Barcelona, Gedisa, 1997, p. 162.

³⁵ Huerta Ochoa, *op. cit.*, p. 171.

³⁶ *Ibid.*

colisión, como el hecho de que no pierde su validez jurídica a pesar de no ser aplicable al caso. Para Alexy, el modelo de reglas, principios y procedimientos que asegura la racionalidad no solamente en la elaboración sino también en la aplicación de las normas, permite a su vez asegurar un máximo de racionalidad práctica en el derecho”.

Esta misma tratadista⁵⁷ explica así la denominada ley de la ponderación:

La ley de la ponderación vincula la consideración de un principio en la solución de un caso específico y la relevancia del cumplimiento de otro principio en el mismo caso. Esta ley enuncia que cuanto mayor sea el grado de la no realización o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. Según Alexy, la determinación del grado de afectación de los derechos en cuestión es decisiva, es más, la ponderación misma se compone esencialmente de dichas graduaciones. En consecuencia, la ley de la ponderación exige que a mayor intensidad de la intervención, las razones para la afectación tengan un peso mayor. Esta ley rige la ponderación de los principios de cualquier tipo que ellos sean, y pone en claro que el peso de los principios no es determinable de manera definitiva o absoluta, por lo que solamente puede hablarse de pesos relativos. Por otra parte, también las circunstancias del caso individual son relevantes en una ponderación, es por ello que los principios no pueden arrogarse una pretensión de prelación a priori.

El Derecho de principios es una de las características del neoconstitucionalismo. El tratadista Pedro Serna, en la presentación del libro de Luis M. Cruz⁵⁸ sobre la Constitución como orden de valores, resume así las características del neoconstitucionalismo:

En definitiva, la constitucionalización del ordenamiento jurídico no es otra cosa que una transformación operada en la realidad del mismo como consecuencia de la adopción de una teoría o, si se prefiere, de una ideología acerca

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 173 y 174.

⁵⁸ Luis M. Cruz, *La Constitución como orden de valores*, Granada, Comares, 2005, pp. 17-18.

de lo que la Constitución es: un orden valorativo donde los elementos estructurales del Estado obedecen a principios sustantivos que se hallan también en la base del sistema de los derechos fundamentales. Dicho de otro modo, los sistemas que cabe caracterizar como neconstitucionalistas son aquellos donde el concepto mismo de Constitución evoluciona desde las posiciones, formalistas o sustantivas, tradicionales hacia la idea de un orden valorativo. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, se comprende bien la unidad interna de lo que aparecen como rasgos meramente yuxtapuestos en otras caracterizaciones del proceso: la re-materialización del Estado de Derecho, el Derecho de principios, la doble dimensión (subjctiva e institucional u objetiva) de los derechos fundamentales, su efecto de irradiación sobre el Derecho ordinario, la transformación de la legislación y la aparición de leyes que se apartan de la generalidad y abstracción tradicionales, la necesidad de la ponderación y del juicio de proporcionalidad, etc. En tercer lugar, a partir de ahí se explican las críticas suscitadas por el proceso y el actual debate entre constitucionalismo y legalismo.

La influencia de la constitucionalización es puesta de presente por Mauro Barberis³⁹ en estos términos:

Ciertamente, el fenómeno de la constitucionalización, por otra parte no afecta solamente a Italia, sino a todas las grandes democracias occidentales, con la única y parcial excepción de Inglaterra. Es conocido, por ejemplo, el papel central desempeñado por el Tribunal Supremo en el sistema jurídico-político estadounidense: papel que explica por qué las tesis del jurista Dworkin como las del filósofo John Rawls se resuelven cada vez más en argumentos que se dirigen a los tribunales. Igualmente, conocido es el activismo del Tribunal Constitucional alemán, que desde finales de los años cincuenta no pierde ocasión de lamentar —el estrecho positivismo legalista— y/o —un positivismo legalista de carácter neutral hace tiempo superado—; incluso el Consejo

³⁹ Mauro Barberis “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, en: Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*

Constitucional francés, en la patria del “positivismo legalista”, ha asumido un papel bastante importante a la hora de promover el debate sobre la *constitutionnalisation* del Derecho francés.

Estas tendencias también han sido seguidas en Colombia, especialmente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Conclusiones

1. El Estado constitucional y social de derecho sustituyó el Estado de derecho de origen liberal-burgués.
2. La concepción material debe prevalecer sobre la concepción formal del Estado de derecho.
3. Hay una tendencia hacia la evolución del concepto formalista o sustantivo de Constitución hacia la idea de la Constitución como orden de principios y valores.
4. En el debate entre constitucionalismo y legalismo prevalece el primero, lo que ha traído la constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico.
5. El neoconstitucionalismo comprende las teorías que adoptan el Estado constitucional y social de Derecho, el carácter normativo y vinculante de la Constitución, la supremacía y superioridad jerárquica de la Constitución, la eficacia y aplicación directa de las normas constitucionales, la garantía judicial, y el reconocimiento de los principios, valores y derechos fundamentales, así como la rigidez constitucional.
6. La constitucionalización del ordenamiento jurídico ha sido una transformación, debida principalmente a los tribunales constitucionales que tienden a considerar la Constitución como un orden valorativo.
7. El juicio de validez de la ley, según Luis M. Cruz,⁴⁰ que resume la posición dominante en la doctrina: “depende ahora de un juicio de conformidad con la Constitución y, en definitiva, de una cierta interpretación de la Constitución y de los principios constitucionales por parte de un Tribunal Constitucional”.

⁴⁰ Luis M. Cruz, *La Constitución como orden de valores*, Granada, Comares, 2005, p. 4.

8. Los tribunales constitucionales son los intérpretes últimos de la Constitución y a ellos corresponde la tarea de adoptar las nuevas ideas que impulsan los autores denominados neoconstitucionalistas y que buscan en última instancia garantizar la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales.
9. Estamos de acuerdo con la reformulación del constitucionalismo alemán y especialmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, según lo resume Luis M. Cruz:⁴¹

En concebir la Constitución no tanto como un límite al poder estatal respecto a la libertad de los ciudadanos, sino, sobre todo, como la proclamación jurídica de los valores fundamentales del orden de la vida de la sociedad, entre los que sobresalen los derechos humanos, inviolables e inalienables (art. 1.2 LF), institucionalizados en los derechos fundamentales, vinculantes para todos los poderes públicos (art. 1.3 LF), protegidos judicialmente (art. 19.4 LF) y preservados de cualquier modificación (art. 79.3 LF).

10. El control de constitucionalidad, según lo señala Mauro Barberis:

Es la consecuencia más importante del constitucionalismo del siglo xx, y además uno de los puntos de no retorno del proceso de constitucionalización, y por lo tanto debería constituir uno de los elementos centrales de una doctrina neoconstitucionalista.⁴²

⁴¹ *Ibid.*, p. 130.

⁴² Mauro Barberis, en *Neoconstitucionalismo* (s), pp. 268-269.

Derecho internacional

Las relaciones entre la protección nacional e internacional de los derechos humanos¹

1. Los derechos humanos en el nuevo contexto internacional

Es un hecho el que los derechos humanos se han internacionalizado y constitucionalizado; su protección se recoge tanto en los ordenamientos constitucionales, como en el orden jurídico internacional; además, hay relaciones estrecha entre ambos órdenes, si bien sus competencias y procedimientos son diferentes.

Después del fin de la guerra fría y del enfrentamiento ideológico Este-Oeste, en el contexto del conflicto Norte-Sur los derechos humanos aparecen vinculados al desarrollo equilibrado y ecológicamente sostenible de los pueblos, a principios democráticos, así como a la paz y seguridad internacionales.

Se ha pasado, según el antiguo presidente de la Corte Internacional de Justicia, Sir Robert Jennings, de una concepción tradicional basada en el Estado, a una concepción basada en la comunidad internacional. Como lo expresa Antonio Marzal,² estamos asistiendo a “un proceso de humanización del orden internacional debido a que el Derecho internacional ha comenzado a dar entrada a los pueblos y la persona humana, rompiendo así el exclusivismo tradicional de los Estados como únicos sujetos del Derecho internacional”.

La protección de los derechos humanos forma parte de la política exterior de los estados y no solo del derecho internacional y constitucional sino de las relaciones internacionales.

Si bien terminó el conflicto Este-Oeste con la caída del muro de Berlín, sin embargo subsiste el conflicto Norte-Sur y en este último se presentan problemas graves como la pobreza absoluta, el deterioro del medio ambiente, el desconocimiento de los derechos sociales y la falta de vigencia de los derechos humanos

¹ Este ensayo fue presentado en el simposio internacional para conmemorar los quince (15) años de la Constitución de 1991, celebrado en la Universidad del Rosario en agosto de 2006.

² Antonio Marzal, *El núcleo duro de los derechos humanos*, Evade, Bosch, Facultad de Derecho, p. 187.

en general. Además, la gran cantidad de conflictos internos hace imperiosa la necesidad de exigir la aplicación del derecho internacional humanitario.

Una de las características del derecho internacional actual ha sido el protagonismo de la persona humana en la escena internacional, que se pone de presente en la protección de los derechos humanos. Como lo expresa Cástor Miguel Díaz Barrado:³ “En suma, la evolución del Derecho Internacional ha incorporado a la persona humana a sus valores fundamentales a través de normas que demuestran el papel relevante que la misma tiene en la comunidad internacional”. Afirma igualmente la importancia que tienen y van a tener en el ordenamiento jurídico internacional valores como la paz, el desarrollo, los derechos humanos y la democracia. Al respecto expresa:

Con independencia de la profunda realidad que se esconde en estas expresiones, podemos resaltar que, quizá, sea el sector relativo a la protección de los derechos humanos donde la vinculación democracia-paz-desarrollo y derechos humanos hace que todos estos valores hayan adquirido un mayor significado o, por lo menos, que se proyecten con mayor intensidad; y que, de esta manera, se aprecie que no será posible prescindir del análisis de los mismos en los estudios jurídicos en torno al significado y funciones del ordenamiento jurídico internacional.

Por lo anterior, es necesario hacer algunos comentarios sobre las relaciones entre ambos órdenes de protección, y sus interrelaciones recíprocas dentro del nuevo contexto internacional.

2. Protección nacional e internacional de los derechos humanos⁴

2.1. Marco de referencia

Tanto las jurisdicciones nacionales, incluidos no solamente los jueces a todos los niveles y las defensorías públicas, sino también los tribunales internacionales,

³ Cástor Miguel Díaz Barrado, *El derecho internacional del tiempo presente*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2004, p. 71.

⁴ Raúl Guerrero, *Los tratados en la Constitución de 1994*, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 2001, pp. 30 y ss.

protegen los derechos humanos entendidos en su concepción amplia como derechos inmanentes a la naturaleza humana y que los estados deben reconocer y proteger.

Si bien la protección nacional se distingue de la protección internacional de los derechos humanos, actualmente se auxilian mutuamente y hay relaciones de complementación.

2.2. Recepción del derecho internacional de los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos nacionales

La relación entre el derecho internacional y el derecho interno se resuelve por el derecho constitucional de cada Estado. Hay que tener en cuenta que la jerarquía de los tratados de derechos humanos no se resuelve únicamente por las teorías monista, dualista, y mixta, dadas las especiales características que tienen estos tratados. En efecto, en la opinión consultiva 2, del 24 de septiembre de 1982, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó:

La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y su fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

Desde el punto de vista del derecho constitucional comparado existen cuatro tipos de rango o valor: 1) Supraconstitucional; 2) Constitucional; 3) Supralegal; y, 4) Legal.

1. *Rango supraconstitucional*

Esta situación se presenta cuando una Constitución le otorga a los tratados sobre derechos humanos carácter supraconstitucional.

2. *Rango constitucional*

La reforma constitucional de 1994 de Argentina establece que once tratados vigentes sobre derechos humanos gozan de jerarquía constitucional, de acuerdo con el artículo 75, inciso 22. Los demás tratados sobre derechos humanos podrán gozar de la misma jerarquía, en caso de que, luego de ser aprobados por el Congreso, el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara así lo determine.

3. *Rango supralegal*

En este caso los tratados de derechos humanos prevalecen sobre las leyes internas pero no pueden modificar o derogar normas constitucionales. Este sistema es consagrado en el artículo 7 de la Constitución de Costa Rica, artículo 144 de la Constitución de El Salvador, artículo 46 de la Constitución de Guatemala y en el artículo 18 de la Constitución de Honduras.

Muchas constituciones reconocen la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno en materia de derechos humanos, o se refieren al respeto por los tribunales nacionales de la interpretación realizada por los órganos de protección internacional de los derechos humanos. En este sentido se pueden citar, a título de ejemplo, la Constitución portuguesa de 1976, artículo 16; Constitución española, artículo 10,2; Constitución de Guatemala, artículo 46; Constitución de Nicaragua de 1987, artículo 46; Constitución chilena de 1989, artículo 5, Constitución brasileña de 1988, artículo 4.11 y 5.2; Constitución de Colombia de 1991, artículo 93.

4. *Rango legal*

En algunas constituciones se otorga a los tratados el mismo valor que a la ley interna. Es el sistema adoptado en el artículo VI párrafo segundo de la Constitución de Estados Unidos de América.

Refiriéndose a la Constitución de Argentina de 1994, los tratadistas Víctor Abramovich y Christian Courtis⁵ expresan lo siguiente:

⁵ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 72.

Es evidente que la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos no tiene como único objeto servir de complemento a la parte dogmática de la Constitución sino que, necesariamente implica condicionar el ejercicio del poder público, incluido el que ejerce el poder judicial, al pleno respeto y garantía de estos instrumentos. Dada la jerarquía constitucional otorgada a los tratados de derechos humanos, su violación constituye no sólo un supuesto de responsabilidad internacional del Estado sino, también, la violación de la Constitución misma. En el plano interno, la no aplicación de esos tratados por parte de los tribunales argentinos supondría la adopción de decisiones arbitrarias, por prescindir de la consideración de normas de rango constitucional.

2.3. Régimen constitucional comparado

Veamos a título de ejemplo lo previsto en algunas constituciones:

a) *Francia*

La Constitución de la V República de 1958, consagró la separación de los poderes legislativo y ejecutivo. Dentro de las funciones del Consejo Constitucional se le asignó el control Constitucional restringido de carácter preventivo: el juez puede ejercer el control sobre las leyes aprobadas, pero no promulgadas, incluyendo las que autorizan la ratificación de los tratados internacionales. No existe la acción pública de inconstitucionalidad ni la excepción de inconstitucionalidad. Por su parte, los derechos fundamentales estaban reconocidos en el Código Civil porque la Constitución los defirió a la ley.

El preámbulo de la Constitución de 1958 hace relación a la Declaración de 1789 confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946. Al comienzo no se dio valor jurídico al preámbulo; sin embargo, El Consejo Constitucional, en decisión de 16 de julio de 1971, otorgó valor constitucional al Preámbulo y decidió confrontar la ley que estudiaba cuyo objeto era limitar la libertad de asociación con los llamados “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República” de los que habla el preámbulo entre los cuales se encontraba la libertad de asociación, con lo cual integró el bloque de constitucionalidad.

El bloque en Francia está integrado por: a) La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de octubre de 1789, que consagra derechos

individuales tal como los entendían los revolucionarios. b) El preámbulo de la Constitución de 1946 IV República, en que prevalecen la igualdad y la libertad. c) Principios fundamentales reconocidos por leyes de la República. d) Carta del Medio Ambiente, del 28 de febrero de 2005.

b) *España*

Integran el bloque de constitucionalidad en España: a) Normas contenidas en la Constitución, en el título VIII, relativo a la organización territorial del Estado. b) Algunas normas contenidas en los estatutos de autonomía. Integran el bloque sólo aquellas normas contenidas en los estatutos de autonomía que se refieren a la delimitación de competencias entre las comunidades y el estado central. c) Normas que integran el bloque por remisión de los estatutos de autonomía.

El bloque se refiere sólo al reparto de competencias entre el Estado central y las comunidades autónomas. En España, la Constitución de 1978 le negó el carácter de fuente complementaria de derechos y se utiliza sólo para interpretar los derechos reconocidos en la Constitución. Se aceptan los conceptos de “interpretación conforme” y “Estado internacionalmente limitado”.

En los países pertenecientes a la comunidad británica, la jurisprudencia del máximo órgano judicial ha amenazado con reconocer a los tratados sobre derechos humanos, el valor de pauta interpretativa de las constituciones, estén o no incorporados al derecho interno.

a) En Costa Rica, los tratados tienen jerarquía supralegal (aunque infraconstitucional); los que versan sobre derechos humanos sirven de parámetro de constitucionalidad de las leyes y demás normas inferiores; pero la jurisprudencia de la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia le ha dado a los tratados de derechos humanos un rango superior a la Constitución nueva.⁶

La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos fue reconocida en la Constitución del Perú de 1979, pero la Constitución de 1993 reformó este aspecto y adoptó una norma idéntica a la española.

⁶ Ver Rubén Hernández Valle, *La tutela de los derechos fundamentales*, San José (Costa Rica), Juricentro, 1990, p. 145.

- c) La Constitución de Guatemala le da recepción al derecho internacional de los derechos humanos sobre la normativa interna. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha sido restrictiva, ya que les reconoce carácter supralegal pero infraconstitucional. El artículo 46 de la Constitución dice: “Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno”.
- d) En la Constitución de Portugal de 1976 la recepción es para interpretar e integrar los derechos reconocidos en la Constitución y en las leyes, así como también para completar el sistema.
- e) En Colombia, la Corte Constitucional ha construido la doctrina del bloque de constitucionalidad con fundamento en los artículos 4, 9, 93, 94, 214 numeral 2, 53 y 102 de la Constitución.⁷

El artículo 93 de la Carta dice:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en 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.

El artículo 94 de la Constitución preceptúa: “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”.

El artículo 214 de la Constitución, en su numeral 2, dice refiriéndose a las disposiciones generales de los estados de excepción que “En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.

⁷ Ver, entre otras, sentencias C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995, C-191 de 1998, C-708 de 1999, T-568 de 1999, C-582 de 1999, C-358 de 1997, C-191 de 1998.

El artículo 53 de la Constitución en su inciso 2 dice: “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”.

La Corte ha distinguido entre bloque de constitucionalidad *strictu sensu* y bloque de constitucionalidad *lato sensu*. En sentido estricto, el bloque de constitucionalidad se integra únicamente con normas que tienen nivel constitucional. En sentido amplio, el bloque de constitucionalidad se integra por normas que, si bien no tienen rango constitucional, sus mandatos deben ser respetados por leyes ordinarias, como sucede con las leyes orgánicas y las leyes estatutarias (Sentencia C-191 de 1998). La Corte ha excluido del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales en general y lo ha integrado con tratados sobre derechos humanos que prohíben su limitación en estados de excepción.⁸

2.4. Conclusiones sobre el análisis de derecho comparado

Interpretando sistemáticamente la normatividad constitucional de los diferentes estados, se pueden deducir las siguientes observaciones de carácter general:

1. Las constituciones contienen diversas fórmulas de recepción del derecho internacional de los derechos humanos en los ordenamientos internos. Estas fórmulas van desde la jerarquía, la preeminencia, la interpretación conforme a los tratados, así como fuente complementaria de derechos consagrados en la Constitución.
2. Excepto si hay norma constitucional expresa, los tratados sobre derechos humanos no forman un bloque de supraconstitucionalidad, por lo cual no sirven de parámetro para determinar la constitucionalidad de una reforma a la Constitución, ni la simple violación de un tratado es suficiente para declarar la inconstitucionalidad, si no hay infracción de una norma constitucional.
3. La violación de un tratado sobre derechos humanos por los órganos de un Estado (poder ejecutivo, legislativo y judicial) compromete la responsabilidad internacional del Estado.
4. Los jueces nacionales, en todos los niveles, deben seguir la interpretación de la normatividad internacional en materia de derechos humanos, realizada

⁸ Marco Gerardo Monroy Cabra, *La interpretación constitucional*, 2ª ed., Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2005, pp. 237 y ss.

por órganos de protección internacional de estos derechos, como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Corte Europea de Derechos Humanos, de la Corte Internacional de Justicia, o de cualquier tribunal internacional.

2.5. Interpretación sistemática del bloque de constitucionalidad en el derecho colombiano

En cuanto a las recíprocas relaciones entre derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional colombiano, en materia de derechos fundamentales, se puede intentar una interpretación sistemática que concilie los artículos 4, 9, y 93 de la Constitución. Esta interpretación podría ser la siguiente:

1. Se puede lograr que sean compatibles los artículo 4, que establece la supremacía constitucional, el artículo 9, que consagra el principio *pacta sunt servanda*, y el artículo 93, que expresa que los tratados 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 colombiano, por cuanto todas estas normas buscan la protección de los derechos humanos integrando los ordenamientos jurídicos nacional e internacional.
2. La naturaleza jurídica del artículo 93, en su primer numeral, es la de establecer una regla de conflicto que permita al operador jurídico resolver un conflicto entre la norma nacional y la norma internacional. El operador jurídico nacional aplicará el tratado sobre derechos humanos del cual sea Colombia Estado parte, que se refiera a normas que prohíban la limitación de derechos en estados de excepción. Estos tratados prevalecen sobre la ley interna, excepto si ésta es más favorable. Hay que tener en cuenta que este artículo no habla de jerarquía de los tratados sobre derechos humanos que prohíben su limitación en estados de excepción, sino de prevalencia o preeminencia que es distinto.
3. El artículo 4 consagra en cambio la supremacía de la Constitución como norma de normas; es decir, se refiere a la validez de las normas que deben respetar la Constitución, y además expresa que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplica la Constitución.
4. Conforme al artículo 93, inciso segundo, los derechos y deberes consagrados en la Constitución se interpretarán de acuerdo con los tratados

internacionales sobre derechos humanos de los cuales Colombia sea Estado parte. Asimismo, se debe tomar en consideración la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5. Los tratados de derechos humanos no tienen carácter supraconstitucional. Un tratado no puede derogar ni modificar la Constitución colombiana, por cuanto se estaría aceptando que se puede reformar la Constitución por medios distintos de los previstos en el artículo 374 de la Carta, o sea por el Congreso, por una asamblea constituyente, o por el pueblo mediante referendo. Si una ley desconoce un tratado no puede ser declarada inconstitucional porque no hay norma constitucional que le otorgue jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos. Pero, se incurre en responsabilidad internacional si se viola el tratado por acto del poder ejecutivo, del poder legislativo, o del poder judicial.
6. Los tratados sobre derechos humanos se encuentran en rango infraconstitucional pero superior a las leyes; no obstante, deben ser cumplidos en virtud del artículo 9 de la Constitución y de los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena sobre derechos de los tratados, de la cual Colombia es Estado parte, que establecen la prelación del derecho internacional sobre el derecho interno. Un Estado no puede alegar derecho interno para no cumplir el tratado. Por tanto, los tratados tienen rango supralegal. En caso de conflicto entre un tratado y la ley interna prevalece el tratado si Colombia es Estado parte en el mismo.
7. Conforme al artículo 214 de la Carta numeral 2: “En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”. Por tanto, en estados de excepción, o en conflicto interno o internacional, o en estado de paz se deben respetar las reglas de derecho internacional humanitario.
8. Los convenios internacionales del trabajo de los cuales sea Colombia Estado parte, según el artículo 53 de la Constitución, hacen parte de la legislación interna colombiana.
9. Debiera pensarse en adoptar una norma similar a la de la reforma constitucional de Argentina, que le dio valor constitucional a once tratados de derechos humanos y dispuso un procedimiento para otorgarle igual valor a otros tratados de derechos humanos en un futuro.

3. Diferencias entre la protección nacional e internacional en materia de derechos humanos

En términos muy generales existen diferencias en los ordenamientos jurídicos nacional e internacional en cuanto al concepto de derechos humanos, la lista de derechos, y la eficacia de los mismos.

En cuanto al concepto, la doctrina distingue entre la noción de derechos humanos en derecho internacional y la de derechos fundamentales en derecho constitucional.

Los derechos humanos son los enumerados en los tratados internacionales y los derechos fundamentales son los que cada Constitución determina como tales. Desde luego que puede no coincidir la lista de las constituciones y de los tratados internacionales. Se ha criticado hacer esta clasificación fundada en su importancia respectiva. El profesor Eric Sottas⁹ dice: “Efectivamente la naturaleza fundamental de ciertos derechos depende de la apreciación y de la evolución que de ellos se hace, la cual varía según las épocas, las civilizaciones y las regiones”; sin embargo, Van Boven, citado por Sottas¹⁰ dice que los derechos humanos se distinguen de los derechos fundamentales porque estos tienen las siguientes características:

Son derechos que sirven de base de la comunidad internacional como está representada en las Naciones Unidas o en otras organizaciones mundiales o regionales importantes.

Los miembros de esas organizaciones deben respetar esos derechos fundamentales y las organizaciones internacionales están habilitadas a tomar medidas en caso de violación grave de tales derechos.

Los derechos fundamentales revisten un carácter supra-positivo en la medida que puede exigirse a los Estados su respeto aún en la ausencia de obligación convencional o de cualquiera otra aceptación o consentimiento expreso de su parte.

⁹ Eric Sottas, “El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del Derecho Constitucional”, en Antonio Marzal, *El núcleo duro de los derechos humanos*, p. 98

¹⁰ Eric Sottas, artículo citado en Antonio Marzal, *op. cit.*, p. 98.

Finalmente, esos derechos fundamentales subsisten en cualquier circunstancia, en cualquier tiempo y lugar y no admiten suspensión alguna.

Sin embargo, hay que considerar que las primeras consagraciones de los derechos humanos nacen en el derecho interno, a nivel legal y luego constitucional, y sólo después ingresan al derecho internacional. Se ha dicho con razón que aceptar la distinción anterior implicaría aceptar la jerarquización según sean o no fundamentales, lo cual contraría la indivisibilidad de los derechos humanos reconocida en las conferencias de Teherán (1968) y Viena (1993); no obstante, muchas constituciones reconocen los derechos fundamentales y los diferencian de otros derechos que no tienen la calidad de tales ni tienen la misma protección jurisdiccional.

Desde el punto de vista del derecho positivo colombiano se puede sostener que la Constitución colombiana distingue los derechos fundamentales de otros derechos que no tienen tal calidad. Según jurisprudencia de la Corte Constitucional derechos fundamentales no solamente son los enumerados en el capítulo 1 del título II de la Constitución Política, sino los que han sido considerados como tales como el derecho a la educación, o al mínimo vital, o los derechos a la verdad, justicia y reparación. En la tutela 406 de 1992 la Corte dice que para que un derecho se considere fundamental debe reunir varios requisitos: a) Conexión directa con los principios; b) Eficacia directa sin que sea necesaria una intermediación normativa. Agregó la Corporación que la numeración del artículo 85 no puede ser entendida como taxativa y excluyente; c) El contenido esencial que es definido así: “Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas”. Expresa que: “Los derechos sociales, económicos y culturales de contenido difuso, cuya aplicación está encomendada al legislador para que fije el sentido del texto constitucional, no pueden ser considerados como fundamentales, salvo aquellas situaciones en las cuales en un caso específico, sea evidente su conexidad con un principio o con un derecho fundamental”. En cuanto a los criterios de distinción enumera los siguientes:

- 1) Analíticos: a) La consagración expresa; b) La remisión expresa; c) La conexión directa con derechos expresamente consagrados; d) El carácter de derecho inherente a la persona.
2. Fácticos: a) Importancia del hecho; y, b) Carácter histórico.

La tendencia actual es hacia la aceptación de los derechos sociales como derechos exigibles y aún como derechos fundamentales.¹¹

El tratadista Luigi Ferrajoli¹² define derechos fundamentales como “aque- llos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurí- dico atribuyen universalmente a todos en tanto personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar”. Este autor le asigna las siguientes características a los derechos fundamentales:

a) la forma universal de su imputación, entendiendo “universal” en el sen- tido lógico y no valorativo de la cuantificación universal de la clase de sujetos que, como personas, ciudadanos o capaces de obrar, sean sus titula- res; su estatuto de reglas generales y abstractas, es decir, de lo que he llamado “normas téticas”, en oposición a las “normas hipotéticas” que, en cambio, predisponen, con efectos hipotéticos, las situaciones singulares dispuestas por los actos, negociales por ejemplo, que prevén en hipótesis; c) su carácter indisponible e inalienable, en tanto incumben de igual forma y medida a todos sus titulares, por oposición a los derechos patrimoniales y las restantes situaciones singulares que, en cambio, pertenecen a cada uno con exclusión de los demás.

En cuanto a la lista de derechos hay diferencias entre las constitucio- nes y el catálogo no es igual en los tratados de derechos humanos. Si bien el ideal es que existieran un mínimo de derechos reconocidos universalmente, en el actual estado de cosas ello es muy difícil, debido a la diversidad de tradiciones y culturas existentes en el mundo. En el derecho constitucional colombiano la lista que se encuentra en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales Colombia es Estado parte, no es taxativa. El artículo 94 de la Carta dice: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en

¹¹ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2004.

¹² Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 291-292.

los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

Respecto a la solución de conflictos la tendencia se orienta al método de ponderación de los derechos en conflicto, para dar una respuesta equilibrada. La doctrina y varios pronunciamientos sobre derechos humanos, a nivel internacional, consagran la indivisibilidad de los mismos.

A nivel interno existen acciones constitucionales para proteger los derechos fundamentales y los derechos colectivos, como las acciones de amparo, colectivas, populares y de cumplimiento. En forma subsidiaria, existen los mecanismos de protección internacional ante órganos internacionales de protección de los derechos humanos, que en América son la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Hay que reconocer que existe múltiple garantía de protección. Hay protección en el ámbito interno, mediante las acciones de amparo, y protección en el ámbito internacional —por ejemplo a nivel europeo a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, y una protección más limitada que tiene su fundamento en la acción del Tribunal de Justicia de Luxemburgo—.

Tanto el derecho interno como los tratados de derechos humanos admiten que ciertos derechos no pueden ser suspendidos en estados de excepción, aunque no existe siempre coincidencia en la enunciación de tales derechos.

La competencia de los tribunales nacionales para conocer las acciones de protección de derechos humanos deriva de la Constitución y las leyes en el ámbito nacional, mientras la competencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, tanto a nivel regional como a nivel universal, está contenida en los tratados internacionales de derechos humanos de los cuales sea parte el respectivo Estado.

La jurisdicción internacional no es paralela a la jurisdicción nacional por cuanto para acceder a la primera se requiere haber agotado los recursos de la jurisdicción interna, y cumplir determinados requisitos como el plazo, o la forma de la petición, y otros requisitos como la ausencia de cosa juzgada y de pleito pendiente.

La instancia internacional de los órganos de protección internacional de los derechos humanos es subsidiaria y complementaria de la protección interna.

La propia Convención Americana sobre Derechos Humanos dice que la protección del sistema interamericano es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” (preámbulo, 2; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, serie C No. 4, 61).

El alcance y la clase de los derechos protegidos es determinado por las constituciones y las leyes internas, en cuanto se refiere a la protección nacional, mientras que en cuanto a la protección internacional hay que atenerse a lo previsto en los tratados internacionales. La lista de los derechos constitucionales no es igual en todas las constituciones ni en todos los tratados internacionales sobre derechos humanos. Aún dentro de los sistemas jurídicos la protección de los derechos humanos en algunos estados está en la Constitución y su protección es jurisdiccional, y en cambio en otros Estados la protección es legal.

Los procedimientos de protección nacional e internacional son diferentes. En el primer caso derivan de la Constitución y las leyes y se ejercen a través de las acciones de amparo, y en el segundo caso el procedimiento está previsto en los estatutos y reglamentos de los órganos de protección internacional de los derechos humanos.

Las técnicas de protección, promoción y supervisión de derechos humanos son de distinta naturaleza. De otra parte, los sistemas establecidos en los tratados de derechos humanos son los siguientes:

- a) Información solicitada a los gobiernos (OIT, Convención Internacional de 1926 sobre esclavitud, y Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965).
- b) Investigación mediante comisiones o grupos *ad hoc*.
- c) Conciliación a través de la solución amistosa prevista en la Convención Europea y en la Convención Americana de Derechos Humanos.
- d) Supervisión a través de visitas *in loco*, para verificar las denuncias sobre presuntas violaciones de derechos humanos.
- e) Peticiones.
- f) Grupo de expertos sobre derechos humanos.
- g) Grupos de trabajo *ad hoc*.
- h) Comités especiales.

- i) Comisión de Investigación y Conciliación de la OIT en casos de informaciones sindicales.
- j) Alto comisionado de los derechos humanos.
- k) Oficinas especiales dirigidas por el representante del alto comisionado de derechos humanos, mediante acuerdo especial con el Estado respectivo.

No es posible alegar la jurisdicción interna frente a la supervisión internacional de los órganos de protección, por cuanto el respeto a los derechos humanos es obligación internacional de los estados conforme lo previsto en los tratados de derechos humanos, y más aún hoy se puede considerar como norma de *jus cogens*, aceptada por la comunidad internacional en su conjunto y que no admite norma en contrario.

En efecto, los derechos humanos, según la Corte Internacional de Justicia, constituyen obligaciones *erga omnes*, por lo cual incumben a todo Estado con respecto a la comunidad internacional, y todo Estado tiene la obligación internacional de protegerlos. En sentencia del 5 de febrero de 1970, relativa al asunto de la *Barcelona Traction* (Bélgica vs. España), la Corte Internacional de Justicia admitió la existencia de obligaciones de los estados hacia la comunidad internacional en su conjunto, esto es, de obligaciones *erga omnes*, y en *óbiter dictum* sostuvo que en derecho internacional contemporáneo: “estas obligaciones resultan, por ejemplo, de la prohibición de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, comprendiendo en ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial” (CIJ, Recueil 1970, p. 31, párrafos 33 y 34 de la sentencia del 5 de febrero de 1970).

Ningún Estado puede sustraerse a la responsabilidad internacional por violación de los derechos humanos alegando que se trata de un asunto de su jurisdicción interna.

La tensión entre derechos humanos y soberanía estatal se resuelve, según Juan Antonio Carrillo Salcedo,¹⁵ mediante la siguiente fórmula: “por ser soberanos,

¹⁵ Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Soberanía de los estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1955, p. 32.

los Estados tienen obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos respecto de la comunidad internacional en su conjunto”. Este internacionalista agrega: “lo que en la Carta de San Francisco aparece como un propósito de la Organización (los derechos fundamentales, la dignidad y el valor de la persona humana) se ha ido transformando progresivamente en un principio constitucional de las Naciones Unidas, de la comunidad internacional, y del Derecho Internacional contemporáneo”.

Según la Declaración de Viena de 1993 “Todos los derechos humanos son universales, indisolubles e interdependientes y están relacionados entre sí” por lo cual todos los estados deben promoverlos y protegerlos.

4. Aproximación entre la protección nacional e internacional de los derechos humanos

Los puntos de acercamiento y aproximación entre las dos jurisdicciones en materia de derechos humanos son los siguientes:

Tanto la protección nacional como la protección internacional de los derechos humanos se fundamentan en el concepto de dignidad humana entendida como valor, principio y derecho.

El concepto de dignidad se encuentra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; según su artículo 1 “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Los pactos de derechos humanos de Naciones Unidas reconocen que los derechos humanos “se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana” (párrafo 2 del preámbulo, común, de ambos pactos).

La Declaración y Programa de Viena de 1993, aprobados por consenso en la 2ª Conferencia Mundial de Derechos Humanos, dicen que el origen de los derechos humanos se sitúa “en la dignidad y el valor de la persona humana, y que ésta es sujeto central de los derechos humanos y las libertades fundamentales, por lo que debe ser la principal beneficiaria de esos derechos y libertades y debe participar activamente en su realización” (preámbulo, párrafo 2).

En la Constitución Política de Colombia, el artículo 1, al establecer las características del Estado Social de Derecho dice que éste está fundado, entre otros principios, en el “respeto de la dignidad humana”.

Es un hecho indudable la internacionalización del derecho y de la justicia penal. La internacionalización se basa en la cooperación entre los estados y la protección de valores comunes a la humanidad, puestos de presente en las declaraciones universal y americana de derechos humanos. Tanto las jurisdicciones penales nacionales, como las internacionales, buscan evitar la impunidad y castigar tanto las violaciones a los derechos humanos, como los crímenes de guerra, los crímenes internacionales, y los crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, la Corte Penal Internacional es complementaria de la jurisdicción penal interna. Hay que advertir que en el fallo Tadic el Tribunal Penal Internacional de la ex Yugoslavia, en su Cámara de Apelaciones, consideró el derecho consuetudinario internacional, ya que no requería como condición la existencia de un lazo entre los crímenes contra la humanidad y un conflicto interno. Como lo expresa Robert Badinter¹⁴ “[...] resulta claro que un crimen contra la humanidad puede cometerse en tiempos de paz”. Los tribunales penales internacionales se justifican por la aceptación de una serie de valores comunes a los estados de la comunidad internacional.

Los jueces nacionales están ejerciendo jurisdicción internacional en virtud del principio de la universalidad, pero también existen jurisdicciones mixtas, tal como sucedió con los *special panels*, creados en Timor Oriental, y los tribunales penales mixtos establecidos en Kosovo.

Los jueces nacionales aplican la jurisprudencia internacional de los órganos de protección internacional, especialmente las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la jurisprudencia en asuntos contenciosos, tanto de la mencionada Corte como de la Corte Europea de Derechos Humanos. Los tribunales internacionales pueden utilizar la jurisprudencia internacional y nacional como “medio auxiliar de determinación” de una norma jurídica internacional (artículo 38, apartado 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

Hay influencia del derecho comparado tanto en la actividad de los tribunales constitucionales como de los tribunales internacionales. El método de análisis comparativo es importante porque permite buscar lo que John Rawls denomina

¹⁴ Robert Badinter, “Reflexiones generales”, en: Antonio Cassese y Mreille Delmas-Marty, *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*, Bogotá, Norma, p. 83.

overlapping consensus o consenso traslapado. Advierte Mireille Delmas-Marty¹⁵ que en cuanto a los principios generales de derecho se mezclan “las fuentes procedentes del derecho internacional (general o especial, sobre todo humanitario) y de la comparación de los derechos nacionales”.

Los tratados sobre derechos humanos vigentes para Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en estados de excepción, así como las normas del derecho internacional humanitario, forman un bloque de constitucionalidad, en sentido amplio, que sirve para interpretar los derechos y deberes consagrados en la Constitución, y prevalecen sobre el orden interno conforme al artículo 93 de la Constitución colombiana.

De la adopción de los catálogos de derechos humanos en las constituciones y en las declaraciones y tratados sobre derechos humanos, han ido surgiendo unos principios generales de derechos humanos que son expresión de una conciencia jurídica universal, cuyo fundamento último es la dignidad del ser humano. Hay que tener en cuenta que no sólo los tratados de derechos humanos son obligatorios, sino que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) tiene, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, efectos jurídicos (opinión consultiva de 14 de julio de 1989), y la Corte Internacional de Justicia le otorgó valor jurídico a la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), mediante la sentencia del 24 de mayo de 1980, afirmando que dentro de los principios de la Carta de Naciones Unidas se encuentra el respeto de los derechos humanos.

Conclusiones

1. A pesar de las diferencias existentes entre las jurisdicciones nacionales, y desde luego constitucionales, y las jurisdicciones internacionales, debido a la globalización e internacionalización del derecho, se han presentado mutuas influencias y aspectos de acercamiento en las acciones y procedimientos de protección de los derechos humanos.

¹⁵ Mireille Delamas-Marty, “La influencia del derecho comparado sobre la actividad de los tribunales penales internacionales”, en: Autores Varios, *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*, Bogotá, Norma, pp. 134-135.

2. La utilización de la jurisprudencia internacional y el derecho comparado, por los tribunales constitucionales, ha permitido adoptar los conceptos de otros sistemas jurídicos e ir armonizando las soluciones con base en principios generales del derecho.

Se ha presentado una evolución desde el desconocimiento de los derechos humanos por regímenes autoritarios, a su reconocimiento constitucional, y luego a su aceptación por la comunidad internacional, mediante la adopción de tratados internacionales y la creación de órganos internacionales de protección. Sin embargo, el proceso no ha culminado. Todavía falta reconocer a los derechos sociales como derechos fundamentales con protección jurisdiccional y el desarrollo de los derechos colectivos. Como lo dice Robert Badinter: “Los derechos del hombre son una creación continua. Nos toca dar muestras de imaginación y trabajar por el bien común de la especie humana”. A pesar de la diversidad cultural y de tradiciones hay que buscar un consenso universal sobre normas mínimas sobre derechos humanos, con fundamento en valores comunes.

Los tribunales constitucionales tienen como una de sus misiones esenciales la protección de los derechos fundamentales. Por su parte, el derecho internacional tiene, según J. A. Pastor Ridruejo, carácter humanista y social: “se interesa así por lo pronto de la protección de los derechos fundamentales del hombre” y por “la suerte de los pueblos, poniendo las bases jurídicas para su autodeterminación y sentando los principios y cauces para el desarrollo integral de los pueblos e individuos”. El derecho internacional “aspira mediante la protección internacional de los Derechos del hombre a la imposición de obligaciones a los Estados respecto a todos los individuos, nacionales o extranjeros, y a que los individuos puedan reclamar directamente contra el Estado infractor ante instancias internacionales en caso de vulneración de derechos”.¹⁶ La autoejecutabilidad de los tratados de derechos humanos es cuestión de derecho interno. El derecho internacional impone a los Estados la obligación de convertirlas en autoejecutables.¹⁷

¹⁶ J. A. Pastor Ridruejo, *Curso de derecho internacional público*, Madrid, 1986, pp. 68 y 185.

¹⁷ T. Buergenthal, “Self-executing and non self-executing treaties in national and international law”, *Recueil des Cours*, 303, IV, 1992, p. 307.

Todas las fórmulas que adoptan las diferentes constituciones, como la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, la preeminencia o prevalencia, el carácter supralegal, la interpretación conforme a los tratados de derechos humanos, demuestran la internacionalización y la constitucionalización de los derechos humanos, en orden a lograr una protección integral de los derechos humanos, para lo cual se complementan las jurisdicciones nacionales e internacionales.

En el derecho constitucional colombiano, por medio de la interpretación sistemática de los artículos 4, 9, 93, 94, 214 numeral 2, 53 y 102 de la Constitución, se puede deducir que la finalidad de estas normas no es darles a los tratados de derechos humanos carácter supraconstitucional, o valor constitucional. En cambio, queda claro que el artículo 93 le da prevalencia a los tratados sobre derechos humanos que prohíben su limitación en estados de excepción, y que los derechos y deberes consagrados en la Constitución deben ser interpretados conforme a los tratados sobre derechos humanos de los cuales Colombia sea Estado parte. Por tanto, los tratados antes mencionados tienen carácter infraconstitucional, pero supralegal. Una ley que desconozca un tratado sobre derechos humanos no es inconstitucional, si además no infringe una norma constitucional. Esta interpretación concilia la supremacía de la Constitución con la prevalencia de los tratados de derechos humanos y la interpretación de la normatividad constitucional conforme a los tratados antes mencionados.

La tendencia hacia la internacionalización del derecho¹

1. Nuevos cambios en la comunidad internacional

La comunidad internacional ha cambiado. A partir de la primera guerra mundial (1914-1918) se observa el incremento de la cooperación pacífica entre los estados, y han aparecido numerosas organizaciones internacionales, universales y regionales.

Al desaparecer el colonialismo, en virtud del principio de autodeterminación de los pueblos, se ha incrementado el número de estados (casi doscientos) que pertenecen a la ONU.

Asimismo, estamos asistiendo a la globalización de la economía, el incremento del desarrollo del tecnológico, y una creciente extensión de las comunicaciones y de la información.

Hay nuevos fenómenos como el deterioro grave del medio ambiente, el incremento de la pobreza crítica, el terrorismo internacional y los crímenes transnacionales, que constituyen amenazas a la seguridad hemisférica.

Debe destacarse también la universalización de los derechos humanos, la aparición de los derechos de los pueblos y de la humanidad, la legitimidad democrática, y la aparición de numerosas organizaciones no gubernamentales (ONG).

Al tiempo que se observa una pérdida de identidad del Estado, en la forma de Estado-nación, resurge el nacionalismo, y se incrementan las diferencias entre los estados ricos del Norte y los estados pobres del Sur.

Desparecido el conflicto Este-Oeste, subsiste sin embargo el conflicto Norte-Sur, sin que se hayan adoptado medidas para solucionarlo o por lo menos para atenuarlo.

Esta complejidad en la vida de la comunidad internacional ha traído como consecuencia la internacionalización y globalización del derecho.

¹ Disertación en la Academia Colombiana de Jurisprudencia, en la ceremonia de otorgamiento de la distinción de académicos correspondientes a distinguidos juristas extranjeros.

Esta internacionalización se pone de presente en la existencia de tribunales internacionales —por ejemplo, de derechos humanos—; de la Corte Penal Internacional; extensión de la jurisdicción internacional para juzgar crímenes de guerras, internacionales, y de lesa humanidad; ampliación del ámbito de las ONG;² el aumento de los contratos internacionales; el renovado vigor del derecho comunitario, y la búsqueda no sólo de un derecho común, sino de mecanismos eficientes de solución pacífica de controversias internacionales.

El fenómeno de la integración económica ha conducido a la conformación de grandes bloques económicos que han creado el derecho comunitario, que en virtud del concepto de la supranacionalidad produce normas jurídicas que priman sobre el ordenamiento jurídico nacional.

La promulgación de la Constitución Europea, que se amplió de 15 a 25 estados, ha constituido el primer documento constitucional posnacional, y una respuesta a la crisis de la soberanía nacional. Como dice Luca Mezzetti:³

La aprobación de la nueva Constitución Europea reviste el significado histórico fundamental de determinar el paso de una Europa de los mercados a una Europa de los derechos, contraponiendo una globalización a través de derechos a la globalización a través de los mercados, hasta ahora adoptada. El verdadero significado de la Constitución Europea reside, por lo tanto, en plantearse como documento que asocia el nacimiento de un nuevo sujeto institucional a una tabla de valores y derechos fundamentales y muestra la voluntad de Europa de apropiarse de nuevo de la dimensión jurídico-institucional, contrastando la tendencia a hacer del derecho un mere instrumento de fuerza.

De todo lo anterior surge la conclusión de que todos los nuevos fenómenos del mundo actual posmoderno requieren que el derecho nacional, y el derecho internacional, busquen nuevos métodos, fórmulas, acuerdos, consenso en principios y valores, que permitan crear las bases jurídicas mínimas necesarias para la coexistencia y convivencia pacífica de los pueblos.

² Marco Gerardo Monroy Cabra, *Derecho internacional público*, 5ª ed., Bogotá, Temis, pp. 20-39.

³ Luca Mezzetti, *La Constitución de la Unión Europea*, 1ª edición, Bogotá, Diké-Universidad Central, 2004, p. 49.

2. La tendencia hacia la internacionalización del derecho

El movimiento hacia la internacionalización del derecho se ha producido principalmente a través de la codificación, la unificación, y las leyes modelos.

La idea de desarrollar el derecho internacional, mediante la ratificación de normas consuetudinarias, o la formulación de nuevas normas, no es reciente.

Durante los últimos años del siglo XVIII, Jeremías Benthan, en su obra *Principles of international law*, propuso la codificación completa del derecho internacional. Afirmó que un código internacional, que se basara en la aplicación del principio del utilitarismo en las relaciones internacionales, proporcionaría un sistema para establecer una paz duradera.⁴

La codificación se ha producido en el campo del derecho internacional público, y del derecho internacional privado.

Hay que reconocer la labor de asociaciones, instituciones y autores, pudiendo citarse los diversos proyectos de código y propuestas presentadas por el *Institut de droit international*, la *Internacional Law Association* (ambos fundados en 1873) y la *Harvard Research in Internacional Law*, establecida en 1927.

La codificación empezó en el Congreso de Viena (1814-1815), en el que las potencias signatarias del Tratado de París de 1814, aprobaron disposiciones relativas al régimen de los ríos internacionales, la abolición de la trata de esclavos y el rango de representantes diplomáticos.

A partir de entonces, en distintas conferencias diplomáticas se han adoptado convenciones sobre distintos temas, como el derecho de la guerra terrestre y marítima, el arreglo pacífico de las controversias internacionales, la unificación del derecho internacional privado, la protección intelectual, la reglamentación de los servicios postales y telecomunicaciones, la reglamentación del derecho del mar, etc.

Es de observar que la codificación internacional del derecho internacional privado, en Europa se inicia con un siglo de retraso respecto de la codificación estatal.⁵

⁴ *La Comisión de Derecho Internacional y su obra*, 3ª ed., Naciones Unidas, Nueva York, 1981.

⁵ José Antonio Tomás Ortiz De la Torre, *Conferencia de La Haya de derecho internacional privado*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1993.

En 1889, se inicia la labor de codificación en América con el Primer Congreso de Montevideo sobre derecho internacional privado, que adoptó ocho tratados y un protocolo adicional, seguido por el Segundo Congreso de Montevideo (1939-1940) y por las cinco conferencias de derecho internacional privado, que han adoptado más de veinte tratados sobre distintas materias del derecho procesal, del derecho civil y comercial internacional, y del derecho de menores.

En Europa, la codificación comienza en 1893, con la Conferencia de derecho internacional privado de La Haya. Se han adoptado numerosas convenciones sobre distintas materias.

En el campo del derecho internacional público, en el ámbito de las Naciones Unidas, se han adoptado numerosas convenciones internacionales, como las convenciones de Viena, sobre relaciones diplomáticas y sobre relaciones consulares, sobre derecho de los tratados (1969) y sobre derecho de los tratados entre estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales entre sí, y la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar.

La obra de Naciones Unidas se realiza principalmente a través de la Comisión de Derecho Internacional, que según su estatuto tiene por objeto “impulsar el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación.”

A lo anterior hay que agregar que se observa la tendencia a lograr la unificación o armonización del derecho, ya sea a través de leyes modelo, de cláusulas y contratos modelos, elaborados por sujetos económicos interesados sobre la base de las prácticas comerciales actuales, que conforman una costumbre del comercio internacional. Asimismo, se observa la existencia de una especie de *lex mercatoria* de carácter internacional, que ha permitido disciplinar las relaciones comerciales inter-estatales.

Se han ido adoptando unos principios jurídicos fundamentales, susceptibles de ser aplicados en diferentes ordenamientos, con independencia de si han sido incorporados en virtud de normas jurídicas. En este sentido se pueden citar los principios sobre los contratos comerciales internacionales, adoptados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit). Estos principios evitan adoptar el uso de una terminología propia de un sistema jurídica determinado.

Es indudable que los principios se pueden aplicar en lugar de un derecho nacional, como medio para interpretar o complementar convenios internacionales, y como modelo inspirador para las legislaciones nacionales e internacionales.⁶

En el mismo sentido se puede citar la parte general del Código Europeo de Contratos (Proyecto de Pavía o Gandolfi) y su paralelo, Proyecto Lando que sólo tienen autoridad científica, pero que reflejan el derecho existente en la materia.⁷

Hay que mencionar la labor de la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (Uncitral). En un documento de la CNUDMI de Naciones Unidas⁸ se expresa que la Comisión tiene un enfoque flexible y entre las técnicas que utiliza se pueden citar las siguientes: a) Convenios Internacionales; b) Modelos de cláusula de tratado para su incorporación a futuros tratados o para la revisión de los ya existentes; c) Normas uniformes destinadas a servir de modelo para las leyes promulgadas por los Estados (leyes modelo); d) Conjuntos de reglas uniformes para su incorporación por las partes en sus contratos o demás acuerdos; e) Guías jurídicas en las que se identifican los problemas jurídicos propios de determinadas operaciones comerciales, se examinan los diversos planteamientos posibles de esos problemas y se sugieren posibles soluciones, a fin de propiciar un entendimiento común internacional o prácticas más uniformes y nacionales en esas operaciones; f) Recomendaciones dirigidas a los gobiernos y a las organizaciones internacionales que se ocupan de elaborar textos jurídicos, invitándoles a eliminar los obstáculos jurídicos innecesarios que pudieran dificultar el comercio internacional.

Entre los temas analizados por la Uncitral, y que se adoptaron mediante tratados, se encuentran la compraventa internacional de mercaderías, los títulos valores internacionales, el arbitraje comercial internacional y la conciliación, el transporte internacional de mercancías, etc.

⁶ Unidroit, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá, 1997.

⁷ Gabriel García Cantero, *Parte general del Código Europeo de Contratos*, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2004.

⁸ CNUDMI, Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, Nueva York, 1987.

3. Los aportes del derecho comparado

Según Consuelo Sirvent Gutiérrez⁹ “El derecho comparado es una disciplina que confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un Estado determinado”.

Dentro de un contexto de globalización económica y de internacionalización del derecho, surge la necesidad de analizar mediante el derecho comparado, los diferentes sistemas jurídicos, en orden a aproximarlos y adoptar normas uniformes o por lo menos principios, costumbres y prácticas comunes en las distintas materias, especialmente en el campo del comercio internacional.

El derecho comparado comienza en la segunda mitad del siglo XIX y se desarrolla a partir del siglo XX.

En Francia, se crea en 1869 la Sociedad de Legislación Comparada y en 1900 se celebra en París el Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado. En 1926 se crea, bajo los auspicios de Sociedad de Naciones, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

Asimismo, el concepto de sistema jurídico puede ser entendido¹⁰ como “el conjunto de instituciones gubernamentales, normas jurídicas, actitudes y creencias vigentes en un país sobre lo que es el derecho, su función en la sociedad y la manera en que se crea o debería crear, aplicar, perfeccionar, enseñar y estudiar”.

Para García Máynez¹¹ sistema jurídico es “el conjunto de normas jurídicas objetivas que están en vigor en determinado lugar y época, y que el Estado estableció o creó con objeto de regular la conducta o el comportamiento humano”.

Por tanto, los sistemas jurídicos contemporáneos comprenden el conjunto de leyes, costumbres, doctrinas y jurisprudencia de derecho positivo que rigen en los distintos estados del mundo.

Dado que existen gran número de sistemas jurídicos, el derecho comparado los reduce a grupos o familias; sin embargo, no existe unanimidad entre

⁹ Consuelo Sirvent Gutiérrez, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Porrúa, 2002, pp. 1 y ss.

¹⁰ *Ibid.*, p. 5.

¹¹ Eduardo García Máynez, *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1989, p. 189.

los expertos respecto del criterio que debe prevalecer para agrupar los sistemas jurídicos en tradiciones o en familias.

Hay distintas clasificaciones de los sistemas jurídicos. En el Congreso Internacional de Derecho Comparado de París (1900), parecieron distinguirse los siguientes sistemas: el del derecho francés, el angloamericano, el germánico, el eslavo y el del musulmán.¹²

El profesor René David¹³ formula la siguiente clasificación de los sistemas jurídicos: 1. Sistema de derecho occidental; 2. Grupo francés; 3. Grupo angloamericano; 4. Sistema de derecho soviético; 5. Sistema de derecho musulmán; 6. sistema de derecho hindú, y 7. Sistema de derecho chino.

Solá Cañizares¹⁴ clasifica así los sistemas jurídicos: 1. Sistemas occidentales, 1.1. *Common law*, a) norteamericano, b) inglés; 1.2. Romanistas; 1.3. De derecho romano; 1.4. Escandinavos; 1.5 Iberoamericanos. 2. Sistemas soviéticos. 2.1. Unión Soviética; 2.2. Sistemas soviéticos. 3. Sistemas religiosos. 3.1. Derecho canónico; 3.2. Derecho musulmán; 3.4 Derecho hindú. 4. Sistema chino.

La profesora Sirvent Gutiérrez clasifica los sistemas jurídicos en las siguientes familias:¹⁵

- a) *Familia neoromanista*. Comprende aquellos estados que se fundamentan en el derecho romano y de tradición germánica. En la actualidad, es la familia dominante en Europa Occidental, Centro y Sudamérica, y muchos países de África y de Asia.
- b) *Familia del common law*. Es un derecho eminentemente jurisprudencial y de casos (precedentes). Rige actualmente en Gran Bretaña, Irlanda, Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, y ha ejercido influencia en muchos estados de Asia y de África.
- c) *Sistemas religiosos*, como el derecho musulmán.

¹² José Castán Tobeñas, José María Castán Vázquez y Roberto M. López Cabana, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 16 y ss.

¹³ René David, *Tratado de derecho civil comparado*, Madrid, 1953, p. 207.

¹⁴ F. Solá Cañizares, *Iniciación al derecho comparado*, Barcelona, Instituto de Derecho Comparado, 1954, pp. 169 y ss.

¹⁵ Sirvent Gutiérrez, *op. cit.*, p. 8.

- d) *Familia mixta o híbrida*. Comprende sistemas que adoptan características de dos o más sistemas distintos. Es el caso de estados como India, Israel, Japón y Filipinas.
- e) *Familia socialista*. Con el colapso del sistema socialista soviético ha desaparecido aunque subsiste en algunos estados.

Según Mario G. Losano¹⁶ existen los siguientes sistemas jurídicos puros: 1. Sistema angloamericano; 2. Sistema chino; 3. Sistema eslavo; 4. Sistema eslavo-soviético; 5. Sistema germánico; 6. Sistema indio; 7. Sistema japonés; 8. Sistema musulmán; 9. Sistema romanista, y 10. Sistema consuetudinario tribal.

Debe decirse que el sistema jurídico colombiano es de recia raigambre romano-canónico-germánica.¹⁷

Todas las anteriores clasificaciones, no obstante, han sido criticadas recientemente por Jaakko Husa,¹⁸ quien sugiere tomar en consideración las ciencias sociales y el papel del derecho profesional, el rol del derecho político y del derecho tradicional.

No es esta la oportunidad de entrar a analizar los distintos sistemas jurídicos, pero hay que observar que un mundo globalizado económicamente exige un derecho uniforme, por lo menos en sus fundamentos mínimos, para que las relaciones internacionales puedan ser más fluidas y mejores.

4. Perspectivas

Teniendo en cuenta la globalización económica, la existencia de grandes bloques económicos, la importancia del derecho comunitario —especialmente el europeo—, la proliferación de tratados, el aumento de las relaciones entre nacionales de distintos estados, el crecimiento notable de los contratos internacionales, es indudable que se hace imperioso el acercamiento entre los distintos sistemas jurídicos.

¹⁶ Mario G. Losano, *Los grandes sistemas jurídicos*, Madrid, Debate, 1993, p. 301.

¹⁷ Johnm Henry Merryman, *La tradición romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.

¹⁸ Jaco Husa, "Classification of legal families today is it time for a memorial hymn?" En: *Revue Internationale de Droit Comparé*, No. 1, enero-marzo de 2004, pp. 12 y ss.

Desde esta aproximación recobran importancia los esfuerzos de la doctrina unificadora en materia de contratos, el acatamiento por los estados a las propuestas de leyes modelo, las cláusulas uniformes sobre ciertos aspectos como la cláusula compromisoria, la unificación mediante tratados —no sólo en aspectos sustanciales, sino en la forma de resolver los conflictos de leyes—, el estudio del *civil law* y del *common law* para la obtención de doble título, y la profundización de los estudios de derecho comparado para buscar fórmulas comunes.

También es imperioso el fortalecimiento de los procesos de integración económica que debe seguir de cerca con la integración política, social, y cultural.

El proceso de internacionalización del derecho no se puede detener. El ideal es llegar a un derecho mínimo universal, o por lo menos regional.

No se puede renunciar a los sueños de una gran nación americana, con igual nacionalidad, pasaporte, moneda, banco, Constitución y derecho.

Desde este punto de vista, lo que cuenta como dice Zagrebelsky,¹⁹ en última instancia, y de lo que todo depende “es la idea del derecho, de la Constitución, del código, de la ley, de la sentencia”.

Según este autor²⁰ se ha ido construyendo un consenso acerca del Estado constitucional sobre la basa de una soberanía relativa, del pluralismo social y político, de la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, y que operan en distintos campos como el político, económico, cultural y religioso, sin tener en cuenta el territorio de los estados, el otorgamiento de facultades legislativas a organismos supranacionales, e incluso la atribución de derechos a los individuos que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales, como la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, frente a los estados a los que pertenecen.

Consideramos con este tratadista que las sociedades abiertas y pluralistas requieren de fórmulas que tengan en cuenta la diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes. Al respecto advierte que: “La asunción del pluralismo en una Constitución democrática es simplemente una propuesta de soluciones y coexistencias posibles, es decir, un “compromiso de

¹⁹ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Valladolid, Trotta, 1997, p. 9.

²⁰ *Ibid.*, p. 12.

las posibilidades” y no un proyecto rígidamente ordenador que pueda asumirse como un *a priori* de la política con fuerza propia, de arriba hacia abajo”.

Esta concepción es la que permitió a Europa la Unión Europea, con una Constitución única, lo que contradice el antiguo dogma de la soberanía absoluta de los estados.

Es la ductibilidad constitucional, de que habla Zagrebelsky, la que conlleva la coexistencia y compromiso entre valores y principios.

Mientras no haya consenso en bases mínimas constitucionales, es muy difícil lograr la unificación. El derecho comparado debe continuar su tarea al lado de las organizaciones científicas y de los órganos de la comunidad internacional, como la Comisión de Derecho Internacional o la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, para lograr el acercamiento paulatino de los distintos sistemas jurídicos.

La superación de la división del mundo en estados nacionales celosos de su soberanía está en crisis. Por esta razón hay que formular alternativas que tengan en cuenta la realidad de la comunidad internacional, pero con un objetivo que es la justicia y la protección de los derechos fundamentales de todos los pueblos que forman una verdadera hermandad universal.

Desde la Universidad y la academia podemos empezar a pensar el marco jurídico y social de la posmodernidad. En tal sentido es necesario que la educación legal tenga en cuenta, no sólo la existencia de distintos sistemas jurídicos que es necesario analizar y comparar, sino que investigue la nueva problemática internacional que tiende a la unificación e internacionalización de la normatividad.

El nuevo paradigma es la soberanía de la Constitución, que ha venido a reemplazar la soberanía del Estado.

El reto está en crear las bases mínimas para un derecho constitucional latinoamericano, y en forma utópica para una Constitución mundial.

5. La internacionalización conlleva cambios en el currículo de las facultades de derecho

La educación legal debe tener en cuenta los cambios que se han producido en la sociedad internacional. La globalización económica, los procesos de integración, las transacciones internacionales, la inmigración, las empresas transnaciona-

les, hacen necesario modificar el currículo para incluir materias como derecho comparado, *common law*, derecho comunitario, derechos humanos, contratos internacionales, negocios internacionales, derecho ambiental internacional y derecho de la inmigración, entre otros.

Es indispensable el intercambio de información, de profesores y alumnos, redes de investigación internacional, análisis de los distintos sistemas jurídicos, etc.

El objetivo es preparar a los estudiantes para hacerle frente a los grandes retos de la posmodernidad, de un mundo globalizado y de una práctica legal transnacional.

6. Diversas formas de integración jurídica internacional

Una nueva forma de integración es la jurídica. Podría hacerse la integración no sólo mediante leyes uniformes o leyes modelos, o código comunes, sino también mediante la aplicación por los jueces y tribunales de un Estado de la jurisprudencia de las cortes de otro Estado. Para hacer efectiva esta propuesta es indispensable, no sólo conocer el derecho extranjero, sino conocer la jurisprudencia de las altas cortes de los distintos estados para analizarlas y aplicarlas en lo pertinente.

Si se logra que los tribunales de un Estado apliquen la jurisprudencia tanto constitucional, administrativa, o de derecho común (civil, penal o laboral), se va logrando paulatinamente la integración jurisprudencial que conduce necesariamente a la integración jurídica.

Igualmente, si los tribunales de un Estado aplican la jurisprudencia de los tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las sentencias de la Corte Internacional de Justicia, las sentencias arbitrales extranjeras e internacionales, se habrá logrado una interpretación jurídica acorde con las decisiones internacionales, lo que permite que el derecho internacional influya en el derecho nacional.

En este sentido, el artículo 93 de la Constitución dice: “Los derechos y deberes consagrados en esa Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

Lo anterior permite una integración jurídica a través de la jurisprudencia internacional. Desde luego, la aplicación de la anterior propuesta exige que se conozca la jurisprudencia internacional y el manejo de idiomas extranjeros, especialmente inglés y francés.

Otra forma de internacionalizar el derecho es a través de las pasantías o prácticas en organismos internacionales, entidades o agencias extranjeras, en las cuales se adquiere conocimiento de la forma como funcionan y como aplican el derecho internacional.

También es importante la participación de universidades en los concursos sobre derecho internacional, o sobre derechos humanos, que patrocinan universidades extranjeras.

Conclusiones

1. La globalización económica y la internacionalización de la actividad de las personas ha conducido a la internacionalización del derecho.
2. Las facultades de derecho deben formar abogados para que respondan a las necesidades de un mundo internacionalizado. Para estos efectos hay que incluir materias como derecho comparado, contratos internacionales, derechos humanos, economía internacional, negocios internacionales, derecho de la inmigración y derecho comunitario, entre otras, en el currículo de la carrera de derecho.
3. Para el derecho latinoamericano es urgente conocer el sistema del *common law*, por la influencia económica de los Estados Unidos y por la importancia del mundo anglosajón y de los estados que adoptan este sistema.
Sería deseable que se incrementara la utilización de las leyes uniformes, leyes modelos, la codificación, las cláusulas comunes en contratos internacionales, todo lo cual acerca los distintos sistemas jurídicos y permite ir unificando las distintas instituciones jurídicas existentes en el mundo.

Contribución del derecho interamericano a la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional¹

Introducción

Para poder analizar la contribución del sistema interamericano al desarrollo y codificación del derecho internacional general, es necesario, en primer lugar, determinar si existe un derecho internacional americano, o un sistema interamericano dentro del derecho internacional general.

Luego, hay que estudiar los orígenes del sistema interamericano en el Congreso de Panamá de 1826, los congresos hispanoamericanos del siglo XIX, las conferencias internacionales americanas, los congresos jurídicos, las conferencias especializadas interamericanas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, las resoluciones de las asambleas generales, del Consejo Permanente, de las reuniones de consulta de ministros de relaciones exteriores, y los actos producidos por los órganos, organismos, y entidades de la organización.

Tal análisis permitirá conocer el origen, desarrollo y contribución del sistema interamericano a la evolución del derecho internacional público y privado general.

El análisis de los aportes del derecho interamericano a lo largo de su historia permitirá tener una visión general del desarrollo del sistema interamericano en el área jurídica, y su proyección futura dentro del nuevo contexto internacional.

1. ¿Existe un derecho internacional americano independiente del derecho internacional general, o un sistema interamericano dentro del derecho internacional?

El origen de lo que hoy se conoce con el nombre de Sistema Interamericano fue la polémica sobre la existencia de un derecho internacional americano como rama autónoma dentro del derecho internacional general. Este aspecto es necesario analizarlo porque fue discutido doctrinariamente.

¹ El presente ensayo fue escrito para el libro *Visiones de la OEA*, Álvaro Tirado Mejía (ed.), Bogotá, Ministerio de Relaciones Exteriores, 1998.

El debate entre universalismo y regionalismo hoy está superado. No se discute la existencia de un derecho internacional general, pero se acepta la existencia de un sistema interamericano con peculiares características que inclusive puede dar origen a costumbres regionales.²

Díaz Cisneros³ sostiene que la paternidad de la teoría del derecho internacional americano se debe a Juan Bautista Alberdi en 1844; sin embargo, algunos internacionalistas como Juan Carlos Puig⁴ y Jesús María Yepes⁵ no comparten esta opinión. Este último dice: “El fundador y creador de una materia no es el que se limita a hablar en términos generales, sin aportar ninguna precisión ni desarrollo, sino el que sienta una teoría, le da un fundamento, la precisa y desarrolla”.

Amancio Alcorta observó que la obra de Carlos Calvo no trataba el derecho internacional americano y se resentía de europeísmo. Este último contestó a tal crítica adoptando una concepción universalista rígida y negándose a aceptar una división dentro del derecho internacional general.

En 1910 se presentó otra controversia entre el internacionalista chileno Alejandro Alvarez y el internacionalista brasileño Manuel Saa Vianna. El primero publicó su obra *Le droit international américain*, en donde describe la naturaleza del derecho internacional americano. Asimismo, lo define como el que regula las materias comunes a las relaciones interamericanas. Agrega que no existe enfrentamiento entre el derecho internacional americano y el derecho internacional general sino complemento.⁶ Saa Vianna,⁷ por su parte, no acepta la existencia independiente de un derecho internacional americano; sin embargo, reconoce que hay ideas y principios de origen americano.

² José Joaquín Caicedo Castilla, *El derecho internacional en el sistema interamericano*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1970; *El panamericanismo*, Buenos Aires, Depalma, 1961.

³ César Díaz Cisneros, “Codificación del derecho internacional en América”, en: *La ley*, Buenos Aires, p. 1.

⁴ Juan Carlos Puig, *Principios de derecho internacional público americano*, Valero Abeledo (ed), Buenos Aires, 1952, p. 25.

⁵ Jesús María Yepes, “Contribution de L’Amérique Latine au développement du droit international public et privé”, en R.D.C. (1930), 11 t. 32 p. 176.

⁶ Alejandro Álvarez, *Le droit International américain*, 1910, p. 26.

⁷ Manuel Alrado de Souza Saa Vianna, *De la non-existence d’un droit international américain*, Río de Janeiro, 1912, pp. 75-84.

Posteriormente, en 1944, Antokoletz⁸ sostuvo que no existe un derecho internacional americano pues los principios y normas vigentes en América son las mismas que en el resto del mundo. En el mismo sentido se pronuncia el jurista holandés Salverberg.⁹

En nuestra obra sobre el sistema interamericano¹⁰ sostenemos que si bien no se puede hablar técnicamente de un derecho internacional americano independiente del derecho internacional general, sin embargo no puede desconocerse la existencia de un sistema interamericano que tiene fuentes, principios, instituciones propias, y que ha contribuido enormemente a la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional general.

Este fue el mismo sentido en que la Unión Panamericana¹¹ definió el derecho internacional americano como “el conjunto de instituciones, principios, reglas, convenciones, doctrinas, costumbres y prácticas que, en el dominio de las relaciones internacionales, son peculiares a las repúblicas del Nuevo Mundo”.

El sistema interamericano se ha formado desde 1826, a través de tratados; resoluciones de las conferencias internacionales americanas y de las asambleas generales; la práctica de los estados; convenciones interamericanas adoptadas en las asambleas generales y en conferencias especializadas; resoluciones y recomendaciones de los órganos, organismos y entidades de la OEA; la costumbre interamericana; la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales interamericanos como la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos y tribunales arbitrales internacionales que han definido diversas cuestiones, principalmente de límites entre estados americanos.

El aporte del sistema interamericano al derecho internacional es muy importante y en algunas áreas, como el derecho internacional privado, está más avanzado que el europeo, máxime cuando se ha logrado un sistema que compatibiliza el *common law* con el *civil law*, en distintas ramas del derecho como

⁸ Daniel Antokoletz, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, 1944, pp. 323-328.

⁹ M. Mm L. Salverberg, *Le problème du droit international américain*, La Haye, 1946.

¹⁰ Marco Gerardo Monroy Cabra, *El sistema interamericano*, San José (Costa Rica), Juricentro, 1993, p. 29.

¹¹ Unión Panamericana, *Codificación del derecho internacional americano*, Washington, 1925, p. 29.

el derecho de familia y de menores internacional, el derecho procesal internacional, el derecho civil internacional, y el derecho comercial internacional.

2. El Congreso de Panamá de 1826¹²

El origen del Congreso de Panamá se encuentra en la política hispanoamericana de Bolívar, como lo ha puesto de presente el historiador Indalecio Liévano Aguirre.¹³

En la Carta de Jamaica Bolívar sostuvo:

Es una idea grandiosa pretender formar de todo en este mundo nuevo una sola nación con un solo vínculo que ligue sus partes entre sí y con el todo. Ya que tiene un origen, una lengua, unas costumbres y una religión, debería por tanto tener un solo gobierno que confederase los diversos Estados que hayan de formarse: mas no es posible, porque climas remotos, situaciones diversas, intereses opuestos, o caracteres semejantes dividen la América. Qué bello sería que el Istmo de Panamá fuera para nosotros lo que el de Corinto para los griegos [...]

Bolívar propuso desde 1822 la convocatoria de un congreso de plenipotenciarios en Panamá y se suscribieron tratados con Perú, Chile, y México en los cuales se preveía un pacto de unión, liga y confederación perpetua.¹⁴

Los principales aportes del Congreso de Panamá fueron los siguientes:

1. El Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetua, se suscribió el 15 de julio de 1826 por la Gran Colombia (integrada por las actuales repúblicas de Colombia, Ecuador, Panamá y Venezuela); Centroamérica (Federación que reunía a las actuales cinco repúblicas centroamericanas), Perú, y México. Este tratado dispone en su artículo 1: “Las repúblicas de Colombia, Centroamérica, Perú, y Estados Unidos Mexicanos, se ligan y confederan

¹² *El Congreso de Panamá, actas y documentos*, Biblioteca Colón de la OEA, Washington, D.C.

¹³ Indalecio Liévano Aguirre, *Boliviarismo y monroísmo*, Bogotá, Tercer Mundo, 1987, p. 7.

¹⁴ Un análisis del Congreso de Panamá se encuentra en nuestra obra *El sistema interamericano*, San José (Costa Rica), Juricentro, pp. 50 y ss.

perpetuamente, mutuamente en paz y en guerra, y contraen para ello un pacto perpetuo de amistad firme e inviolable, y de unión íntima y estrecha con todas y cada una de las dichas partes”. Indudablemente este tratado constituye el antecedente de la Sociedad de Naciones y de las Naciones Unidas y demuestra la visión continental de Bolívar que hablaba de “Liga de Estados” y que le otorga título suficiente como precursor de la OEA y aún de las Naciones Unidas. La Asamblea de plenipotenciarios que debía reunirse cada dos años es un antecedente de las asambleas generales ordinarias de la ONU y de la OEA y de las conferencias internacionales americanas que se desarrollaron de 1881 a 1954. Dicha Asamblea tenía más o menos las mismas funciones de la Asamblea de las Naciones Unidas de adopción de tratados, solución pacífica de controversias internacionales y especialmente el arbitraje, podía analizar cualquier asunto relativo a la paz y seguridad internacionales y estableció la alianza frente a la agresión.

2. La Convención de Contingentes para la defensa mutua en caso de agresión de la Santa Alianza es un antecedente de los pactos de defensa militar como la OTAN o el TIAR.
3. La ciudadanía continental quedó plasmada en los artículos 22 y 23 del tratado y constituye todavía una aspiración de todos los pueblos americanos a la cual ojalá lleguemos algún día.
4. Del Congreso de Panamá se desprenden los grandes principios que hoy son aceptados en derecho internacional como la confederación de estados, los métodos de solución pacífica de controversias entre los estados americanos, la garantía contra la integridad territorial, la solidaridad para la defensa mutua, la ciudadanía continental, y la codificación del derecho internacional en América.
5. El aporte de Bolívar al sistema interamericano es puesto de presente por el ilustre internacionalista José Joaquín Caicedo Castilla;¹⁵ al referirse a las instrucciones dadas por Bolívar a Mosquera, afirma:

¹⁵ José Joaquín Caicedo Castilla, *El panamericanismo*, Buenos Aires, Depalma, 1961, p. 21.

Estas instrucciones confirman la tesis de que a Bolívar le corresponde con justicia el título de precursor de la asociación americana, y aún de la asociación universal. Siempre, por todas partes, aparecen avasalladoras, la visión profética, las concepciones fundamentales, el pensamiento generoso y la ideología internacional nobilísima y audaz de Bolívar dimanando el panorama del Hemisferio.

6. El aporte de Bolívar fue puesto de presente por el Consejo de la OEA al cumplirse los 125 años de la instalación del Congreso de Panamá, en una resolución que dice: “Declarar una vez más el reconocimiento de los Estados Americanos a la iniciativa bolivariana que con justicia se considera como uno de los más antiguos e ilustres antecedentes de la política de solidaridad continental, precursora del panamericanismo y origen de la actual Organización de los Estados Americanos”.

3. Congresos y tratados hispanoamericanos del siglo XIX

1. El Congreso de Panamá de 1826, anteriormente mencionado.
2. El Primer Congreso de Lima (1847-1848), en que intervinieron representantes de Perú, Bolivia, Chile, Ecuador y Nueva Granada (Colombia).
3. El Tratado Continental, suscrito en Santiago de Chile el 15 de septiembre de 1856 por Perú, Chile y Ecuador y tuvo la adhesión posterior de Nicaragua.
4. El Tratado de Washington, del 9 de noviembre de 1856, suscrito por los representantes de Nueva Granada, Guatemala, El Salvador, México, Perú, Costa Rica y Venezuela.
5. El Segundo Congreso de Lima (1864-1865).
6. El Congreso de Lima de 1877.
7. El Primer Congreso de Montevideo sobre derecho internacional privado (1888-1889), participaron Argentina, Uruguay, Bolivia, Brasil, Paraguay y Perú.

Los principios que se enunciaron en los citados congresos y que contribuyeron al desarrollo del derecho internacional, son los siguientes:¹⁶

¹⁶ Monroy Cabra, *op. cit.*, pp. 115-116.

1. Confederación mediante alianza política y militar para defenderse de una dominación extranjera, así como para la solución pacífica de las controversias internacionales.
2. Seguridad colectiva frente a una agresión extranjera. Se pactó solidaridad frente a la agresión extranjera, y obligación de prestarse asistencia recíproca. En los distintos tratados se buscó una alianza y confederación entre los distintos Estados americanos.
3. Mecanismos para lograr la solución pacífica de las controversias entre estados americanos.
4. Proscripción de la conquista y afirmación del principio de no intervención.
5. Reconocimiento del asilo territorial, distinción entre delitos políticos y comunes, y no extradición de delincuentes políticos.
6. Abolición del tráfico de esclavos.
7. Igualdad entre nacionales y extranjeros respecto de la responsabilidad del Estado por daños causados a la persona o bienes de los extranjeros.
8. *Uti possidetis juris* de 1810 para la delimitación de las fronteras terrestres según los títulos de demarcación administrativa existentes en España en la época de la independencia.
9. Reglas uniformes y reglas para la solución de conflictos de derecho internacional privado en los Congresos de Lima de 1877 y Montevideo de 1889 en materia civil, comercial, penal, y procesal.
10. Adopción de un sistema uniforme de monedas y un sistema uniforme de medidas.
11. Codificación del derecho internacional público y privado.
12. Se proclamó la libertad de navegación de los ríos que separan las repúblicas confederadas; se abolió el corso y se aceptó la tesis de que el pabellón neutro cubre la propiedad enemiga salvo el contrabando de guerra; se estableció que el bloqueo no es obligatorio sino cuando es real y efectivo y se pactó que no es lícito el saqueo de ciudades y plazas enemigas, aun cuando sean tomadas por asalto.

4. Conferencias internacionales americanas

En 1881 el Secretario de Estado del presidente Garfield, Mr. James G. Blaine, tomó la iniciativa de convocar una conferencia de las naciones americanas. Debido a las dificultades que existían en América (Guerra del Pacífico entre Chile y Bolivia y Perú) se aplazó el Congreso de 1882 que sólo se inauguró el 2 de octubre de 1889 en Washington por el señor Blaine. Estuvieron presentes 18 estados.

La Conferencia votó 19 resoluciones sobre la conveniencia de celebrar tratados de reciprocidad comercial; la construcción del ferrocarril panamericano; la adopción de reglas uniformes en materia de patentes de invención, marcas de fábrica, propiedad intelectual. Asimismo, sobre facturas, manifiestos y otros documentos comerciales, establecimiento de un banco internacional americano etc.

La resolución 9 creó la “oficina comercial de las repúblicas americanas” encargada de la pronta compilación y distribución de datos sobre la producción, comercio, leyes y reglamentos de aduanas de los respectivos países. La sede se estableció en Washington y se dispuso como término 10 años prorrogables.

Las resoluciones 13 y 16 recomendaron la adhesión de los tratados de Montevideo de 1889, y la Resolución XXII abolió el derecho de conquista.

Las siguientes conferencias internacionales americanas se celebraron así:

1. Segunda, México, 22 de octubre de 1901/ 31 de enero de 1902.
2. Tercera, Río de Janeiro, 23 de julio/ 27 de agosto de 1906.
3. Cuarta, Buenos Aires, 12 de julio/ 30 de agosto de 1910.
4. Quinta, Santiago de Chile, marzo 25/ mayo 3 de 1923.
5. Sexta, La Habana, enero 16/ febrero 20 de 1928.
6. Séptima, Montevideo 3/ 26 de diciembre de 1933.
7. Octava, Lima, 9/27 de diciembre de 1938.
8. Novena, Bogotá, marzo 30/mayo 6 de 1948.
9. Décima, Caracas, 1/28 de marzo de 1954.

La labor de las conferencias internacionales americanas para el desarrollo y codificación del derecho internacional fue la siguiente:

1. Se creó la Oficina Comercial de las Repúblicas Americanas, con fines comerciales, que constituye el antecedente de la Organización de los Estados Americanos.
2. Se exhortó a los Estados americanos a adherirse a las convenciones y declaraciones de la Conferencia de Paz de La Haya, y a los tratados de Montevideo de 1889.
3. Se adoptaron tratados sobre reclamaciones por daños y perjuicios pecuniarios, derechos de los extranjeros, codificación del derecho internacional, extradición, patentes de invención, modelos y dibujos industriales, marcas de comercio y de fábrica, protección de obras literarias y canje de publicaciones. Hay que destacar en estos instrumentos interamericanos que en el tratado sobre reclamaciones diplomáticas se dispuso que las reclamaciones que no pudieran resolverse por la vía diplomática, se someterían a la corte permanente de arbitraje prevista en la Convención de La Haya, a menos que las partes aceptaran una jurisdicción especial.

El Tratado sobre Derechos de los Extranjeros consagra la igualdad entre nacionales y extranjeros y el Estado sólo responde de los daños causados a extranjeros cuando la autoridad no haya cumplido con su deber. No se puede acudir a la protección diplomática sino cuando exista denegación de justicia, o retardo anormal, o violación evidente de principios de derecho internacional.

4. Se adoptó el principio de la recuperación de la nacionalidad de origen cuando un nacional de un Estado y naturalizado en otro, readquiere su residencia en su país natal sin propósito de volver al Estado en que se había naturalizado. La intención de no regresar se presume cuando la persona naturalizada resida en el país de su origen por más de dos años, pero esta presunción admite prueba en contrario.
5. Adopción de las doctrinas Drago y Calvo que sostienen que las deudas públicas de un Estado no pueden ser cobradas por la fuerza. La doctrina Drago se llevó a la segunda conferencia de Paz de La Haya, que la aprobó, pero con la modificación del delegado estadounidense Porter que la desvirtuó al afirmar que el no recurso para el cobro de deudas estatales no se aplicaba “cuando el Estado deudor rechace o deje sin respuesta una oferta de arbitraje, o en caso

de aceptación, haga imposible el establecimiento del compromiso, o después del arbitraje no acepte la sentencia pronunciada”.

6. La Cuarta Conferencia de Buenos Aires de 1910 reorganizó la Oficina Internacional de las Repúblicas Americanas y cambió su nombre por el de Unión Panamericana a la cual se le asignaron las siguientes funciones: actuar como comisión permanente de las conferencias internacionales americanas; dar informes; contribuir al desarrollo del comercio y las relaciones internacionales entre las repúblicas americanas y coleccionar y clasificar todas las informaciones sobre comercio, industria, agricultura, educación y progreso general de las naciones americanas.
7. Se adoptó el tratado para evitar y prevenir conflictos internacionales entre estados americanos (Pacto Gondra). Este tratado estableció una comisión de conciliación internacional encargada de estudiar los motivos de la diferencia entre las partes y proponerles una solución que armonice con los intereses de todas ellas.
8. Adopción por la Sexta Conferencia Panamericana del Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, que está en vigencia en quince estados americanos.
9. Adopción en la Sexta Conferencia de una convención sobre tratados que fue uno de los antecedentes de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969.
10. Adopción en la Sexta Conferencia de las convenciones sobre funcionarios diplomáticos y agentes consulares, que constituyen antecedentes de las convenciones de Naciones Unidas sobre relaciones diplomáticas y consulares.
11. Adopción del principio de no intervención de un Estado en los asuntos internos o externos de otro. Este principio se aprobó primero en la Sexta Conferencia, pero con la adición de la doctrina Hughes de “interposición de carácter temporal” que cohonesta la acción de un gobierno que interviene en los negocios de otro con el pretexto de proteger a sus propios nacionales. Luego, se aceptó en la Séptima Conferencia y en la Carta de la OEA, sin dicha doctrina.
12. Convenciones sobre asilo político y extradición.
13. Adopción en la Novena Conferencia de la Carta de la OEA, que determina los fines, propósitos, principios, y la estructura del organismo regional dentro del sistema de Naciones Unidas.

14. Aprobación de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre en la Novena Conferencia de Bogotá, en 1948, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, y las convenciones sobre concesión de los derechos políticos y derechos civiles a la mujer.
15. Adopción en la Novena Conferencia del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas o “Pacto de Bogotá” que junto con otros tratados y las normas de la Carta de la OEA permiten formar un conjunto de instrumentos para el arreglo pacífico de las controversias internacionales en el ámbito interamericano. La anterior enunciación permite observar que la labor de las conferencias panamericanas fue fructífera y los principios enunciados en las mismas han servido para el desarrollo del derecho internacional general y desde luego a la formación de un sistema interamericano que tiene sus especiales características y que ha permitido la consolidación armónica de las relaciones interamericanas.

5. Conferencias especiales y reuniones de consulta de ministros de relaciones exteriores convocadas en aplicación del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos

La contribución del sistema interamericano al desarrollo y codificación del derecho internacional general se ha complementado con las reuniones de conferencias especiales y las reuniones de consulta de ministros de relaciones exteriores, convocadas en aplicación del tratado interamericano de asistencia recíproca de Río de Janeiro de 1947 (TIAR) y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Los principales principios jurídicos y medidas políticas adoptados en estas conferencias son los siguientes:

1. La Conferencia Interamericana de Consolidación de la Paz adoptó, en 1936, una convención que contiene disposiciones sobre el empleo del método consultivo como fórmula de cooperación para lograr la paz y el arreglo pacífico de cualquier controversia.

2. La Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, México, febrero 21/ marzo 8 de 1945, trató temas sobre la reorganización del sistema interamericano, las bases de participación del organismo regional en el sistema de las Naciones Unidas, cuestiones económicas y sociales, y especialmente lo relativo a la asistencia recíproca y la solidaridad americana, que puede resumirse diciendo que la agresión a un Estado americano constituye una agresión a todos los estados americanos.
3. La Conferencia Interamericana para el Mantenimiento de la Paz y la Seguridad en el Continente, Río de Janeiro agosto 15/ septiembre 2 de 1947, adoptó el TIAR. Este tratado condena la guerra, establece la obligación de solucionar pacíficamente los conflictos internacionales, pero especialmente el artículo 3 preceptúa:

1. Las Altas Partes Contratantes convienen en que un ataque armado por parte de cualquier Estado contra un Estado americano, será considerado como un ataque contra todos los Estados americanos, y en consecuencia, cada una de dichas partes Contratantes se compromete a ayudar a hacer frente al ataque, en ejercicio del derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva que reconoce el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas. 2. A solicitud del Estado o Estados directamente atacados, y hasta la decisión del Órgano de Consulta del Sistema Interamericano, cada una de las partes Contratantes podrá determinar las medidas inmediatas que adopte individualmente, en cumplimiento de la obligación de que trata el párrafo precedente y de acuerdo con el principio de la solidaridad continental. El Órgano de Consulta se reunirá sin demora con el fin de examinar esas medidas y acordar las de carácter colectivo que convenga adoptar.

- El TIAR adoptó una región de seguridad para la aplicación del tratado.
- Cualquier medida que adopte el Órgano de Consulta debe ser comunicada al Consejo de Seguridad conforme a lo previsto en los artículos 51 y 54 de la Carta de la ONU.
- El TIAR (artículo 6) regula también la agresión que no sea ataque armado, o a un conflicto extracontinental, o intracontinental, o por cualquier otro

hecho o situación que pueda poner en peligro la paz en América, en cuyo caso se reúne el Órgano de Consulta, “a fin de acordar las medidas que en caso de agresión se deben tomar en ayuda del agredido o en todo caso las que convenga tomar para la defensa común y para el mantenimiento de la paz y la seguridad del Continente”.

- El tratado describe las medidas que puede adoptar el Órgano de Consulta, y enumera los actos de agresión aunque no en forma taxativa.
 - El tratado igualmente (artículo 7) expresa que en caso de conflicto entre dos o mas estados americanos, sin perjuicio del derecho de legítima defensa conforme al artículo 51 de la Carta de la ONU, el Órgano de Consulta instará a los estados contendientes a suspender las hostilidades y a restablecer las cosas al *statu quo ante bellum*, y tomará, además, todas las otras medidas necesarias para restablecer o mantener la paz y la seguridad interamericana, y para la solución del conflicto por medios pacíficos.
4. Las reuniones de consulta de ministros de relaciones exteriores se han celebrado, ya haya sido en aplicación del artículo 59 de la Carta “con el fin de considerar problemas de carácter urgente y de interés común para los Estados Americanos”, y para servir como órgano de consulta en aplicación del TIAR. El artículo 63 de la Carta de la OEA dice: “En caso de ataque armado, dentro del territorio de un Estado Americano o dentro de la región de seguridad que delimitan los tratados vigentes, la Reunión de Consulta se efectuará sin demora por convocatoria que deberá hacerle inmediatamente el Presidente del Consejo Permanente de la Organización, quien, al mismo tiempo, hará reunir al propio Consejo”.

Las reuniones de consulta de ministros de relaciones exteriores que se han celebrado, en aplicación del TIAR o de la Carta de la OEA, han sido las siguientes:

La primera, se celebró en Ciudad de Panamá del 23 de septiembre al 3 de octubre de 1939. En esta reunión se aprobó una declaración general de neutralidad de las repúblicas americanas, en el escenario de la 2ª guerra mundial; asimismo, se creó una zona de seguridad.

La segunda, tuvo lugar en La Habana, del 21 al 30 de julio de 1940. Adoptó resoluciones sobre el Comité de Neutralidad, así como respecto de

actividades dirigidas desde el exterior contra instituciones nacionales, sobre propagación de doctrinas tendientes a poner en peligro el común ideal democrático interamericano, o a comprometer la seguridad y neutralidad de las repúblicas americanas, actos hostiles en las aguas territoriales y en la zona de seguridad, promoción de la solidaridad continental, y algunas otras sobre diversos temas. En esta reunión se suscribió la Convención sobre administración provisional de colonias y posesiones europeas en América.

La tercera, se desarrolló en Río de Janeiro, del 15 al 28 de enero de 1942. Dispuso lo siguiente: a) Que las repúblicas americanas consideran que “todo acto de agresión de un Estado extra continental contra una de ellas como acto de agresión contra todas, por constituir una amenaza inmediata a la libertad e independencia de América”. b) Se recomendó la ruptura de relaciones diplomáticas con Japón, Alemania e Italia” por haber el primero de esos Estados agredido y los otros dos declarado la guerra a un país americano”; c) Se instó a la solidaridad continental para el aprovisionamiento de materiales básicos y estratégicos en cantidad suficiente y en el menor tiempo posible; d) Se dispuso la movilización de medios de transporte si fuere necesario; y e) Se recomendó la ruptura de relaciones comerciales con Japón, Alemania e Italia.

La cuarta, tuvo por sede Washington D.C, del 26 de marzo al 7 de abril de 1951. Fue convocada según la Carta de la OEA, ya que las primeras tres reuniones se convocaron en aplicación del TIAR. Esta reunión fue solicitada por Estados Unidos por cuanto “la política de agresión del comunismo internacional, llevada a cabo por intermedio de sus satélites, ha traído consigo una situación que pone en peligro a todas las naciones libres”. Esta reunión aprobó la Declaración de Washington que expresa:

1. La firme determinación de las Repúblicas americanas de mantenerse inquebrantablemente unidas, en lo espiritual y en lo material, en la actual situación de emergencia, o ante toda agresión o amenaza contra cualquiera de ellas.
2. La reiteración de la fe de las Repúblicas americanas en la eficacia de los principios establecidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y otros acuerdos interamericanos, para mantener la paz y seguridad en el Hemisferio, defenderse de cualquier agresión, solucionar sus

controversias por medios pacíficos, mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, propender a su desarrollo cultural y económico y asegurar el respeto a las libertades fundamentales del hombre y a los principios de justicia social como bases de su sistema democrático. 3. Su convicción de que el robustecimiento de la acción de las Naciones Unidas constituye la manera más efectiva de mantener la paz, seguridad y bienestar de los pueblos del mundo mediante el imperio del derecho, la justicia y la cooperación internacional.

La quinta, celebrada en Santiago de Chile en 1959, fue convocada a solicitud de Brasil, Chile, Estados Unidos y Perú, con fundamento en el artículo 39 primera parte, y 40 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos. El motivo de la solicitud fue analizar la situación de tensión internacional en la región del Caribe. Como resultado de esta reunión se asignaron nuevas funciones a la Comisión Interamericana de Paz para coadyuvar a la realización de los fines de la reunión; se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; se enunciaron los principios y atribuciones del sistema democrático; y se encargó a la OEA la elaboración de proyectos sobre derechos humanos y democracia representativa.

La sexta, se convocó en aplicación del TIAR y tuvo como sede San José de Costa Rica, del 16 al 21 de agosto de 1960, y fue convocada por el Consejo de la OEA. El motivo de convocatoria fue considerar “los actos de intervención y de agresión del gobierno de República Dominicana contra el gobierno de Venezuela que culminaron en el atentado contra la vida del jefe del Estado venezolano”. Se designó una comisión investigadora de los hechos, y se condenó enérgicamente la participación del gobierno de República Dominicana en los actos de agresión e intervención contra el Estado de Venezuela que culminaron en el atentado contra la vida del Presidente de dicho país.

Esta reunión adoptó las siguientes medidas: a) Ruptura de relaciones diplomáticas de todos los Estados americanos con la República Dominicana; b) Interrupción parcial de relaciones económicas de todos los estados miembros con la República Dominicana, comenzando por la suspensión inmediata del comercio de armas e implementos de guerra de toda clase. Además, se instó a los Estados a estudiar la posibilidad de extender la suspensión del comercio con República Dominicana a otros artículos.

Se dispuso que estas medidas podrían dejarse sin efectos cuando la República Dominicana hubiera dejado de constituir un peligro para la paz y seguridad del continente.

La séptima, otra vez tuvo como sede a San José de Costa Rica, en 1960. Su convocatoria fue solicitada por Perú, conforme a los artículos 39 párrafo 1 y 40 de la Carta. El motivo de la solicitud fue: “La defensa del sistema regional y de los principios democráticos americanos ante las amenazas que pueden afectarlos y en especial la situación en Cuba”. El resultado de esta reunión fue una condena enérgica de la intervención o amenaza de intervención de una potencia extra continental en asuntos de las repúblicas americanas. Se creó una comisión *ad hoc* de buenos oficios, y se adoptaron otras decisiones.

La octava, tuvo lugar en Punta del Este (Uruguay), del 22 al 31 de enero de 1962, y se convocó en aplicación del TIAR. Esta reunión fue convocada por el Consejo de la OEA a solicitud del gobierno de Colombia “para considerar las amenazas a la paz y a la independencia política de los Estados americanos que puedan surgir de la intervención de potencias extra continentales encaminadas a quebrantar la solidaridad americana”.

Esta reunión adoptó las siguientes resoluciones: a) Declaración que manifiesta que los principios del comunismo son incompatibles con los del sistema interamericano; b) Solicitó al Consejo de la OEA para la creación de una comisión especial de consulta sobre seguridad, contra la acción subversiva del comunismo internacional; c) Reiteró los principios de no intervención y auto determinación; d) Instó a los gobiernos a que celebraran elecciones libres; e) Le dio marco político a la Alianza para el Progreso; y, f) En cuanto a Cuba resolvió lo siguiente:

1. Que la adhesión de cualquier miembro de la Organización de los Estados Americanos al marxismo-leninismo es incompatible con el Sistema Interamericano y el alineamiento de tal gobierno con el bloque comunista quebranta la unidad y la solidaridad del Hemisferio; 2. Que el actual gobierno de Cuba, que oficialmente se ha identificado con un gobierno marxista-leninista, es incompatible con los principios y propósitos del Sistema Interamericano; 3. Que esta incompatibilidad excluye al actual gobierno de Cuba de su participación en el Sistema Interamericano; 4. Que el Consejo de la Organización de los Estados

Americanos y los otros órganos y organismos del Sistema Interamericano adopten sin demora las providencias necesarias para cumplir esta resolución.

Esta reunión, igualmente, excluyó al gobierno de Cuba de la Junta Interamericana de Defensa, suspendió el comercio y tráfico de armas e implementos de guerra de cualquier índole con dicho país y recomendó al Consejo de la Organización la reforma del estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para ampliar y fortalecer sus atribuciones y facultades.

La novena, se desarrolló en Washington D.C, del 21 al 26 de julio de 1964, y fue convocada por resolución del Consejo en aplicación del TIAR.

La solicitud fue hecha por Venezuela “para que considere las medidas que deben adoptarse frente a los actos de intervención y agresión del gobierno de Cuba que afectan la integridad territorial y la soberanía de Venezuela, así como la vigencia de sus instituciones democráticas”. Esta reunión resolvió:

1. Declarar que los actos comprobados por la Comisión Investigadora constituyen una agresión y una intervención por parte del Gobierno de Cuba en los asuntos internos de Venezuela, lo cual afecta a todos los Estados Miembros.
2. Condenar enérgicamente al actual gobierno de Cuba por sus actos de agresión e intervención contra la inviolabilidad territorial, la soberanía y la independencia política de Venezuela.
3. Aplicar, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 y 8 del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, las siguientes medidas: a) Que los gobiernos de los Estados americanos no mantengan relaciones diplomáticas ni consulares con el gobierno de Cuba; b) Que los gobiernos de los Estados americanos interrumpan toda su intercambio comercial, directo o indirecto, con Cuba, con excepción de los alimentos, medicinas y equipo médico que por razones humanitarias puedan ser enviados a Cuba, y c) Que los gobiernos de los Estados americanos interrumpan todo transporte marítimo entre sus países y Cuba, con excepción del transporte necesario por razones de índole humanitaria.
4. Facultar al Consejo de la Organización de los Estados americanos para que, mediante el voto afirmativo de los dos tercios de sus miembros componentes, deje sin efecto las medidas adoptadas en la presente resolución, desde el momento en que el gobierno de

Cuba haya cesado de constituir un peligro para la paz y seguridad del Continente. 5 Advertir al gobierno de Cuba que, de persistir en la realización de actos que revistan características de agresión e intervención contra uno o más de los Estados miembros de la Organización, los Estados miembros preservan sus derechos esenciales de Estados soberanos mediante el uso de la legítima defensa en forma individual o colectiva, la cual podrá llegar hasta el empleo de la fuerza armada, mientras el Órgano de Consulta no tome las medidas que garanticen la paz y seguridad continental. 6. Instar a los Estados que no son miembros de la Organización de los Estados Americanos y a quienes animen los mismos ideales del Sistema Interamericano, a que examinen la posibilidad de demostrar su solidaridad en el logro efectivo de los propósitos de esta resolución. 7. Instruir al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos para que transmita al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el texto de la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54 de la Carta de las Naciones Unidas.

Igualmente, se aprobó una declaración al pueblo cubano brindándole solidaridad y expresándole la esperanza de que pueda tener un gobierno libre y democrático.

La décima, otra vez en Washington D.C., en 1965, fue convocada a petición del gobierno de Chile, conforme a los artículos 39, primera parte y 40 de la Carta, para analizar la grave situación creada por la lucha armada en República Dominicana.

Esta reunión envió una comisión especial a Santo Domingo para obtener un acuerdo formal de cese al fuego. Asimismo, encargó al Secretario General de la OEA que realizara ciertas gestiones en República Dominicana conducentes a establecer un clima de paz y conciliación. Se creó una fuerza interamericana de paz, bajo la autoridad de la reunión de consulta, y se envió una comisión *ad-hoc*. Igualmente, se dispuso que viajara la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como también el envío de misiones técnicas en materia electoral, y se adoptaron medidas de asistencia al pueblo y al gobierno dominicano.

La undécima reunión, también en Washington, 1967, fue convocada según la Carta de la OEA. Esta reunión se celebró para tratar asuntos de cooperación

para el desarrollo y la integración económica de América Latina. La primera parte se realizó con ministros de relaciones exteriores, y la segunda con jefes de Estado.

La duodécima (Washington, 1967), se convocó según la Carta de la OEA, a petición de Venezuela, para estudiar la intervención del gobierno de Cuba en asuntos internos de los estados miembros, al organizar actividades subversivas y terroristas en territorio de los mismos.

La reunión designó una comisión para estudiar los hechos ocurridos en Venezuela. Asimismo, integró otra comisión de ocho miembros para examinar los hechos relativos a la celebración de una conferencia denominada "De Solidaridad con los pueblos de África, Asia y América Latina". La reunión condenó al gobierno de Cuba por sus reiterados actos de agresión e intervención contra Venezuela y otros estados americanos. Igualmente, formuló recomendaciones específicas a los estados miembros de la OEA y en especial que llevaran a la atención del órgano competente de las Naciones Unidas los actos intervencionistas y subversivos del gobierno de Cuba.

La decimotercera (1969) se convocó en aplicación del TIAR a solicitud del gobierno de Honduras respecto de la situación que se presentaba con El Salvador.

Esta reunión logró un cese al fuego, el retiro de tropas, el canje de prisioneros de guerra y las garantías para ciudadanos salvadoreños residentes en Honduras. Para estos efectos colaboró la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como un grupo de observadores civiles y otro de observadores militares organizados por la Comisión Especial.

La decimocuarta, (Washington, 1971) fue convocada a solicitud del gobierno de Ecuador, con base en la primera parte del artículo 59 de la Carta de la OEA. El motivo de la solicitud del Ecuador fue la aplicación por parte de Estados Unidos de medidas coercitivas (suspensión de ayuda militar) y amenaza de aplicación de otras medidas legislativas, con violación del artículo 19 de la Carta de la OEA.

La reunión exhortó a las partes a que evitaran el agravamiento de las diferencias y a que utilizaran las negociaciones en las cuales habían demostrado interés. Asimismo, exhortó a los Estados miembros para que observaran rigurosamente los principios de la Carta de la OEA y se abstuvieran de utilizar todo género de medidas que afectaran la soberanía de los Estados y la tranquilidad del hemisferio.

La decimoquinta (Quito, 8 al 12 de noviembre de 1974) fue convocada por el Consejo Permanente de la OEA, por solicitud del gobierno de Colombia, en unión de los gobiernos de Costa Rica y Venezuela, con el fin de decidir lo pertinente sobre la conveniencia de dejar sin efecto lo dispuesto en la Resolución I de la IX reunión de consulta (Washington, 1964) en cuanto a las medidas adoptadas en relación con Cuba. La reunión no adoptó medida alguna porque no se obtuvo la mayoría requerida.

La decimosexta (San José, 29 julio de 1975) fue convocada por el Consejo Permanente a petición de los gobiernos de Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Haití, México, Panamá, Perú, Trinidad y Tobago y Venezuela respecto del tema “Libertad de acción de los Estados Partes en el TIAR para normalizar o conducir sus relaciones con la República de Cuba al nivel y en la forma que cada Estado estimare conveniente”.

En la reunión se obtuvo la mayoría requerida por el TIAR para adoptar una resolución que dejó en libertad a los Estados Parte en el TIAR para que de acuerdo con su política internacional normalizaran o condujeran sus relaciones con Cuba al nivel y en la forma que cada Estado estimare conveniente.

La decimoséptima (Washington, 1978/1979) fue convocada a solicitud de Venezuela, conforme al artículo 59, primera parte, de la Carta de la OEA; el motivo fue la consideración de los graves sucesos ocurridos en Centroamérica.

En la primera parte de la reunión analizó la situación y se instó a los gobiernos directamente interesados a que se abstuvieran de realizar acción alguna que pudiera agravar la situación. La reunión solicitó al Consejo Permanente que sometiera a su examen el informe que debía rendir la Comisión *Ad-Hoc*, establecida por resolución CP/RES 249 (341/78).

Posteriormente, el 23 de junio de 1979 la reunión declaró: “Que la solución al grave problema corresponde exclusivamente al pueblo nicaragüense”. Que desde el punto de vista de la decimoséptima reunión esa solución debería inspirarse en las siguientes bases: 1. Reemplazo inmediato y definitivo del régimen somocista. 2. Instalación en el territorio de Nicaragua de un gobierno democrático cuya composición incluyera los principales grupos representativos opositores al régimen de Somoza y que reflejara la voluntad del pueblo de Nicaragua. 3. Garantía del respeto de los derechos humanos de todos los nicaragüenses

sin excepción. 4. Realización de elecciones libres, a la mayor brevedad posible, que condujeran al establecimiento de un gobierno auténticamente democrático, que garantizara la paz, la libertad y la justicia. Resuelve:

1. Instar a los Estados miembros a realizar las gestiones que estén a su alcance para facilitar una solución duradera y pacífica al problema nicaragüense sobre las bases señaladas, respetando escrupulosamente el principio de no intervención y absteniéndose de cualquier acción que fuere contraria a esas bases o incompatible con la solución pacífica y duradera del problema.
2. Comprometer sus esfuerzos para promover la asistencia humanitaria a la población y para contribuir a la recuperación social y económica del país.
3. Mantener abierta la XVII Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores mientras subsiste la presente situación.

La decimoctava, fue convocada a solicitud de Costa Rica (1978), por considerar que las declaraciones del Presidente de Nicaragua constituían una amenaza a la soberanía e integridad territorial de Costa Rica y de Centroamérica. Esta reunión no adoptó ninguna decisión.

La decimonovena se convocó según la Carta de la OEA, mediante resolución 323 de 1981 y a petición de Ecuador por hechos ocurridos en la frontera peruano-ecuatoriana en la cordillera de El Cónдор.

La reunión tomó nota de la gestión de los gobiernos de Argentina, Brasil, Chile y Estados Unidos, relativa al cese al fuego y se exhortó a los dos países: “a desmovilizar, desconcentrar sus fuerzas y desmontar los operativos militares realizados con motivo de los enfrentamientos, a la brevedad posible, limitándose a mantener los efectivos normales de vigilancia de fronteras”.

La vigésima fue convocada mediante resolución 360 (493/82) a petición del gobierno de Argentina para estudiar la grave situación en el Atlántico Sur (Las Malvinas).

Esta reunión, mediante la Resolución 1, del 28 de abril de 1982, instó al gobierno de Reino Unido e Irlanda del Norte a que cesara las hostilidades y se abstuviera de todo acto que pudiera afectar la paz y seguridad interamericanas. Asimismo, urgió al gobierno de Argentina para que se abstuviera de realizar

cualquier acción que pudiera agravar la situación. Igualmente, instó a los gobiernos a establecer una tregua para la gestión diplomática y deploró la adopción por la Comunidad Económica Europea de medidas coercitivas de carácter económico y político no previstas en la resolución 502 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Luego, la Resolución 11, del 29 de mayo de 1982 dispuso: “Condenar en la forma más enérgica el injustificado y desproporcionado ataque armado consumado por el Reino Unido, así como su decisión, que afecta la seguridad de todo el Continente americano, de declarar arbitrariamente como zona de hostilidades una extensa área que llega hasta 12 millas de las costas americanas, lo cual resulta agravado por la circunstancia de que no estaban agotadas al producirse estos hechos las posibilidades de negociación en busca de una solución pacífica del conflicto”. Asimismo, resolvió: “Reiterar su más firme requerimiento al Reino Unido para que cese, de inmediato, las acciones bélicas que lleva a cabo contra la República Argentina y para que disponga, sin demora, el retiro de la totalidad de sus fuerzas armadas allí destacadas y el regreso de su flota de guerra a sus apostaderos habituales”. Igualmente, se exhortó a los estados en conflicto a buscar una solución pacífica del mismo y se instó al gobierno de Estados Unidos y a la Comunidad Económica Europea a levantar las sanciones impuestas a la república Argentina. Por último, se exhortó a los estados partes a prestar apoyo a Argentina en la forma que cada uno juzgare conveniente y que se abstuvieran de cualquier acto que pudiera perjudicar ese objetivo.

La vigésimo primera (Washington, 1989) se convocó por petición del gobierno de Venezuela para analizar la situación en Panamá. Esta reunión designó una misión compuesta por los ministros de relaciones exteriores de Ecuador, Guatemala y Trinidad Tobago para “promover urgentemente fórmulas de avenimiento para lograr un acuerdo nacional que asegure, dentro de los mecanismos democráticos y en el más breve plazo, la transferencia del poder con el pleno respeto de la voluntad del pueblo panameño”. Esta misión desplegó un gran esfuerzo pero no pudo lograr una solución al problema.

El 22 de diciembre de 1989 se produjo una intervención militar de Estados Unidos a Panamá, que el Consejo Permanente condenó mediante la Resolución 534, además de exhortar a Estados Unidos para el retiro de tropas, urgir el cese de hostilidades y la iniciación de negociaciones entre los distintos sectores políticos

para la solución de la crisis. Esta reunión fue cerrada en la reunión de Ministros de Relaciones Exteriores de diciembre de 1992.

6. Carta de la Organización de los Estados Americanos

El proceso interamericano vino a culminar con la adopción de la Carta de la OEA en la IX Conferencia Panamericana de Bogotá (1948). Esta Carta ha sido reformada por los protocolos de Buenos Aires (1967), Cartagena de Indias de (1985), Washington (1992), vigentes, y el protocolo de Managua (1993).

El Capítulo 1 de la Carta regula su naturaleza y principios: La OEA es un organismo regional dentro del sistema de Naciones Unidas (artículo 1). Además, ninguna de las normas de la Carta de la OEA se interpretará en el sentido de menoscabar los derechos y obligaciones de los estados miembros de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas (artículo 137). El artículo 2 enumera como propósitos de la OEA afianzar la paz y seguridad del Continente, la solución pacífica de conflictos, la acción solidaria en caso de agresión, y la cooperación interamericana para el logro del desarrollo económico, social y cultural.

El Capítulo II proclama los principios que rigen las relaciones interamericanas, los cuales están enunciados en el artículo 3 de la Carta, así:

- a) El derecho internacional es norma de conducta de los estados en sus relaciones recíprocas.
- b) El orden internacional está esencialmente constituido por el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los estados y por el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional.
- c) La buena fe debe regir las relaciones de los estados entre sí.
- d) La solidaridad de los estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa.
- e) Los Estados americanos condenan la guerra de agresión: la victoria no da derechos.
- f) La agresión a un estado americano constituye una agresión a todos los demás estados americanos.

- g) Las controversias de carácter internacional que surjan entre dos o más estados americanos deben ser resueltas por medio de procedimientos pacíficos.
- h) La justicia y la seguridad sociales son bases de una paz duradera.
- i) La cooperación económica es esencial para el bienestar y la prosperidad comunes de los pueblos del continente.
- j) Los estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.
- k) La unidad espiritual del Continente se basa en el respeto de la personalidad cultural de los países americanos y demanda su estrecha cooperación en las altas finalidades de la cultura humana.
- l) La educación de los pueblos debe orientarse hacia la justicia, la libertad y la paz.

Estos principios están conformes con los enunciados en el artículo 2 de la Carta de la ONU, y en la Resolución 2625 (XXV) que contiene la “Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

Hay que resaltar, sin embargo, que en el sistema interamericano se hace énfasis en el respeto del derecho internacional, se condena la agresión, se proclaman los derechos humanos, la necesidad de solucionar los conflictos pacíficamente, el respeto de la personalidad, soberanía e independencia de los estados, el fiel cumplimiento de los tratados públicos, y la cooperación interamericana.

Especialmente, la Carta establece que la organización política de los estados americanos debe basarse en el ejercicio efectivo de la democracia representativa. Esto significa que un Estado que no adopte la forma democrática representativa de gobierno puede ser suspendido en su calidad de estado miembro, conforme a lo previsto en el Protocolo de Washington de 1992, lo que demuestra que la OEA es esencialmente un asociación de estados democráticos.

Asimismo, debe ponerse de presente la importancia que le asigna el sistema interamericano a la protección de los derechos humanos que constituyen deber primordial de todos los estados. El sistema interamericano consagra mecanismos de protección internacional constituidos por la Comisión y la Corte

Interamericanas de Derechos Humanos que se rigen por lo previsto en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Hay que poner de presente que cualquier persona u organización tiene legitimación para demandar a cualquier estado americano por violación de uno de los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, una vez que se ha agotado la jurisdicción interna. Asimismo, cualquier Estado puede instaurar demanda contra otro Estado americano por violación de los derechos humanos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos si ambos han aceptado la competencia de la Comisión para conocer estos casos.

La Corte Interamericana sólo decide demandas instauradas por la Comisión o por cualquier Estado contra otro Estado americano siempre que ambos hayan aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte. Igualmente, la Corte emite opiniones consultivas sobre interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, u otros instrumentos interamericanos, así como la compatibilidad entre leyes internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El Capítulo III regula lo relativo a los miembros de la OEA que son 35. En efecto, Cuba sigue siendo miembro de la OEA porque no ha denunciado la Carta de la Organización, si bien el actual gobierno cubano no forma parte, está representado actualmente en la OEA.

El Capítulo IV de la Carta regula los derechos y deberes fundamentales de los estados. Enumera la igualdad de derechos y deberes, expresa que la existencia política de un Estado es independiente de su reconocimiento, el derecho de todo Estado a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica, el respeto de los tratados, el principio de no intervención en los asuntos internos o externos de otro Estado, la inviolabilidad del territorio, la obligación de abstenerse en sus relaciones internacionales de no recurrir al uso de la fuerza, salvo el caso de legítima defensa, y cumplimiento de los tratados vigentes sobre seguridad colectiva.

El Capítulo V se refiere a la solución pacífica de controversias. Los Estados americanos deben procurar resolver sus controversias por los medios pacíficos

señalados en la Carta (negociación directa, buenos oficios, mediación, investigación y conciliación, procedimiento judicial, arbitraje y los que acuerden especialmente las partes), antes de acudir al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (artículo 23).¹⁷

La solución pacífica de controversias está prevista en la Carta, en el “Pacto de Bogotá” o Tratado Americano de Soluciones Pacíficas de 1948, y en varios tratados multilaterales y bilaterales celebrados entre los estados americanos. Asimismo, el Consejo Permanente, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, y el Secretario General tienen facultades de mediación y de utilización de diversos procedimientos para lograr el arreglo pacífico de las controversias internacionales.

El Capítulo VI reglamenta la seguridad colectiva. Los principios básicos están contenidos en los artículos 27 y 28.

El artículo 27 señala que “La agresión de un Estado contra la integridad o inviolabilidad del territorio o contra la soberanía o la independencia política de un Estado Americano, será considerada como un acto de agresión contra los demás Estados Americanos”. Este principio, como se ha visto, fue consagrado en el Congreso de Panamá de 1826 y estatuye la solidaridad colectiva frente a la agresión.

El artículo 28 dispone:

Si la inviolabilidad o la integridad del territorio o la soberanía o la independencia política de cualquier Estado Americano fueren afectadas por un ataque armado o por una agresión que no sea ataque armado, o por un conflicto extracontinental o por un conflicto entre dos o más Estados Americanos o por cualquier otro hecho o situación que pueda poner en peligro la paz de América, los Estados Americanos en desarrollo de los principios de la solidaridad continental o de la legítima defensa colectiva, aplicarán las medidas y procedimientos establecidos en los tratados especiales, existentes en la materia.

¹⁷ Marco Gerardo Monroy Cabra, *Solución pacífica de controversias internacionales*, 1ª ed., Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 1996, pp. 127 y ss.

Este artículo se refiere al Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca de Río de Janeiro de 1947, suscrito en la Conferencia Interamericana para el Mantenimiento de la Paz y Seguridad del Continente, (Río de Janeiro, 15 de agosto al 2 de septiembre de 1947).

Los Capítulos VII, VIII, y IX, se refieren a las normas económicas, sociales, y sobre educación, ciencia y cultura.

El Capítulo X y siguientes se refieren a los órganos de la OEA que son la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, los consejos (Consejo Permanente, Consejo Interamericano Económico y Social, y Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura), el Comité Jurídico Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Secretaría General, las conferencias especializadas, y los organismos especializados (artículo 51).

El Protocolo de Managua de 1993 suprimió el Consejo Interamericano Económico y Social y el Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, y en su lugar creó el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral.

7. El Comité Jurídico Interamericano

La Resolución XXVI de la tercera reunión de consulta, transformó el Comité Interamericano de Neutralidad en el Comité Jurídico Interamericano, con sede en Río de Janeiro.

En la Carta de la OEA de 1948 se creó el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, órgano del Consejo de la Organización con la finalidad de que sirviera de cuerpo consultivo en asuntos jurídicos. La Carta mantuvo el Comité Jurídico Interamericano como la Comisión Permanente del Consejo Interamericano de Jurisconsultos (artículo 68 y siguientes).

La labor del Consejo de Jurisconsultos y del Comité Jurídico Interamericano ha sido muy importante por cuanto han elaborado conceptos, y proyectos de convenciones en distintas materias que luego han sido adoptadas por los órganos competentes.

El Consejo de Jurisconsultos fue eliminado en 1967 y se elevó a la categoría de órgano al Comité Jurídico Interamericano.

Según el artículo 105 de la Carta el Comité Jurídico Interamericano es el cuerpo consultivo de la Organización y tiene por finalidad “promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, y estudiar los problemas jurídicos referentes a la integración de los países en desarrollo del Continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto¹⁸ parezca conveniente”.

El Comité Jurídico Interamericano ha realizado una importantísima labor jurídica porque ha efectuado estudios, trabajos preparatorios para las conferencias especializadas interamericanas, incluyendo proyectos de convenciones, y ha cumplido las encomiendas que le han hecho la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores o los consejos de la organización.

A título de ejemplo se puede mencionar el estudio comparativo que realizó de las disposiciones del Código Bustamante, los tratados de Montevideo y los principios enunciados en el *Restatement of the law of the conflict of laws*. El delegado colombiano ante el Comité, José Joaquín Caicedo Castilla, elaboró un proyecto de nuevo Código de Derecho Internacional Privado.

Igualmente, el Comité realiza cada año un curso de derecho internacional para la difusión del mismo, tanto en el área general como el sistema interamericano.

Este Comité está integrado por once juristas nacionales de los estados miembros, elegidos para un período de cuatro años, de ternas presentadas por dichos estados.

El Comité, según el artículo 108 “representa al conjunto de los Estados Miembros de la Organización, y tiene la más amplia autonomía técnica”.

El Comité Jurídico tiene su sede en Río de Janeiro, y se rige por un estatuto y un reglamento.

8. Codificación y desarrollo progresivo del derecho interamericano público y privado

El primer intento de codificación en América lo constituyó el Congreso de Panamá convocado por Bolívar en 1826, como anteriormente se ha expuesto. Luego,

¹⁸ CJI, *Documentos oficiales, 1949-1965*; Herrera Báez, *El Consejo Interamericano de Jurisconsultos*, Ciudad Trujillo, 1954.

en 1847, 1861 y 1867 se reunieron en Lima conferencias para la codificación del derecho internacional pero sin llegar a resultado práctico alguno.

8.1. Congreso de Lima de 1877-1878

A iniciativa del gobierno del Perú se instaló en 1877 un Congreso de jurisconsultos en Lima, habiendo asistido representantes de Argentina, Bolivia, Chile, Cuba, Ecuador y Perú.

El Congreso elaboró un tratado para establecer reglas uniformes de derecho internacional privado, en 60 artículos que trataban el estado y capacidad de las personas, matrimonio, régimen sucesorio, actos jurídicos, jurisdicción en materia penal, ejecución de sentencias extranjeras y la legalización. Este tratado fue ratificado únicamente por el Perú (29-I-1879, Congreso 11/364-5).

Según Haroldo Valladao¹⁹ el Congreso de Lima enfrentó la orientación de Antonio Arenas, que era partidario de la escuela italiana de Mancini, con base en el libro de Fiore y las reglas del código civil italiano y las tesis del delegado de Bolivia, Zoilo Flórez, partidario de la orientación territorialista del código civil argentino.

8.2. Los tratados de Montevideo de 1889²⁰

A este Congreso concurrieron Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay. Se suscribieron entonces los siguientes tratados:

- a) Tratado de derecho civil internacional.
- b) Tratado de derecho comercial internacional.
- c) Tratado de derecho penal internacional.
- d) Tratado de derecho procesal internacional.
- e) Tratado de propiedad literaria y artística.
- f) Tratado de marcas de comercio y de fábrica.

¹⁹ Haroldo Valladao, *Direito internacional privado*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1970, p. 193.

²⁰ Marco Gerardo Monroy Cabra, *Tratado de derecho internacional privado*, 4ª ed., Bogotá, Temis, 1995, pp. 43 y ss.

- g) Tratado sobre el ejercicio de profesiones liberales.
- h) Protocolo adicional.

Colombia ha ratificado los tratados sobre Derecho Civil Internacional (Ley 40 de 1933 y luego ley 35 de 1990); el Tratado sobre Derecho Comercial Internacional (igual que el anterior); el Tratado sobre Derecho Procesal Internacional (Ley 68 de 1920), y el Tratado sobre el Ejercicio de Profesiones Liberales (Ley 5ª de 1917).

9. Desarrollo de la codificación del derecho internacional público y privado en América

En el ámbito centroamericano se realizaron congresos jurídicos (1897 y 1901) que adoptaron tratados sobre derecho civil, derecho mercantil, procesal, penal, extradición y propiedad literaria y artística.

En la Segunda Conferencia Panamericana (México, 1902), se suscribió la Convención para la formación de los Códigos de Derecho Internacional Público y Privado de América. Esta convención fue ratificada por ocho estados: Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras y República Dominicana. Esta convención estableció una comisión de cinco jurisconsultos de América y dos europeos de reconocida reputación, para redactar un código de derecho internacional público y otro de derecho internacional privado. Sin embargo, esta comisión no llegó a nombrarse.

En la Tercera Conferencia Internacional Americana (Río de Janeiro, 1906) se creó la Junta Internacional de Jurisconsultos, compuesta por un representante de cada uno de los estados americanos, encargada de preparar proyectos de códigos de derecho internacional público y derecho internacional privado.

La Junta se reunió por primera vez en Río de Janeiro en 1912, con asistencia de los representantes de 17 Estados y aprobó un tratado sobre extradición, discutió otro sobre ejecución de sentencias extranjeras y creó una subcomisión que debería funcionar en diversas capitales de América.

La segunda reunión de la Junta, prevista para junio de 1914 no pudo celebrarse debido a la guerra.

En 1911 se reunió el Congreso Bolivariano con asistencia de Bolivia, Ecuador, Perú, y Venezuela. En este congreso se suscribieron cinco acuerdos: propiedad literaria y artística, títulos académicos, extradición, patentes y privilegios de invención y ejecución de actos extranjeros.

La Tercera Conferencia Panamericana (Río de Janeiro, 1906) aprobó un acuerdo sobre patentes de invención, dibujos y modelos industriales, marcas de fábrica, propiedad literaria y artística.

En la Cuarta Conferencia Panamericana (Buenos Aires, 1910) se suscribieron tratados sobre patentes de invención, dibujos y modelos industriales y una convención sobre marcas de fábrica.

El Instituto Americano de Derecho Internacional fue fundado en 1912 por Brown Scott y Alejandro Álvarez, habiendo contribuido en forma notable al desarrollo y codificación del derecho internacional.

En la Quinta Conferencia Panamericana de Santiago de Chile (1923) se firmó una nueva convención para la protección de marcas de fábrica, comercio, agricultura y nombres comerciales. Se dictó una resolución encareciendo a los gobiernos la designación de dos delegados por cada país para constituir la Comisión de Jurisconsultos de Río de Janeiro, con el encargo de reanudar sus trabajos teniendo en cuenta la experiencia de los últimos años.

Por iniciativa del jurista norteamericano Charles Evans Hughes, el Instituto Americano de Derecho Internacional elaboró cerca de treinta proyectos, destacándose el proyecto de derecho internacional público elaborado por el eminente jurista Alejandro Alvarez y el Código de Derecho Internacional Privado redactado por el internacionalista cubano Antonio Sánchez de Bustamante, aprobado por la Comisión en 1927.

La Sexta Conferencia Panamericana (La Habana, 1928) aprobó el Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, y tratados sobre la condición de los extranjeros, derecho de los tratados, funcionarios diplomáticos y agentes consulares, neutralidad marítima, asilo, y deberes y derechos de los estados en caso de luchas civiles.

La Conferencia de La Habana organizó tres comités permanentes para la codificación: uno en Río de Janeiro, para los trabajos de derecho internacional público; otro en Montevideo, para los temas de derecho internacional

privado, y otro en La Habana, para legislación comparada y unificación de legislaciones.

La Séptima Conferencia Panamericana (Montevideo, 1933) suprimió las comisiones creadas en La Habana, conservó la Comisión Internacional de Jurisconsultos y creó los siguientes organismos nuevos:

1. Comisiones nacionales de codificación del derecho internacional, designadas por cada gobierno de las repúblicas americanas.
2. Una Comisión de expertos compuesta por siete jurisconsultos destinada a organizar, con carácter preparatorio, la obra de codificación; y
3. En la Unión Panamericana se creaba una secretaría general encargada del trámite y correspondencia de los órganos codificadores.

El sistema de codificación era el siguiente: El Comité de Expertos formaría un cuadro de materias de derecho internacional público y derecho internacional privado susceptibles de codificación. Hecha esta clasificación, el Comité de Expertos formula las bases de discusión para la Conferencia Internacional de Jurisconsultos Americanos.

La Conferencia de Buenos Aires de 1936, de Consolidación de la Paz, restableció los tres comités creados en La Habana y dispuso que el procedimiento sería el siguiente:

- a) Las comisiones nacionales de codificación harían en sus respectivos países los estudios doctrinales de las diversas materias de la codificación y enviarían los resultados a los comités permanentes.
- b) Éstos elaborarían proyectos de convención y resoluciones como base y preparación de los trabajos de la Conferencia de Jurisconsultos Americanos.
- c) El Comité de expertos enviaría todos los estudios, con un informe detallado a la Unión Panamericana, a fin de ser presentados a los gobiernos americanos y sometidos por último a la deliberación de la Conferencia de Jurisconsultos.

En la Unión Panamericana se creó en 1937 una oficina jurídica. El Comité de Expertos se designó y luego se reunió en Washington del 5 al 19 de abril de 1937.

La Octava Conferencia Panamericana (Lima, 1938) conservó los organismos existentes aunque hizo reformas. Los comités permanentes deberían tener seis miembros pertenecientes a países distintos de aquel de la sede del Comité y los demás delegados que considerara conveniente nombrar el país de la sede. El Comité de expertos tendría nueve miembros en lugar de siete, los dos nuevos elegidos en la misma forma que los anteriores. La Conferencia Internacional de Jurisconsultos americanos se compondría de dos delegados plenipotenciarios de cada país.

La Conferencia de Lima creó una comisión permanente de juristas encargada de estudiar y preparar la uniformidad de leyes civiles y mercantiles de América. Estaría constituida por tres miembros, nombrados así: uno por Estados Unidos de América y dos por el rector de la Universidad de San Marcos, de una lista de juristas designados por cada uno de los gobiernos americanos.

Como se ha visto anteriormente, la Carta de la OEA creó el Consejo de Jurisconsultos y el Comité Jurídico Interamericano era la comisión permanente del mismo. Por último, en la reforma de Buenos Aires de 1967 el Comité Jurídico Interamericano se convirtió en uno de los órganos de la OEA.

9.1. Código Bustamante o Código de Derecho Internacional Privado

El Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante fue adoptado en la VI Conferencia Panamericana (La Habana, 1928). Consta de 437 artículos que se refieren a las reglas generales, derecho civil internacional, derecho comercial internacional, derecho penal internacional y derecho procesal internacional, incluyendo la extradición. Este código fue suscrito por veinte estados y rige entre quince estados americanos. Colombia no lo ha ratificado.

El Código Bustamante adopta la ley personal que es la ley nacional o la ley del domicilio, según el sistema establecido en la legislación del Estado respectivo.

9.2. Tratados de Montevideo de 1939-1940

El Congreso se reunió en dos etapas: a la primera concurrieron Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay. A la segunda, de 1940, asistieron además Brasil y Colombia. En este segundo Congreso se suscribieron estos tratados:

- a) Tratado sobre asilo y refugio políticos.
- b) Tratado sobre propiedad intelectual.

- c) Convención sobre ejercicio de profesiones liberales.
- d) Tratado sobre derecho de navegación comercial internacional.
- e) Tratado sobre derecho comercial terrestre internacional.
- f) Tratado sobre derecho civil internacional.
- g) Tratado sobre derecho procesal internacional.
- h) Tratado sobre derecho penal internacional.
- i) Protocolo adicional.

Colombia no ha ratificado ninguno de estos tratados.

9.3. Conferencias especializadas interamericanas sobre derecho internacional privado

La labor de unificación de la OEA en el área del derecho internacional privado ha sido muy importante y se ha realizado principalmente por medio de seis conferencias interamericanas especializadas en el tema, que han tenido lugar en Panamá (1975), Montevideo (1979), La Paz (1984), Montevideo (1989), México (1994) Washington D.C. (2002). En estas conferencias se han adoptado veintidós convenciones interamericanas así:

9.3.1. Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre derecho internacional Privado, CIDIP I, Panamá, 1975

En esta conferencia se adoptaron las siguientes convenciones interamericanas:

- Conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas.
- Conflictos de leyes en materia de cheques.
- Arbitraje comercial internacional (Colombia aprobó esta Convención mediante Ley 44 de 1986).
- Recepción de pruebas en el extranjero. Colombia aprobó esta convención mediante la Ley 31 de 1987.

9.3.2. Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, CIDIP II, Montevideo, 1979

En esta conferencia se adoptaron las siguientes convenciones interamericanas:

- Régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero (Colombia aprobó esta convención mediante la Ley 80 de 1986).
- Conflictos de leyes en materia de cheques.
- Conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles.
- Eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales extranjeros (Colombia aprobó esta convención mediante la Ley 16 de 1981).
- Cumplimiento de medidas cautelares (Colombia aprobó esta convención mediante la Ley 42 de 1986).
- Prueba e información acerca del derecho extranjero (Colombia aprobó esta convención mediante la Ley 49 de 1982).
- Domicilio de las personas físicas en derecho internacional privado.
- Normas generales de derecho internacional privado (Colombia aprobó esta convención mediante la Ley 21 de 1981).
- Protocolo adicional sobre exhortos o cartas rogatorias (Colombia aprobó esta convención mediante la Ley 27 de 1988).

9.3.3. Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, CIDIP III, La Paz, 1984

En esta conferencia se adoptaron las siguientes Convenciones Interamericanas:

- Conflictos de leyes en materia de adopción de menores (Colombia aprobó esta convención mediante la Ley 47 de 1987).
- Personalidad y capacidad de personas jurídicas de derecho internacional privado.
- Competencia en esfera internacional para la eficacia extraterritorial de sentencias en el extranjero.
- Protocolo adicional a la convención sobre pruebas en el extranjero.

9.3.4. Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, CIDIP IV, Montevideo, 1989

En esta conferencia se adoptaron las siguientes convenciones interamericanas:

- Obligaciones alimentarias.
- Contrato de transporte internacional de mercaderías por carretera.
- Restitución internacional de menores.

9.3.5. Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, CIDIP V, Ciudad de México, 1994

En esta conferencia se adoptaron las siguientes convenciones interamericanas:

- Derecho aplicable a los contratos internacionales.
- Tráfico internacional de menores.

La labor de estas cinco conferencias especializadas interamericanas sobre derecho internacional privado tiene estas características:

- Contienen normas sobre conflictos de leyes, y excepcionalmente sobre derecho uniforme. Además, se han adoptado luego de estudios realizados por el Comité Jurídico Interamericano y de comités de expertos que han conciliado las distintas tendencias doctrinarias.
- Las normas adoptadas constituyen una armonización entre lo previsto en los tratados de Montevideo, el Código Bustamante, el *Restatement of the onvencione laws* norteamericano, y la doctrina tanto del *common law* como del *civil law*.
- La codificación se ha referido al derecho procesal internacional, al derecho mercantil internacional, al derecho de familia y de menores internacional, y al derecho civil internacional. Sin embargo, se va a continuar la codificación en distintas áreas del derecho.
- Es necesario que todos los estados americanos ratifiquen estas convenciones para que sean un instrumento adecuado para la solución de los conflictos de leyes entre los estados americanos. Igualmente, se pueden adoptar como legislación interna.
- Estas convenciones han tenido en cuenta las convenciones adoptadas en el seno de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, y la doctrina y jurisprudencia extranjeras.

- Indudablemente la codificación de las normas sobre conflictos de leyes en el sistema interamericano constituye un cuerpo normativo que ha contribuido no sólo a la solución de los conflictos en las distintas materias a las que se han referido; ha propiciado la unificación legislativa, y forma un *corpus* normativo que ha servido a la codificación y al desarrollo progresivo del derecho internacional privado en el sistema interamericano y a nivel general.
- En las convenciones mencionadas se adoptaron, entre otros, estos principios:
 - a) Ley del domicilio para regir la persona en materia civil.
 - b) Se creó un sistema para la práctica de pruebas y actos de mero trámite en el exterior a través de la autoridad central y mediante formularios. Además, se acordó la aplicación oficiosa de la norma extranjera sin perjuicio que las partes la puedan alegar y probar.
 - c) La existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades mercantiles se rige por la ley del lugar de su constitución. Además, las sociedades mercantiles debidamente constituidas en un Estado, serán reconocidas de pleno derecho en los demás estados.
 - d) Se adoptó el criterio del orden público internacional para no aplicar las convenciones entendiendo por tal el conjunto de principios fundamentales del respectivo ordenamiento jurídico.
 - e) Se reguló el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales proferidos en el exterior.
 - f) Se adoptó una convención sobre medidas cautelares que permite a las autoridades jurisdiccionales de los estados dar cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por jueces o tribunales de otro Estado parte competente en la esfera internacional, con determinados requisitos.
 - g) Se facilitó la prueba e información acerca del derecho extranjero.
 - h) Se adoptó una convención sobre normas generales de derecho internacional privado que comprende la aplicación oficiosa de la ley extranjera, la institución desconocida, los recursos aplicables, el orden público internacional, el fraude a la ley, el reconocimiento de situaciones jurídicas válidamente constituidas en el extranjero, la cuestión previa, preliminar o incidental, y la aplicación armónica de leyes de conflicto.

- i) Se adoptaron normas uniformes y reglas de conflicto en materia de adopción internacional de menores.
- j) Se adoptó el principio que la existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, el funcionamiento, la disolución y la fusión de las personas jurídicas de carácter privado se rigen por la ley del lugar de su constitución.
- k) Se adoptó un procedimiento expedito para la restitución internacional de menores que han sido trasladados al exterior con violación de los derechos de patria potestad, de custodia, o de visita.
- l) Se facilita el cobro de alimentos cuando el acreedor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado parte y el deudor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual, bienes o ingresos en otro estado parte.
- m) Se establecen normas uniformes en materia de transporte internacional de mercaderías por carretera.
- n) Se determinó la ley aplicable a los contratos internacionales adoptándose la autonomía de la voluntad.
- o) Se adoptan normas y procedimientos para prevenir y cooperar en la represión del tráfico internacional de menores.

9.3.6. Sexta conferencia Especializada Interamericana sobre Desarrollo Internacional Privado, CIDIP VI, Washington D.C., 2002

En esta conferencia se adoptó la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias. Se adoptaron las Reglas en materia de Documentos y Firmas Electrónicas en el sentido de recomendar a los Estados Unidos miembros de la OEA la adopción de regímenes legales compatibles con los instrumentos sobre comercio electrónico y firmas electrónicas adoptados en 1996 y en 2001 por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Se adoptó una resolución sobre documentación mercantil uniforme para el transporte internacional con particular referencia a la Convención Interamericana sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercadería por Carretera de 1989, y la posible incorporación de un protocolo adicional sobre conocimiento de embarque. Se adoptaron dos documentos anexos: a) la carta de porte directa

uniforme no negociable interamericana para el transporte internacional de mercaderías por carretera; y b) la carta de porte directa uniforme negociable interamericana para el transporte internacional de mercaderías por carretera. Así mismo se aprobaron los términos y condiciones que figuran en el reverso de ambos documentos y se recomendó a los Estados miembros que divulgaran su texto y promovieran su utilización en todas las partes de la Américas.

10. Evolución del sistema interamericano y su contribución al desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional general

En nuestra obra sobre el sistema interamericano²¹ enunciamos algunos aportes del sistema interamericano al desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional general. Ahora podemos enunciar los siguientes principios y doctrinas que han sido importantes para el desarrollo del derecho internacional general:

1. El Congreso de Panamá de 1826 adoptó las ideas de Bolívar como la unión, liga y confederación perpetuas, la solidaridad general en caso de ataque a un Estado americano, la garantía recíproca de integridad territorial de los estados contratantes, la prohibición de declarar la guerra antes de que intervenga la acción conciliadora de la Asamblea General de los Estados, la nacionalidad continental, la Asamblea Periódica de Plenipotenciarios, y la solución pacífica de los conflictos entre los estados americanos.
2. La Doctrina Monroe, contenida en el mensaje del 2 de diciembre de 1823 del presidente James Monroe, que rechazó la intervención europea para reconquistar a las antiguas colonias americanas. Esta doctrina se enunció en los párrafos 7, 48 y 49 así:

Los continentes americanos, por la libre e independiente condición que han asumido y que mantienen, en adelante no pueden considerarse como sujetos

²¹ Marco Gerardo Monroy Cabra, *El sistema interamericano*, pp. 31 y ss. Igualmente, Marco Gerardo Monroy Cabra, *Tratado de Derecho internacional Privado*, 6ª ed., Temis, Bogotá, 2006.

a futura colonización por cualquier nación europea. En las guerras de potencias europeas, en materias que ellas solas conciernen, jamás hemos tomado parte alguna ni entra en nuestra política hacer [...] Corresponde, pues, a nuestra franqueza y a las relaciones que entre los Estados Unidos y aquellas potencias, declarar que consideramos como peligroso para nuestra paz y seguridad, cualquier tentativa de su parte para extender su sistema a cualquier porción de este hemisferio.

- Los anteriores párrafos contienen la reafirmación de la independencia de los estados de Sur América, la consagración del sistema democrático representativo como el idóneo para estas naciones, el establecimiento del principio de autodeterminación, y la solidaridad frente a la agresión.
3. El mariscal Sucre, después de la batalla de Turquí (1829) ofreció arreglar las diferencias entre beligerantes en los mismos términos que había anunciado con anterioridad a la guerra, expresando que la victoria no da derechos y que no pueden ser válidas las adquisiciones basadas en el triunfo de las armas.
 4. En cuanto a las reservas a tratados multilaterales, la Octava Conferencia (Lima, 1938) estableció que las reservas no obligan al Estado que rehúsa aceptarlas, pero sí al Estado que las admita, de manera que habrá estados que queden ligados por las reservas, y otros que no lo estarán.
 5. La Convención sobre Tratados de la Sexta Conferencia Panamericana (La Habana, 1928) establece normas que fueron tenidas en cuenta por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.
 6. El respeto al asilo diplomático y territorial. El primero, consagrado en el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo (1889) y en las convenciones de La Habana (1928), Montevideo (1933) y Caracas (1954). El segundo, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).
 7. La Doctrina Estrada que suprime el reconocimiento expreso de los gobiernos de facto, quedando el Estado en libertad de mantener o retirar sus agentes diplomáticos en la capital del Estado donde hubiera ocurrido la revolución o el pronunciamiento militar. Asimismo, la Doctrina Tobar que

- negaba el reconocimiento de los gobiernos de facto surgidos de las revoluciones contra la Constitución.
8. La Doctrina Drago repudia el recurso a la fuerza para obligar a un Estado a pagar su deuda pública. Esta doctrina, con la modificación hecha por el delegado norteamericano Porter, fue aprobada en la Conferencia de La Haya de 1907.
 9. La Doctrina Calvo condena toda intervención financiera, inclusive en forma de reclamación diplomática, cuando la exigencia resultare de la existencia de un contrato, o de perjuicios causados en casos de guerra civil, insurrección, o simples motines populares.
 10. Principio de la no intervención que fue aceptado luego de varias intervenciones contra estados americanos. Este principio fue proclamado en la Séptima Conferencia Panamericana (Montevideo, 1933) y hoy está expresamente enunciado en la Carta de la OEA (artículos 2b, 3e y 18).
 11. La tesis de las doscientas millas propugnada por varios estados americanos se abrió paso en la Tercera Conferencia del Derecho del Mar, bajo el nombre de Zona Económica Exclusiva.
 12. La doctrina del “*uti possidetis juris* de 1810” en virtud de la cual las naciones americanas reconocen, como límites de sus respectivos territorios, las delimitaciones establecidas por España, tal como existían al tiempo de producirse el movimiento general de emancipación; es decir, la delimitación administrativa de la Colonia se admitió como frontera política. Esta teoría sólo fue impugnada por Brasil al sostener la tesis del “*uti possidetis de facto*” que únicamente respetaba la soberanía del Estado sobre las tierras por él ocupadas, hasta donde se extienda la ocupación efectiva en el momento. Este principio ha sido aceptado por la Corte Internacional de Justicia.
 13. Principio de la seguridad colectiva que conlleva el que la agresión a un Estado se considera agresión a los demás estados, e implica la solidaridad colectiva en defensa del agredido. Este principio fue admitido por el Congreso de Panamá, reiterado por el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca de Río de Janeiro (1947) y está admitido en la Carta de la OEA. Esto implica que el Congreso de Panamá, que admitió este principio, se adelantó en casi un siglo a la Sociedad de Naciones y casi siglo y medio a las Naciones Unidas que aceptan la seguridad colectiva frente a la agresión.

14. Principio de la democracia representativa como forma de gobierno de los estados americanos establecido como uno de los pilares del sistema interamericano, dentro del respeto al principio de la no intervención.
15. Protección de los derechos humanos para lo cual el sistema interamericano dispone de un mecanismo compuesto de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
16. Principio de la libertad de los mares.
17. Principio del respeto a los derechos de los neutrales.
18. Principio de régimen de puerta abierta para el comercio internacional.
19. Principio de la soberanía del poder judicial de cada Estado respecto de las reclamaciones de los extranjeros, excepto en los casos de denegación de justicia.
20. Definición del concepto de de domicilio.
21. Principio de que las personas jurídicas, especialmente las sociedades de capital, carecen de nacionalidad y no pueden invocar la protección diplomática de un gobierno extranjero.
22. Principio del derecho de cada Estado de disponer de sus recursos naturales como lo desee y a escoger el sistema político, económico y social que tenga a bien.
23. Principio de la igualdad de derechos civiles entre nacionales y extranjeros.
24. Principio de la igualdad jurídica de los estados.
25. Principio del no reconocimiento de la adquisición de territorios por la fuerza (Doctrina Stimson).
26. Principio del derecho de petición de cualquier persona o grupo de personas u organización para denunciar a cualquier Estado americano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por violación de uno de los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
27. La jurisprudencia regional ha hecho importantes aportes al derecho internacional general como los principios de copropiedad, en el caso del Golfo de Fonseca, el del daño emergente y lucro cesante en el asunto Yuille Shortridge (1861), el de denegación de justicia en el caso Fabiani (1861), el de necesidad de agotamiento de los recursos internos en los casos North

American Dredging y otros de las comisiones mexicanas de reclamaciones (1923-1934).

28. Establecimiento de un mecanismo para proteger la democracia representativa frente a cualquier interrupción del sistema democrático. Al respecto la Resolución 1080 (XXI-0/91) creó el siguiente mecanismo:

1) Instruir al Secretario General que solicite la convocación inmediata del Consejo Permanente en caso de que se produzcan hechos que ocasionen una interrupción abrupta o irregular del proceso político institucional democrático o del legítimo ejercicio del poder por un gobierno democráticamente electo en cualquiera de los Estados miembros de la Organización para, en el marco de la Carta, examinar la situación, decidir y convocar una Reunión *ad hoc* de Ministros de Relaciones Exteriores, o un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, todo ello dentro de un plazo de 10 días.

2) Expresar que la Reunión *ad hoc* de Ministros de Relaciones Exteriores o el período extraordinario de sesiones de la Asamblea General tenga por objeto analizar colectivamente los hechos y adoptar las decisiones que se estime apropiadas, conforme a la Carta y al derecho internacional.

3) Encomendar al Consejo Permanente que elabore un conjunto de propuestas de incentivo a la preservación y fortalecimiento de los sistemas democráticos, sobre la base de la solidaridad y la cooperación internacional e informe a la Asamblea General en su vigésimo segundo período ordinario de sesiones.

- Esta resolución se aplicó en los casos de Perú, Haití y Guatemala.
- Igualmente, el Protocolo de Washington de 1992 reformó la Carta de la OEA, estableciendo la suspensión del Estado miembro cuando ocurra la interrupción del régimen democrático. La reforma dice: “Un Miembro de la Organización cuyo gobierno democráticamente constituido sea derrocado por la fuerza podrá ser suspendido del ejercicio del derecho de participación en las sesiones de la Asamblea General, de la Reunión de Consulta, de los Consejos de la Organización y de las Conferencias Especializadas, así como de las comisiones, grupos de trabajo y demás cuerpos que se hayan creado”.

- Tanto la Resolución 1080 como el Protocolo de Washington de 1992 tienden a fortalecer la democracia representativa en los Estados americanos.
- A lo dicho anteriormente, hay que agregar que la codificación del derecho interamericano empezó desde comienzos de siglo. Basta citar la Convención para la Formación de los Códigos de Derecho Internacional Público y Privado de América, suscrita en 1902 y en la Convención sobre Derecho Internacional, suscrita en la Conferencia Interamericana de Río de Janeiro en 1906. Estos tratados establecen métodos y procedimientos para el proceso de codificación y cooperación jurídica a nivel interamericano.

Desde 1826 a hoy se han suscrito numerosos tratados así: a) tratados suscritos en conferencias internacionales americanas, conferencias interamericanas, y asambleas generales; b) Tratados suscritos en conferencias especiales; c) Tratados abiertos a la firma en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos; d) convenciones de radio; e) Acuerdos postales; f) Acuerdos subregionales, y, g) Acuerdos nucleares.

29. Adopción de tratados para la protección de los derechos de la mujer. Se pueden citar al respecto los siguientes instrumentos:

- Convención sobre Nacionalidad de la Mujer (Montevideo, 1933).
- Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer (Bogotá, 1948).
- Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer (Bogotá, 1948) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” de 1994, aprobada por Ley 248 de 1995.

30. Contribución a la paz mediante la suscripción del Tratado para la Proscripción de las armas nucleares en América Latina (Tratado de Tlatelolco, México, 02/14/67).

31. Contribución a la lucha contra el narcotráfico mediante la creación de la CICAD y la aprobación de los Reglamentos Modelo relativos a precursores químicos y lavado de dinero.

32. Contribución a la lucha contra el terrorismo mediante la adopción de la Convención Interamericana para Prevenir y Castigar los Actos de Terrorismo

configurados en Delitos contra las Personas y la extorsión conexas cuando tuvieran trascendencia internacional (Convención de Washington, 1971).

33. Contribución a la lucha contra la corrupción mediante la adopción de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

11. Perspectivas del sistema interamericano en el área jurídica

En un estudio realizado por la OEA titulado “El derecho en un nuevo orden interamericano” (OEA/ Ser.G, CP/ doc. 2744/96 del 3 de mayo de 1996) se establece la agenda jurídica para los próximos años. Las acciones que se enuncian son seguimiento del plan de acción en el área jurídica acordado en la Cumbre de las Américas (Miami, 1994) en que los jefes de Estado y de gobierno de los 34 estados expresaron que el plan de acción debía comprender la preservación y el fortalecimiento de la comunidad de democracias de las Américas, la promoción de la prosperidad mediante la integración económica y el libre comercio, la garantía del desarrollo sostenible y la conservación del medio ambiente para las generaciones futuras.

El documento de la OEA concreta en acciones las directrices fijadas en la Cumbre de las Américas en la siguiente forma:

1. *Fortalecimiento de la democracia*

En este aspecto el documento señala la necesidad de que los estados americanos ratifiquen los protocolos de Cartagena de Indias, Washington y Managua. Asimismo, cooperación con los estados para las reformas constitucionales, la elaboración de leyes modelo en áreas relativas al perfeccionamiento de las instituciones democráticas, cooperación horizontal e intercambio de experiencias, programas de investigación aplicada y apoyo a programas de capacitación.

2. *Seguridad hemisférica*

En este aspecto se sugiere el fortalecimiento de las medidas de confianza y el perfeccionamiento y aplicación de los instrumentos convencionales sobre solución pacífica de conflictos.

3. *Promoción y protección de los derechos humanos*

En este punto se establece la necesidad de que todos los estados americanos ratifiquen la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Asimismo, el fortalecimiento y apoyo a los sistemas nacionales de protección de los derechos humanos, y la protección de grupos especialmente vulnerables como las mujeres, los niños, las poblaciones indígenas y los discapacitados.

4. *La lucha contra el narcotráfico*

En este aspecto hay que resaltar los programas de Río (1986) y de Ixtapa (1990) que fijan las políticas en materia de lucha contra el narcotráfico. Asimismo, se han aprobado reglamentos modelos relativos a precursores químicos y lavado de dinero, y se proyecta preparar nuevos reglamentos modelos sobre el control de armas y explosivos vinculados al narcotráfico, y la creación de nuevos centros regionales de cooperación jurídica teniendo en cuenta la experiencia del CEDEJU.

5. *La eliminación de la amenaza del terrorismo*

La Asamblea General, en 1971, aprobó la Convención Interamericana para Prevenir y Castigar los Actos de Terrorismo configurados en Delitos contra las Personas y la extorsión conexa cuando tuvieran trascendencia internacional. Se proyecta elaborar una convención sobre terrorismo, la realización de una conferencia especializada sobre terrorismo, y adopción de normas modelo para tipificar los actos terroristas y la cooperación judicial en esta materia.

6. *Lucha contra la corrupción*

En este aspecto se adoptó la Convención Interamericana contra la Corrupción, se ha instado a los estados a ratificar la Convención sobre Extradición y la de Asistencia Mutua en Materia Penal, leyes modelo, cooperación horizontal e intercambio de experiencias, cooperación en la investigación y sanción de delitos. Además, se proyecta elaborar una Convención Interamericana para combatir el lavado de dinero, y la armonización de las legislaciones

americanas con los convenios de las Naciones Unidas y los reglamentos modelos relacionados con el lavado de dinero, así como el intercambio de pruebas e información.

7. *Integración económica regional y libre comercio*

En este aspecto se proyecta estudiar la posibilidad de establecer procedimientos adecuados de solución de controversias al interior de los procesos de integración, así como en los procesos de convergencia entre cada uno de dichos mecanismos de integración.

8. *Protección del medio ambiente*

Hay que resaltar la elaboración de la Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas de los Países de América (Washington, 1940).

La Cumbre de las Américas de Miami propuso como acciones la elaboración de leyes ambientales con el objeto de garantizar que la integración económica de la región se realice de manera ambientalmente sostenible; el establecimiento de mecanismos para la cooperación entre las dependencias de los gobiernos, incluyendo el campo jurídico y de vigilancia del cumplimiento de la ley; la elaboración de leyes y reglamentos ambientales compatibles con altos niveles de protección ambiental; y d) La promoción de la aplicación de los acuerdos ambientales internacionales.

9. *Desarrollo social*

El Protocolo de Managua creó el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral (CIDI). Las acciones que se proyectan comprenden el asesoramiento legislativo, el fortalecimiento de la cooperación jurídica incluyendo al BID, al IICA, la OPS, la CEPAL y el Banco Mundial.

Se debe destacar la creación en 1993 de la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones (CITEL) en reemplazo de la anterior Conferencia Interamericana. Entre las acciones a seguir figuran la actualización de las normas interamericanas, y la coordinación entre las normas nacionales y las internacionales.

10. *Desarrollo del derecho internacional privado*

Se proyecta la celebración de la Sexta Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado, y la difusión de las convenciones adoptadas en las cinco conferencias anteriores.

11. *Perfeccionamiento de la administración de justicia en el ámbito interamericano*

Entre las actividades se prevé la cooperación judicial regional, la difusión y ratificación de las convenciones interamericanas, el establecimiento de mecanismos de cooperación judicial y el estudio de la justicia en procesos de integración.

12. Consideramos que las acciones antes enumeradas son consecuencia del plan de acción de la Cumbre de las Américas de Miami (1994) que comprende estos aspectos: a) La preservación y el fortalecimiento de la comunidad de democracias de las Américas; b) La promoción de la prosperidad mediante la integración económica y el libre comercio; c) La erradicación de la pobreza y la discriminación en nuestro hemisferio; y, d) La garantía del desarrollo sostenible y la conservación del medio ambiente para las generaciones futuras.

Cada uno de estos aspectos tiene un contenido jurídico además de otras acciones. En este programa deben participar los Estados, la OEA, el BID, la CEPAL, la OPS, el Banco Mundial, y todos los organismos del sistema de Naciones Unidas activos en este Hemisferio.

La OEA está desarrollando cada uno de estos puntos a través de reuniones de alto nivel y conferencias especiales, así como diversas acciones para lograr el cumplimiento de la voluntad política de todos los estados americanos expresada en la mencionada cumbre de las Américas.

Conclusiones

Del anterior análisis del origen y evolución del sistema interamericano, desde el punto de vista jurídico, se pueden deducir las siguientes conclusiones:

1. El derecho interamericano ha contribuido a la codificación y desarrollo del derecho internacional general.
2. Desde el Congreso de Panamá, los congresos hispanoamericanos del siglo XIX, las conferencias panamericanas, las reuniones de consulta, las conferencias especializadas, las asambleas generales, y los órganos, organismos y entidades del sistema interamericano han adoptado a través de tratados, resoluciones, declaraciones, Recomendaciones, normas, principios, y programas que han servido para el desarrollo de las relaciones interamericanas.

3. Es indispensable que los estados ratifiquen todas las convenciones adoptadas por cuanto sólo así se podrá crear un cuerpo de normas obligatorias para los estados americanos.
4. La nueva agenda de la OEA para el siglo XXI fue fijada por la Cumbre de las Américas de 1994 y al desarrollo de la misma puede contribuir eficazmente el derecho interamericano.
5. A la creación del sistema interamericano han contribuido los estados, la OEA, y los órganos, organismos y entidades de la Organización.
6. El derecho internacional es norma de conducta de los estados americanos y por ello el desarrollo del derecho interamericano es importante para lograr en lo posible la uniformidad legislativa, un cuerpo de normas de conflicto, y un marco jurídico adecuado para la integración y el libre comercio.
7. Es necesario perfeccionar el sistema de solución pacífica de conflictos en el sistema interamericano mediante la reforma del Pacto de Bogotá y la ratificación de las reformas al TIAR, la adopción de la conciliación obligatoria, la posible creación de una corte interamericana de justicia, una corte permanente interamericana de justicia, y reforma de los mecanismos que existen en la OEA para hacerlos más ágiles y funcionales, especialmente en la acción del Consejo Permanente y la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores.
8. Dentro de un mundo globalizado e interdependiente y una zona de libre comercio común americana se hace indispensable la unificación jurídica para lo cual se pueden crear comisiones encargadas de elaborar leyes modelos y continuar la labor de las conferencias especializadas sobre derecho internacional privado para unificar el sistema de solución de conflictos entre países del *common law* y del *civil law*.

Es indispensable reforzar la cooperación y la solidaridad de los estados americanos para idear instrumentos jurídicos interamericanos para combatir la pobreza absoluta, el terrorismo internacional, el narcotráfico y el lavado de dinero, proteger el medio ambiente y los derechos humanos, y lograr elevar la calidad de vida de todos los habitantes del hemisferio dentro de un marco de respeto a las instituciones democráticas.

Seguridad, terrorismo y derechos humanos¹

Nos encontramos reunidos aquí para presentar el libro *Terrorismo, la legítima defensa y los derechos humanos*, del ilustre internacionalista, tratadista, diplomático, y profesor Héctor Gros Espiell. El libro ha sido publicado por Ediciones de la Plaza, con los auspicios de la Asociación Latinoamericana para los Derechos Humanos.

Constituye para mí un honor inmerecido hacer algunas reflexiones sobre el pensamiento del ilustre maestro de muchas generaciones y verdadero precursor en el campo del derecho internacional de los derechos humanos, doctor Gros Espiell, que he aceptado por la amistad que hace muchos años nos liga y que me honra en grado sumo.

El libro contiene las reflexiones del destacado jurista sobre la relación entre lo que el denominado hiperterrorismo, la legítima defensa y los derechos humanos.

Empieza el doctor Gros Espiell advirtiendo que “el terrorismo actual, colectivo, organizado, sin fronteras, basado en el fanatismo religioso-político, nutrido de un odio sin límites, capaz de utilizar la ciencia y la tecnología, y recursos financieros ilimitados, unido a otras formas de delincuencia actual, es la prolongación, una forma actual de la guerra clásica. De una guerra que no conoce límites, a la que no se aplica el derecho internacional humanitario, dirigida a atacar a víctimas inocentes y a generar el terror en la humanidad entera”.

Analiza las características de la situación creada después del 11 de septiembre del 2001, para concluir que se trata de un conflicto bélico que tiene características especiales en cuanto no se trata de la declaración de guerra de un Estado contra otro, sino que el Congreso de Estados Unidos le otorga poderes especiales al Presidente para utilizar la fuerza contra estados, organizaciones o asociaciones, y contra personas.

¹ Presentación del libro *Terrorismo, la legítima defensa y los derechos humanos* del ilustre internacionalista Hector Gros Espiell.

Al destacar que se trata de un fenómeno nuevo, que no encaja en las previsiones de la Carta de las Naciones Unidas (artículos 2 (p.4), 42, 51 y 53), pone de presente que la legítima defensa preventiva no está prevista en el derecho internacional.

Luego de hacer referencia a las normas básicas sobre las cuales descansa el derecho internacional humanitario, expresa que éste se puede aplicar a otros conflictos y a otras formas de uso de la fuerza, dentro del marco de la aplicación de los principios de humanidad, recordando la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso del Canal de Corfú, en 1949.

El doctor Gros considera que existe una obligación de todos los estados partes en los diversos tratados sobre el terrorismo, de cooperar en el combate contra éste; además, existe responsabilidad internacional de los estados que incumplan esta obligación; se debe simplificar la extradición en casos de terrorismo; es necesario tipificar el terrorismo como figura autónoma; existe una responsabilidad subsidiaria de una jurisdicción internacional para hacer efectiva la responsabilidad del Estado si no actúa contra el terrorismo, y se debería crear un tribunal internacional especial para el terrorismo internacional.

Igualmente, afirma que se debe analizar la relación entre el terrorismo y los derechos humanos. Al respecto es enfático en afirmar que “El terrorismo es hoy la fuente de las más graves violaciones a los Derechos Humanos, en especial del Derecho a la Vida”.

Agrega que los sistemas jurídicos deben perseguir y castigar el terrorismo como el caso más grave y específico de violación de los derechos humanos.

Después de leer los escritos del distinguido profesor y amigo, doctor Gros, debo manifestar que los comparto íntegramente.

Todos los temas relacionados con el terrorismo, la seguridad nacional e internacional, y el respeto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, han sido expuestos en forma sintética, clara y precisa, con una gran claridad conceptual, fruto de su lúcido pensamiento y de su gran experiencia en el campo de los derechos humanos. Coincido con el diagnóstico que hace el profesor Gros para los próximos veinte años:

El concepto y la realidad de la guerra, como enfrentamiento entre Estados, está en crisis y en decadencia. Es posible que no asistamos a guerras tradicionales,

pero los conflictos bélicos de nuevo tipo, seguirán existiendo con intensidad y extensión creciente. La acción contra el terrorismo, las actividades militares realizadas directamente o encabezadas por la superpotencia se acentuarán. Y la confusión entre conflictos bélicos internacionales e internos será cada vez más grande y sus límites se desdibujarán cada día más. El fin de la guerra tradicional no significará el término de la violencia bélica. Solamente esta violencia nefasta adquirirá otras formas.

Quisiera únicamente ampliar algunos puntos que considero útiles a la luz no sólo del derecho internacional sino del derecho constitucional.

1. El contexto internacional actual

Después del 11 de septiembre de 2001 y en virtud del resurgimiento del terrorismo internacional surgió el sentimiento y la angustia de inseguridad. Este hecho ha dado lugar a la adopción de nuevos tratados y puesta en vigencia de los anteriores sobre terrorismo internacional.

Asimismo, como lo expresa el profesor Gros, ha puesto de presente la necesaria conexión entre el combate al terrorismo internacional, la pretendida legítima defensa preventiva, y el respeto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Igualmente, la nueva situación internacional ha hecho que se hayan expedido leyes antiterroristas en muchos estados; por su parte, las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos han puesto de presente el peligro de que dichas leyes y acuerdos no respeten los derechos fundamentales de las personas; es decir, existe la controversia de los límites de los tratados sobre terrorismo y de las leyes de seguridad en los estados democráticos y constitucionales.

Estas reflexiones solamente pretenden llamar la atención sobre los controles y límites que se requieren para evitar que, *so pretexto* de garantizar la seguridad de las personas y de la sociedad, se vulneren derechos fundamentales a las personas.

2. Nuevo concepto de seguridad

Después de la segunda guerra mundial, no sólo se internacionalizan y constitucionalizan los derechos humanos, sino que la globalización trae consigo,

además de la internacionalización de la economía, la creación de la delincuencia organizada transnacional, la corrupción y el terrorismo internacional.

La seguridad ya no se concibe únicamente como militar, sino que existen otras amenazas como la pobreza absoluta, la degradación del medio ambiente, el narcotráfico, el terrorismo internacional. Es la seguridad cooperativa basada en la cooperación internacional.

Pero la seguridad no sólo se contempla a nivel internacional sino a nivel interno. Dentro del nuevo contexto internacional los Estados han venido promulgando leyes y medidas para contener el terrorismo. Lo anterior ha conducido a una tensión entre libertad y derechos fundamentales y seguridad.

Después del 11 de septiembre de 2001 hay una discusión sobre la naturaleza y los límites de la seguridad internacional y de la seguridad interna. Las medidas para la prevención y represión del terrorismo internacional han conducido a la adopción de leyes antiterroristas que usualmente son criticadas porque pueden conducir a un Estado controlador, o a una restricción muy severa de los derechos fundamentales.

Por otro lado, a nivel internacional ha surgido el concepto de seguridad preventiva, que conlleva la utilización de la legítima defensa para precaver un eventual ataque. Esta teoría de la legítima defensa preventiva y de los ataques preventivos para evitar futuros ataques, no es todavía una norma de derecho convencional ni consuetudinario internacional y no está prevista en la Carta de la ONU, como veremos adelante; tampoco constituye costumbre internacional.

Por otra parte, como lo advierte el profesor Gros, no hay norma en la Carta de las Naciones Unidas que autorice la legítima defensa preventiva y por ende, como lo dice acertadamente: “No es aceptable el reconocimiento de una legítima defensa preventiva, antes de producirse “un ataque armado”.

Tanto la seguridad interna como la seguridad internacional han sufrido cambios en su manera de analizarse. Tradicionalmente se había estudiado la seguridad como valor jurídico. Pero, dentro del nuevo contexto, la seguridad se presenta como derecho y como exigencia de las personas para que las autoridades adopten normas y medidas que tiendan a garantizarles la vida y la integridad física, principalmente.

Actualmente, dado el auge del terrorismo y de los crímenes transnacionales e internacionales, la seguridad se presenta tanto como un derecho de las personas, como una obligación del Estado a otorgarla, para que pueda existir la convivencia y coexistencia pacífica de los asociados.

El aumento de los riesgos y peligros de la actual sociedad han hecho que algunos consideren que se ha cambiado el modo de vida y que existe el principio de “vivir en peligro”, como contrapartida del concepto de seguridad que puso en boga el hombre burgués, producto de la revolución francesa, como lo cree Demogue.²

Sin embargo, no es posible aceptar que el peligro y la inseguridad sean la regla general. La vida personal y la vida social exigen la existencia de un orden y de unas leyes que garanticen la seguridad de las personas y de la sociedad.

Además, el derecho exige que exista seguridad y que se garantice la existencia social sin angustia ni sentimiento de inseguridad.

Por tanto, si bien los estados tienen la obligación de combatir el terrorismo —como lo expresa el profesor Gros—, en todas sus formas y manifestaciones, como lo determinan los tratados internacionales a que nos referiremos posteriormente, sin embargo, la actuación del Estado debe enmarcarse dentro de los principios y valores del Estado de derecho y la normatividad internacional.

3. Las normas para garantizar la seguridad deben respetar los derechos humanos

Los derechos humanos emanan de la naturaleza humana y son inherentes a la misma. Los derechos humanos se encuentran enunciados en los tratados y en las constituciones de los estados. Muchas constituciones establecen la primacía de los tratados sobre derechos humanos, respecto del ordenamiento jurídico interno.

La Constitución colombiana de 1991, siguiendo a la Constitución española de 1978, consagra la prevalencia de los tratados de derechos humanos sobre el ordenamiento jurídico interno colombiano (artículo 93), la interpretación de los derechos constitucionales conforme a los tratados sobre derechos

² Demogue, cita de Lino Rodríguez-Arias Bustamante en *Ciencia y filosofía del derecho*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 530.

humanos, la prohibición de suspensión de los derechos humanos en estados de excepción, y la aplicación en todo caso de las normas del derecho internacional humanitario.

La Corte Constitucional colombiana ha afirmado que: “Los derechos fundamentales son los que corresponden al ser humano en cuanto tal, es decir, como poseedor de una identidad inimitable, caracterizada por su racionalidad, que le permite ejercer sus deseos y apetencias libremente” (T- 419 del 17 de junio de 1992).

Es necesario tener en cuenta que el respeto a los derechos humanos se fundamenta en la naturaleza humana y en la dignidad de la persona humana que es un principio, valor y derecho consagrado en los textos constitucionales.

En Colombia la dignidad humana aparece como principio el artículo 1 de la Constitución. En España el Tribunal Constitucional (53/1985, del 11 de abril de 1985) ha señalado:

Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que *la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás* (B/C, 49, 1985, pp. 532-533; las cursivas son mías).

Dentro de la concepción del Estado social de derecho se reconocen la libertad y autonomía de la persona y los derechos fundamentales de ésta. La Constitución colombiana y muchas otras constituciones no reconocen en forma explícita el derecho a la seguridad, pero éste deriva del Estado de derecho y especialmente del derecho a la vida y a la integridad física. Esto implica que el Estado debe proteger a sus ciudadanos frente a la violencia de otras personas.

Como lo dice Helen Ahrens:³ “Si la dignidad es una obligación superior, entonces la obligación estatal de velar por la seguridad de sus ciudadanos estará subordinada a ella”.

En este análisis no tomamos el término “seguridad” como seguridad jurídica, sino como valor jurídico fundamental que es consustancial al derecho; en efecto, sin seguridad jurídica no hay derecho.

Según Lino Rodríguez-Arias Bustamante,⁴ refiriéndose a la posición de Stammler, después de decir que para este autor puede haber un derecho justo o injusto:

En cambio, el Derecho sí contiene ciertamente en su misma esencia formal la idea de seguridad. Para ellos, el concepto de seguridad es consustancial al Derecho. No lo es, sin embargo, el concepto de justicia. Por ello, nos dicen, que sin seguridad no hay Derecho, ni bueno ni malo. Ciertamente que, además, el Derecho debe ser justo, servir al bien común, porque si no lo hace será injusto. Pero si, por el contrario, no representa un orden de seguridad, entonces no habrá Derecho de ninguna clase. La injusticia se opone a la justicia. El error en determinados fines se opone al bien común. Sin embargo, la ausencia de seguridad niega la esencia misma de lo jurídico.

Se emplea el término seguridad, en sentido amplio, como lo hace Stuart Mill: “Nadie puede hacer la menor cosa sin la seguridad. Es de ella de quien dependemos cuando queremos sustraernos al mal y de dar al bien todo su valor por una duración respetable. Nada tendría valor para nosotros si pudiéramos ser despojados de un bien en el instante posterior de haberlo poseído, por alguno que momentáneamente tuviera más fuerza que nosotros”.⁵

³ Helen Ahrens, “Acerca de la relación de tensión entre libertad y seguridad en la discusión alemana, algunas consideraciones”, en: *Seguridad y libertades individuales en Colombia*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2003, p. 74.

⁴ Lino Rodríguez-Arias Bustamante, *op. cit.*, p. 342.

⁵ Cita de Lino Rodríguez-Arias Bustamante, *op. cit.*, p. 341.

Como lo advierte Lino Rodríguez-Arias Bustamante la seguridad es “aquello que a la sociedad de una época determinada le importa fundamentalmente garantizar por estimarlo esencial para el cumplimiento de sus fines”.⁶

La seguridad es un derecho de la persona que puede exigir del Estado el respeto a su vida e integridad física así como a todos sus derechos fundamentales. La seguridad es una relación entre la persona y el Estado a que pertenece para que pueda conservar su dignidad y realizarse con pleno respeto de sus derechos fundamentales.

Expresa la doctrina (Radbruch, Recaséns Siches) que la seguridad es una premisa de toda civilización. La existencia de la seguridad es la necesidad de prever y realizar la realidad social.

Las leyes que favorecen la seguridad, porque quieren crear situaciones durables, tienen que preocuparse por los derechos de las personas. Siempre hay riesgos físicos, económicos, sociales, morales etc.

En resumen, además de la existencia de la seguridad jurídica existe la seguridad como relación o derecho que vincula a las personas con sus autoridades y las normas que procuren lograr la seguridad tienen como límites el respeto a la dignidad de la persona humana y a sus derechos fundamentales.

No hay contradicción entre lograr un orden justo y al mismo tiempo lograr la seguridad de las personas al tiempo que la seguridad jurídica. Hay que compatibilizar la justicia, el orden, la seguridad, y el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

La seguridad se puede lograr a nivel internacional, mediante el respeto al derecho internacional, y la seguridad interna con estricta observancia de los principios y valores constitucionales dentro de las cuales se encuentra la obligación de respetar los derechos humanos.

4. Límites a las leyes y medidas adoptadas por los gobiernos para garantizar la seguridad

Las medidas para garantizar la seguridad se encuentran en el Código Penal y las normas para garantizar el orden público y la prevención están previstas en los códigos de policía. En diferentes códigos penales se tipifican como delitos

⁶ *Ibid.*

los cometidos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario (artículos 135 y siguientes del Código Penal Colombiano), los actos de terrorismo, la desaparición forzada de personas, el secuestro, el genocidio, y en general los delitos internacionales.

Sin embargo, frente a las modernas amenazas a la seguridad del Estado, ha surgido el concepto de acción preventiva para enfrentar en sus orígenes los riesgos que ponen en peligro al Estado, a sus instituciones, o a los habitantes del mismo.

El problema existe en cuanto en la adopción de la prevención se pueden desconocer derechos fundamentales como la garantía de la autodeterminación informativa, o el derecho a la privacidad.

Las leyes antiterroristas se insertan en la actual concepción de la prevención. Usualmente se amplían las tareas y competencias de los servicios secretos en relación con la solicitud de informaciones a bancos, correos, empresas de telecomunicación y servicios aéreos, restricciones y control a extranjeros, control de movilización, facultades de policía judicial a las fuerzas armadas, etc.

En España, el inciso 2 del artículo 55 de la Constitución dispone:

Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartados 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

En desarrollo de la Constitución se han expedido diversas leyes para prevenir y sancionar el delito de terrorismo (L.O. 3/88), L.O. 4/88, L.O.10/95). Las disposiciones hacen referencia al incremento de penas, a medidas especiales de procedimiento, y a la figura del terrorista arrepentido.⁷ Los derechos que se restringen hacen relación a la prórroga de la detención preventiva, la inviolabilidad del domicilio, ya que se permite a la policía penetrar al domicilio de una persona, sin autorización judicial, con la finalidad de investigar el delito de terrorismo, y

⁷ Raúl Sánchez, "Legislación antiterrorista: ¿en qué anda el mundo?", en: *Ambito Jurídico*, 9-22 junio 2003.

el Ministerio del Interior podrá interceptar las comunicaciones, sin orden judicial, con la misma finalidad.

El Tribunal Constitucional español revisó estas normas y encontró que la detención preventiva es contraria a los tratados de derechos humanos de los cuales es Estado parte España, y que el registro de domicilio debe hacerse de manera excepcional y urgente (sentencia del 16 de diciembre de 1987).

En Alemania, la ley antiterrorista empezó a regir por el término de cinco años a comienzos del 2002. Sus principales características, según Helen Ahrens,⁸ son las siguientes: a) Se amplían las tareas y competencias de los servicios secretos. La Oficina Federal de Protección Constitucional está facultada para recolectar informaciones sobre los esfuerzos que atenten contra la convivencia pacífica. Esta oficina tiene atribuciones para solicitar informaciones a bancos, correos, empresas de telecomunicación y de servicios aéreos, aunque para ello se requiera la anuencia de un ministro federado. También se ha creado la base legal para la utilización del *IMSI-catcher*. Este aparato simula una estación de recepción de llamadas, con la consecuencia que todos los aparatos móviles dentro de un determinado radio transmiten a este aparato su ubicación, su número y el número de la tarjeta utilizada; b) Medidas sobre extranjeros no pertenecientes a la Unión Europea. Se ha restringido el ingreso y permanencia en territorio de la Unión Europea, llegándose a la prohibición legal respecto de sospechosos de actividades terroristas. La condición para la expulsión o negación del permiso de residencia en el territorio consiste en que las personas extranjeras amenacen el orden democrático establecido, atenten contra la seguridad de Alemania, participen en actividades violentas, o apoyen el terrorismo internacional. Asimismo, se innovan los datos biométricos de los extranjeros con la posibilidad de acceso a los datos de la Policía, de la Aduana, de control de fronteras.

En Italia, se ha expedido la legislación de emergencia para prevenir y sancionar los actos de terrorismo. Esta ley endurece las penas para los delitos relacionados con el terrorismo, como el concierto para delinquir y delitos de colaboración. También existe la figura del terrorista arrepentido (Ley de 1982, modificada por Ley 34 de 1987). Esta figura fue eficaz porque se consagraba la

⁸ Helen Ahrens, *op. cit.*, p. 74.

exclusión de la pena, la disminución de la misma y el otorgamiento de beneficios procesales y administrativos a los procesados, cuando se conseguía la disolución de la organización terrorista, y se aportaba información sobre la estructura y funcionamiento del grupo.

El estado de la controversia entre libertad y seguridad ha sido sintetizado por Winfried Hassemer, vicepresidente del Tribunal Constitucional alemán en estas tesis:

- a) Seguridad y libertad están mutuamente en una relación de tensión. Hoy, más que nunca, es necesario destacar y fundamentar esto.
- b) También en Alemania desde hace bastante tiempo nos estamos moviendo dentro de esta relación de tensión entre libertad y seguridad hacia el polo de la seguridad. Esto va en desmedro de la libertad.
- c) Desde esta perspectiva ya es hora de promover activamente la plena vigencia de los derechos fundamentales dentro de una sociedad cada vez más orientada hacia la prevención y seguridad. La advertencia suplicante de que en la búsqueda de seguridad no se haga sufrir demasiado a los derechos fundamentales está bien intencionada, pero no es suficiente. La promoción ofensiva significa que uno sabe en qué contexto está actuando.

La seguridad tiene una dimensión política y sociológica, y también interna y externa. Las leyes antiterroristas deben tener ciertos límites para garantizar los principios y valores del Estado constitucional. Estos límites podrían ser los siguientes:

1. Los principios y valores fundamentales del Estado de derecho, en la forma como ha sido consagrado en la respectiva Constitución. Es lo que la doctrina llama el “Espíritu de la Constitución”.
2. La democracia constituye un límite; en efecto, en la Carta Democrática Interamericana se dijo en el artículo 1: “Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla”. Y el artículo 7 agregó, respecto a la democracia y los derechos humanos, lo siguiente: “La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las

libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos”.

3. El bloque de constitucionalidad, formado principalmente por los tratados sobre derechos humanos de los cuales sea estado parte el respectivo Estado. Este bloque se considera incorporado a la Constitución y constituye un límite para la expedición de leyes sobre seguridad o antiterroristas. Además, el principio *pacta sunt servanda* es un principio general de derecho internacional, que ha llegado a convertirse en principio de *jus cogens*, que está en las cartas de la ONU y la OEA, y en los artículos 26 y 27 de las Convenciones de Viena sobre derecho de los tratados, de 1969 y 1985. En Colombia, el artículo 9 de la Constitución acepta que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y “en el reconocimiento de los principios de derecho internacional aceptados por Colombia” que incluye el principio de que los tratados deben ser cumplidos de buena fe por las partes en los mismos.
4. El respeto del núcleo esencial de los derechos fundamentales, especialmente de los inderogables en estados de excepción conforme a la respectiva Constitución y a los tratados internacionales.
5. Las normas de *jus cogens*, o normas imperativas de derecho internacional, aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto, y que no admiten derogación por leyes internas (artículo 53 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969). Estos principios constituyen el llamado *ius necessarium*, en contraposición al *ius dispositivum* y está formado por los principios reconocidos como fundamentales a nivel universal, y que forman el objeto lícito internacional y el orden público internacional. Según Wincheid el *jus cogens* es el “Conjunto de reglas que se aplican e imponen aún en la hipótesis de que las partes quisieran excluirlas”.
6. El respeto de las normas de derecho internacional humanitario, especialmente del artículo 3 (Convenciones de Ginebra de 1949), que no son solamente normas de derecho convencional sino de derecho consuetudinario internacional. La cláusula Martens, que se encuentra en el preámbulo

de la Convención, concerniente a las leyes y usos de guerra terrestres, firmada en la Haya el 18 de octubre de 1907, expresa que los casos no comprendidos en la citada Convención “las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre las naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”.⁹

7. Las normas básicas de humanidad. Después de haber recibido la Declaración de Normas Humanitarias Mínimas, elaboradas por un grupo de expertos en Turku/Abo (Noruega) en 1990 —revisada por el Instituto Noruego de Derechos Humanos en 1994— se suscitó en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas un debate para determinar las normas básicas de humanidad. La razón de determinarlas se explica según el Informe del Secretario General de Naciones Unidas “por el hecho de que, en la actualidad, son con frecuencia las situaciones de violencia interna las que constituyen el mayor peligro para la dignidad humana y la libertad de la persona”. Estas normas mínimas, según lo expresa el Informe, hay que buscarlas no sólo en los tratados y declaraciones, sino también en el derecho internacional consuetudinario. Se considera que para evitar con eficiencia las violaciones de derechos humanos, en situaciones de tensión interior, es preciso incluir normas mínimas relativas a las violaciones siguientes: la privación del derecho a la vida; la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes; la libertad de movimiento; los derechos del niño; los derechos de la mujer; la privación arbitraria de libertad y los derechos a un juicio equitativo; y la protección de la población civil. Suiza afirmó, según el Informe, que una de las fuentes más importantes para determinar las normas fundamentales de humanidad es el Estatuto de la Corte Penal Internacional, cuyos artículos 6, 7 y 8 comprenden el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. Estas disposiciones rigen en todo momento, haya paz, violencia interna o guerra.

⁹ Marqués de Olivart, “Acta final de la Conferencia de la Paz de 1907 y convenciones ajenas a la misma”, en: *Revista de Derecho Internacional y Política Exterior*, Madrid, 1908, pp. 82-83.

8. Otro límite es el de los derechos que no se pueden suspender conforme al artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
9. Un límite ya mencionado está constituido por las normas contenidas en el artículo 3, común a los cuatro convenios de Ginebra y a su segundo protocolo adicional, y las normas de derecho internacional humanitario.
10. El último límite está formado por los principios rectores de los desplazamientos internos, donde se han reunido las normas internacionales relativas a los derechos humanos, el derecho humanitario y los refugiados aplicables en toda circunstancia.

Con respecto a fuentes adicionales el Informe advierte que el Instituto de Derecho Humanitario “sugirió que se aplicara la cláusula Martens para los refugiados, adoptada en 1989, las normas de combate aplicables en los conflictos armados no internacionales, adoptadas en 1990, la declaración de Turku, de 1990, y los *Guiding principles on the right to humanitarian assistance*, de 1993”.¹⁰

Además, hay que considerar no sólo las normas internacionales que protegen los derechos humanos, sino la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, que ha determinado el ámbito de aplicación material de los derechos fundamentales, las obligaciones jurídicas de los Estados respecto a tales derechos, y la relación entre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona. En efecto, en el asunto de la *Barcelona Traction* (Bélgica vs. España), sentencia del 5 de febrero de 1970, la Corte Internacional de Justicia consideró:

[...] una distinción esencial debe establecerse entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y aquellas otras que surgen en relación con otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Por su misma naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. En función de la importancia de los derechos en causa, todos los Estados pueden considerarse como poseedores de un interés jurídico a que sus derechos sean protegidos; las obligaciones de que aquí se trata son obligaciones *erga omnes*.

¹⁰ Naciones Unidas, Documento E/CN.4/CN.4/2000/94.

Estas obligaciones derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la prohibición por la ley de los actos de agresión y de genocidio, así como también de los principios y las reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica del esclavismo y la discriminación racial. Ciertos derechos de protección correspondientes se han integrado en el derecho internacional general.¹¹

En la opinión consultiva del 21 de junio de 1971 —consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia, África Suroccidental, a pesar de la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad— la Corte Internacional afirmó:

en virtud de la Carta de las Naciones Unidas el antiguo mandatario se comprometió a observar y respetar, en un territorio dotado de un estatuto internacional, los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos sin distinción de razas. De ahí que el establecimiento y la imposición de distinciones, exclusiones, restricciones y limitaciones fundadas exclusivamente en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico que constituyen una negación de los derechos fundamentales de la persona humana sea una violación flagrante de los fines y principios de la Carta.

En el asunto relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (*Estados Unidos vs. Irán*), sentencia de 24 de mayo de 1980, la Corte Internacional de Justicia dijo que: “El hecho de privar abusivamente de su libertad a seres humanos y de someterles a coacción física en penosas condiciones es manifiestamente incompatible con la Carta de las Naciones Unidas y con los derechos humanos fundamentales enunciados en la Declaración Universal de los derechos humanos”.¹²

¹¹ *Réserves a la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif*, CIJ, Recueil, 1951, p. 23, “otros son conferidos por instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi-universal”, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, deuxième phase, arrêt, CIJ, Recueil, 1970, pp. 4 y 5.

¹² *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis a Téhéran*, arrêt, CIJ, Recueil, 1980.

Consideramos que dentro de los anteriores límites y controles por parte de los tribunales constitucionales, o de los tribunales ordinarios según el respectivo ordenamiento jurídico interno, es posible lograr que las leyes antiterroristas sirvan como garantía de seguridad de las personas y al mismo tiempo les respeten sus derechos fundamentales.

5. Cooperación a nivel internacional para combatir el terrorismo

5.1. El terrorismo como fenómeno transnacional

Después del 11 de septiembre de 2001 la comunidad internacional ha reconocido que el terrorismo es un fenómeno transnacional que no afecta exclusivamente la seguridad interior de los Estados.

Antes de la citada fecha, según Félix Arteaga:¹⁵

Esta percepción asimétrica del terrorismo a lo largo y ancho de Europa explica que en espacios culturales tan homogéneos como el europeo se dieran paradojas como que delitos como el terrorismo carecían de tipificación jurídica en Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Luxemburgo, Holanda y Suecia, mientras que los otros siete presentan divergencias conceptuales; o que terroristas buscados por España o Francia encontraban refugio en Bélgica o en el Reino Unido y que los mismos gobiernos que reconocían sentencias judiciales en caso de falsificación del euro no lo hacían en caso de asesinato.

Hoy, tanto las normas internacionales como las normas internas, establecen medidas para prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo.

¹⁵ Félix Arteaga, "La cooperación antiterrorista en la Unión Europea: antes y después del 11-S", en: *Seguridad y libertades individuales en Colombia*, Defensoría del Pueblo de Colombia, 2003, p. 11.

5.2. Cooperación internacional para prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo mediante la adopción de tratados internacionales

La cooperación internacional para la prevención y represión del terrorismo ha llevado a los estados a adoptar convenciones internacionales que consideran el terrorismo, no como delito político, sino como delito común, susceptible de extradición. En este sentido se adoptó la Convención Europea para la Supresión del Terrorismo (Estrasburgo, 1977).

En relación con la extradición están en vigor la Convención Europea para la Extradición (13/12/1957) y los protocolos adicionales a la Convención (15/10/1975 y 17/3/ 1978), la Convención Europea sobre el procedimiento simplificado de extradición entre los estados miembros de la Unión Europea (10/3/1995) y la Convención sobre extradición entre los mismos (27/9/1996).

Es importante poner de presente la preocupación de los estados americanos sobre el terrorismo, que los llevó a adoptar la Convención Interamericana contra el Terrorismo (AG/ Res.1840 (XXXII-O/02), del 3 de junio de 2002), que debiera ser ratificada por todos los estados miembros de la OEA.

Igualmente, se han adoptado varias convenciones de Naciones Unidas sobre el terrorismo; éstas se refieren a delitos cometidos a bordo de aeronaves (Tokio, 1963); secuestro de aeronaves (La Haya, 1970); atentados contra la seguridad de las aeronaves (Montreal, 1971); la prevención y castigo de crímenes de personas protegidas internacionalmente incluidos los agentes diplomáticos (Nueva York, 1973); sobre la toma de rehenes (Nueva York, 1979); la protección física de materiales nucleares (Viena, 1980); atentados contra los aeropuertos (Montreal, 1988); la navegación marítima (Roma, 1988); plataformas petrolíferas (Roma, 1988); la supresión de atentados terroristas mediante bomba (1997); la supresión de la financiación del terrorismo (1999); Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y el Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas.

La cooperación internacional para combatir el terrorismo se realiza, además de las convenciones internacionales antes mencionadas, mediante acuerdos bilaterales, regionales, y subregionales. Estos acuerdos tienden a mejorar las

posibilidades de actuación frente al terrorismo, a facilitar la extradición y entrega rápida de acusados o condenados, así como procedimientos de colaboración en materia de información.

A nivel interamericano existe el Comité Interamericano Contra el Terrorismo (CICTE), el Compromiso del Mar del Plata de 1998 y la Resolución AG/Res. 1650 (XXIX-0/99) que establecen intercambio de bases de datos, armonización de legislaciones, ratificación de convenios internacionales, y cooperación transfronteriza. Estas medidas son similares a las adoptadas en Europa como el grupo de terrorismo (G 15) de la Unión Europea, la creación de la Red Judicial Europea, y la actuación de la Oficina Europea de Policía (EUROPOL). Además, se ha incrementado la cooperación internacional mediante la firma del protocolo al Convenio sobre asistencia judicial para embargar las cuentas relacionadas con el crimen organizado; la creación de una orden europea de detención y entrega de delitos graves incluidos los terroristas; la congelación de bienes; la elaboración de una lista europea de organizaciones terroristas y medidas para garantizar la seguridad del transporte aéreo, entre otras.

5.3. Límites en la aplicación de los tratados sobre terrorismo

Los tratados que se han adoptado para combatir el terrorismo, ya sean bilaterales o multilaterales, tienen como uno de sus límites la existencia de las normas de *jus cogens* o normas imperativas del derecho internacional, reconocidas como fundamentales en el artículo 53 de las convenciones de Viena de 1969 y 1986. Dentro de estas normas imperativas, que los tratados deben respetar, se encuentra el respeto a los derechos fundamentales de las personas, la observancia de las normas del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados.

En este sentido, el artículo 15 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo dice:

1. Las medidas adoptadas por los Estados Parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales.
2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención se interpretará en el sentido de que menoscaba otros derechos y obligaciones de los Estados y de las perso-

nas conforme al derecho internacional, en particular la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional de los refugiados.

3. A toda persona que se encuentre detenida o respecto de la cual se adopte cualquier medida o sea encausada con arreglo a la presente Convención se le garantizará un trato justo, incluido el goce de todos los derechos y garantías de conformidad con la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre y las disposiciones pertinentes del derecho internacional.

Por tanto, en la aplicación de los convenios contra el terrorismo hay que respetar las normas de *jus cogens* que hacen relación al objeto lícito, al orden público internacional, y al respeto de los derechos fundamentales de las personas; en efecto, los tratados sobre derechos humanos no obedecen al criterio de reciprocidad sino que tienen efecto *erga omnes*, como lo ha expresado la Corte Internacional de Justicia.

Lo importante en las leyes antiterroristas es lograr un equilibrio entre la necesidad de salvaguardar la seguridad interior y el cumplimiento de los tratados internacionales sobre protección de los derechos humanos.

Las medidas antiterroristas se justifican en virtud de las excepcionales condiciones de riesgo que afectan la seguridad nacional. Estas medidas pueden adoptarse en virtud de las salvaguardias previstas en los tratados internacionales (artículos 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Como se ha dicho, el 3 de junio de 2002, la Asamblea General de la OEA adoptó y abrió a la firma la Convención Interamericana contra el Terrorismo, en la cual los estados miembros reafirmaron “la necesidad de adoptar en el sistema interamericano medidas eficaces para prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo mediante la más amplia cooperación”.

Entre los principios reconocimientos en esta convención figura la estipulación de que las actividades contra el terrorismo se lleven a cabo cumpliendo plenamente las obligaciones de los estados miembros, conforme al derecho internacional (artículo 15).

Como lo dice la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe sobre terrorismo y derechos humanos del 22 de octubre de 2002: “El objeto y el propósito mismo de las iniciativas contra el terrorismo, en una sociedad democrática, es la protección de las instituciones democráticas, los derechos humanos y el imperio de la ley, no su menoscabo”.

La Comisión puso de presente que los derechos más afectados por las iniciativas antiterroristas de los Estados son el derecho a la vida, a un trato humano, a la libertad y la seguridad personales, a un juicio imparcial, a la libertad de expresión y la obligación de respetar y garantizar la no discriminación y el derecho a la protección judicial, así como la situación de los trabajadores inmigrantes, las personas que buscan asilo, los refugiados y los extranjeros.

La Comisión expresó que, tanto el derecho internacional de los derechos humanos como el derecho internacional humanitario, prohíben en forma absoluta la tortura o cualquier trato o castigo cruel, inhumano o degradante. También están prohibidos los métodos de interrogación inhumanos, incluidos los golpes, violaciones y descargas eléctricas, así como tratos más sutiles pero igualmente lesivos como la administración de drogas a detenidos o alojados en instituciones psiquiátricas y la negación prolongada de descanso o sueño, alimentación, higiene suficiente o asistencia médica. Igualmente, se estipulan normas respecto de las condiciones de detención en cuanto alojamiento, alimentación e higiene, así como protecciones especiales para categorías especiales de personas, como las mujeres y los niños.

La Comisión señaló que en la investigación, procesamiento y sanción de las personas acusadas de delitos relacionados con el terrorismo, se debe respetar el debido proceso y debe haber un juicio justo.

El Informe de la Comisión concluye con una serie de recomendaciones concretas a los estados, que pueden servir de orientación para expedición de leyes antiterroristas.

Se ha dicho que las legislaciones internas deben precisar muy bien la definición interna de terrorismo, para evitar que se incluyan grupos de oposición o radicales; asimismo, se ha puesto de presente que las medidas deben respetar las garantías procesales previstas en los tratados internacionales sobre derechos humanos; de igual manera, las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos han manifestado que se debe poner especial atención al control de las comunicaciones por Internet, a que se mantenga la prohibición de tortura

y de la pena de muerte, prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros y extradición sin garantías procesales.

5.4. Límites a estados de excepción

Todos los tratados de derechos humanos permiten un balance equilibrado entre las exigencias de seguridad nacional y las libertades fundamentales. Tanto el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966, la Convención Europea de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y las Cartas Africana y Árabe de Derechos Humanos, permiten a los estados proclamar los estados de excepción bajo ciertas condiciones. Pero, hay derechos que no se pueden suspender bajo estados de excepción como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la esclavitud y la discriminación.

En Colombia, según el artículo 214 de la Constitución, en los estados de excepción (estado de guerra exterior, de conmoción interior, y de emergencia) no se podrán suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales, y en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Hay que advertir que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que hay derechos que pueden ser objeto de restricciones, conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos (como por ejemplo, el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Pero toda restricción debe ser necesaria para la seguridad de todos y acorde con las justas exigencias de una sociedad democrática, y debe ser el medio menos restrictivo posible para lograr el interés público. Además, toda restricción debe cumplir las condiciones impuestas por el ordenamiento jurídico interno respectivo.

En el mismo sentido, el artículo 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos autoriza a los estados partes a suspender unilateral y temporalmente algunas de las obligaciones que les incumben según el Pacto. Sin embargo, las medidas que suspenden alguna disposición del Pacto deben ser de carácter excepcional y temporal. Para invocar el artículo 4 se deben reunir dos condiciones: a) Que la situación sea de tal carácter que ponga en peligro la vida de la nación; y, b) Que se haya proclamado oficialmente el estado de excepción.¹⁴ Asimismo, la obligación

¹⁴ Observación No. 29 de Naciones Unidas, *Interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, pp. 142 y ss.

de limitar cualquier suspensión a las estrictamente necesarias según las exigencias de la situación, refleja un principio de proporcionalidad común a las facultades de suspensión y de limitación.

Por otra parte, el párrafo 1 del artículo 4 del Pacto establece que ninguna disposición que suspenda obligaciones contraídas en virtud del Pacto puede ser incompatible con las demás obligaciones que impone a los estados partes el derecho internacional, especialmente las normas del derecho internacional humanitario.

La lista de los derechos que no pueden suspenderse en estados de excepción permite concluir que tales derechos constituyen normas de *jus cogens* o normas imperativas de derecho internacional.

Entre otros, dentro de los estados de excepción, toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Se prohíbe la toma de rehenes, los secuestros, o las detenciones no reconocidas, el genocidio, la deportación o traslado forzoso de población sin motivos autorizados por el derecho internacional, etc. No se pueden afectar las garantías judiciales ni el acceso a los tribunales.

El terrorismo puede presentarse en tiempos de paz cuando se aplica plenamente el derecho internacional de los derechos humanos. Igualmente, el terrorismo puede ocurrir durante estados de excepción cuando ciertos derechos pueden ser suspendidos, o en el conflicto armado al cual se aplica el derecho internacional humanitario.

En síntesis, las leyes antiterroristas deben respetar los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de derecho.

5.5. Responsabilidad internacional por violación de tratados sobre derechos humanos

Si las leyes antiterroristas desconocen normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estado respectivo incurre en responsabilidad internacional al tenor de la opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, que consideró: “Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionario del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya per se un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto”.

En el proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado, elaborados por la Comisión de Derecho Internacional,¹⁵ se consagra la responsabilidad internacional “que resulte de un hecho internacionalmente ilícito que constituya una violación grave por un Estado de una obligación debida a la comunidad internacional en su conjunto y esencial para la protección de sus intereses fundamentales”.

Por tanto, si existe la obligación internacional de combatir el terrorismo internacional, como han quedado obligados los estados mediante los tratados internacionales antes mencionados, el incumplimiento de la misma conlleva responsabilidad internacional del Estado respectivo.

5.6. Definición de terrorismo

El terrorismo político, según Noel O’Sullivan,¹⁶ aparece “cuando un grupo, tenga el poder gubernamental o esté fuera del gobierno, resuelve alcanzar un conjunto de objetivos ideológicos por métodos que no sólo violan o ignoran las estipulaciones del derecho nacional e internacional, sino que además espera tener éxito principalmente mediante la amenaza o el uso de la violencia”.

El Convenio de Ginebra de 1937 dice que las acciones terroristas son aquellas que se perpetúan contra un Estado, o que tienen como objetivo o intención generar un estado de miedo en la conciencia de personas individuales, de un grupo de personas o en el público en general.

La Policía Europea (EUROPOL), con base en la definición del Parlamento Europeo de 17 de febrero de 1997 dice lo siguiente: “el terrorismo es una acción criminal, que quiere cambiar por medio de la fuerza o de la amenaza de fuerza estructuras políticas, económicas y sociales en Estados de Derecho y, por lo tanto, se diferencia de las acciones de resistencia en Estados terceros, dirigidas contra las estructuras de Estado, que a su vez tienen un carácter terrorista”.¹⁷

¹⁵ Comisión Internacional, 52º período de sesiones. Proyecto de articulado aprobado provisionalmente por el Comité de redacción en segunda lectura; Victoria Abellán Honrubia, *Prácticas de Derecho Internacional Público*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001, p. 334.

¹⁶ Noel O’Sullivan, *Terrorismo, ideología y revolución*, Madrid, Alianza, 1986, p. 21.

¹⁷ Definición tomada de Wolfgang S. Heinz, “El concepto de terrorismo frente al conflicto armado”, en: *Seguridad y libertades individuales en Colombia*, p. 44.

La única definición abstracta y global es la contenida en el artículo 2, párrafo 1 de la Convención Internacional de las Naciones Unidas para la supresión de la financiación del terrorismo, según la cual:

Cualquier persona comete una ofensa dentro del ámbito de esta Convención si esa persona por cualesquiera medios, directa o indirectamente, ilegalmente y con deliberado propósito, provee o colecta fondos con la intención de que ellos podrían ser usados o con el conocimiento de que van a ser usados, en todo o en parte, en orden a llevar a cabo: a) Un acto que constituye una ofensa dentro del ámbito y como es definido en uno de los tratados enumerados en el anexo; o b) Cualquier otro acto que tiende a causar la muerte o heridas graves a civiles, o a cualquier otra persona que no tome parte en las hostilidades de una situación de conflicto armado, cuando el propósito de tal acto, por su naturaleza o contexto, es intimidar a la población, o compeler al gobierno o a una organización internacional a hacer o abstenerse de realizar cualquier acto.

Esto significa que conforme con esta definición el terrorismo implica: a) La utilización de la violencia contra personas; b) Que esas personas no forman parte de los combatientes en un conflicto armado; y c) Que el propósito de los actos violentos es la intimidación de una población para que el gobierno o una organización internacional ejecute o no un determinado acto.

5.7. Relación entre terrorismo, derechos humanos y derecho internacional humanitario

Lo difícil de la definición de terrorismo es analizar las causas, los motivos, los autores, y las víctimas. Hay que precisar también si sólo los estados o instituciones estatales son las víctimas de actos terroristas, o si también pueden serlo los individuos y las poblaciones civiles. Igualmente, a nivel internacional se distingue entre las acciones terroristas y la oposición contra agresiones extranjeras y la lucha de los pueblos bajo dominio colonial y extranjero por la liberación nacional y autodeterminación de los pueblos.

Estos temas están siendo estudiados en las Naciones Unidas dentro del proyecto de Convención General sobre Terrorismo Internacional. Uno de los de

mayor controversia que se está analizando es la relación entre el terrorismo y los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Lo ideal es que la Convención que se proyecta esté en concordancia con las normas de derechos humanos y derecho internacional humanitario.

El derecho internacional humanitario regula las normas sobre humanización de la guerra y especialmente la protección de personas civiles en tiempo de guerra y el trato mínimo durante los conflictos armados, y los derechos humanos se refieren a la relación del Estado frente a los individuos.

Conforme con los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y los protocolos adicionales de 1977, se prohíbe recurrir a métodos terroristas (artículo 33 del 4° Convenio) y a la toma de rehenes (artículo 34 del mismo convenio; artículo 4, párrafo 2 (d) del protocolo adicional 2). Todos los combatientes regulares y guerrilleros deben acatar las normas de derecho internacional humanitario, so pena de incurrir en responsabilidad internacional, además de la posibilidad de ser castigados según el procedimiento del Estado respectivo.

Igualmente, la lucha contra el terrorismo debe respetar los derechos humanos fundamentales y las restricciones a los mismos permitidas por el derecho constitucional e internacional deben ser razonables, proporcionadas, y estrictamente necesarias para superar la situación de emergencia nacional o de necesidad. No es posible suspender el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, de la esclavitud y de la no discriminación. La suspensión de garantías está prevista en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que enumera los derechos que no pueden ser suspendidos: derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho a la vida, derecho a la integridad personal, prohibición de la esclavitud y servidumbre, principio de legalidad y no retroactividad, libertad de conciencia y de religión, protección a la familia, derecho al nombre, derechos del niño, derecho a la nacionalidad, derechos políticos y garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

A nivel interamericano hay que mencionar la Convención Interamericana contra el Terrorismo, adoptada el 3 de junio de 2002; también se pueden citar la Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexas cuando estos tengan trascendencia internacional, adoptada por la Asamblea General el 2 de febrero de

1971; el Convenio sobre las infracciones y ciertos actos cometidos a bordo de aeronaves, adoptado en Tokio el 14 de septiembre de 1963; y el Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección, Montreal, 1 de marzo de 1991.

En igual sentido, hay que mencionar la resolución R.C.23/RES. 1/01 rev.1 corr.1 “Fortalecimiento de la cooperación hemisférica para prevenir, combatir y eliminar el terrorismo”, de la 23ª Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores, del 21 de septiembre de 2001, que encomendó al Consejo Permanente la elaboración de un proyecto de convención interamericana contra el terrorismo; la Declaración de Lima para prevenir, combatir y eliminar el terrorismo y el Plan de acción de cooperación hemisférica para prevenir, combatir y eliminar el terrorismo, adoptado en el marco de la Primera conferencia especializada interamericana contra terrorismo, en Lima, Perú, abril de 1996, así como el Compromiso de Mar del Plata, adoptado en la Segunda conferencia especializada interamericana especializada interamericana contra terrorismo, y el trabajo del Comité Interamericano contra el Terrorismo (CICTE).

Estos instrumentos interamericanos tienen como fundamento que el terrorismo representa una amenaza contra la paz y la seguridad internacionales, atenta contra la democracia, impide el goce de los derechos humanos y amenaza la seguridad de los estados.

Asimismo, se reafirma que la lucha contra el terrorismo “debe realizarse con pleno respeto al derecho nacional e internacional, a los derechos humanos y a las instituciones democráticas, para preservar el estado de derecho, las libertades y los valores democráticos en el Hemisferio, elementos indispensables para una exitosa lucha contra el terrorismo”.

La Convención Interamericana contra el Terrorismo tiene por objeto prevenir, sancionar y eliminar el terrorismo. Para este efecto, los estados partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias y fortalecer la cooperación entre ellos. Estas medidas están enumeradas en el artículo 4 de la Convención.

La Convención no define el terrorismo sino que se remite a la definición de diez tratados internacionales enunciados en el artículo 2. Ninguno de los delitos enumerados en tal artículo se considera delito político y por ende se niega el derecho de asilo. Tampoco se considera al terrorista como refugiado.

Todo lo anterior permite concluir que hoy hay voluntad política de los estados para adoptar medidas según su derecho interno y para poner en vigencia todos los instrumentos internacionales antes mencionados, para que se pueda prevenir, combatir y erradicar el terrorismo y su financiación. La cooperación entre los estados se lleva a cabo no sólo por medio de las normas previstas en los tratados sino entre las autoridades competentes conforme a sus respectivos ordenamientos legales y administrativos.

Conclusiones

1. Es indispensable que los Estados cooperen para la prevención, combate y eliminación del terrorismo internacional, no sólo mediante las acciones previstas en los tratados internacionales; las autoridades competentes de los estados deben cooperar conforme a lo previsto en sus respectivos ordenamientos legales y administrativos.
2. El terrorismo representa una amenaza para la democracia, la paz y la seguridad internacionales.
3. Las leyes antiterroristas y los procesos contra terroristas deben respetar las normas del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, y el derecho internacional de los refugiados.
4. El Estado no debe utilizar métodos terroristas como la tortura, ejecuciones extrajudiciales, o desaparición forzada de personas. El terrorismo de particulares no justifica el terrorismo de Estado.
5. El Estado está en la obligación de adoptar leyes para garantizar la seguridad de sus ciudadanos y protegerles sus derechos humanos, pero debe respetar lo previsto en los tratados de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad. Asimismo, debe respetar las normas de *jus cogens*, o normas imperativas de derecho internacional, aceptadas por la comunidad jurídica internacional y que no admiten derogación. Igualmente, debe respetar principios de humanidad, tener en cuenta que hay derechos inderogables en estados de excepción, y debe observar las normas previstas en el artículo 3, común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949.
6. Hay consenso en la doctrina en considerar al terrorismo como delito común susceptible de extradición.

7. Se puede lograr un equilibrio entre las normas de seguridad, la existencia de un orden justo y el respeto de los derechos fundamentales de las personas.
8. Si un Estado expide una ley antiterrorista violando la Convención Americana de Derechos Humanos, o cualquier tratado sobre derechos humanos o sobre el terrorismo internacional del cual sea Estado parte, incurre en responsabilidad internacional.

Ni el derecho internacional convencional ni el consuetudinario han aceptado la legítima defensa preventiva; además, el ejercicio del derecho de legítima defensa en virtud del artículo 51 de la Carta está sometido a limitaciones y a condiciones de necesidad y proporcionalidad. En el párrafo 4 del artículo 2 de la Carta de la ONU se prohíbe recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas. El artículo 51 de la Carta reconoce el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado. Según el artículo 42, el Consejo de Seguridad podrá ejercer la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y seguridad internacionales, de conformidad con el capítulo VII de la Carta. Las anteriores normas no admiten ni permiten deducir la legalidad de la legítima defensa preventiva.

Interpretación en derecho internacional¹

1. Concepto

La interpretación según Charles Rousseau:² “es la operación intelectual que consiste en determinar el sentido de un acto jurídico, precisar su alcance y esclarecer los puntos oscuros o ambiguos”. Para De Visscher,³ “cualquiera sea el nivel de generalización o de individualización que se efectúe, la interpretación tiende a realizar el paso de la norma abstracta o precepto a la norma concreta, que cosagrará la decisión. La confrontación de un hecho concreto con la norma abstracta está en la base de toda interpretación jurídica”.

Como lo sostiene Rousseau, en materia de interpretación se presentan dos interrogantes que hay que resolver: primero, ¿quién puede interpretar? Y segundo, ¿cómo se debe interpretar? Esto significa que hay que examinar los modos y los métodos de interpretación.

2. Alcance de la interpretación internacional

La interpretación en derecho internacional comprende los tratados públicos, los actos unilaterales, como por ejemplo una declaración de aceptación obligatoria de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, o el silencio, el *estoppel*, la costumbre internacional, y las propias decisiones jurisdiccionales internacionales.

3. Modos de interpretación de los tratados

La interpretación de los tratados puede hacerse:

a) *Interpretación por vía internacional*: puede ser de dos clases:

- a1) Interpretación auténtica hecha por los estados parte en el tratado. A su vez, esta interpretación puede hacerse por un acuerdo interpretativo,

¹ Este ensayo fue publicado en el *liber amicorum* en homenaje al profesor, doctor Didier Opperti Badán (Montevideo (Uruguay), Fundación de Cultura Universitaria, 2005, pp. 685-705.

² Charles Rousseau, *Derecho internacional público profundizado*, Buenos Aires, La Ley, 1966, p. 76.

³ De Visscher, Paul *Problemes d'interprétation judiciaire en droit international public*, París, Pedone, 1963, 27/28.

bilateral o multilateral, o puede ser tácita cuando resulta de la ejecución concordante del tratado por las partes contratantes.

- a2) Interpretación jurisdiccional internacional. Es realizada por órganos internacionales, tribunales y árbitros internacionales, a quienes se someta el litigio referente a la determinación del sentido y alcance de un tratado.

La interpretación de los tratados es de la competencia de los tribunales internacionales y constituye el diferendo jurídico que más se presenta. Por ejemplo, el artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, al determinar la competencia de la Corte enumera las controversias de orden jurídico relativas a la interpretación de un tratado (artículo 36.2, letra a).

En el mismo sentido disponía el artículo 13, 2 del Pacto de la Sociedad de Naciones, y el artículo 36 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, antecedente de la Corte Internacional de Justicia.

La interpretación jurisdiccional internacional sólo se aplica a las partes en el litigio. En el caso de la Isla de Palmas, 4.4. 1928 se dijo: "Cualquiera que sea el verdadero significado de un tratado, no puede ser interpretado en el sentido de que dispone de los derechos de terceras Potencias independientes".⁴

La Corte Internacional de Justicia ha puesto de presente que al ejercer una jurisdicción internacional, no está llamada a atribuir a las consideraciones de forma la misma importancia que ellas tendrían en derecho interno.⁵

- b) *Interpretación por vía interna*: los órganos internos pueden interpretar los tratados y demás normas de derecho internacional. Esta interpretación puede ser:

- b1) Interpretación gubernamental interna. Es unilateral y se efectúa por un acto jurídico de derecho interno (ley, decreto, circular ministerial).

Esta interpretación es relativa y no es oponible a los demás estados parte en el tratado, debido a que no proviene de un órgano jurídico internacional con competencia para interpretar el tratado o la regla internacional.

⁴ *Reports of international arbitral awards. Recueil des sentences arbitrales*, U.N. publications, 1949, II, 842.

⁵ *Mavromatis Palestine Concessions*, judgment No. 2, 1924, P.C.I.J, Series A, No. 2, p. 34; véase también *Aegean Sea Continental Shelf*, Judgment, ICJ, reports 1978, p. 42.

- b2) Interpretación jurisdiccional interna. Por regla general los tribunales interpretan los tratados con motivos de los litigios que son de su competencia. Sin embargo, este punto ha sido discutido en la doctrina en cuanto al alcance de dicha interpretación que desde luego es relativa y no obliga los demás estados parte.⁶

En Francia, según explica Rousseau,⁷ la jurisprudencia ha distinguido dos situaciones:

- a) Tratándose de tribunales judiciales, la no intervención de los tribunales en la acción diplomática se vincula al principio de la separación de poderes; en consecuencia, los tribunales sólo reconocen el derecho de interpretar los tratados internacionales en la medida estrictamente necesaria para resolver las cuestiones de interés privado que le sean sometidas. Se niegan a interpretar tratados cuya aplicación provoque dificultades de orden público internacional (tratados de extradición, convenciones consulares, etc).
- b) En cuanto a la jurisdicción administrativa se inspira en la teoría del acto de gobierno. Se declara esta jurisdicción incompetente en todos los casos para interpretar los tratados internacionales y deja de pronunciarse hasta tanto se le presente una interpretación oficial del tratado que emane de la autoridad gubernamental o sea del Ministerio de Relaciones Exteriores. Según el derecho administrativo francés, la interpretación del tratado constituye una cuestión prejudicial cuya solución previa es necesaria para el arreglo definitivo del litigio.

4. Principios y métodos de interpretación de los tratados

4.1. Principios de interpretación de los tratados

La doctrina del derecho internacional creó una serie de reglas o principios para la interpretación de los tratados. Estos principios son las siguientes:

⁶ V.J. Basdevant, "Le role du juge national dans l'interprétation des traités diplomatiques", en: *Revista Crítica Derecho Internacional*, 1949, pp. 413-433.

⁷ Rousseau, *op. cit.*, pp. 78 y 79.

- a) No debe interpretarse lo que no tiene necesidad de interpretación.
- b) Buena fe.
- c) Efecto útil, que permita aplicar el tratado según sus fines y propósitos.
- d) Objeto y fin del tratado.
- e) Sentido ordinario y natural de los términos del tratado.
- f) El contexto.
- g) Conducta ulterior de las partes.
- h) Análisis de los trabajos preparatorios.

Además, hay dos premisas fundamentales y necesarias para la interpretación internacional de las reglas de derecho internacional: la regla *pacta sunt servanda* y el principio de la buena fe.

4.2. Métodos de interpretación de los tratados

Según Ludwick Ehrlich⁸ existen dos métodos fundamentales para la interpretación de los tratados: “Búsqueda de la voluntad en el texto”, y “Búsqueda de la voluntad fuera del texto”; es decir, el método textual, y el método subjetivo. Algunos autores hablan de métodos auxiliares de interpretación.

El método textual u objetivo le da prevalencia al texto del tratado y utiliza métodos auxiliares como la forma del texto, el idioma empleado, determinación del contexto, vocabulario empleado, etc.

El método subjetivo consiste en la búsqueda de la intención de las partes y utiliza el texto, pero además tiene en cuenta los antecedentes de la negociación, interpretación práctica de las partes, el análisis del objeto principal del tratado, etc.

Algunos autores expresan que existe otro método que denominan funcional, que busca el fin o función general del tratado según el momento en que se hace la interpretación y no según la voluntad de las partes en el momento de la negociación.

⁸ Ludwik Ehrlich, *L'interprétation des traités*, RDC, 1928-IV, 95, 117.

5. Reglas de interpretación en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados

La Convención de Viena sobre derecho de los tratados, aprobada por Colombia mediante la ley 32 de 1985, debidamente ratificada por nuestro país y en vigencia internacional, establece las reglas de interpretación de los tratados en los artículos 31 y 32. Estos últimos establecen lo siguiente:

Artículo 31.

Regla general de interpretación.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Artículo 32.

Medios de interpretación complementarios.

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

5.1. Principios consagrados en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados

Los principios que establecen estos dos artículos son los siguientes en su orden:

a) Principio de la buena fe

El artículo 26 de la Convención de Viena dice: “ Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Por tanto, las reglas *pacta sunt servanda* y el principio de la buena fe, constituyen los parámetros fundamentales para la interpretación de los tratados.

b) Principio del sentido corriente de los términos

Este principio es aceptado por la doctrina. La Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado en las Naciones Unidas (Rec. 1950) ha expresado: “La Corte cree necesario decir que el primer deber de un tribunal llamado a interpretar y aplicar las disposiciones de un tratado, es esforzarse por dar efecto, según su sentido natural y ordinario a esas disposiciones”.

Desde luego que si se trata de términos jurídicos hay que tomar en cuenta su significado jurídico.

c) Principio de que hay que tener en cuenta el contexto y el objeto y fin del tratado

El contexto es el conjunto del tratado incluyendo no sólo el texto sino el preámbulo, todo acuerdo celebrado con motivo del tratado, la práctica de los estados parte y los anexos. Este principio ha sido reconocido por la doctrina y por la jurisprudencia internacional. La Corte Permanente de Justicia Internacional, en la opinión consultiva sobre la competencia de la OIT para la reglamentación internacional de las condiciones de trabajo de las personas empleadas en tareas agrícolas (Ser. B, Nro 2/3, 32/35) expresó: “[...] a menos que el contexto indique que debe ser interpretado en forma diferente. Pero el contexto es el criterio definitivo [...]”. El mismo tribunal, en su opinión sobre los servicios postales polacos en Danzig (Ser. B, Nro 11, 39) dijo: “Es un principio fundamental de interpretación que las palabras

deben ser interpretadas según el sentido que tendrían normalmente en su contexto [...]”.

Los acuerdos ulteriores entre las partes acerca de la interpretación del tratado, o de la aplicación de sus disposiciones, constituyen una interpretación auténtica del tratado. En el asunto *Ambatielos*, la Corte dijo que: “[...] las disposiciones de la Declaración tienen el carácter de cláusula de interpretación y, como tales, deben ser consideradas como parte integrante del tratado. Análogamente, un acuerdo sobre la interpretación de una disposición al que se haya llegado después de la celebración del tratado constituye una interpretación auténtica por las partes que debe ser tenida en cuenta a efectos de la interpretación del tratado” (Informe CDI, 55, párr.14).

El principio del objeto y fin del tratado ha sido aceptado por la doctrina y la jurisprudencia internacional. La Corte Internacional de Justicia, en la opinión consultiva sobre la Convención sobre prevención y represión del delito de Genocidio (CIJ. Rec. 1951, 29), expresó que las reservas deben ser compatibles con el objeto y fin del tratado, para ser admitidas.

d) Principio del efecto útil

La Corte de la Haya ha aplicado este principio expresando: “Considerando que, en caso de duda, las cláusulas de un compromiso por el cual un diferendo es sometido a la Corte, deben ser interpretadas, si con ello no se violentan sus términos, de manera que se permita a dichas cláusulas desplegar su efecto útil”.⁹

5.2. Métodos de interpretación complementarios

Los métodos de interpretación complementarios son los trabajos preparatorios, pero con una limitación: sólo se puede acudir para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación deje ambiguo u oscuro el sentido, o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

La Corte Internacional de Justicia interpretó el alcance de los trabajos preparatorios así: “La Corte considera que el texto es suficientemente claro; por

⁹ *Free Zones of Upper Savoy, and the District of Gex*, Order of 19 August 1929, P.C.I.J., Series A, No. 22, p. 13.

consiguiente, no cree que deba desviarse de la práctica invariable de la CPII, según la cual no procede recurrir a los trabajos preparatorios si el texto de una conven- ción es suficientemente claro por sí mismo”.

5.3. Varios idiomas

El artículo 33 de la Convención de Viena dice:

Artículo 33. Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas.

1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.
2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.
3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.
4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado.

Este artículo reconoce el principio general de la igualdad de los idiomas y la igual autenticidad de los textos respectivos a falta de una cláusula específica en sentido contrario.

La conciliación de los textos como último recurso debe tener en cuenta el objeto y fin del tratado.

5.4. Obligatoriedad de las reglas interpretativas

Los tratadistas Ernesto De la Guardia y Marcelo Delpech¹⁰ explican así la obliga- toriedad o no de las reglas interpretativas:

¹⁰ Ernesto De la Guardia y Marcelo Delpech, *El derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969*, pp. 328 y 329.

Por otra parte, cualquiera sea el peso moral y la convicción jurídica del texto aprobado en Viena, un tribunal internacional no está directamente obligado por esta Convención a aplicar un determinado método de interpretación. Podría estarlo la CIJ, en el caso de un pleito entre dos estados, ambos parte de la Convención de Viena, y en aplicación del art. 38, 1 (a) de su Estatuto: “Las convenciones internacionales generales que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes”. En tal caso, no cabe duda que la Corte estaría obligada a aplicar los arts 31 y 32 de la Convención si alguna de las partes los invocara expresamente. Estaría igualmente obligada a aplicarlos si no fueran expresamente invocados? Podría la Corte apartarse, explícita o implícitamente de ellos en uso de sus propios poderes; aplicar un criterio interpretativo no necesariamente concordante con el fijado por dichas cláusulas? También cualquier otro tribunal estaría obligado a aplicar las pautas hermenéuticas citadas, de fijarlo expresamente el compromiso arbitral; pero en caso contrario —y con mayor certeza que con respecto a la CIJ— creemos que el tribunal no estaría obligado a aplicarlas.

Consideramos que las normas de interpretación son obligatorias en un litigio entre estados parte en la Convención de Viena. Además, dichos artículos (31-33) no hacen sino codificar los principios que en forma unánime había adoptado la doctrina y la jurisprudencia internacional.

6. Interpretación internacional de los derechos humanos

A nivel interamericano la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado en sus opiniones consultivas, y en los casos contenciosos ha elaborado una interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos.¹¹

¹¹ Puede consultarse a César Moyano Bonilla, *La interpretación de los tratados internacionales*, Montevideo, 1985; Rafael Nieto Navia, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y su aplicación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en: Organización de los Estados Americanos, *Derechos Humanos en las Américas*, Washington, 1984; *Introducción al sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Bogotá, Temis, 1993; Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos, análisis comparativo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991; “Los métodos de interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia contenciosa”, en: *La Corte y el sistema interamericanos de derechos humanos*, San José (Costa Rica), 1994.

Igualmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano cuasi-judicial de promoción y protección de los Derechos Humanos, ha elaborado una jurisprudencia interpretativa de la Declaración Americana de Derechos Humanos, de la Convención Americana de Derechos Humanos, y de otros instrumentos internacionales.¹²

La Corte Europea de Derechos Humanos también ha realizado una interpretación de la Convención Europea de Derechos Humanos.

La Corte Internacional de Justicia ha puesto de presente la especial naturaleza de los tratados de derechos humanos que crean obligaciones *erga omnes* y no están guiados por las prestaciones recíprocas.

Hasta hoy la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido catorce opiniones consultivas que han interpretado la Declaración Americana de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos.¹³ Asimismo, la Corte ha elaborado una jurisprudencia contenciosa en los casos contenciosos que ha decidido.¹⁴

No es posible hacer un examen detenido de los métodos y principios contenidos en la jurisprudencia contenciosa y consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esta ocasión, pero nos remitimos a las obras y artículos antes mencionados.

En términos generales, la Corte Interamericana ha utilizado como base esencial de los métodos de interpretación las directrices y principios contenidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que anteriormente se han mencionado.

Igual criterio ha seguido en la jurisprudencia contenciosa; así procedió en la sentencia del 29 de junio de 1992, respecto de artículos 31, 32 y 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los cuales juzgó plenamente aplicables para la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Diez años de actividades, 1971-1981*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, 1982.

¹³ Un resumen de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se encuentra en nuestra obra *Derecho internacional público*, 3ª ed., Bogotá, Temis, 1995. La Corte ha publicado todas las opiniones consultivas y los casos que ha decidido.

¹⁴ La jurisprudencia contenciosa de la Corte está resumida en la obra "La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos", Rafael Nieto Navia (ed), San José (Costa Rica), 1994.

La Corte ha aplicado el método textual (artículo 31.1 de la Convención de Viena). Sin embargo, en ciertos casos ha interpretado términos como “leyes”, utilizado en el artículo 30 de la Convención Americana, “bien común” y “orden público” (opiniones consultivas OC-6 de mayo 1986, OC-12/91 de 6 de diciembre de 1991) de acuerdo con el concepto de tales términos.

Es importante observar que la Corte Interamericana ha interpretado la Declaración Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos al momento de aplicar el respectivo tratado.

En la opinión consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989 la Corte Interamericana dijo: “Por eso la Corte considera necesario precisar que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración”. En este caso la Corte Interamericana sigue la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en 1971¹⁵ cuando dijo: “Todo instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar”. En el *affaire du Plateau du Contineal de la Mer Egée*, mantuvo el mismo criterio, el cual ha sido sostenido por la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas,¹⁶ y la Corte Europea de Derechos Humanos.¹⁷

La Corte ha utilizado el contexto al rechazar por improcedente la solicitud de interpretación de la sentencia de 11 de diciembre de 1991 sobre excepciones preliminares en el Caso Neira Alegría y otros.

La Corte en su jurisprudencia consultiva y contenciosa se ha referido al principio de la buena fe. Por ejemplo, en la sentencia del 21 de enero de 1994 en el Caso Caballero Delgado y Santana invocó la Corte el principio de la buena fe para interpretar el artículo 51.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte ha utilizado la interpretación teleológica, el recurso a los trabajos preparatorios como medio de interpretación complementario.

¹⁵ CJ, *Avis consultatif sur le Namibie*, Recueil, 1971, pp. 31 y 32.

¹⁶ Afs.61/77 y 16/11/78, Recueil 1978, p. 417.

¹⁷ 27/IX/1991, *Corsoy c/ Royaume Uni*, Serie 17, No. 184.

Igualmente la Corte ha invocado la noción de *jus cogens*, y principios generales como la igualdad de las partes, el principio del efecto útil, el principio que obliga a reparar el daño causado, el criterio de razonabilidad, y el equilibrio entre el respeto de las normas procesales y evitar el formalismo que desvirtúe el objeto y fin de la Convención.¹⁸

7. La jurisprudencia internacional en el derecho interno

El crecimiento del número de tribunales internacionales ha producido un impacto en las sentencias de las cortes nacionales. Como lo señala Thomas Buergenthal:¹⁹ “Cada vez más, las cortes nacionales están tomando en cuenta la jurisprudencia de los tribunales internacionales, para así evitar interpretar sus leyes internas de una manera que podría violar las obligaciones internacionales de su país, o bien para adecuar su derecho interno a las normas legales internacionales emergentes”.

Se pueden citar, a título de ejemplo, el caso de *Pratt y Morgan contra Procurador General de Jamaica*²⁰ Se trataba de una apelación de una sentencia del Tribunal de Apelaciones de Jamaica presentada al Privy Council (Consejo Judicial del Monarca) Británico, reunido en su calidad de Corte Constitucional de Jamaica. El propósito de la apelación era impugnar, conforme a la Sección 17 de la Constitución de Jamaica que prohíbe someter a una persona a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, la legalidad de la pena capital impuesta a los dos peticionarios.

En 1979, los recurrentes fueron declarados culpables de asesinato en Jamaica, y se les impuso la pena capital. Desde esa fecha y hasta que se dictó la sentencia el 2 de noviembre de 1993 (14 años), los recurrentes estuvieron en prisión.

¹⁸ Un análisis de los métodos interpretativos se encuentra en el artículo de Héctor Gros Espiell, “Los métodos de interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia contenciosa”, en: *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, San José (Costa Rica), 1994, pp. 223 y ss.

¹⁹ Thomas Buergenthal, “La jurisprudencia internacional en el derecho interno”, en: *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, San José (Costa Rica), 1994.

²⁰ *Pratt & Morgan vs. Attorney General for Jamaica*, Privy Council Appeal No. 10, Judgment of the Lords of the Judicial Committee of the Privy Council, November 2, 1993, reimpresso en 14 HRLJ 338 (1993).

Al estudiar el caso los lores expresaron: “en cualquier caso donde la ejecución ha de llevarse a cabo más de cinco años después de dictarse la sentencia, existe un sólido fundamento para considerar que tal demora equivale a ‘penas o tratos inhumanos o degradantes’” conforme a la Sección 17.1 de la Constitución de Jamaica.

El *Privy Council* cita la decisión de 1987 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que determinó que el trato recibido por los peticionarios equivalía a “trato cruel, inhumano y degradante” según el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y solicitó al gobierno de Jamaica que conmutara las ejecuciones, cosa que el gobierno se negó a hacer.

Asimismo, el Comité de Derechos Humanos determinó que en caso de pena capital, el aplazamiento indebido de las diligencias judiciales podía constituir una violación del artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

El *Privy Council* también cita la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Soering contra Reino Unido*.²¹ En este caso, la Corte Europea sostuvo que la extradición a los Estados Unidos de un ciudadano alemán detenido en el Reino Unido, violaría el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos que dispone: “nadie puede ser sometido a tortura ni a penas o tratamientos inhumanos o degradantes”. Esta decisión se fundamentó en la conclusión de la Corte Europea de que el peticionario —a quien se le acusaba de homicidio en el Estado de Virginia, donde se aplica la pena capital— estaría sujeto “al fenómeno de los condenados a muerte”. La Corte Europea consideró que las largas demoras en espera de la ejecución asociadas con la pena capital, son incompatibles con las disposiciones del artículo 3 de la Convención.

El otro caso fue *Ekmedjain contra Sofovich* de 1992 de la Corte Suprema de Justicia de Argentina (caso No E.64.XXIII, sentencia del 7 de julio de 1992). Se originó en la demanda presentada por el recurrente por habersele negado ilegalmente el derecho de réplica en relación con un programa de televisión que, según él, le resultó moralmente ofensivo y lo lesionó profundamente. La demanda se basó en el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

²¹ *Soering vs. United Kingdom*, European Court of Human Rights, Judgment of July 7, 1989, 11 HRFLJ 335 (1990).

ratificada por Argentina en 1984. El demandado sostenía que esa disposición no era directamente aplicable o *self-executing* y, por ende, no creaba un derecho de réplica directamente exigible en Argentina.

La Corte Suprema revocó la decisión del tribunal inferior y sostuvo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos había establecido el derecho de réplica, directamente exigible en Argentina. La Corte Suprema llegó a esta conclusión con base en una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²²

La Corte Suprema, en lugar de recurrir a la última frase del artículo 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para definir esa norma como no directamente aplicable (*non self-executing*), sostuvo que el artículo 2 de la Convención está en la obligación de rectificar la omisión del Congreso y consideró que el lenguaje del artículo 2 incluye sentencias judiciales apropiadas entre las “medidas legislativas o de otro carácter” a las que se refiere esa disposición.²³

Los anteriores casos demuestran la tendencia vigente actualmente en el sentido de interpretar las leyes nacionales a la luz de las obligaciones internacionales contraídas por sus gobiernos.

Al determinar la naturaleza y alcance de dichas obligaciones internacionales, los tribunales nacionales están prestando mucha atención a las decisiones de los tribunales internacionales encargados de la interpretación y ejecución de esos tratados, sobre todo cuando los gobiernos en cuestión han aceptado la competencia de dichos tribunales.

Las decisiones de tribunales internacionales están constituyendo fuente informal de derecho y están teniendo impacto en los procesos nacionales. En el Reino Unido se ha observado esta tendencia en casos relacionados con la Convención Europea de Derechos Humanos y las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos.

²² *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Corte Interamericana de Derechos Humanos, ser. A, No. 7 (1986).

²³ La tendencia internacionalista de la Corte Argentina se ha puesto de presente además en los casos *Fibracca* (fallo del 7-VII-93), *Hagelin* (sentencia del 22-XII-93), y *Cafés La Virginia* (sentencia del 10-X-94). Puede ampliarse este concepto en la obra de Agustín Gordillo, *Derechos humanos*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1997.

La importancia y utilidad de la Convención de Panamá de 1975 sobre arbitraje comercial internacional¹

Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad analizar los antecedentes próximos y remotos de la Convención de Panamá de 1975 sobre arbitraje comercial internacional. Asimismo, se analizan sus principales aspectos, y se realiza la comparación con lo previsto en la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. El tratamiento del tema se hace en forma resumida, y al final se deducen conclusiones sobre el análisis realizado.

1. Antecedentes

En América existían tres sistemas de derecho internacional privado: a) Los tratados de Montevideo, aprobados por los congresos suramericanos de derecho internacional privado en 1888-1889 y 1939-1940; b) El Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, adoptado en la VI Conferencia Panamericana, La Habana (1928); y, c) El *Restatement of the law of conflict of laws*, elaborado por el *American Law Institute* que rige en los Estados Unidos de América.

El Comité Jurídico Interamericano fue encargado por el Consejo de Jurisconsultos de lograr la posibilidad de revisión del Código Bustamante, teniendo en cuenta los otros dos sistemas. El Comité presentó varios estudios y especialmente uno, comparativo del Código Bustamante, los tratados de Montevideo y el *Restatement of the law of conflict of laws*.

La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, mediante resolución AG/Res. 48/ 1-0171, aprobada el 23 de abril de 1971, convocó la Conferencia Especializada Interamericana sobre derecho internacional privado. El Comité Jurídico Interamericano realizó estudios y el Consejo Permanente, por resolución CP/Res. 109 (120/74) designó a Ciudad de Panamá como sede de la conferencia.

¹ Este ensayo fue publicado en la Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, No. 350, diciembre de 2005, pp. 3 a 23.

En la primera conferencia, que se celebró del 14 al 30 de enero de 1975, se adoptaron varias convenciones y entre ellas una sobre arbitraje comercial internacional.

Hay que advertir que se han celebrado cinco conferencias interamericanas especializadas sobre derecho internacional privado, que han adoptado veintiún convenciones sobre derecho comercial internacional, derecho procesal internacional, derecho civil y de menores internacional y normas generales sobre derecho internacional privado (CIDIP 1, Panamá, 1975; CIDIP 2, Montevideo, 1979; CIDIP 3, La Paz, 1984; CIDIP 4, Montevideo, 1989 y CIDIP 5, México, 1994).

El presente estudio se limitará a un análisis global de la Convención de Panamá de 1975 sobre arbitraje comercial internacional.

2. Codificación americana sobre arbitraje comercial internacional

En América tratan sobre arbitraje comercial internacional las siguientes convenciones: a) Tratados de derecho procesal de Montevideo (1889 y 1949) y b) Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante (1928).

2.1. Tratados de Montevideo de 1889 y 1940

El Tratado de Derecho Procesal de Montevideo de 1889 reguló el tema en el título III, artículos 5 y 7, titulados “Del cumplimiento de los exhortos, sentencias y fallos arbitrales”. El título II de dicho tratado, en sus artículos 3 y 4, hace referencia a las legalizaciones de las sentencias y laudos arbitrales homologados y expedidos en asuntos civiles y comerciales. En cuanto al Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940, sigue los mismos principios del tratado de 1889, con algunas innovaciones. Ambos tratados sólo regulan la eficacia extraterritorial de la sentencia, comprensivo de reconocimiento y de ejecución.

El artículo 7 del tratado de 1889 establece: “El carácter ejecutivo o de apremio de las sentencias o fallos arbitrales, y el juicio a que su cumplimiento dé lugar, serán los que determine la ley de procedimientos del Estado en donde se pide la ejecución”. En cambio, el artículo 7 del tratado de 1940 abolió toda posibilidad de un *exequatur* autónomo y dispuso la vía incidente en el correspondiente juicio ejecutivo, que contará con la presencia del ejecutado si mediare solicitud del Ministerio Público, o lo decide el juez *ex officio*.

El artículo 5 de ambos tratados exige estos requisitos para la ejecutabilidad de la sentencia arbitral de condena extranjera: a) Que la sentencia o el fallo hayan sido expedidos por el tribunal competente en la esfera internacional; b) Que la sentencia tenga el carácter de ejecutoriada o haya pasado en autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se ha expedido; y, c) Que la sentencia no se oponga “a las leyes de orden público del país de su ejecución” (tratado de 1889), o del “orden público del país de su cumplimiento” (tratado de 1940). El artículo 6 relaciona los documentos indispensables para solicitar el cumplimiento de los laudos arbitrales.

Los tratados de Montevideo de 1889 fueron suscritos por Argentina, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay. Únicamente Brasil y Chile no los ratificaron; Colombia se adhirió. Argentina, Paraguay y Uruguay ratificaron los tratados de 1940. En relación con Bolivia, Colombia y Perú continúan vigentes los tratados de 1889.

El tratadista Ruben Santos Belandro sostiene respecto del sistema de los tratados de Montevideo sobre ejecución de sentencias extranjeras, que atenta contra su circulación internacional. Explica su conclusión que:

En primer lugar, impone un exequátur innecesario al establecer que debe existir una resolución judicial en el país de origen del laudo arbitral que confirme que el mismo ha pasado en autoridad de cosa juzgada. En segundo lugar, le impone al demandante la carga de probar una cantidad importante de circunstancias. En tercer lugar, no le reconoce a la sentencia arbitral extranjera un valor determinado sino que ese valor queda subordinado a la fuerza que le otorgue el ordenamiento jurídico estatal del país donde se pronunció. Y por último, establece un régimen cerrado de aplicación de las normas del Tratado, pues impone la doble exigencia que la sentencia haya sido dictada y deba ejecutarse entre Estados ratificantes y que sea la ley de alguno de éstos la que se aplique.

2.2. Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante

El artículo 423 y siguientes del título X, capítulo 1, del Código Bustamante, regula la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el extranjero. La sentencia

debe provenir de un Estado parte y ejecutarse en otro Estado parte. El demandante debe probar las siguientes circunstancias: a) La competencia de los árbitros de acuerdo con el convenio arbitral, el cual debe ser válido; b) Que se haya citado personalmente a las partes o a sus representantes legales. c) Que el laudo haya pasado en autoridad de cosa juzgada en el Estado de origen. d) Que el laudo no sea contrario al orden público o al derecho público del país donde se pretende ejecutar; y e) Que el documento en que conste sea auténtico en el Estado de origen del laudo y en el Estado receptor del mismo.

La ejecución hay que solicitarla al juez competente, de acuerdo con la ley local y tendrá los recursos que ésta le otorgue. El procedimiento es contencioso, obliga a la citación del Ministerio Público y a conceder audiencia a la contraparte. Si se accede a la ejecución, se deben cumplir los procedimientos establecidos para las sentencias nacionales.

3. Antecedentes de la Convención de Panamá

Antes de la Convención de Panamá de 1975 el arbitraje internacional era poco practicado y las legislaciones procesales sólo regulaban el arbitraje interno. Al respecto, dice Rafael Eyzaguirre Echeverría que: “Los países latinoamericanos —principalmente en su legislación procesal— habían establecido disposiciones relativas al arbitraje que, si bien son importantes, estaban limitadas a las controversias que puedan crearse en el ámbito interno, o con eficacia en el campo doméstico. Faltaba un régimen jurídico interamericano que hiciera factible la aplicación del arbitraje a los conflictos que originaba el comercio internacional”. Debe decirse que la *American Arbitration Association* (AAA) tuvo una destacada participación en materia de arbitraje. Santos Belandro resume así este aspecto:

Cumpliendo con su objeto estatutario, colaboró en la creación y organización de un sistema interamericano de arbitraje con la Unión Panamericana (UP). Con esa finalidad se celebraron varias conferencias comerciales, a las cuales asistieron países de las tres partes del continente que culminaron en 1921 con la VII Conferencia Comercial Panamericana, la que invitó a la Unión Panamericana para quien presentara un informe sobre los problemas del comercio en los países del continente. Dicho informe fue realizado y se pre-

sentó para su examen en el año 1933, en la VII Conferencia Panamericana, con sede en Montevideo. En el mismo hay un estudio detallado de la viabilidad del arbitraje y se propone un sistema panamericano de arbitraje.

La Resolución XLI trató, entre otras temas, como las normas sobre la arbitraje, lo siguiente: a) La recomendación a las respectivas cámaras de comercio de adoptar una convención sobre arbitraje, como la concertada en 1916 entre la Bolsa de Comercio de Buenos Aires y la Cámara de Comercio de los Estados Unidos de América; y b) La recomendación de constituir una agencia comercial internacional, destinada a representar los intereses comerciales de todas las repúblicas americanas y a asumir la responsabilidad de implantar un sistema de arbitraje.

La primera reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos (CIJ), celebrada en Río de Janeiro en 1950, encomendó al Comité Jurídico Interamericano (CJI) la tarea de estudiar el tema “Arbitraje comercial internacional” con el título “Uniformidad de legislaciones”.

El Comité elaboró un proyecto de ley uniforme sobre la materia y lo adoptó en su reunión del 21 de diciembre de 1953. Este proyecto fue enviado a los gobiernos para que formularan observaciones, pero sólo cuatro lo hicieron: Estados Unidos, El Salvador, Perú y República Dominicana. Luego se elaboró un segundo proyecto, el 15 de diciembre de 1954, que fue aprobado por unanimidad en la Resolución VIII, en la tercera reunión del CIJ, celebrada en México el 4 de febrero de 1956.

Posteriormente, el Comité elaboró un proyecto de convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, por cuanto los gobiernos americanos no habían ratificado las Convenciones de Nueva York de 1958 y europea de 1961. Este proyecto, que tuvo la influencia del Proyecto de Ley Uniforme, fue aprobado el 6 de agosto de 1974 y pasó a constituir el tema 5 de la CIDIP 1, celebrada en Panamá en 1975.

El tema del arbitraje comercial internacional se estudió en la Comisión 1 que tuvo para su consideración el proyecto preparado por el Comité, las enmiendas a los artículos 1 y 7 presentados por Colombia (COM 1/16), nuevo proyecto presentado por México (COM 1/225), enmiendas presentadas por México (COM 1/27) y un

nuevo proyecto formulado por el Grupo de Trabajo (Brasil, Estados Unidos y México, COM 1/29) y enmiendas a los artículos 1 a 8 de Chile (COM 1/37).

La Convención de Arbitraje Comercial Internacional fue suscrita por Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Estados Unidos, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. No la suscribieron: Argentina, República Dominicana, Jamaica, México, Perú y Trinidad y Tobago.

Tuve el honor de suscribir a nombre de Colombia, sin reservas, la Convención Interamericana de Panamá sobre Arbitraje Comercial Internacional. Posteriormente, esta convención fue aprobada por Colombia mediante la Ley 44 de 1986, la ratificó el 18 de noviembre de 1986 y depositó el instrumento de ratificación en la Secretaría de la OEA el 19 de diciembre del mismo año.

4. Análisis de la Convención de Panamá de 1975

4.1. Temas que regula

La Convención consta de 13 artículos: el artículo 1 reconoce la validez del acuerdo arbitral y los requisitos que debe cumplir el mismo; el artículo 2 regula la designación y nacionalidad de los árbitros; el artículo 3 reconoce la libertad de las partes para regular el arbitraje y en forma supletoria la obligación de recurrir al Reglamento de Procedimientos de la CIAC; d) El artículo 4 reconoce la ejecutabilidad del laudo arbitral; e) El artículo 5 reproduce en forma íntegra la Convención de Naciones Unidas de 1958, donde se consignan las causales para oponer contra la solicitud de *exequátur*; f) El artículo 6 es igual al VII de la Convención de 1958 y alude a la suspensión de la ejecución de la sentencia; y, g) Los artículos 7 a 13 contienen cláusulas generales.

4.2. Noción general de arbitraje comercial internacional

El arbitraje privado es internacional cuando esté presente en el mismo un elemento extranjero. No importa la naturaleza, calidad, o intensidad de extranjería de dicho elemento internacional.

El arbitraje comercial internacional es un procedimiento de solución de diferencias entre sujetos particulares, personas físicas o jurídicas, o que actúan

en calidad de tales. Así, un Estado puede someterse a arbitraje comercial internacional si actúa en el comercio internacional ejecutando actos de gestión o sea como un simple particular.

Según Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González la extraordinaria difusión del arbitraje comercial internacional se debe a estas causas: “1. Neutralidad y especialización del órgano arbitral; 2. Procedimiento arbitral flexible, confidencial y veloz y facilidad de *exequátur* del laudo; 3. Alta calidad técnico jurídica del laudo arbitral”.

En el arbitraje internacional hay que distinguir estos aspectos: a) Derecho aplicable al arbitraje. Para estos efectos hay que tener en cuenta lo previsto en los tratados públicos y en subsidio en la técnica del derecho internacional privado. Existen normas de conflicto que señalan la ley aplicable al fondo del convenio arbitral —conclusión, validez y efectos del convenio arbitral—, capacidad de las partes y forma del convenio arbitral; b) Validez extraterritorial de laudos arbitrales. En este caso se aplican los tratados siendo importante mencionar al respecto el Convenio de Nueva York del 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

4.3. Ámbito de aplicación

Si bien el ámbito de aplicación de la Convención de Panamá de 1975 es para los Estados miembros de la OEA, sin embargo, el artículo 9 determina que “La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado”, lo cual significa que su alcance es además universal. No obstante, el ámbito de aplicación se reduce a los estados partes que han manifestado su consentimiento en obligarse por la Convención, sin que hasta hoy pueda decirse que tiene ámbito universal.

En cambio, la Convención de Nueva York de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, aprobada por la Ley 39 de 1990 y vigente para Colombia, tiene vigencia casi universal porque vincula a 145 estados que han manifestado su consentimiento en obligarse internacionalmente por este tratado.

La Convención de Panamá de 1975 regula el arbitraje (acuerdo arbitral, procedimiento arbitral y eficacia extraterritorial del laudo arbitral mediante su reconocimiento y ejecución) y no exclusivamente el reconocimiento y ejecución

de las sentencias arbitrales extranjeras, como lo hace la Convención de Nueva York de 1958.

La Convención de Panamá no define cuándo se considera extranjera una sentencia o laudo arbitral, porque no existe un artículo similar al artículo 1 de la Convención de Naciones Unidas de 1958. Además, el tema no fue objeto de debate en el seno de la Comisión 1ª. Por tanto, no hay antecedente en las actas para distinguir entre la sentencia arbitral dictada en un territorio extranjero y la sentencia arbitral dictada en el territorio del Estado al que se le requiere el *exequátur*, pero que este Estado no la considera nacional por estar regida por una ley procesal extranjera.

Las materias incluidas en el ámbito de aplicación material del Convenio de Nueva York de 1958 hacen relación al reconocimiento de laudos arbitrales, y al reconocimiento del convenio arbitral.

El artículo 1 de la Convención de Nueva York de 1958 dice:

1. La presente Convención se aplicará al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.

Como lo señala Miguel Gómez Jene, la primera parte está inspirada en la concepción territorialista, y la segunda se apoya en una concepción procesalista. Hay que observar que no se adoptó el criterio internacional de los laudos arbitrales sino que se expresó que se refiere el Convenio al reconocimiento de sentencias arbitrales, aunque revistan carácter de domésticas en el Estado donde han sido dictadas.

Además, la Convención de Nueva York resulta aplicable cuando la ley que rige el procedimiento arbitral haya sido la del Estado donde se requiere el reconocimiento. Es el caso de un laudo dictado en un primer Estado con fundamento al derecho del Estado donde se pretende el reconocimiento del laudo. Además, como lo dice el tratadista citado “Otro supuesto de aplicabilidad del texto convencional lo constituye aquél en que el laudo es dictado en el mismo

Estado donde se pretende su reconocimiento, no reuniendo, sin embargo, carácter de nacional de acuerdo con la *lex fori*.”

Se ha dicho por la doctrina que el Convenio de Nueva York opera con carácter *erga omnes*. Esto significa que se aplica en relación con Colombia, sea cual fuere el Estado donde se hubiere dictado el laudo y el Estado del que es nacional el demandado del *exequátur* del mismo, aun cuando se trate de estados que no sean partes del Convenio de Nueva York.

En cuanto al ámbito *ratione personae*, el Convenio de Nueva York es aplicable al reconocimiento de laudos resultantes de arbitrajes en los que un Estado o una entidad pública haya actuado como parte actuando *jure gestionis*, o sea como un particular que interviene en el comercio internacional. Además, la nacionalidad, domicilio, o residencia habitual de las partes no es relevante para la aplicación de la citada Convención.

El Convenio sólo se refiere al arbitraje voluntario por lo cual se excluye el arbitraje obligatorio. Asimismo, el Convenio se aplica a todo tipo de arbitraje, presente o no un carácter comercial (artículo 1.3).

4.4. Procedimiento

La Convención de Panamá, en el artículo 3, permite a las partes en virtud de la autonomía de la voluntad fijar el procedimiento. En caso de silencio el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

No se previó en los debates de la Conferencia lo que sucedería en caso de modificación del reglamento de la CIAC, lo cual ha sucedido por cuanto éste fue modificado el 1° de enero de 1978 y luego el 1° de noviembre de 1996.

Ningún Estado americano ha hecho objeciones en cuanto a la modificación del reglamento de la CIAC, excepto Estados Unidos.

Las reservas formuladas por Estados Unidos al ratificar la convención crean dificultades al aplicar la convención a dicho Estado. Estas reservas, según lo explica Ruben Santos Balandro, fueron las siguientes:

El 15 de junio de 1981, el Presidente Ronald Reagan envió el texto de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional al Senado para que este órgano diera su aprobación y consentimiento. El 9 de octubre de

1986 el Senado se la otorgó en una votación 98 a 0, pero lo hizo con la condición de que aprobara una ley de implementación o reglamentaria como prerequisite para el depósito del instrumento de ratificación. Esta ley comenzó a regir el 15 de agosto de 1990 y forma parte del USC en el título 9, capítulo 2, secc, 301 y ss. Por ello, el depósito se realizó el 27 de septiembre de 1990. EUA aprobó la Convención Interamericana, pero lo hizo formulando tres reservas, cuyo campo de acción es vasto. La primera de ellas formula una regla de conflicto de Convenciones. La segunda se aboca directamente a precisar qué Reglamento de Procedimientos es el que se estima como aplicable por EUA. Y la tercera reserva precisa que, para dicho país, la Convención funcionará según el criterio de reciprocidad.

Explica este tratadista que el conflicto entre las Convenciones de Nueva York de 1958 y la de Panamá de 1975 lo resolvió Estados Unidos, en esta forma: a) Prima la voluntad de las partes que deben decidir la forma de solucionar el conflicto de convenciones en forma expresa; b) En defecto de un acuerdo expreso, prevalecerá la aplicación de la Convención Interamericana si la mayoría de las partes son ciudadanos de los estados que han ratificado o adherido a la misma que deben ser miembros de la OEA; y c) Regirá la Convención de Nueva York si la mayoría de las partes no son ciudadanos de estados ratificantes y éstos no son miembros de la OEA. En cuanto al reglamento de procedimientos de la CIAC es el vigente al momento de la ratificación, o sea el 1º de enero de 1978.

Esta situación crea dificultades respecto de las reformas que entraron a regir el 1º de noviembre de 1996, que no regirían en arbitrajes con Estados Unidos. La tercera reserva limita la aplicación de la Convención por la reciprocidad. Las reglas de la CIAC se aplican en caso que las partes no se hayan puesto de acuerdo en fijar el procedimiento.

Se rechazó el proyecto de Colombia que decía que “el procedimiento para el arbitraje comercial internacional será fijado por la ley del lugar del arbitraje y si ésta nada dice al respecto, por el Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial en cuanto no se oponga al orden público del respectivo país” (COM 1-16). Tampoco se aprobaron las propuestas de señalar la ley de arbitraje, o la ley de la sede del tribunal arbitral.

Como señala Rubén Santos Belandro hay contradicción entre el artículo 3 y el artículo V.1.(d) de la Convención de Panamá, por cuanto la primera disposición ordena aplicar supletoriamente las reglas de la CIAC y la segunda que se trasplantó del artículo V de la Convención de Nueva York preceptúa que es causal de denegación de reconocimiento y ejecución del laudo, el procedimiento o la constitución del tribunal arbitral cuando no se haya ajustado al acuerdo de las partes o en defecto de tal acuerdo “que no se haya ajustado a la ley del Estado donde se haya efectuado el arbitraje” lo cual es contradictorio.

El Convenio de Nueva York de 1958 establece que el procedimiento debe ajustarse a lo pactado por las partes, y en su defecto, a lo establecido en la Ley del país donde se desarrolla el arbitraje.

Hay que observar que la ley aplicable a cuestiones procedimentales regula: 1. Las cuestiones relativas a los árbitros: composición del órgano arbitral, designación de los árbitros, cualidades que deben poseer, causas y procedimiento de recusación, etc. 2. Estructura del procedimiento arbitral: aportación de documentos, práctica de pruebas, carácter oral o escrito de las intervenciones de las partes, defensa técnica de las partes y todo el procedimiento hasta que se dicta el laudo. Los centros permanentes de arbitraje son los beneficiarios de la libertad reconocida a las partes.

El artículo 3 de la Convención de Panamá de 1975 habla de arbitraje, por lo cual parte de la doctrina ha considerado que se refiere no solamente al proceso arbitral sino al arbitraje en su conjunto.

La fijación del procedimiento por las partes pueden ser en varias formas: a) Determinan el procedimiento mediante una normatividad especial recurriendo al arbitraje *ad hoc*; b) Se remiten a un arbitraje institucional por lo cual se aplican las reglas de procedimiento de la institución respectiva.

Por tanto, los límites en materia de procedimiento están constituidos por la voluntad de las partes y por el respeto al debido proceso que forma parte del orden público internacional que prevalece sobre la autonomía de las partes.

En consecuencia, si no se observa el debido proceso se puede rechazar el *exequátur* por desconocimiento de un derecho fundamental que forma parte del orden público internacional.

En el Convenio de Nueva York de 1958 los laudos arbitrales sobre materias administrativas podrán acogerse al régimen de reconocimiento y ejecución,

siempre y cuando que el Estado en el que se pretende el reconocimiento no haya hecho uso de la posibilidad de efectuar la llamada “declaración comercial” que se prevé en el artículo 1.3 del texto de la Convención.

Según el artículo 1.3 de la Convención de Naciones Unidas de 1958 hay dos clases de reservas: a) Reserva de reciprocidad; y b) Reserva comercial. Esta declaración ha sido realizada por Dinamarca y Grecia que podrán rechazar la aplicación del Convenio si consideran que según su derecho interno no se han pronunciado sobre una relación jurídica comercial.

4.5. Elección del derecho aplicable al fondo de la controversia

En cuanto a la elección de la ley aplicable al fondo de la relación litigiosa las partes tienen el derecho de elegirla.

Cuando las partes no se ponen de acuerdo, la tarea de elegir la norma de fondo se traslada a los árbitros. El artículo 33.1 del reglamento de la CIAC, aplicable por el artículo 3 de la Convención, determina que “si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables”, y el artículo 33.3 dice que “en todos los casos el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”. Esto implica que se otorga a los árbitros la libertad de elegir la ley aplicable al fondo para lo cual pueden escoger como criterios previstos por el derecho internacional privado y entre ellos pueden aplicar uno o varios conjuntamente: la conexión más cercana, el asiento del arbitraje, el lugar de ejecución del contrato, el lugar de celebración del contrato, el domicilio del vendedor, etc. En todo caso, deben tenerse en cuenta los usos mercantiles o *lex mercatoria*. Encontrada la regla de conflicto, los árbitros determinan la norma material estatal aplicable a la cuestión litigiosa.

4.6. Acuerdo de arbitraje

El acuerdo de arbitraje de que trata el artículo 1 de la Convención de Panamá de 1975 conlleva la aceptación tanto del compromiso como de la cláusula compromisoria.

El problema es que no en todas las legislaciones americanas la cláusula compromisoria tiene eficacia independiente sino que conduce a un compromiso.

Los requisitos en las legislaciones son diferentes aunque la mayoría exige el escrito para el compromiso y la cláusula compromisoria.

Colombia propuso requisitos especiales para el compromiso, conforme se acercaba a lo previsto en la legislación colombiana: “El compromiso puede celebrarse antes de iniciado el proceso o después, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia. También puede estipularse una cláusula compromisoria con el fin de someter a la decisión de árbitros todas o algunas de las diferencias que se susciten en relación con un contrato, para lo cual bastará que los contratantes la consignen en aquel, o en un escrito separado antes de que surja la controversia”. Esta propuesta fue rechazada porque se consideró muy complicada.

En este aspectos coinciden la Convención de Panamá de 1975 y la de Nueva York de 1958 porque en ambas el convenio arbitral comprende tanto la cláusula compromisoria como el compromiso arbitral.

En el tercer párrafo del artículo 2 del Convenio de Nueva York de 1958 se reconoce expresamente el “efecto negativo” del convenio arbitral. Esto implica que afirmada la validez del convenio, el juez debe abstenerse de decidir el litigio y enviar a las partes al arbitraje.

En cuanto a los requisitos de forma previstos en el artículo 1 de la Convención de Panamá de 1975 hay que observar que el acuerdo debe constar por escrito, pero la enunciación que trae la norma es a título de ejemplo, por lo cual se incluye cualquier otro medio de comunicación como el correo electrónico, el telefax, etc.

El artículo 2.2 del Convenio de Nueva York describe lo que debe entenderse por escrito. Como se deduce del artículo V.1 a) de este convenio, la parte contra la cual es invocada el reconocimiento del laudo puede oponer la invalidez del convenio arbitral como motivo para denegar el reconocimiento. Esto significa que la parte debe probar el cumplimiento de los requisitos de forma. El artículo IV b) del Convenio de Nueva York exige como requisito para iniciar el reconocimiento adjuntar el original del acuerdo o copia autenticada del mismo.

Según el artículo V.2 del Convenio de Nueva York el tribunal que conoce del reconocimiento sólo podrá apreciar de oficio dos causas para denegar el *exequátur*: que el objeto de la diferencia no sea susceptible de arbitrabilidad, y que el reconocimiento del laudo sea contrario al orden público.

El Tribunal Arbitral, según el artículo 21.2 del reglamento de la CIAC puede determinar la existencia y validez del acuerdo arbitral. Asimismo, tiene facultad para establecer la sede del Tribunal (artículo 16.1).

La Convención de Panamá aceptó la plena libertad de las partes respecto de la forma de designar a los árbitros que integrarán el tribunal arbitral, o al árbitro, si se trata de uno solo. Las partes podrán efectuar el nombramiento de manera directa, aunque también podrá delegarse su nombramiento a un tercero que puede ser persona natural o jurídica. Los árbitros pueden ser nacionales o extranjeros. Sin embargo, la aceptación de los árbitros extranjeros se admite cuando el arbitraje es internacional, que es el regulado por la Convención, pero es posible admitirlos respecto del arbitraje nacional si la ley nacional lo autoriza.

La Convención de Panamá tiene vínculos con la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros. El artículo 1 de esta convención dice que es aplicable: “en lo relativo a laudos arbitrales en todo lo no previsto en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975”.

La Convención de Panamá limita su campo de acción al arbitraje sobre relaciones jurídicas litigiosas comerciales, y en cambio el Convenio de Nueva York de 1958 se refiere a cualquier diferencia de carácter privado, civil o comercial, y por ende es más amplia.

El Convenio de Nueva York hace referencia expresa al compromiso y a la cláusula compromisoria; en cambio, la Convención de Panamá utiliza el término “acuerdo” que abarca tanto el compromiso como la cláusula compromisoria, como anteriormente se observó. La autonomía de la cláusula compromisoria es aceptada por el artículo 21.2 del reglamento de la CIAC.

Es aceptado por la doctrina, y por la mayoría de legislaciones, que la nulidad del contrato no produce *ipso jure* la invalidez de la cláusula compromisoria; asimismo, que la nulidad de la cláusula compromisoria no produce la nulidad del contrato y en este caso se abre la vía judicial.

4.7. El reconocimiento y ejecución del laudo arbitral

La Convención de Panamá no regula lo relativo a la ejecución del laudo extranjero, ni especifica las causales de nulidad arbitral como lo propuso Colombia en los debates de la Conferencia.

La Convención de Panamá no reconoce en forma expresa el principio que acepta que los árbitros son competentes para decidir su propia competencia. Se podría interpretar, como lo hace Santos Balandro, que el juez competente para tratar la competencia de los árbitros es el juez del *exequátur*. Hay que observar que se trata de la competencia internacional de los árbitros conforme a los tratados internacionales si existen, o en subsidio las normas de derecho internacional privado sobre la materia.

La Convención de Panamá se refiere a la sentencia arbitral como sentencia judicial ejecutoriada por lo cual optó por darle al arbitraje una naturaleza jurisdiccional.

El artículo 4 consagra el reconocimiento y la ejecutabilidad del laudo arbitral. Este artículo dice:

Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables, tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales.

Esta norma implica que los estados se obligan a reconocer las sentencias arbitrales extranjeras.

El juez del Estado ante quien se solicita el *exequátur* del laudo arbitral extranjero está facultado para aplicar las normas de su propio ordenamiento jurídico respecto al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero.

En el caso colombiano, los laudos arbitrales proferidos en el exterior deben ser objeto de reconocimiento y luego de ejecución ante las autoridades judiciales competentes, según las reglas generales de competencia.

Conforme a lo previsto en el artículo 693 del Código de Procedimiento Civil, el *exequátur* se rige por lo previsto en los tratados públicos de los cuales Colombia sea Estado parte, y en su defecto se aplica la reciprocidad legislativa.

Hay que tener en cuenta que para Colombia rigen estos tratados: a) Acuerdo Bolivariano sobre ejecución de actos extranjeros, aprobado por Ley 16 de 1913; b) Tratado de derecho procesal internacional de Montevideo de

1889, aprobado por Ley 68 de 1920; c) Convenio entre España y Colombia sobre ejecución de sentencias civiles de 30 de mayo de 1908, aprobado por Ley 6ª de 1908; d) la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional de Panamá de 1975, aprobada por Ley 44 de 1986; e) Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, aprobada por Ley 39 de 1990; f) Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros de Montevideo de 1979, aprobada por Ley 16 de 1981; y g) Tratado sobre derecho internacional privado entre Colombia y Ecuador, aprobado por la Ley 13 de 1905 y canjeadas las ratificaciones en Quito el 31 de julio de 1907.

El sistema de *exequátur* en el Convenio de Nueva York, que fue transplantado a la Convención de Panamá de 1975, y que por ende es aplicable a los estados partes en la misma, tiene estas características, que por ende son comunes a las dos convenciones:

- a) El interesado sólo está obligado a aportar el original o copia del acuerdo arbitral que ha de ser por escrito, y copia de la sentencia arbitral.
- b) No es posible la revisión de fondo de la sentencia arbitral.
- c) La mayoría de causas de denegación de reconocimiento sólo puede examinarse a instancia de parte y no de oficio.

Las causas oponibles a instancia de la parte contra la que se solicita el *exequátur* son las siguientes:

- a) Incapacidad de alguna de las partes en el acuerdo arbitral. Tal incapacidad debe ser determinada en “virtud de la Ley que le es aplicable”. Como el Convenio de Nueva York no dice cuál es la ley aplicable, hay que aplicar las reglas de derecho internacional privado del Estado donde se solicita el *exequátur*. En el caso colombiano son aplicables los artículos 19, 20, 21 y 22 del Código Civil.
- b) Invalidez del acuerdo arbitral. Dicha invalidez debe ser declarada “en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada han indicado al respecto, en virtud de la Ley del Estado en que se haya dictado la sentencia”. Hay que tener en cuenta que el contrato puede estar sujeto a una ley mientras el acuerdo de sumisión a arbitraje puede quedar sujeto a otra. Asimismo, debe

considerarse que cuando se cuestiona la validez de fondo del convenio arbitral para impedir el *exequátur*, antes es necesario fijar la ley aplicable a dicho fondo. Esta ley es la elegida por las partes en virtud de la autonomía de la voluntad. En defecto de la ley elegida por las partes, se aplicará al fondo del convenio arbitral la “Ley del país en que se haya dictado la sentencia” (artículo VI.a del Convenio de Nueva York).

- c) Inobservancia del derecho de defensa. Se rechaza el *exequátur* del laudo arbitral si se aprecia falta de la debida notificación a la parte contra la que se invoca el laudo arbitral, de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o imposibilidad de dicha parte de hacer valer sus medios de defensa.
- d) Constitución irregular del tribunal arbitral o irregularidades del procedimiento arbitral. Para estos efectos hay que tener en cuenta lo dispuesto por las partes en el acuerdo arbitral, o en caso de silencio teniendo en cuenta lo establecido en la ley del Estado donde se ha efectuado el arbitraje.
- e) Sentencia no obligatoria para las partes, anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

Las causas de denegación del *exequátur* apreciable de oficio son las siguientes:

- a) Que el objeto de la diferencia no sea susceptible de solución por vía de arbitraje. Esta circunstancia la valora el juez del *exequátur* con arreglo a su propia ley; y,
- b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia resulten contrarios al orden público internacional del Estado donde se pretende el *exequátur* del laudo arbitral extranjero.

Respecto de esta causa, hay que advertir que de los debates en la Conferencia de Panamá quedó claro que no se trata de orden público nacional, ni tampoco de normas procesales a las que se aplica la autonomía de la voluntad.

El concepto de orden público internacional es el adoptado por la doctrina del derecho internacional privado y que se refiere a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado donde se vaya a ejecutar el laudo arbitral.

Colombia propuso especificar las causales de nulidad del laudo arbitral, siguiendo el proyecto de la Convención del Comité Jurídico Interamericano de 1965, que en su artículo 5 consagraba una serie de causales de nulidad del laudo e imponía al demandado la carga de probar alguna de ellas como medio de oponerse a la ejecución.

El proyecto de Chile aumentaba las causales de nulidad. Sin embargo, estas propuestas fueron rechazadas. En su lugar se propuso, en el artículo 5, que no procedería el reconocimiento ni la ejecución de sentencias o laudos arbitrales cuando manifiestamente contraríen el orden público.

Además, se agregó que consagrar causales de nulidad podría contrariar lo previsto respecto de las causales de rechazo al *exequátur*, previstas en el artículo V de la Convención de Nueva York.

La controversia se superó con la propuesta de la delegación del Ecuador de incorporar al artículo 5, el contenido del artículo V de la Convención de Nueva York.

Esta propuesta fue apoyada por Brasil, Colombia, Chile, Estados Unidos, Jamaica y Uruguay. Asimismo, el delegado de Ecuador propuso adicionar el artículo VI de la Convención de Nueva York, lo que fue aprobado.

Conclusiones

1. El arbitraje es un medio jurídico de solución de controversias entre actores del comercio internacional.
2. El desarrollo del arbitraje comercial internacional ha estado vinculado a la adopción de tratados internacionales. Dentro de estos tratados son de especial importancia el Convenio de Nueva York de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, el Convenio Europeo de Ginebra del 21 de abril de 1961, sobre arbitraje comercial internacional, el Convenio de Washington del 18 de marzo de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados, y la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional de Panamá de 1975. También existe reglamentación interna como la Ley colombiana 315 de 1996.
3. La Convención de Nueva York tiene cobertura casi universal, dado que 145 estados la han ratificado. La Convención de Panamá tiene ámbito americano, pero permite la adhesión de cualquier otro Estado, con lo cual se le otorgó

carácter universal si bien en la práctica no tiene ratificaciones de estados no americanos.

4. En la Convención de Panamá de 1975 se presenta el problema relativo a las modificaciones de las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). Estas dificultades interpretativas respecto a las modificaciones de las reglas procesales de la CIAC se pueden resolver mediante la adopción de un protocolo aclaratorio y modificatorio de la Convención.
5. Son compatibles las Convenciones de Panamá de 1975 y Nueva York de 1958, a pesar de las diferencias que existen; además, hay que tener en cuenta que en la Conferencia de Panamá siempre se tuvo en consideración lo previsto en la Convención de Naciones Unidas.
6. El ideal es que todos los estados americanos y aún no americanos ratifiquen la Convención de Panamá de 1975 como ésta lo permite. Asimismo, sería conveniente que todos los estados americanos ratificaran la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros de 1979, y la Convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras de 1984. Esta ratificación se hace necesaria puesto que en materia de arbitraje comercial internacional se aplica como norma principal lo previsto en los tratados internacionales, de los cuales el Estado respectiva sea parte; además, estas dos últimas convenciones precisan el concepto de competencia internacional y unifican los requisitos requeridos para el *exequátur* de los laudos arbitrales extranjeros.
7. El arbitraje comercial internacional ha demostrado ser una forma eficiente para resolver conflictos en el ámbito del comercio internacional; por eso es recomendable su utilización como una forma pronta y oportuna de resolver los conflictos que se presenten cuando interviene un elemento extranjero.
8. La tendencia actual es tratar de alcanzar una armonización del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales en el espacio judicial europeo, y habría que pensar en la unificación en el espacio judicial americano. Esto es necesario porque la jurisprudencia de los tribunales en materia de reconocimiento de laudos arbitrales no siempre es coincidente. La interpretación del Convenio de Nueva York de 1958 no está a cargo de un tribunal internacional, lo cual podría exigir la elaboración de un protocolo que aclare las distintas

interpretaciones y que simplifique las formalidades a las que aún está sometido el *exequátur* en los distintos estados. Esta armonización ha sido propuesta en Europa. En efecto, se ha propuesto en ese Continente que los laudos arbitrales comerciales internacionales se beneficien de un régimen de reconocimiento y ejecución similar al del Convenio de Bruselas del 27 de septiembre de 1968, sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de gran utilidad para las decisiones judiciales.

9. El concepto de orden público para denegar el *exequátur*, previsto en la Convención de Panamá de 1975, no es referido al orden público interno sino al orden público internacional del Estado donde se pretenda el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero. Dichos principios, que constituyen el orden público internacional, son los establecidos en la Constitución y las leyes como principios fundamentales. Por tanto, no se puede denegar el *exequátur* a los laudos arbitrales extranjeros que no se ajusten a las normas de procedimiento civil colombiano, porque el laudo se dictó conforme a la normativa extranjera aplicable según las reglas de conflicto previstas por las partes, o supletoriamente según las reglas de procedimiento de la CIAC. Este es el sentido de la doctrina. En ese sentido, Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González dicen:

2) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia resulten contrarios al orden público del país donde se pretende el mismo. Ello impide el *exequátur* del laudo arbitral extranjero cuya ejecución vulnere los principios básicos del Derecho del país en donde se solicita tal *exequátur*. Por tanto, el hecho de que el laudo se haya dictado con arreglo a una normativa extranjera, —y no siguiendo los dictados de la Ley del país donde se pretende lograr el *exequátur*—, no activa la cláusula de orden público internacional. Por ello, es censurable la práctica española anterior a la Ley 36/88, que denegaba el *exequátur* a los laudos arbitrales extranjeros que no se ajustaban a las prescripciones de nuestra Ley sobre arbitraje de 1953.

En el mismo sentido se pronuncia Antonio Boggiano en su *Curso de derecho internacional privado* y la doctrina más autorizada de derecho internacional privado.

Intervención humanitaria y derecho a la asistencia humanitaria¹

1. Planteamiento del problema

El debate doctrinario entre los partidarios y adversarios de la intervención humanitaria no sólo ha durado bastante tiempo, sino que continúa después de las situaciones que se han presentado en Irak, Haití, Ruanda, Somalia, Bosnia y Kosovo.²

Se trata del conflicto entre los principios de soberanía, no intervención y no uso o amenaza de la fuerza.

Los derechos humanos constituyen obligación internacional de los estados que tienen el compromiso de implantar la “cultura de los derechos humanos” y por esta razón se han tipificado como crímenes internacionales el genocidio, la tortura y la desaparición forzada de personas.

El derecho internacional actual se enfrenta a la tensión entre derechos humanos y soberanía estatal. Cada vez hay más conciencia sobre el respeto de los derechos humanos, pero al mismo tiempo existe la prohibición del uso de la fuerza y el principio de no intervención, los cuales no pueden ser desconocidos.

El problema de la falta de legalidad de la intervención humanitaria ha dado lugar a un intenso debate tanto desde el punto de vista legal como desde el punto de vista filosófico.

La intervención humanitaria existió y no es un concepto nuevo. Según el jurista Héctor Gros Espiell:³

¹ Este ensayo fue publicado en la *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, No. 315 (nov. 1999), pp. 155-173.

² A. Rougier, “La théorie d’intervention d’humanité”, en *Revue Generale de droit international public*, París, 1910; Nicholas J. Wheeler, “Humanitarian intervention and world politics”, en Johan Baylis & Steve Smith, *The globalization of world perspective*, Oxford University Press, p. 391.

³ “Intervención humanitaria y derecho a la asistencia humanitaria”, en *liber amicorum* en honor de Eduardo Jiménez de Aréchaga, *El derecho internacional en un mundo en transformación*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994, pp. 301 y ss.

[...] la llamada intervención humanitaria en el derecho internacional se utilizó ampliamente en el siglo XIX y en las primeras décadas del siglo XX y se invocó reiteradamente para tratar de fundar en ella el ejercicio, en principio ilegítimo, de la intervención de un Estado en los asuntos internos de otro u otros. Naturalmente fueron siempre las grandes potencias coloniales las que invocaron las razones de humanidad para intervenir por la fuerza. No hubo un solo caso en que un Estado, que no fuera una potencia colonizadora y poderosa, pretendiera intervenir por razones de humanidad ante violaciones de derechos humanos, matanzas o situaciones de hambre y desolación, como las que tantas veces ocurrieron en las grandes potencias que constituían entonces “las naciones civilizadas”.

En el derecho internacional clásico se admitía la intervención humanitaria por lo cual un príncipe o soberano extranjero podía lícitamente intervenir en el territorio de otro príncipe o soberano que diera un trato inhumano a sus súbditos.⁴

La pregunta más difícil de contestar es la siguiente: ¿Qué sucede cuando un Estado soberano que debe proteger los derechos de los ciudadanos, ataca a su propio pueblo y viola sus derechos fundamentales? ¿Puede este Estado protegerse acogiéndose a los principios de la soberanía y la no intervención? ¿Qué responsabilidades tienen los demás Estados para actuar como guardianes de los derechos humanos en representación de la sociedad de Estados? ¿Es lícita a la luz del derecho internacional vigente la intervención humanitaria?

2. Definición

R.J. Vincent⁵ dice que la intervención:

Es la actividad adoptada por un Estado, un grupo dentro de un Estado, un grupo de Estados, o una organización internacional que interfiere coercitivamente en los asuntos domésticos de otro Estado. Es una situación que tiene un principio y un final, pero está dirigida contra la autoridad del

⁴ H. Grocio, *De juri belli ac pacis*, 1853, capítulo XXV, p. 438.

⁵ *Non intervention and international order*, 1974, pp. 3-19.

Estado intervenido. No es necesariamente legal o ilegal, pero rompe una regla convencional de las relaciones internacionales”.

Rougier afirma: “la teoría de la intervención basada en razones de humanidad reconoce el derecho de un Estado para ejercer un control internacional mediante el uso de la fuerza militar respecto de los actos de otro Estado, cuando dichos actos son contrarios a las leyes de la humanidad”.⁶

Fernando R. Tesón⁷ define la intervención humanitaria así: “como la ayuda transfronteriza proporcional, incluyendo la fuerza, que es proporcionada por los gobiernos a las personas de otro Estado a quienes se les ha negado sus derechos fundamentales y quienes desearían atacar sus gobiernos opresivos”.

Jules Basdevant⁸ define la intervención humanitaria como “la acción ejercida por un Estado sobre un gobierno extranjero con el fin de hacer cesar los tratamientos contrarios a la ley de la humanidad que inflige a particulares, aunque ellos sean sus propios nacionales”.

La intervención humanitaria plantea varios dilemas: ¿Se puede aceptar una intervención multilateral para poner fin a violaciones graves de derechos humanos? o ¿los estados deben abstenerse de intervenir por la prohibición del uso de la fuerza contenida en el artículo 2 (4) de la Carta de Naciones Unidas?⁹ ¿Cómo conciliar los principios de no intervención, de prohibición del uso o amenaza de la fuerza y el respeto de los derechos humanos?

Si bien la intervención humanitaria fue rechazada por ser contraria al principio de no intervención, sin embargo se observa un cambio de actitud desde 1990. Pero, hay que tener en cuenta que si bien algunas intervenciones han sido aceptadas por algunos Estados occidentales, los Estados no occidentales las han cuestionado y no hay consenso en esta materia.

⁶ A. Rougier, *op. cit.*, p. 468.

⁷ Fernando R. Tesón, *Humanitarian intervention: an inquiry into law and morality*, second edition, New York, Transnational Publishers, Irvington Hudson, 1997, p. 5.

⁸ *Dictionnaire de la terminologie de droit international*, París, p. 349.

⁹ Fernando R. Tesón, *op. cit.*; N. Ronzitti, *Rescuing nationals abroad and intervention on grounds of humanity*, 1985; Brownlie, “Humanitarian intervention”, in J. N. Moore (ed.), *Law and civil war in the modern world*, 1974, p. 219; Lillich, “Humanitarian intervention: a reply to Ian Brownlie and a plea for constructive alternatives”, *id.*, at 229; Reisman, “Coercion and self-determination: constructive charter article 2(4)”: 78 A. J. I. L. 642 (1984); and the reply by Schachter, “The legality of pro-democratic invasion”, 78 A. J. I. L. 645 (1984).

3. El principio de no intervención

La no intervención es un principio general de derecho internacional (artículo 2 párrafos 2, 4 y 7 de la Carta de la ONU, artículo 16 de la Carta de la OEA y artículo 3 de la Carta de la Organización de Unidad Africana). De estas normas resulta que es ilícita tanto la intervención de las Naciones Unidas en asuntos de la jurisdicción doméstica de los estados, como también la intervención de un Estado en los asuntos internos de otro Estado.

La Asamblea General de las Naciones Unidas ha declarado la inadmisibilidad de la intervención en asuntos internos o externos de los estados, mediante resoluciones 2131 (XX) de 1965 y 36/104 de 1981. Además, en la resolución 2625 (XXV) del 24 de octubre de 1970 se estableció como principio “[...] el deber de no intervención en los asuntos relativos a la competencia nacional de un Estado, conforme a la Carta”.¹⁰

A nivel interamericano el principio de no intervención fue el resultado de una conquista debido a las intervenciones de que fueron objeto varios estados americanos. Este principio se consagró en las conferencias panamericanas de La Habana (1928) y Montevideo (1933), en la Conferencia de Consolidación de La Paz (Buenos Aires, 1936), en la Conferencia de Bogotá, que elaboró la Carta de la OEA y actualmente se encuentra establecido en los artículos 16, 17 y 18 de dicha Carta.¹¹

La obligación de intervenir en los asuntos de otro Estado está implícita en el artículo 2, número 4 de la Carta, sobre el deber de todo Estado de abstenerse del uso o amenaza de la fuerza. Eduardo Jiménez de Aréchaga¹² dice que la prohibición que contiene el artículo 2, número 7 para que la ONU no intervenga en los asuntos internos de los estados, abarca a los estados “dado que la Carta no puede permitir a los Estados hacer lo que prohíbe a la Organización Internacional misma”.

Esta principio de no intervención también deriva de la igualdad de los estados porque no se entendería que siendo iguales tuvieran la facultad de intervenir en asuntos de la jurisdicción de otros estados.

¹⁰ Héctor Gros Espiell, *op. cit.*, pp. 304 y ss.

¹¹ Marco Gerardo Monroy Cabra, *El sistema interamericano*, San José (Costa Rica), Juricentro, 1995, pp. 93 y ss.

¹² *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid, 1980, p. 137.

La Corte Internacional de Justicia ha condenado la intervención considerándola como manifestación de una política de fuerza.¹⁵ Sin embargo, el concepto de dominio reservado de los estados no es muy preciso en la medida que cuestiones que antes eran exclusivas de los estados han llegado a ser objeto de regulación internacional. El profesor Héctor Gros Espiell¹⁴ explica sobre la nueva concepción del dominio reservado de los Estados: “La jurisprudencia internacional descartó desde muy temprano la doctrina del dominio reservado *par nature*. Ya en su opinión consultiva 4, del 7 de febrero de 1923, la Corte Permanente de Justicia Internacional asimiló el dominio reservado a la noción de competencia, dependiente del derecho internacional (CPJI, *Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc*, serie B, No. 4, pp-23-24). La Corte Internacional de Justicia ha mantenido y desarrollado esta misma tesis (CIJ, *Asunto Interhandel*, Recueil, 1959, p. 24; *Asunto Nottebohm*, Recueil, 1955, pp. 20-21; *Asunto Droit de passage en territoire indien*, Recueil, 1960, p. 33)”.

4. Los derechos humanos constituyen obligación internacional de los estados y no forman parte del dominio reservado de los estados

El respeto a los derechos humanos es una obligación internacional de los estados que deriva de la Carta de las Naciones Unidas (artículos 1, 55, 56, 62, 68), de la Carta de la OEA (artículo 76 (c)), de la Carta de la Organización de la Unidad Africana, y de todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a nivel universal y regional. Esto significa que no se trata de un asunto reservado exclusivamente a la jurisdicción interna de los estados.

Esta afirmación es compartida por la doctrina¹⁵ y por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, la Corte Europea de Derechos Humanos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁶

¹⁵ ICJ Reports, 1949, p. 35; 1986, párrs. 202 y 204.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 308.

¹⁵ Eduardo Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, p. 149; Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Soberanía del Estado y derecho internacional*, Madrid, 2ª ed., 1976.

¹⁶ Héctor Gros Espiell, “Las Naciones Unidas y los derechos humanos”, en *Estudios sobre derechos humanos*, II, Madrid, 1988; de este mismo autor *La Convención Americana y la Convención Europea de los Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991.

Además, existen numerosos tratados que regulan los derechos humanos y establecen mecanismos de protección internacional que son subsidiarios y complementarios de la jurisdicción interna de los estados.

La Corte Internacional de Justicia ha declarado que las normas del derecho internacional de los derechos humanos generan obligaciones *erga omnes*,¹⁷ que las normas de la Carta de las Naciones Unidas generan obligaciones jurídicas vinculantes, y que desconocer los derechos humanos, desconoce la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos.¹⁸

Por esta razón, un Estado no puede invocar internacionalmente el principio de no intervención para justificar las violaciones de los derechos humanos que se cometan en su territorio.

5. Las graves violaciones a los derechos humanos pueden constituir amenaza a la paz

El primer precedente se aplicó en relación con Rhodesia, cuando una minoría blanca unilateralmente se independizó e institucionalizó un régimen de discriminación racial, lo que condujo al Consejo de Seguridad a imponerle sanciones económicas.¹⁹ Similares sanciones fueron también impuestas a Sudáfrica.²⁰

Las medidas de Naciones Unidas en caso de violación de derechos humanos incluyen informes, condenación por órganos políticos, imposición de sanciones económicas o diplomáticas, y la posibilidad de utilizar el uso de la fuerza conforme al capítulo VII de la Carta, como se observa en la posguerra fría.

No hay criterios o parámetros preestablecidos para que el Consejo de Seguridad determine cuándo hay amenaza a la paz, ni tampoco la gravedad que deben tener las violaciones a los derechos humanos para que el Consejo de Seguridad aplique el capítulo VII.

¹⁷ ICJ Reports, 1980, párr. 91, *The Tehran hostages case*.

¹⁸ ICJ Reports, 1971, párr. 131, *Advisory opinion on Namibia*; ICJ Reports, 1980, *op. cit.*

¹⁹ Resoluciones del Consejo de Seguridad 221 (1966); 232 (1966); 253 (1968); 277 (1971) y 388 (1976).

²⁰ Resoluciones del Consejo de Seguridad 282 (1970) y 418 (1977).

6. Prohibición de la amenaza o uso de la fuerza

El artículo 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas dice:

Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.

La prohibición del uso de la fuerza ha sido considerada como de *jus cogens*, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia internacional.²¹

Este principio general ha sido confirmado por las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, resolución 2625 (XXV), 3314 (XXIX) que define la agresión, y la resolución 42/22 adoptada en 1987.

La fuerza sólo puede ser usada legítimamente cuando es utilizada por un órgano internacional competente, o cuando se trate de un acto lícito de defensa individual o colectiva. Otros autores incluyen además la fuerza para ayudar a los pueblos que luchan por su liberación, cuando se utiliza la fuerza por invitación del Estado respectivo, cuando se utiliza la fuerza con fines humanitarios con el objeto de prevenir o reprimir atrocidades o violaciones masivas de los derechos humanos.²²

7. Intervención humanitaria es diferente al derecho a la asistencia humanitaria

La asistencia humanitaria no se puede confundir con la intervención humanitaria. El objeto de la asistencia humanitaria, según el jurista Edmundo Vargas Carreño²³ es:

socorrer a todas las víctimas, sin distinción ni discriminación y sin necesariamente llegar a emplear la fuerza armada en contra de ningún sector de la población, aunque con la posibilidad de emplear elementos militares a fin de

²¹ Eduardo Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*, p. 177; asimismo ICJ Reports, 1986, párr. 190.

²² O. Schachter, *International law, theory and practice*, 1991, p. 113.

²³ "La intervención humanitaria", en *liber amicorum* en honor de Héctor Gros Espiell, Bruxelles, Bruylant, p. 1619.

proporcionar un apoyo logístico. En la intervención humanitaria, en cambio, el uso de la fuerza tiene por propósito proteger a un sector de la población cuyos derechos humanos han sido desconocidos sea por una fracción rival o por el gobierno.

La Corte Internacional de Justicia, en el caso sobre las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua²⁴ declaró que “no cabe duda que el estricto otorgamiento de asistencia humanitaria a personas o fuerzas en otro país, cualquier que sea su afiliación política u objetivos, no puede ser considerada como una intervención ilegal o contraria al derecho internacional”.

Desde luego que la asistencia humanitaria debe contar con el consentimiento del Estado, haya o no sido solicitada por su gobierno, y en ningún caso implica la intervención en asuntos de la jurisdicción interna del Estado respectivo.

Existe un deber de asistencia humanitaria a cargo de la comunidad internacional.

La asistencia humanitaria tiene estas características: a) Debe ser una “ayuda estrictamente humanitaria”;²⁵ b) Debe otorgarse sin discriminación; c) Debe ser pedida o consentida por el Estado de que se trata; d) Debe ser realizada conforme a los principios de “humanidad, neutralidad e imparcialidad” de tal manera que no se violen la soberanía, la integridad territorial y la unidad nacional.²⁶

Estos criterios son los que adopta la “Guía de los principios relativos al derecho de asistencia humanitaria”, adoptada por el Consejo del Instituto Internacional de Derecho Humanitario, en San Remo (septiembre de 1992).

8. Intervención humanitaria

Una parte de la doctrina sostiene que la intervención humanitaria es ilegal por ser contraria al artículo 2(4) de la Carta de Naciones Unidas (doctrina denominada restriccionista). Otros consideran que es lícita la intervención humanitaria unilateral o colectiva para proteger las gravísimas violaciones de los derechos humanos (doctrina denominada anti-restriccionista).

²⁴ CJI Reports, 1986, párr. 242 y 286.

²⁵ CJI Recueil, 1986, *Military and paramilitary activities in and against Nicaragua. Nicaragua vs. USA*, sentencia del 27 de junio de 1986, pp. 124-125.

²⁶ Boutros Boutros-Ghali, *Agenda para la paz*, p. 19.

Quienes sostienen la validez de la intervención humanitaria, consideran que es una excepción a la prohibición de la amenaza o al uso de la fuerza y por tanto es admisible la intervención armada destinada a proteger los derechos humanos, o para derrocar una tiranía.²⁷

Los fundamentos jurídicos de la parte de la doctrina que sostiene la validez de la intervención humanitaria son enunciados por el jurista Edmundo Vargas Carreño²⁸ así:

En general, quienes abogan por este tipo de intervención armada unilateral aducen que no existiría ninguna otra opción válida y de que no se trataría de una violación al artículo 2 (4), toda vez que la intervención no estaría dirigida a menoscabar la integridad territorial o la independencia política del Estado invadido y mucho menos que ella sería incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas. Todo lo contrario. El objetivo de la intervención sería precisamente restablecer uno de los propósitos de la Organización, como es la salvaguardia de los derechos humanos.

La Cruz Roja Internacional define la intervención humanitaria como los actos que se realizan para prevenir y aliviar el sufrimiento humano. Pero el problema reside en que los actos humanitarios no siempre tienen el mismo significado ya que varían según el tiempo y el espacio. Por ejemplo, la esclavitud fue considerada como perfectamente natural en un siglo, y en otro como contraria a la humanidad.

Entre los partidarios de la validez de la intervención humanitaria, voceros como Lillich²⁹ han dicho que la intervención humanitaria unilateral o colectiva se

²⁷ Fernando R. Tesón, *op. cit.*; N. Ronzitti, *op. cit.*; Brownlie, *op. cit.*; Lillich, *op. cit.*; Reisman, *op. cit.*; A. I. J. L., *op. cit.*; O. Ramsbotham y T. Woodhouse, *Humanitarian intervention: a reconceptualization*, Cambridge, Polity, 1996; L. Minear y T. G. Weiss, *Mercy under fire: war and the global humanitarian community*, Boulder (Col), Westview Press, 1995; L. F. Damsroch (ed.), *Enforcing restraint: collective intervention in internal conflicts*, New York, Council of Foreign Relations, 1993; J. Harriiss (ed.), *The politics of humanitarian intervention*, London, Pinter, 1995.

²⁸ *Op. cit.*, pp. 1632 y ss.

²⁹ "The international protection of human rights", *General International Law*, second interim report of the sub-committee, en *Report of the International Committee on Human Rights of the International Law Association*, citado en A. J. I. L., vol. 67, 1973, p. 277.

hace necesaria por la incapacidad de los órganos de las Naciones Unidas para adoptar medidas efectivas para controlar las violaciones masivas de los derechos humanos. Otros autores como Reisman consideran que el artículo 2 (4) debe ser interpretado en consonancia con el derecho a los pueblos a elegir su propio destino, y que por tanto si bien todas las intervenciones son lamentables, sin embargo, algunas podrían servir “para aumentar la probabilidad de que los pueblos sean libres para escoger sus gobiernos y sus estructuras políticas”.⁵⁰

Estas interpretaciones no se pueden aceptar por cuanto la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza previstas en el artículo 2 (4) de la Carta de las Naciones Unidas es un principio general de derecho internacional, considerado como de *jus cogens* por la doctrina y la jurisprudencia internacional, como anteriormente se expresó, que no admite más excepciones que las establecidas en la misma Carta de las Naciones Unidas.

Las objeciones que se han hecho a la legitimación de la intervención humanitaria son las siguientes:

- a) Los estados no intervienen principalmente por razones humanitarias, lo hacen según su interés nacional y no en forma desinteresada.
- b) A los estados no se les permite arriesgar la vida de sus soldados por cruzadas humanitarias. Los estados sólo son responsables por la vida de sus ciudadanos y sus derechos y obligaciones se limitan a ellos.
- c) La intervención humanitaria puede conducir a abusos.
- d) La intervención humanitaria es selectiva de acuerdo con el interés nacional de los estados que intervienen.
- e) No hay acuerdo entre los estados sobre los principios que deben gobernar la intervención humanitaria, y ésta se rige por las preferencias culturales de los más poderosos.⁵¹

La teoría solidarista internacional sostiene que los estados tienen el derecho legal y moral de realizar la intervención humanitaria. Los partidarios de esta postura se basan en dos argumentos: a) La Carta de las Naciones Unidas

⁵⁰ M. Reisman, *op. cit.*, pp. 643-644.

⁵¹ Nicholas J. Wheeler, *op. cit.*, pp. 391 y ss.

establece el compromiso de los estados de respetar los derechos humanos; y, b) Existe un derecho a la intervención humanitaria en el derecho consuetudinario internacional.

En cuanto a los derechos humanos, Michael Reisman y Mryes McDougal sostienen que los artículos 1 (3), 55 y 56 de la Carta de Naciones Unidas dan las bases para una intervención humanitaria. Sin embargo, en la Carta de las Naciones Unidas la defensa de los derechos humanos no constituye excepción al principio que prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza previsto en el artículo 2 (4) de la citada Carta.

Igualmente, no hay en la práctica de los estados argumentos para sostener que la intervención humanitaria haya sido aceptada por el derecho consuetudinario internacional, como se verá en el siguiente punto.

La Corte Internacional de Justicia, en el caso de Actividades militares y paramilitares en y en contra de Nicaragua, condenó la intervención basada en naturaleza ideológica o política, y aún para defensa de derechos humanos. La Corte expresó³² lo siguiente: “La Corte no puede contemplar la idea de crear una nueva norma que otorgara el derecho de intervención a un Estado en contra de otro sobre la base de que este último ha optado por un determinado sistema ideológico o político”. Y luego agregó:

En cualquier caso, mientras los Estados Unidos podrían tener su propia apreciación sobre la situación relativa al respeto de los derechos humanos en Nicaragua, el uso de la fuerza no puede ser el método apropiado para vigilar o asegurar dicho respeto. Con respecto a los pasos actualmente adoptados, la protección de los derechos humanos, un objetivo estrictamente humanitario, no puede ser compatible con el minado de los puertos, la destrucción de las instalaciones petrolíferas, o nuevamente con el entrenamiento, otorgamiento de armas o equipamiento de los Contras. La Corte concluye de que el argumento derivado de la preservación de los derechos humanos en Nicaragua no puede encontrar un sustento legal que justifique la conducta de los Estados Unidos.

³² ICJ Reports, 1986, párr. 268.

9. La práctica de los Estados respecto de la intervención humanitaria no confirma que ésta sea de derecho consuetudinario internacional, ni constituya excepción al principio que prohíbe el uso de la fuerza

La práctica de los estados no permite confirmar el derecho de intervención humanitaria como una excepción al principio que prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza (artículo 2(4) de la Carta de la ONU).

En efecto, esto se deduce de las intervenciones de la India en Pakistán del Este, en 1971; de Tanzania en Uganda en 1978; de Vietnam en Cambodia en 1978; de Francia en la República Centroafricana en 1979 y de Estados Unidos en Grenada en 1983 y en Panamá en 1989.

La India, aunque hizo referencia a las matanzas que estaba causando Pakistán, sostuvo que su acción era necesaria para proteger su frontera de los millones de refugiados bengalíes que estaban llegando a su territorio. Esta intervención fue condenada por Naciones Unidas que hizo un llamado al cese al fuego y al retiro de las tropas por parte de India y Pakistán (Resolución 2793 (XXVI)).

Tanzania adujo defensa propia y Vietnam sostuvo como su principal justificación que su intervención había sido solicitada por el gobierno de Cambodia que ejercía el poder. Las intervenciones de Francia en la República Centroafricana y de Tanzania en Uganda, si bien hicieron cesar los regímenes de Bokassa y Amin que eran violatorios de los derechos humanos, no fueron respaldadas por las Naciones Unidas ni por la Organización de la Unidad Africana. En cuanto a la intervención de Vietnam en Cambodia si bien hizo cesar el régimen de Pol Pot's, no fue respaldada por Naciones Unidas y la mayoría de Estados se negaron a reconocer al régimen impuesto en Kampuchea por Vietnam.

En cuanto a Grenada, los Estados Unidos adujeron que la intervención había sido solicitada por el gobernador general de Grenada, y que también la Organización de los Estados del Caribe Oriental lo habían pedido. Respecto de Panamá, Estados Unidos alegó que la intervención se hizo para velar por la vida de los ciudadanos norteamericanos, ayudar a restaurar la democracia, proteger la integridad de los tratados del Canal de Panamá y someter a proceso al general Manuel Noriega. Estas dos intervenciones fueron condenadas por la Asamblea de las Naciones Unidas y en el caso de Panamá también por la Organización de

los Estados Americanos (resoluciones 38/7 del 2 de noviembre de 1983 respecto de Grenada, y 44-240 del 29 de diciembre de 1989 de la Asamblea de la ONU en cuanto a Panamá, y también sobre Panamá resolución 534 de 22 de diciembre de 1989 del Consejo Permanente de la OEA).

Por Resolución 743 (1992) del Consejo de Seguridad, del 21 de febrero, se establecieron las “Fuerzas de protección de las Naciones Unidas en la ex-Yugoslavia” (UNPROFOR), encargadas de hacer posible la ayuda humanitaria a las poblaciones de Bosnia-Herzegovina, operación que ha sido objeto de prórrogas.

10. La práctica de Naciones Unidas después de finalizada la Guerra Fría en cuanto a intervenciones humanitarias

La práctica de las Naciones Unidas después de la Guerra Fría ha contemplado los casos de la crisis de Yugoslavia, Somalia, Liberia, Rwanda y Haití.

En la Resolución 688 (1991) el Consejo de Seguridad expresó su preocupación por los actos de represión perpetrados contra la población civil iraquí en muchas zonas de Irak, incluyendo las zonas kurdas, las que “ponen en peligro la paz y seguridad internacionales en la región”. Esta resolución constituye un precedente para casos posteriores o sea para utilizar las acciones de que trata el capítulo VII de la Carta de la ONU.

Como antecedente se pueden citar los casos de Rhodesia y Sudáfrica que eran conflictos internos y sin embargo el Consejo de Seguridad las calificó como amenazas a la paz y seguridad internacionales. No obstante, no se utilizó la fuerza sino en un caso que fue la Resolución 221 (1966) que autorizó el uso limitado de la fuerza en apoyo al embargo de petróleo en contra de Rhodesia del Sur. El jurista Edmundo Vargas Carreño⁵⁵ explica así las intervenciones humanitarias realizadas recientemente:

Es a partir de situaciones ocurridas después de 1991 como las de Yugoslavia, Somalia, Liberia, Haití y Rwanda que el Consejo de Seguridad, en uso de las atribuciones que le confiere el capítulo VII de la Carta, ha declarado que tales situaciones constituyen una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 1642.

y, además de haber adoptado importantes medidas económicas, diplomáticas, humanitarias, políticas y judiciales ha llegado a establecer fuerzas multinacionales militares o ha autorizado a los Estados para que puedan emplear la fuerza. En lo que atañe al uso de la fuerza armada, en todas estas situaciones se ha hecho una referencia genérica al Capítulo VII de la Carta, pero sin invocarse ningún artículo específico de éste. Sin embargo, en todos estos casos parece evidente que la implementación de las medidas decretadas se ha llevado a cabo en aplicación de las disposiciones genéricas del artículo 42 de la Carta.

El Consejo de Seguridad ha dictado, entre otras, sobre esta materia las siguientes resoluciones: 713 (1991); 733 (1992); 752 (1992); 780(1992); 781 (1992); 788 (1992); 808 (1993); 812(1993); 814 (1993); 817 (1993); 841 (1993); 894 (1993); 918 (1994); 935(1994) y 942 (1994). Las medidas adoptadas en estas resoluciones, entre otras, fueron las siguientes: llamado al cese al fuego; un completo y general embargo de armamentos o equipos militares; sanciones económicas; prohibición de vuelos aéreos; el establecimiento de zonas de seguridad; el establecimiento de una misión de expertos para examinar y analizar información sobre la evidencia de graves violaciones a leyes humanitarias internacionales, incluyendo posibles actos de genocidio; y un tribunal internacional para identificar a los responsables de serias violaciones al derecho internacional humanitario.

En algunas situaciones se ha acudido a las fuerzas de “mantenimiento de la paz” (*peace keeping*), aunque a veces han evolucionado a operaciones de “establecimiento de la paz” (*peace making*), y aún a operaciones de “imposición de la paz” (*peace enforcing*). Por ejemplo, en Haití y Rwanda, si bien al principio se utilizaron fuerzas de mantenimiento de la paz (Resolución 867 (1993) que autorizó una misión en Haití (UNMIH) y Resolución 872 (1993) que estableció una misión de asistencia para Rwanda (UNAMIR), el Consejo de Seguridad decidió luego aplicar el capítulo VII autorizando a los estados miembros para formar una fuerza multinacional utilizando “todos los medios necesarios”.

Las anteriores resoluciones permiten concluir que el Consejo de Seguridad ha autorizado la intervención colectiva con fines humanitarios mediante la aplicación del Capítulo VII y especialmente del artículo 42 de la Carta de las Naciones

Unidas. Sin embargo, el problema reside en la discrecionalidad del Consejo de Seguridad para determinar en qué casos está amenazada la paz y seguridad internacionales y por ende la aplicación del capítulo VII de la Carta. No hay parámetros para determinar la acción del Consejo de Seguridad ni tampoco hay control de legalidad por la Corte Internacional de Justicia sobre los actos de dicho consejo.

En los casos de Kurdistán y Somalia la fuerza decisiva no fue la decisión de los líderes de los Estados por razones humanitarias, sino la opinión pública y los medios que presionaron las decisiones de los estados. La intervención militar de Estados Unidos en Somalia fue una respuesta a los sentimientos de los ciudadanos norteamericanos. Pero, esta solidaridad desapareció cuando los americanos presenciaron en los medios la muerte de sus soldados en las calles de Mogadishu, y se puso fin a la intervención norteamericana. La resolución 688 del 5 de abril de 1991 no se basó en el capítulo VII y no hubo una autorización expresa para utilizar la fuerza militar para defender a los kurdos en el norte de Irak por la oposición de Rusia, China y un número de estados no occidentales miembros del Consejo. Los poderes occidentales basaron su intervención en el lenguaje de la Resolución 688. En cambio, la resolución 794 de 1992 del Consejo de Seguridad autorizó unánimemente la intervención en Somalia para crear un ambiente seguro para distribuir la asistencia humanitaria, lo cual se hizo con fundamento en el capítulo VII.

En cuanto a la intervención francesa en Rwanda, Bruce Jones afirma que fue principalmente para reafirmar los intereses nacionales franceses, y fue tardía para evitar el genocidio aunque salvó muchas vidas.

China ha impugnado la intervención humanitaria en el Consejo de Seguridad por el miedo de erosionar el artículo 2 (7) de la Carta que prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza.

La intervención de la OTAN en Kosovo no fue autorizada por el Consejo de Seguridad y constituye un precedente peligroso al haberse utilizado la fuerza sin la mencionada autorización, lo cual puede conducir a abusos.

Conclusiones

La intervención humanitaria sigue siendo un punto controvertido en derecho internacional. Al final de la Guerra Fría, se multiplicaron los conflictos internos

con gravísimas violaciones de los derechos humanos. Los horrores resultantes de los enfrentamientos internos “irrumpen en las pantallas de televisión del mundo entero y generan presión política para que las Naciones Unidas desplieguen tropas que faciliten y protejan las operaciones humanitarias”.⁵⁴

Nosotros consideramos que la intervención humanitaria desconoce el artículo 2 (7) de la Carta de Naciones Unidas.

Asimismo, creemos que es peligrosa la falta de precisión de la actuación del Consejo de Seguridad, bajo el capítulo VII, por violación de los derechos humanos. Esto puede conducir a intervenciones con consideraciones distintas a las humanitarias y al abuso de este mecanismo.

Sin embargo, creemos que existe el derecho a la asistencia humanitaria, pero esta asistencia no es objetable con la autorización del Estado respectivo, petición del mismo, y dentro de los lineamientos que se convengan. Esta asistencia humanitaria sin utilización de la fuerza es consecuencia de la globalización y de la conciencia moral de la humanidad y se realiza por las organizaciones internacionales y las organizaciones no gubernamentales. El Secretario Boutros Boutros Ghali en el documento “Un programa de paz” sostuvo que: la solución definitiva sería una reforma de la Carta de Naciones Unidas para establecer los alcances de la acción del Consejo de Seguridad, y crear un control de constitucionalidad por la Corte Internacional de Justicia sobre las actuaciones del Consejo.

Igualmente, sería importante consagrar expresamente los casos en que deben actuar las fuerzas operativas de paz en sus distintas modalidades, las condiciones de la asistencia humanitaria, y las medidas que no conlleven el uso de la fuerza en caso de gravísima violación de los derechos humanos.

La vinculación entre asistencia humanitaria (capítulo VII), y operaciones de mantenimiento de la paz es de dudosa legalidad porque no está de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas. Las amenazas a la paz o actos de agresión,

⁵⁴ Suplemento de UN Programa de Paz, documento de posesión del Secretario General, presentado con ocasión del cincuentenario de las Naciones Unidas (A/50/60-S/1995/1, de 3 de enero de 1995, p. 11.

en el ámbito interno de los estados, como lo dice José María Gamio:⁵⁵ “escapan a la previsión del artículo 39 citado, en la medida en que se encuentran amparados por el principio de no intervención (artículo 2.7 de la Carta)”. La prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza es norma de *jus cogens* y por ende imperativa para toda la comunidad internacional, y por tanto no puede violar este principio en aras de proteger los derechos humanos.

Consideramos que en los casos de Somalia y Haití el Consejo de Seguridad hizo una interpretación extensiva de lo que configura una amenaza a la paz y seguridad internacionales, declarando que ésta se puede presentar por violación de los derechos humanos. Esto puede conducir a que el Consejo ejerza poderes que no le son conferidos por la Carta de las Naciones Unidas.

No existe control de legalidad por la Corte Internacional de Justicia sobre las decisiones del Consejo de Seguridad, como se puso de manifiesto en la decisión de la Corte en el asunto *Lockerbie*.

Si no están amenazadas la paz y la seguridad internacionales, la acción del Consejo de Seguridad debe contar con el apoyo de las partes en conflicto.

No puede decirse que la intervención humanitaria tenga similitud con la legítima defensa colectiva o legítima defensa de terceros, por cuanto la Corte Internacional de Justicia ha afirmado que el ejercicio de la legítima defensa colectiva sólo es procedente cuando se produce a solicitud del Estado víctima del hecho dañoso.⁵⁶

Por último, los derechos humanos constituyen preocupación fundamental de la comunidad internacional y deben ser protegidos internacionalmente por los órganos competentes, pero el Consejo de Seguridad no puede utilizar el capítulo VII ya que no se está frente a un caso de amenaza o el uso de la fuerza, y por tanto no se puede utilizar la acción colectiva.

⁵⁵ “Intervenciones Humanitarias: balance de las experiencias recientes”, en el *liber amicorum* en honor de Héctor Gros Espiell, Bruselas, 1997; p. 413. En igual sentido Manuel Díez Velasco, *Las organizaciones internacionales*, 9ª ed., 1995, p. 209.

⁵⁶ *ICJ Reports*, No. 199, 1986, p. 105.

El diferendo limítrofe con Nicaragua sobre el Archipiélago de San Andrés y Providencia¹

Introducción²

Para poder determinar el régimen jurídico aplicable a la disputa legal entre Colombia y Nicaragua sobre el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que cursa en la Corte Internacional de Justicia, es necesario precisar los antecedentes de la controversia. Igualmente, hay que analizar jurídicamente los títulos que tiene Colombia sobre el Archipiélago de San Andrés y Providencia e islas y cayos adyacentes.

Con estos dos supuestos fácticos y jurídicos, también es indispensable conocer los argumentos jurídicos de Nicaragua para impugnar la soberanía colombiana respecto del Archipiélago. Por último, luego del análisis de la controversia, a la luz del derecho internacional, se deducen las conclusiones del estudio realizado.

1. Antecedentes

Según lo afirma el tratadista Cesar Moyano Bonilla,³ a quien hemos seguido en cuanto los antecedentes históricos, estos se pueden resumir así:

- a) Veragua, nombre dado a la parte de la Costa Atlántica descubierta por Cristóbal Colón en su cuarto viaje, al doblar el Cabo Gracias a Dios, el 14 de septiembre de 1502 y el Archipiélago de San Andrés y Providencia, pertenecieron a Colombia desde la Colonia. En efecto, Veragua, la costa Mosquitia y el Archipiélago de San Andrés fueron parte de Tierra Firme o Castilla de Oro y más tarde integraron el Virreinato de Santa Fe o Nueva Granada.

¹ Conferencia dictada en el Congreso de Abogados Rosaristas, Paipa, septiembre de 2006.

² Un análisis del diferendo con Nicaragua se encuentra en la obra de nuestra autoría "El Diferendo entre Colombia y Nicaragua sobre el Archipiélago de San Andrés y Providencia" Colección Portable de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2006.

³ César Moyano Bonilla, *El Archipiélago de San Andrés y Providencia*, Bogotá, Temis, 1983, p. 153.

- b) El rey de España por Real Cédula del 9 de junio de 1508 creó dos gobernaciones: la de Veragua y la de Urabá, las cuales fueron dadas a Diego de Nicuesa y a Alonso de Ojeda, respectivamente. Luego por Real Cédula del 15 de junio de 1510, se determinó que el golfo de Urabá pertenecía a la gobernación que llevaba su nombre. Por tanto la provincia de Veragua se extendía desde la terminación occidental del golfo de Urabá, hasta el cabo Gracias a Dios.
- c) Los títulos de Colombia sobre Veragua, y por tanto sobre la Costa de Mosquitos y el Archipiélago de San Andrés y Providencia, se encuentran en las reales cédulas de 1535, 1537, 1538 y 1563, reconocidas y confirmadas por la ley IV, título XV, libro II de la Recopilación de Indias; en la ley IX, título XV, libro II de la misma Recopilación; en la provisión real de 1541; en las reales cédulas de 1557, 1722 y 1739, títulos que concluyen con las órdenes de 20 y 30 de noviembre de 1803.
- d) Por Real Cédula del 20 de mayo de 1792, la Costa de Mosquitos, comprendida entre el Cabo Gracias a Dios y el río San Juan y el Archipiélago de San Andrés, pasaron a la jurisdicción del presidente de la Audiencia y Capitanía General de Guatemala, hasta el 30 de noviembre de 1803 cuando una real orden adscribió nuevamente dichos territorios al Virreinato de Santa Fe.
- e) En la Convención de 14 de julio de 1786, celebrada en desarrollo del tratado de París del 3 de septiembre de 1783, que puso fin a la guerra entre España y Gran Bretaña, se estipuló que los ingleses evacuarían la Costa de Mosquitos y las islas adyacentes. Por esta Real Orden se dispuso que cuatro poblaciones pasaran a Guatemala, pero luego se dictó la mencionada Real Orden del 20 de mayo de 1792, que confirmó la pertenencia de tales territorios a Guatemala.

2. Real Orden de 1803

Como gobernador del Archipiélago de San Andrés fue nombrado Thomas O'Neyle quien desempeñó el cargo desde 1795 hasta 1810. Al sobrevenir la guerra entre España y Gran Bretaña, el Presidente de Guatemala llamó al gobernador O'Neyle, quien estaba fuera de la isla y al regresar encontró un escrito por el cual él y los isleños pidieron a la Corte de Madrid, el 5 de diciembre de 1802, que se volviese a poner el archipiélago bajo jurisdicción del Virreinato de Santa Fe.

Al recibir el ministro de guerra español la exposición del gobernador de San Andrés y de los vecinos de la isla, sobre la reincorporación de San Andrés al Virreinato de Santa Fe, elevó la consulta a la Junta de Fortificación y Defensa de Indias, la cual emitió dos conceptos fundamentales, el primero, el 2 de septiembre, y el segundo el 21 de octubre de 1803.

Y fue así como el rey, previos tres conceptos de la Junta de Fortificaciones, del 5 de agosto, del 2 de septiembre y del 21 de octubre de 1803, expidió las reales órdenes del 20 y 30 de noviembre de 1803, por las cuales se reintegraron al Virreinato de Santa Fe, tanto las islas de San Andrés como la “parte de la Costa de Mosquitos, desde el cabo de Gracias a Dios, inclusive, hacia el río Chagres”.

Los antecedentes de la Real Orden de 1803 son expuestos por Don Manuel Esguerra⁴ así:

Según dice D. Tomás O’Neylle, Gobernador del Archipiélago desde 1795 hasta 1810, en su detallada “Noticia de la Gobernación de San Andrés”: “El Presidente de Guatemala no pareció congratularse por la agregación de territorio que le hizo la Real Orden de 12 de abril de 1792”. En efecto, al declararse de nuevo la guerra entre la Gran Bretaña y España, a pretexto de que San Andrés no tenía defensa, empleó al Gobernador O’Neylle en varias comisiones en el Continente y dejó abandonada la isla, de modo que, al volver O’Neylle a ella, la encontró en la más completa anarquía. En vista de tal estado de cosas, el Gobernador y los vecinos se dirigieron con fecha 5 de diciembre de 1802 a la Corte de Madrid para pedir se pusiese el Archipiélago bajo la jurisdicción del Virreinato de Santa Fe, y previos informes de la Junta de Fortificaciones de 2 de septiembre y 21 de octubre de 1803, el Monarca Español expidió la Orden de 20 de noviembre del mismo año.

Como se ha visto, la Costa de Mosquitos hizo parte de la provincia de Veragua. Esta provincia fue descubierta por Cristóbal Colón y comprendía la costa del Caribe que iba del golfo de Urabá al Cabo Gracias a Dios.⁵

⁴ Manuel Esguerra, *La Costa Mosquitia y el Archipiélago de San Andrés y Providencia*, San José (Costa Rica), 1925, p. 28.

⁵ Julio Londoño Paredes, “Integración del territorio colombiano”, en: *Historia Extensa de Colombia*, Bogotá, Lerner, 1967, tomo 9, p. 75.

De todo lo expuesto queda claro que la Real Orden de 1803 no fue un acto aislado sino la culminación de otros actos jurídicos que empezaron por la real cédula de 1537, mediante la cual se puso toda la provincia de Veragua bajo la jurisdicción de Tierra Firme; y al año siguiente se englobó en la Audiencia y Cancillería Real de Panamá, entidad de la cual hizo parte Veragua durante sus anexiones a las audiencias primero de Guatemala y luego del Perú, pero luego de constituirse en 1536 se incorporó al Virreinato de Nueva Granda en 1739.⁶ La Real Orden de 1803 fue confirmada por otra expedida en Aranjuez el 26 de mayo de 1805.

En cuanto a las objeciones de Nicaragua, como lo expresa César Moyano,⁷ hay que decir que no es cierto que no existan documentos que comprueben la insistencia del Ministro de Guerra en la ejecución de la real orden, porque tales documentos son el enviado por el Ministro de Guerra al capitán general de Guatemala y comunicado en la misma fecha al virrey de Santa Fe y el que el mismo virrey Antonio Amar, remitió a las autoridades de Guatemala.

Tampoco es cierto que la Real Orden del 20 de noviembre de 1803 fuera una “comisión privativa”, como lo sostienen autores de Nicaragua, pues la Real Orden habla de segregación y en ningún caso habla de efectos de conservación y fomento.⁸

De la misma manera, no es cierto que dicha real orden hubiera sido derogada por la Real Orden del 13 de noviembre de 1806, que se limitó a decidir una colisión de competencias entre Ramón Anguiano, gobernador intendente de Comayagua y el capitán general de Guatemala. Sin embargo, los establecimientos a que se refiere la real orden de 1806 fueron los relativos a la parte de la Costa de Mosquitos que no se agregó en 1803 al Virreinato: desde el cabo Gracias a Dios hasta Omoa “esto es lo comprendido entre el Cabo Gracias a Dios hasta la parte occidental de la Punta Castilla o Cabo Honduras”, como lo dice la nota colombiana de 1918.

⁶ Enrique Gaviria Liévano, *Nuestro Archipiélago de San Andrés y el tratado con Nicaragua*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 30.

⁷ César Moyano Bonilla, *op. cit.*, p. 159.

⁸ Enrique Gaviria Liévano, “La vigencia de la Real Orden de 1803 sobre San Andrés y Providencia”, Separata de la *Revista de la Academia Colombiana de Historia*, No. 823.

El último argumento es que las demarcaciones territoriales sólo podían hacerse por medio de una real cédula y debían tener origen en el Consejo de Indias. Sin embargo, por Real Orden del 15 de marzo de 1789, Chile fue separado del Virreinato del Perú. Igual sucedió con la Real Orden del 27 de febrero de 1787, por la cual se creó la Audiencia de Cuzco. Además, las modificaciones de límites no debían hacerse obligatoriamente por el Consejo pues podía hacerlo el Rey; no se establecía la obligación de consultar al Consejo de Indias, y por Real Orden del 20 de mayo de 1790, todos los asuntos relativos a los indios y a los establecimientos de la Costa de Mosquitos se decidió que debían ser tratados por el Ministro de Guerra.

3. Títulos de Colombia sobre el Archipiélago de San Andrés y Providencia

Los títulos de Colombia sobre el Archipiélago de San Andrés y Providencia y cayos adyacentes, son los siguientes:⁹

1. Colombia poseía título originario sobre el archipiélago de San Andrés y Providencia, con todos sus cayos e islotes anexos, fundamentado en la Real Orden del 30 de noviembre de 1803, dictada en nombre y por autorización del soberano español. Al Virreinato de Nueva Granada se sometieron las provincias de Panamá, Portovelo, Veragua y el Darién, entre otras, y en 1803 se le reincorporó “las islas de San Andrés” y “la parte de la Costa de Mosquitos que se extiende desde el Cabo Gracias a Dios inclusive hacia el río Chagres”, pues en 1792 habían pasado a depender de la Capitanía General de Guatemala. Estas reales cédulas de 20 y 30 de noviembre de 1803 fueron alegadas en notas de 1836, 1837, 1839, 1845, 1915 y 1918, que más adelante se resumirán. Las reales cédulas, las reales órdenes y las pragmáticas, tenían igual valor jurídico. En sentencia del 27 de mayo de 1858, el Tribunal Supremo de Justicia de España declaró: “las reales órdenes dictadas

⁹ Marco Gerardo Monroy Cabra, “La soberanía colombiana sobre el archipiélago de San Andrés y Providencia”, en: *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 325, abril de 2004, p. 151.

en la época de la Monarquía absoluta tenían fuerza de ley respecto de todos sus efectos, y en toda clase de materias”.

2. El principio del *uti possidetis juris* de 1810, aducido por el gobierno de Colombia en varias ocasiones, como 1839, 1845, 1880, 1915 y 1918.¹⁰ Este principio aparece en el Tratado de Alianza y Federación entre Cundinamarca y Venezuela, suscrito en Santa Fe el 7 de junio de 1811, en la Ley Fundamental de la República de Colombia que dispuso la unión de Colombia y Venezuela el 17 de diciembre de 1819 (artículo 2); en la Ley Fundamental de la Unión de los pueblos de Colombia, del 12 de julio de 1821 (artículo 5); en la Constitución de Cúcuta de 1821 y en el Primer Congreso de Lima de 1846-47 se incorporó en el artículo 7 (Tratado de Confederación entre Nueva Granada, Ecuador, Perú, Bolivia y Chile). Asimismo, el principio se incorporó en varios tratados bilaterales entre España y sus antiguas colonias. Este principio se reconoció en el Tratado Gual-Molina celebrado en 1825 entre Colombia y las Provincias Unidas de Centro de América.
3. Colombia ha ejercido soberanía plena e indisputada sobre el archipiélago desde esa fecha a la actualidad. La posesión la tuvo primero España y luego la República de Colombia como sucesora, soberanía sobre la Costa de Mosquitos y el Archipiélago de San Andrés, dentro del cual se encuentran las islas Mangles. El gobernador Mariano Montilla dictó un decreto en marzo de 1822 por el cual se dividía la provincia de Cartagena en cantones, siendo uno de ellos el de San Andrés, dentro del cual se encontraban las islas Mangles. El general Santander expidió tres decretos de 19 de abril y 22 de noviembre de 1822 y 5 de julio de 1824, cuya finalidad era mantener la soberanía de Colombia en la Costa de Mosquitos. A partir de 1886 el archipiélago pasó a depender del departamento de Bolívar y en 1887 se le denominó provincia de Providencia.
4. El laudo arbitral proferido por el presidente de Francia, Emile Loubet, del 11 de septiembre de 1900, en la disputa entre Colombia y Costa Rica, confirmó los derechos de Colombia en el Archipiélago de San Andrés y Providencia con todas sus islas, islotes y cayos.

¹⁰ César Moyano Bonilla, *op. cit.*, p. 173.

5. El tratado Gual-Molina de 1825, recordado en notas de 1836, 1837, 1839, 1845, 1915 y 1918.
6. El título actual es el Tratado Esguerra-Bárceñas de 1928, que terminó la controversia limítrofe y que está vigente y no ha terminado por ninguna de las causas previstas en el derecho internacional. Hay que tener en cuenta que el gobierno colombiano se inclinaba a resolver el conflicto en un arbitraje con Nicaragua, pero la buena voluntad que ésta manifestó para arreglar directamente el litigio obligó a buscar otra solución. El tratadista Germán Cavalier¹¹ dice: “La consulta que al efecto se hizo a la Comisión Asesora fue absuelta por Raimundo Rivas, uno de sus miembros, quien hizo ver que aun cuando Colombia tenía títulos de derecho sobre la Costa de Mosquitos, no había abrigado el propósito de privar a Nicaragua de todo su litoral, sino el de hacer respetar el derecho de dominio que Colombia tiene sobre el archipiélago de San Andrés y Providencia”. En cuanto a las islas Mangles, consideró Rivas que el tratado de Nicaragua y Estados Unidos había creado una situación de hecho favorable a estos últimos, por lo cual creía conveniente transar este punto del litigio. Rivas aconsejó un arreglo directo “sobre la base de que Colombia renuncia a todo derecho sobre la Mosquitia y las islas Mangles, a cambio de que Nicaragua desista de toda pretensión sobre las demás islas, islotes y cayos del Archipiélago de San Andrés y Providencia”. El Informe Rivas fue aprobado por la Comisión Asesora el 23 de febrero de 1923 y sirvió de base para la posterior negociación adelantada en Managua y que culminó con el tratado de 24 de marzo de 1928.
7. Hay que hacer mención a la declaración contenida en el segundo inciso del artículo 1 del Tratado Bárceñas-Esguerra, entre Colombia y Nicaragua de 24 de marzo de 1928 y el canje de notas Olaya-Kellog de 10 de abril de 1928. La inclusión de la cláusula que excluía los cayos de Roncador, Quitasueño y Serrana del reconocimiento de soberanía colombiana por Nicaragua, debido a que se encontraban en litigio con Estados Unidos, fue solicitada por el gobierno norteamericano y sus términos negociados por el embajador Enrique

¹¹ Germán Cavalier, *Política internacional de Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, tomo III, p. 137.

Olaya Herrera y el Departamento de Estado. La declaración sobre el meridiano 82 provino de la Cámara del Senado de Nicaragua y fue aceptada por el Gobierno de Colombia que consideró no ser necesaria su aprobación por el Congreso. Esta declaración conjunta constituye una declaración interpretativa del tratado en que ambos estados manifiestan una aclaración y que por ende forma parte del tratado. Por esta razón no era necesario que se volviera a aprobar por los congresos de Nicaragua y Colombia.

8. La situación de los cayos se resolvió el 8 de septiembre de 1972 en que se firmó en Bogotá el tratado con Estados Unidos y se aprobó por Ley 52 de 1973. Este tratado permaneció 9 años en el Senado de Estados Unidos por presiones del embajador Guillermo Sevilla Sacasa. El 17 de septiembre de 1981 se efectuó el canje de ratificaciones del tratado de 1972. Estados Unidos ratificó con un entendimiento dejando a salvo derechos de terceros estados y expresando que Quitasueño y Roncador figuraban en una lista de mini territorios en disputa con Estados Unidos, cuya soberanía podría ser sometida a la Corte Internacional de Justicia. Igual declaración se hacía para Serrana. Después de este tratado queda definitivamente establecida la soberanía de Colombia sobre los Cayos de Serrana, Roncador y Quitasueño sobre los cuales además siempre ha ejercido soberanía la República de Colombia.
9. Después de aprobado el tratado Vázquez-Saccio de 1972, Nicaragua hizo varios reclamos a Colombia. El primer reclamo lo hizo el 7 de octubre de 1972 en que no aceptó que el meridiano 82 de Greenwich fije una línea divisoria de las áreas marinas, “porque tal afirmación es una interpretación que se aparta de la letra y el espíritu de su redacción”. Agrega que en 1928 aún no se había reconocido la existencia de la Plataforma Continental y que los bancos que se encuentra en ésta le pertenecen. Esta nota fue respondida el 8 de noviembre de 1972 reafirmando sus derechos derivado del Tratado de 1918 y expresando que “Ni en el Tratado de 1928 ni en el Acta complementaria de 1930 (Documentos 13 y 15) la República de Nicaragua formuló reserva alguna acerca de sus derechos eventuales al este del meridiano 82 de Greenwich, considerado por los dos países como línea de demarcación”. El segundo reclamo se hizo en 1977 cuando Colombia celebró con Costa Rica un tratado de delimitación de las áreas marinas entre los dos estados en

el Mar Caribe, el cual fue firmado en San José el 17 de marzo de 1977. En esta oportunidad Nicaragua reclamó la soberanía sobre el Archipiélago de San Andrés y Providencia. El tercer reclamo se hizo en 1979.

10. El 4 de febrero de 1980 la Junta de Reconstrucción Nacional de Nicaragua emitió una declaración para denunciar el tratado Esguerra-Bárceñas de 1928 por supuesta tacha de invalidez. Al mismo tiempo, presentó un libro blanco sobre el caso de San Andrés y Providencia, fechado en Managua el 4 de febrero de 1980 y redactado por el Ministro de Relaciones Exteriores de Nicaragua Miguel, D' Éscoto.¹² Colombia envió una nota de protesta el 5 de febrero de 1980 y el Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia publicó el libro blanco de Colombia en el cual se rebaten los argumentos del libro blanco de Nicaragua.¹³ Esta denuncia es contraria al derecho internacional y por tanto no produce ningún efecto jurídico. No existe la denuncia de tratados de frontera y el tratado de 1928 no ha terminado por ninguna de las causales consagradas en el derecho internacional general, ni en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. Además, Nicaragua ha hecho reclamos posteriores como la inclusión en el Anuario Estadístico de Nicaragua (1982), de las islas del Archipiélago de San Andrés y Providencia en la lista de municipios pertenecientes al departamento nicaragüense de Zelaya. Esto motivó la protesta de Colombia mediante nota del 16 de diciembre de 1984.
11. La ley de 18 de agosto de 1856 para ocupar “islas del guano” era lesiva de la soberanía de otros estados y contraria al derecho internacional. Sin embargo, en virtud del Tratado Vázquez –Saccio quedó definitivamente definida la soberanía de Colombia sobre los Cayos de Serrana, Roncador y Quitasueño. Hay que advertir que ni en la negociación ni en el texto del Tratado Esguerra-Bárceñas de 1928 aparece Nicaragua con derechos de soberanía sobre tales cayos.
12. Las notas de Cancillería que reafirman la soberanía colombiana sobre toda la Costa de Mosquitos y Bocas del río San Juan, son las siguientes, según análisis del recientemente fallecido, profesor César Moyano Bonilla:¹⁴

¹² *Libro Blanco sobre el caso de San Andrés y Providencia*, Managua, Ediciones Ministerio del Exterior, 4 de febrero de 1980.

¹³ *Libro Blanco de la República de Colombia*, 1980.

¹⁴ César Moyano Bonilla, *op. cit.*, p. 245

- a) Nota de 13 de febrero de 1826. Hurtado envía protesta a los directores de la “Compañía para la Unión del Atlántico y Pacífico, y para las minas y comercio de la América Central “donde afirma soberanía de Colombia sobre las Bocas del río San Juan”.
- b) Nota de 23 de septiembre de 1836 en que Manuel Ayala, gobernador de la provincia de Veraguas, se dirigió al gobernador del Estado de Costa Rica en la Confederación Centroamericana, al tener conocimiento que habían llegado costarricenses a colonizar las Bocas del Toro que son parte integrante de la Provincia de Veraguas. Cita como fundamentos: la Real Orden del 20 de noviembre de 1803, el Decreto de 5 de julio de 1824 y el Tratado Molina- Gual de 1825. Costa Rica contestó que fijaba sus límites “en la costa del Mar del Norte, la Boca del río San Juan y el Escudo de Veragua”.
- c) Notas de 2 de marzo de 1837 y 7 de enero de 1839. Estas notas las dirigió el secretario de Relaciones Exteriores Lino de Pombo al secretario de Relaciones Exteriores del gobierno de Centro América el 2 de marzo de 1837. Afirma la soberanía sobre la Costa de Mosquitos, en virtud de la Real Orden del 30 de noviembre de 1803, que estaba en vigor cuando Nueva Granada y Guatemala se independizaron de España, así como el tratado de 1825 posterior a la Real Orden que en artículos 7, 8 y 9 confirmó y reconoció los derechos existentes de Colombia. La nota del 7 de enero de 1839 fue enviada por la Secretaría de Estado de La República de Nueva Granada a cargo de Pedro Alcántara Herrán al Secretario de Relaciones Exteriores de Centro América, al tener conocimiento de un proyecto de canal interoceánico trazado por las bocas del río San Juan bajo el patrocinio del rey de los Países Bajos. En 1839 el Rey de los Mosquitos, apoyado por Gran Bretaña, alegó su derecho de propiedad al territorio de Bocas del Toro y ejecutó actos violentos en 1841 y 1842.
- d) Nota de 31 de mayo de 1844. Esta nota fue suscrita por el ministro de la Nueva Granada en Londres, Manuel María Mosquera, dando las razones de la soberanía de Colombia sobre la Costa de Mosquitos.

- e) Nota de 1 de julio de 1844. Esta nota fue redactada por Manuel M. Mosquera en que presentó al gobierno británico una nueva protesta por el nombramiento de Patricio Walter como agente consular de Su Majestad en el territorio de Mosquitos.
- f) Circular de 20 de enero de 1845. Dirigida por el Secretario de Estado de Relaciones Exteriores de Nueva Granada, Joaquín Acosta, de 20 de enero de 1845, en que se reafirman los derechos de Colombia a la Costa de Mosquitos, Mangles y San Andrés.
- g) Nota de 14 de marzo de 1846. Con motivo de la coronación en Baliza, establecimiento británico, del rey de los Mosquitos, el 7 de mayo de 1845, M. Mosquera, a cuyo cargo se encontraba aún la legación de Nueva Granada ante Su Majestad Británica, envió al Conde de Aberde, en una enérgica protesta de 14 de marzo de 1846, en que se decía que ello constituía violación de los tratados de 1763 entre Su Majestad Británica, el Rey de España y el Rey de Francia, el tratado de 1783 firmado entre Su Majestad Británica y el Rey de España, y la Convención de 1786 que tenía por objeto la ejecución de dicho tratado definitivo.
- h) Protesta del jefe político del Cantón de San Andrés de 1852, José R. Del Castillo; éste envió al cónsul británico en Bluefields del Norte una protesta, el 1 de agosto de 1852, “por la usurpación hecha en la pequeña isla de Mangles, a nombre del pretendido rey de los Mosquitos” y por las contribuciones establecidas sobre los habitantes de las islas Mangles, que pertenecían a la República de la Nueva Granada.
- i) Por el tratado Wyke –Zeledón de 1860, Nicaragua reconoció cierta independencia a la Mosquitia y a su rey, se obligó a pagar a éste 5.000 dólares anuales, e Inglaterra renunció al protectorado sobre esa costa. De 1874 a 1875 fracasaron los intentos nicaragüenses de ocupar la Costa de Mosquitos.
- j) Circular del 28 de julio de 1880. Luis Carlos Rico envió circular a ministerios de relaciones exteriores de Honduras, Nicaragua, El Salvador y Guatemala, en que ratificaba los derechos de Colombia en la Costa de Mosquitos y sugería que los límites se resolvieran por medios diplomáticos o mediante arbitraje internacional.

- k) Tratado Mallarino-Bidlack de 1846. En este tratado Estados Unidos garantizaba la neutralidad del Istmo.
- l) Tratados Clayton-Bulwer de 1850 y Webster-Crampton de 1852. En estos tratados Estados Unidos y Gran Bretaña se obligaban a no ocupar, ni fortificar ni colonizar a Nicaragua o la Costa de Mosquitos. Pero, Gran Bretaña siguió ocupando Baliza, Roatán, la Reserva Mosquitia y San Juan del Norte, por lo cual el gobierno americano protestó. El tratado de 1852 entre Estados Unidos y Gran Bretaña concedía a los mosquitos la Reserva Mosquitia y señalaba como línea divisoria entre Nicaragua y Costa Rica todo el río San Juan y la ribera sur del Gran Lago.
- ll) Tratado Zeledón-Wyke de 1860 y laudo de 1881. Por el Tratado de Managua de 28 de enero de 1860 Gran Bretaña reconoce “como parte integrante y bajo soberanía de Nicaragua, el país reclamado por los indios mosquitos y que el protectorado británico cesaría a tres meses después del canje de ratificaciones de dicho tratado”. En el laudo de 18 de julio de 1881 se reconoció por el emperador de Austria, quien actuó como árbitro, que la Mosquitia tiene derecho a la existencia.
- m) Notas de 24 de abril, 10 de septiembre y 5 de noviembre de 1890. En 1890 vuelve a surgir la controversia con Nicaragua, pues dicho país cedió algunos de sus derechos territoriales a la “Compañía Americana” para que procediera a excavar un canal interoceánico, lo que dio origen a la protesta de Colombia el 24 de abril, la cual adelantó Antonio Roldán, ministro de Relaciones Exteriores. Esta nota fue respondida el 26 de junio por Nicaragua que dijo no reconocer derechos de Colombia en la Costa de Mosquitos. Esta nota fue refutada por Colombia el 10 de septiembre del mismo año. El 5 de noviembre de 1890 se envió una nueva protesta de la Cancillería colombiana porque Nicaragua tomó posesión de las islas Mangles. En 1894 Nicaragua incorporó la Reserva Mosquitia bajo el nombre de departamento de Zelaya.
- n) Notas de 23 de mayo de 1894 y de 8 de febrero de 1896. Por los sucesos de 1894 Colombia envió las dos notas para dejar a salvo sus derechos en la costa de Mosquitia.

- o) Tratado Chamorro-Weutzekl y nota de 9 de agosto de 1913. El 9 de agosto de 1913, la Cancillería colombiana se dirigió al Ministerio de Relaciones Exteriores nicaragüense para protestar por la suscripción del tratado secreto entre Nicaragua y Estados Unidos, en que Nicaragua cedía a perpetuidad la construcción y servicio de un canal interoceánico y arrendamiento de las islas Mangles por 99 años. La Asamblea Legislativa de Nicaragua aprobó el tratado, no así el Senado norteamericano, quien lo rechazó.
- p) Tratado Chamorro-Bryan de 1914. Este tratado concedía el derecho a perpetuidad para la construcción del canal y el arriendo de las islas Corn y del golfo de Fonseca por 99 años. Se aprobó en el Congreso de Nicaragua pero no en el Senado de Estados Unidos que lo demoró hasta el 18 de febrero de 1916, adicionándolo en el sentido que nada en el tratado afecta los derechos de Costa Rica, El Salvador y Honduras. Costa Rica demandó a Nicaragua ante la Corte de Justicia Centroamericana el 24 de marzo de 1916, por la celebración del tratado anterior y la Corte declaró que el gobierno de Nicaragua violó en perjuicio de Costa Rica los derechos que a esta conceden el tratado de límites Cañas-Jerez de 15 de abril de 1858, el Laudo Cleveland de 22 de marzo de 1888 y el tratado centroamericano de paz y amistad de 20 de diciembre de 1907. El Salvador demandó a Nicaragua el 25 de agosto de 1916. La Corte declaró que el tratado Bryan-Chamorro de 5 de agosto de 1914, por la concesión que confiere de una base naval en el Golfo de Fonseca amenaza la seguridad nacional de El Salvador y viola sus derechos de condominio en las aguas de dicho golfo; además, que viola el tratado de Paz y Amistad de Washington de 20 de diciembre de 1907. Nicaragua desconoció las dos sentencias de la Corte de Justicia Centroamericana. El tratado Bryan-Chamorro subsistió hasta 1972 cuando las partes lo dieron por terminado.
- q) La nota colombiana de 9 de agosto de 1913 y la de 25 de septiembre del mismo año, fueron contestadas por Diego Chamorro, ministro de Relaciones Exteriores el 24 de diciembre de 1913, en que afirma la soberanía de Nicaragua sobre San Andrés y Providencia. Esta nota fue contestada

por Colombia mediante el “Memorando de la Comisión de Relaciones Exteriores sobre las islas Mangles”, el 5 de noviembre de 1915; asimismo, Colombia refutó los argumentos de Nicaragua en la nota de 24 de junio de 1918.

- r) La negociación diplomática fue conducida por Manuel Esguerra quien suscribió el Tratado Esguerra-Bárcenas, el 24 de marzo de 1928, aprobado por Ley 93 de 17 de noviembre de 1928 y por Nicaragua, por decreto de 6 de marzo de 1930. El canje de ratificaciones se efectuó en Managua el 5 de mayo de 1930. Este tratado decide en forma definitiva el conflicto de límites con Nicaragua.

4. Argumentos de Nicaragua en cuanto a la soberanía de Colombia respecto del Archipiélago de San Andrés y Providencia

Los argumentos de Nicaragua respecto de la controversia que cursa en la Corte Internacional de Justicia son los siguientes: 1) Violación de la parte final del artículo 2 de la Constitución de 1911 que dice: “No se podrá celebrar pacto o tratado que se oponga a la independencia e integridad de la nación o que afecte de algún modo su soberanía”, 2) Falta de ratificación de Colombia del agregado que le hizo el Congreso de Nicaragua al ratificarlo en 1930, bajo esa condición; 3) Coerción sobre el Estado de Nicaragua; 4) Error en el objeto del tratado porque Nicaragua creyó en 1928 que el Archipiélago de San Andrés estaba en alta mar y no formaba parte de su plataforma continental.

Los argumentos de Colombia para refutar las anteriores tesis son los siguientes:

- a) El Congreso de Nicaragua al aprobar en 1930 el Tratado Esguerra-Bárcenas, lo hizo de acuerdo a lo sugerido por la comisión dictaminadora de la Cámara del Senado “en la inteligencia de que el archipiélago de San Andrés que se menciona en la cláusula primera del tratado no se extiende al occidente del meridiano 82 de Greenwich, de la carta publicada en octubre de 1885, por la Oficina Hidrográfica de Washington, bajo la autoridad del Secretario de

- la Marina de los Estados Unidos de la América del Norte”. Es una declaración interpretativa de Nicaragua, aceptada por Colombia, que solicitó se incluyera en el acto de canje de ratificaciones como finalmente ocurrió. No era necesario llevar esta declaración interpretativa al Congreso porque no modificaba el artículo 1 del tratado de 1928. Si hubiera habido alguna modificación, como sucedió en el tratado de 6 de abril de 1914, que fue modificado en el Senado de Estados Unidos y que volvió a ser presentado al Congreso habiendo sido aprobado por la ley 56 de 21 de diciembre de 1921. En este tratado también se convino una declaración interpretativa. En el canje de ratificaciones del Concordato con la Santa Sede, aprobado por Ley 20 de 1974, se incluyeron varias declaraciones interpretativas que no fueron aprobadas por el Congreso;
- b) Se operó el *estoppel* y por ende se ha saneado cualquier nulidad (artículo 45 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969). En efecto, desde 1928 y por lo menos hasta 1969, Nicaragua no alegó la nulidad del Tratado Esguerra-Bárceñas de 1928 por lo cual con su comportamiento saneó cualquier clase de nulidad que pudiera, en gracia de discusión, afectar el mencionado tratado.
 - c) Nicaragua no hizo reserva en el tratado a favor de sus posibles derechos sobre los cayos, no objetó el canje de notas Olaya-Kellog, ni el ejercicio del *modus vivendi* que se ejercía sobre tales cayos. Por tanto aceptó que el litigio de los cayos era entre Estados Unidos y Colombia.
 - d) El tratado de 1928 hay que interpretarlo conforme al derecho internacional existente en la época de su celebración y no a la luz de modernos conceptos posteriores de zona económica exclusiva o de plataforma continental. Lo cierto es que el tratado de 1928 constituye no sólo frontera terrestre sino marítima por cuanto en el Congreso de Nicaragua se habló de “división de aguas” en el entendimiento de que las aguas quedaban definidas por dicho tratado.
 - e) El Tratado Esguerra-Bárceñas de 1928 es un tratado de límites como se desprende del título y de sus términos que hablan de “litigio territorial”. El senador Paniagua, en su intervención de 5 de marzo de 1930, calificó la referencia al meridiano 82 “como demarcación de la línea divisoria de las aguas en disputa” demarcación que consideró “indispensable para que la cuestión quede de

una vez terminada para siempre”. En el mismo sentido los ministros y varios congresistas de Nicaragua se refirieron al tratado como de límites.

- f) El tratado de 1928 no contiene disposición alguna sobre denuncia ni consta la intención de las partes en contrario. Si bien la violación grave de un tratado es causa para darlo por terminado, no existe la facultad de dar unilateralmente por terminado un tratado en forma automática. No se puede alegar la cláusula *rebus sic stantibus*, porque según el artículo 62 de la Convención de Viena no se aplica a los tratados de frontera.
- g) No hay prueba sobre la coacción de Estados Unidos sobre Nicaragua para obligarla a concertar y ratificar el tratado de 1928. Hay comunicados entre el gobierno de Nicaragua y el de Estados Unidos, pero tienen por objeto solicitar sus buenos oficios para persuadir a Colombia a someter a arbitraje la cuestión de San Andrés. Pero de estos documentos no se deduce que Estados Unidos obligó a Nicaragua a suscribir el tratado de 1928. Si bien el ministro Carlos Cuadra Pasos no firmó el tratado, firmó tres días después el acuerdo por el cual se decidió darle su aprobación y someterlo al conocimiento del Congreso para los fines de ley. Los buenos oficios no constituyen coacción. Según Kellog, el Departamento de Estado fue consultado por ambas partes del tratado y lo encontró satisfactorio para ambas. Las actas de las sesiones del parlamento de Nicaragua demuestran que la discusión del tratado fue libre y ni Colombia ni Estados Unidos amenazaron con el uso de la fuerza a Nicaragua.

No se violó la Constitución de Nicaragua porque no era San Andrés territorio nicaragüense.

En cuanto al canje de ratificaciones se hizo con plenos poderes otorgados a Manuel Esguerra y a Julián Trías por los presidente de Colombia y de Nicaragua, que estaban autorizados para hacer constar en el acta la declaración interpretativa.

No hay principio de derecho internacional que diga que pertenece a un Estado toda isla que se encuentre sobre su plataforma continental, aún si fuera cierto que San Andrés se encontrara en la plataforma de Nicaragua.

De 1928 a 1969 no hubo protesta de Nicaragua por lo cual se dio el *estoppel*. La Corte Internacional de Justicia, en sentencia de 18 de noviembre de 1960,

en cuanto a la nulidad del laudo arbitral del Rey de España de 1906 que dirimió la controversia de límites entre Honduras y Nicaragua dijo: “Nicaragua con sus declaraciones expresas y su conducta, ha reconocido la validez de la sentencia arbitral y no tiene ya derecho a retraerse de su reconocimiento para impugnar la validez de la sentencia”.

- h) Nicaragua, el 19 de diciembre de 1979, expidió el decreto fijando la extensión del mar territorial en 200 millas y anunció que reclamaría la soberanía de San Andrés por estar en dicha zona.

El 17 de abril de 1969 Nicaragua otorga concesiones a la Shell, a Esso, Chevron, Mobil Union Oil Company, Western Caribbean Petroleum Company. Colombia protesta el 4 de junio de 1969. La Nota O92 dice que no se puede incluir el Cayo Quita Sueño por el tratado de 1928. Agrega que desconoce los permisos de exploración al oriente del meridiano 82. Nicaragua, el 7 de junio de 1969 dice: “Es errónea la interpretación que se pretende dar al tratado Bárcenas Meneses-Esguerra, en el sentido de que el paralelo 82 del meridiano de Greenwich que menciona, deba considerarse como limitatorio de la soberanía nacional, ya que únicamente señala hasta donde se extiende hacia el occidente el archipiélago de San Andrés”.

El 22 de septiembre de 1969 Colombia envía la Nota O197 en que hace una “formal declaración de soberanía” sobre las áreas marítimas situadas al oriente del meridiano 82 de Greenwich. Niega valor a concesiones que traspasen el meridiano 82, y reafirma los del tratado de 1928.

5. Conclusión acerca de los derechos de Colombia sobre el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

1. Colombia, desde la Colonia ha tenido sobre la costa de Mosquitos y el Archipiélago de San Andrés y Providencia justos títulos en que fundar su soberanía, desde 1803 en que dichos territorios se agregaron en forma definitiva al Virreinato de Renueva Granada.
2. Los justos títulos de Colombia se encuentran en las órdenes de 20 y 30 de noviembre de 1803.

3. Por *uti possidetis juris* de 1810 Colombia continuó, como sucesora de España, ejerciendo soberanía sobre la costa de Mosquitos y el Archipiélago de San Andrés y Providencia. Este principio fue reconocido por Nicaragua en el tratado Gual-Molina de 1825, suscrito entre Colombia y las Provincias Unidas de Centro América, de las cuales formaba parte Nicaragua.
4. El Tratado Esguerra-Bárceñas de 1928 está vigente ya que no hay causal de nulidad ni de terminación del mismo.
5. El tratado Vásquez-Saccio, vigente entre Estados Unidos y Colombia, reafirma la soberanía de Colombia sobre los cayos de Serrana, Roncador y Quitá Sueño.
6. La reclamación unilateral de las 200 millas por Nicaragua no es obligatoria para Colombia por ser acto unilateral que no produce efectos para terceros estados. La delimitación es acto internacional; tal es la jurisprudencia de la CJ, en 1969, en delimitación de plataformas continentales de Holanda, Dinamarca y la República Federal de Alemania, y en 1974, en el asunto de la Gran Bretaña y la República Federal de Alemania e Islandia.
7. La Declaración de Colombia en 1969, de que el meridiano 82 de Greenwich constituye delimitación marítima, es una interpretación del tratado Esguerra-Bárceñas de 1928 y especialmente del Acta de Canje, pero en ningún momento puede considerarse, como lo pretende Nicaragua, como grave incumplimiento del tratado que da origen a la terminación del mismo. Las razones las hemos expuesto en otro estudio.¹⁵
8. La Declaración de la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional de Nicaragua, de 4 de febrero de 1980, sobre nulidad e invalidez del tratado de 1928 es contraria al derecho internacional y no produce ningún efecto jurídico.
9. El tratado Esguerra-Bárceñas de 1928 constituye delimitación terrestre y marítima y por tanto la controversia con Nicaragua quedó terminada desde que éste entró en vigencia en 1930.

¹⁵ Marco Gerardo Monroy Cabra, "Análisis de la defensa asumida por Colombia ante la Corte Internacional de Justicia en la demanda que le instauró Nicaragua", *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, No. 328, abril de 2005, pp. 3 y ss.

6. Régimen jurídico aplicable a la controversia jurídica entre Colombia y Nicaragua sobre el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y sus aguas marinas y submarinas

6.1. Se trata de una controversia jurídica

Es sabido que el 6 de diciembre de 2001 la República de Nicaragua presentó ante la Corte Internacional de Justicia una demanda contra la República de Colombia. En esta demanda las pretensiones de Nicaragua fueron las siguientes: Primero. Que la República de Nicaragua tiene soberanía sobre las islas de Providencia, San Andrés y Santa Catalina y todas las islas y cayos que le pertenecen, así como también sobre Roncador, Serrana, Serranilla y Quitasueño “en cuanto sean susceptibles de apropiación”. Segundo. “A la luz de la determinación del título solicitado, la Corte debe determinar el curso de la frontera marítima entre las áreas de la Plataforma Continental y la zona de economía exclusiva, pertenecientes respectivamente a Nicaragua y a Colombia, de acuerdo con los principios equitativos y a las circunstancias relevantes reconocidas por el derecho internacional general como es aplicable a la delimitación de una frontera marítima singular”.

La Corte Internacional de Justicia para resolver el caso aplica su estatuto y reglamento, así como las normas de derecho internacional convencional y consuetudinario.

La controversia es un proceso judicial internacional que se tramita según un procedimiento previamente estatuido en el reglamento de la Corte, que culmina con una sentencia que debe ser cumplida por los Estados partes en el litigio. En efecto, el artículo 94 de la Carta de la ONU, de la cual son estados parte Colombia y Nicaragua dice: “1. Cada Miembro de las Naciones Unidas se compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte. 2. Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo”. Colombia y Nicaragua deben cumplir la sentencia que profiera la Corte por cuanto la Carta de la ONU es un tratado internacional que debe ser cumplido de buena fe por los estados parte

en el mismo según el principio *pacta sunt servanda*; además, el artículo 103 de la Carta de la ONU establece la primacía de esta Carta sobre los demás tratados. Igualmente, el artículo 9 de la Constitución colombiana consagra como principio, la observancia de los principios de derecho internacional aceptados por Colombia y es sabido que el principio *pacta sunt servanda* es de *jus cogens*, o sea una norma imperativa de derecho internacional aceptada por la comunidad internacional en su conjunto.

6.2. Régimen jurídico aplicable a la controversia

El régimen jurídico aplicable a la controversia es el derecho internacional. La Corte, según el artículo 38 del Estatuto, aplica para decidir las controversias jurídicas entre estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte los tratados, la costumbre internacional, la doctrina, los principios generales de derecho internacional y la jurisprudencia internacional. La sentencia que dicte la Corte deberá ser en derecho porque los dos estados no le han pedido al Tribunal un fallo *ex aequo et bono*.

El procedimiento litigioso ante la Corte Internacional de Justicia tiene su base jurídica en el Estatuto (artículos 39 a 64), y en el Reglamento, adoptado en 1978 con algunas modificaciones. Un proceso se puede incoar ante la Corte por demanda unilateral, como es el caso de la demanda presentada por Nicaragua contra Colombia, y por notificación de un compromiso.

El procedimiento tiene una fase escrita y otra fase oral. El procedimiento escrito consta de la memoria, la contramemoria, la réplica y la dúplica.

El procedimiento oral consiste en una serie de audiencias o vistas orales para la práctica de pruebas, declaraciones de testigos, dictamen pericial, suministro de información por una organización internacional, y formulación de preguntas por la Corte o por los jueces. El proceso culmina con una sentencia.

Dentro de los procedimientos incidentales están las medidas provisionales, las excepciones preliminares, y la intervención de terceros.

El régimen de las excepciones preliminares, previsto en el artículo 79 del Reglamento, fue el escogido por Colombia para proponer la excepción de falta de jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia para conocer la demanda instaurada por Nicaragua.

El procedimiento para las excepciones preliminares consta de una parte escrita y una parte oral, según el párrafo 3 del artículo 79. La parte escrita consta de un escrito, en que se formulan las excepciones, y de un escrito en el cual la otra parte formula sus observaciones y conclusiones. Luego se fija un procedimiento oral y se dicta la decisión. En esta sentencia pueden darse tres posibilidades: a) La Corte acepta al menos una de las excepciones propuestas, en cuyo caso el litigio llega a su terminación; b) La Corte rechaza las excepciones. En este evento el procedimiento de fondo se reanuda; y, c) La Corte declara que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la objeción u objeciones no tienen un carácter exclusivamente preliminar. En este caso se reanuda el procedimiento de fondo y en la sentencia se deciden las objeciones junto con el fondo del litigio.

Estas posibilidades son las que existen en el proceso de Nicaragua contra Colombia, ya que nuestro Estado propuso la excepción preliminar de falta de jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia para decidir el caso.

Específicamente respecto de la demanda presentada por Nicaragua contra Colombia la Corte ha adoptado las siguientes decisiones:

- a) La Corte señaló el 28 de abril de 2003 para la presentación de la Memoria de Nicaragua y este Estado la presentó.
- b) Conforme al artículo 79 p.1 del Reglamento de la Corte, Colombia presentó objeciones preliminares.
- c) Nicaragua respondió las objeciones preliminares planteadas por Colombia el 26 de enero de 2004.
- d) La Corte debe señalar fecha para las audiencias y realizadas estas la Corte dictará sentencia que decida las objeciones preliminares presentadas por Colombia.

6.3. Objeciones preliminares presentadas por Colombia

Conforme al artículo 79 del Reglamento de la Corte, Colombia propuso la excepción de falta de jurisdicción de la Corte con tres fundamentos jurídicos:

- a) Que la Corte no tiene jurisdicción conforme al artículo VI del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas o “Pacto de Bogotá” de 1948, firmado el 30 de

abril de dicho año. El artículo VI invocado dice: “Tampoco podrán aplicarse dichos procedimientos a los asuntos ya resueltos por acuerdo de las Partes, o por laudo arbitral, o por sentencia de un tribunal internacional, o que se hallen regido por acuerdos o tratados en vigencia en la fecha de la celebración del presente Pacto”. Como la controversia entre Colombia y Nicaragua ya fue resuelta por el Tratado Esguerra-Barcenas de 1928 y su Acta de ratificación de 1930, la Corte no tiene jurisdicción por estar resuelta con anterioridad al 30 de abril de 1948.

- b) La Corte no tiene jurisdicción porque la declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte, de 30 de octubre de 1937, fue retirada el 5 de diciembre de 2001, antes de la presentación de la demanda que lo fue el 6 de diciembre de 2001.

El retiro de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia por Colombia, el 5 de diciembre de 2001, es válido a la luz del derecho internacional por estas razones. a) La jurisdicción de la Corte descansa en el consentimiento de los estados y cada Estado es libre de retirar su aceptación cuando soberanamente lo decida; b) No es aplicable como precedente la decisión de la Corte en el caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, que estableció que conforme al principio de buena fe se requiere un plazo razonable porque la Convención de Viena sobre derecho de los tratados no lo exige para los actos unilaterales y no se trata de la denuncia de un tratado; c) Porque el caso de Nicaragua contra Estados Unidos difiere dado que la aceptación de la jurisdicción de la Corte por Estados Unidos es diferente a la de Colombia, y los hechos de los dos casos son diferentes; d) Porque la práctica de Nicaragua demuestra que utilizó igual procedimiento el 24 de octubre de 2001 respecto de su Declaración de 1929 y e) Porque se trata de un *obiter dicta* y no de la *ratio decidendi* de la decisión.

- c) Si no se aceptan los anteriores argumentos, Colombia alegó que modificó la declaración de aceptación de la jurisdicción de la Corte en 1937 por una nueva, con efecto inmediato, en el sentido de sólo aceptar la jurisdicción de la Corte para los conflictos que surjan de hechos posteriores al 6 de enero de 1932. Esto significa que, como la controversia fue resuelta por el tratado de 1928, vigente desde 1930, no le es aplicable la Declaración de 1937 porque los hechos son anteriores al 6 de enero de 1932.

Conclusiones

1. Colombia tiene plenos derechos sobre el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.
2. Los argumentos de Nicaragua no son válidos como anteriormente se expuso y no desvirtúan la soberanía de Colombia.
3. La excepción preliminar de falta de jurisdicción tiene plena fundamentación jurídica.
4. El tratado Esguerra-Bárcenas de 1928 resolvió definitivamente la controversia que existía con Nicaragua y puso fin, no sólo a la delimitación terrestre sino a la marítima también.

Valor jurídico de las resoluciones de las organizaciones internacionales¹

El propósito de este trabajo es analizar el valor jurídico de las resoluciones de las organizaciones internacionales. En primer término se hará una breve referencia a las organizaciones internacionales como sujetos de derecho internacional. Luego se realiza un estudio de las reglas de las organizaciones internacionales para entrar a continuación a indagar si las resoluciones de dichas organizaciones constituyen una nueva fuente del derecho internacional. Con estas premisas se investiga el valor jurídico de las resoluciones de las organizaciones internacionales. Por último, se deducen algunas conclusiones del análisis efectuado.

Hay que advertir que en la doctrina hay imprecisión jurídica sobre este tema, que la práctica internacional de las Naciones Unidas y de las organizaciones internacionales está precisando. No hay un régimen común de las organizaciones internacionales, dado que dependen de su tratadostitutivo y por esto es difícil intentar una respuesta común aplicable en todos los casos.

1. Las organizaciones internacionales han llegado a constituir un sujeto importante del derecho internacional

El derecho internacional ha dejado de ser formado exclusivamente por Estados. Han aparecido nuevos sujetos y entre ellos hay que destacar el surgimiento de numerosas organizaciones internacionales. Como lo expresa el profesor José Manuel Sobrino Heredia:

El Orden jurídico internacional va dejando así de ser única y exclusivamente un derecho de coordinación, para incorporar, merced en buena parte a la actividad de las Organizaciones Internacionales, características propias de un derecho de subordinación o institucional. Al tiempo que la presencia de las

¹ Este ensayo fue escrito para el *liber amicorum* en homenaje al Profesor Germán Cavelier, Universidad del Rosario, 2006.

Organizaciones en la vida internacional está favoreciendo la humanización, socialización, organización y democratización de la misma.²

En términos generales, se entiende por *organizaciones internacionales*, según el profesor citado, como “unas asociaciones voluntarias de Estados establecidas por acuerdo internacional, dotadas de órganos permanentes, propios e independientes, encargados de gestionar unos intereses colectivos y capaces de expresar una voluntad jurídicamente distinta de la de sus miembros”.³

En cuanto a la base jurídica convencional, hay que poner de presente que las organizaciones internacionales tienen origen en un acto jurídico creador que adopta la forma de tratado multilateral negociado en el marco de una conferencia intergubernamental. Esto significa que dicho tratado se sujeta a las normas propias del derecho de los tratados y, específicamente, al Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986, del cual Colombia es Estado parte.

El tratado constitutivo es acuerdo internacional, y esto diferencia a las organizaciones internacionales de las organizaciones internacionales no gubernamentales (ONG), en que la base jurídica está formada por un acto de derecho interno, ya que pueden ser asociaciones, fundaciones e instituciones privadas.

Los elementos esenciales de la organización internacional son los siguientes: (a) composición interestatal; (b) base jurídica convencional; (c) una estructura orgánica permanente e independiente, y (d) autonomía jurídica. Las organizaciones internacionales tienen personalidad jurídica, es decir, capacidad de ejercer ciertos derechos y asumir determinadas obligaciones en el marco de los sistemas nacional e internacional. La Corte Internacional de Justicia, en su Dictamen número 14 de 1927, distinguió expresamente la personalidad internacional de la organización de la que poseen los Estados.⁴ Las principales manifestaciones de la personalidad jurídica internacional de las organizaciones internacionales son las siguientes:

² José Manuel, Sobrino Heredia. “Las organizaciones internacionales”, en Manuel Díez de Velasco. *Las organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 37.

³ *Ibid.*, p. 41.

⁴ Corte Internacional de Justicia, Rec. 1949, p. 179.

- Derecho a celebrar tratados internacionales con sus Estados miembros, con terceros Estados y con otras organizaciones internacionales. Por ejemplo, pueden citarse los acuerdos de sede, los convenios sobre privilegios e inmunidades, los acuerdos de cooperación con otras organizaciones internacionales, etc. Estos tratados se rigen por el Convenio sobre el Derecho de los tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales del 21 de marzo de 1986.
- Derecho a establecer relaciones internacionales. Las organizaciones internacionales disfrutaban del derecho de legación activa y pasiva, esto es, de la facultad de recibir o enviar representantes diplomáticos. En este aspecto se adoptó el Convenio de Viena de 14 de marzo de 1975, sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las organizaciones internacionales de carácter universal.
- Derecho a participar en los procedimientos de solución de las diferencias internacionales. Este derecho les ha sido reconocido a las organizaciones internacionales en tratados multilaterales como el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 21 de marzo de 1986 (arts. 65 y 66 y Anexo), y en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar del 10 de diciembre de 1982 (art. 7.2 del Anexo IX en relación con la Parte XV de la Convención).
- Responsabilidad internacional cuando la organización internacional incumple en forma injustificada una obligación internacional de origen consuetudinario o convencional. Cuando el hecho ilícito proceda del comportamiento de la organización, el tercero podrá invocar su responsabilidad. Asimismo, la organización podrá reclamar la reparación del daño que sufre como consecuencia de la violación de la obligación internacional por un tercero.
- Las organizaciones internacionales tienen privilegios e inmunidades que tienen a garantizar la independencia necesaria para el ejercicio de sus funciones.

2. Las reglas de las organizaciones internacionales

Por *reglas de la organización* se entiende, según el artículo 2.1 numeral j del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1986, “en particular los

instrumentos constitutivos de la organización, sus decisiones y resoluciones adoptadas de conformidad con éstos y su práctica establecida”.

Ya hemos expresado que el derecho originario de la organización internacional está formado por el tratado constitutivo de la organización que no sólo da nacimiento a la organización, sino que determina sus competencias normativas, organizativas, administrativas y jurisdiccionales.

En las organizaciones internacionales hay una gran cantidad de problemas jurídicos vinculados a su existencia y funcionamiento: derecho aplicable, personalidad jurídica y capacidad, competencia y poderes de sus órganos, valor jurídico de sus actos, regularidad de sus decisiones, responsabilidad, etc. En este estudio nos limitamos a indagar el valor jurídico de las resoluciones de las organizaciones internacionales. El profesor Díez de Velasco⁵ distingue entre actos individuales o unilaterales y actos convencionales y contractuales. De esta categoría de actos se puede hacer una subclasificación, según el derecho que los regule, así:

1. Tratados internacionales de los que es parte una organización, regulados por el derecho internacional y especialmente por el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales del 21 de marzo de 1986.
2. Contratos celebrados entre la organización y los agentes internacionales que en ella prestan sus servicios.
3. Los contratos que celebra la organización internacional para satisfacer sus necesidades materiales que se rigen por el derecho interno del Estado en que se celebran.

En cuanto a los actos unilaterales o individuales de las organizaciones internacionales, el profesor Díez de Velasco⁶ utiliza el término *resolución* como

⁵ Manuel Díez de Velasco. *Las organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 130 y ss.

⁶ *Ibid.*, p. 131.

expresión genérica referida a todo acto emanado de un órgano de una organización internacional, el de decisión para referirse a actos obligatorios y la recomendación para aquellos que, en principio, no crean derecho.

Las organizaciones internacionales expresan su voluntad a través de resoluciones que se denominan de varias formas: recomendación, resolución, directiva, declaración, reglamento, decisión, etc. Los nombres dependen de las denominaciones adoptadas en el tratado constitutivo de la organización y del contenido de cada acto.

El tratadista Michel Virally dice que hay varias resoluciones que puede adoptar una organización internacional:

[...] declaración, por medio de la cual fija para sí misma una conducta que debe observarse en el futuro, afirma el valor de ciertos principios, reconoce la existencia de una situación particular, o también aprueba o desaprueba una acción ya llevada a cabo; acto que crea una nueva situación jurídica: elección, nominación, admisión, aprobación de un presupuesto o de una convención, creación de un órgano secundario, pronunciamiento de sanciones, promulgación de un reglamento obligatorio, etc., *acción* en el sentido de la Carta de las Naciones Unidas, que implica una orden y no una simple invitación.⁷

Agrega que “el término *recomendación* puede, por lo tanto, calificar las resoluciones de un órgano internacional enviadas a uno o varios destinatarios externos a él y que implican una invitación a adoptar un comportamiento determinado, acción o abstención”. El problema que se debe resolver es la fuerza obligatoria de las resoluciones de las organizaciones internacionales, cualquiera que sea su forma.

⁷ Michel Virally. *El devenir del derecho internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 192.

3. ¿Las resoluciones de las organizaciones internacionales son fuente del derecho internacional?

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dice:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.
2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.

Este artículo contiene, como lo dice Georges Abi-Saab,⁸ varias categorías de fuentes: las fuentes principales (que son los tratados) y la costumbre (que ha sido reconocida como tal por todo el mundo). Asimismo, una fuente subsidiaria o supletiva, que es utilizada para la solución específica del problema que resuelve la Corte cuando no se encuentra en tratados o costumbres, que son los principios generales de derecho internacional, y las fuentes auxiliares, que no pueden operar solas, sino en unión de otra fuente, como son la jurisprudencia y la doctrina, y que sirven para precisar las tres primeras fuentes de derecho. Además, hay una fuente adicional cuando por acuerdo de las partes la Corte debe decidir en equidad.

⁸ Georges Abi-Saab. "Les sources du Droit international. Essai de déconstruction", en *El derecho internacional en un mundo en transformación, liber amicorum* en honor de Eduardo Jiménez de Aréchaga, tomo 1, s. d., p. 33.

En cuanto a las fuentes no mencionadas, el autor citado enuncia los actos unilaterales y las resoluciones de las organizaciones internacionales, los cuales, como analizaremos, algunos consideran igualmente actos unilaterales. Respecto de si las resoluciones de las organizaciones internacionales constituyen fuente autónoma de derecho internacional, Abi-Saab dice:

En primer lugar (y dejando aparte las resoluciones que tienen efecto obligatorio para los Estados miembros según el tratado constitutivo así como también aquéllas relevantes de la administración interna de la organización, para concentrarnos en aquéllas dirigidas a los Estados o a otras entidades a título de recomendación), es preciso poner de presente que el valor y los efectos jurídicos de una resolución no son solamente aquellos que se derivan formalmente de este instrumento como tal, sino que deben ser buscados igualmente en aquellos de su contenido, es decir de la operación jurídica que tiene el instrumento. Es la distinción del derecho romano entre *instrumentum* y el *negotium*.⁹

Las resoluciones de una organización internacional, según el autor citado, pueden efectivamente hacer la función de constatación, testimoniar un acuerdo o relevar un real consentimiento en estar vinculado o conllevar una interpretación del tratado constitutivo o aun de ciertas reglas de derecho internacional general. Sobre todo a propósito de estas últimas resoluciones se presenta la determinación de si esas resoluciones son fuente del derecho.

Como lo expresan Ernesto de La Guardia y Marcelo Delpech,¹⁰ el artículo 38 enumera las fuentes de creación (normas generales) y el artículo 59 se refiere a la aplicación (normas individuales). Los autores agregan que en la enumeración del artículo 38 faltan como fuentes del derecho internacional los actos jurídicos unilaterales y la legislación internacional. Esta legislación comprende el conjunto de resoluciones creadas por los órganos de las organizaciones interna-

⁹ Georges Abi-Saab. *Les résolutions dans la formation du droit international du développement*, Geneve, IUHEI, 1971, pp. 9-10.

¹⁰ Ernesto de la Guardia, y Marcelo Delpech. *El derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969*, Buenos Aires, La Ley, 1970, p. 21.

cionales competentes para hacerlo. Hay que observar que dentro del poder reglamentario de las organizaciones internacionales se encuentran las reglas de procedimiento de la Corte Internacional de Justicia (Estatuto de la CIJ, art. 30).

Si bien la doctrina ha distinguido entre actos jurídicos unilaterales de los Estados y actos jurídicos unilaterales de las organizaciones internacionales, hay diferencias técnicas en cuanto a su concreción, y la Comisión de Derecho Internacional, en su Proyecto, sólo se ha referido a los actos unilaterales de los Estados.¹¹ El tratadista Miaja de la Muela considera:

Existen dos tipos de actos unilaterales en la vida de muy diferente naturaleza: los de los Estados y los de las Organizaciones internacionales. Los de los Estados son puramente individuales, mientras que los de las Organizaciones suelen tener dos etapas: una reunión de voluntades estatales, no en forma contractual, sino en la de acto colectivo correspondiente a la *Vereinbarung triepeliana*, y la segunda de proyección al exterior como acto imputable a la Organización misma.¹²

En virtud de que las resoluciones de las organizaciones internacionales tienen distintos destinatarios, dado que pueden ser los Estados, la misma organización u otras organizaciones, y teniendo en cuenta que no existe un régimen común a las organizaciones internacionales, consideramos que es conviene tratar en forma separada las dos fuentes del derecho internacional: los actos jurídicos unilaterales y las resoluciones de las organizaciones internacionales.¹³

El tratadista Julio A. Barberis, al referirse a la introducción de las resoluciones de las organizaciones internacionales como fuente de derecho, expresa lo siguiente:

¹¹ Naciones Unidas. A/CN.4/525, *Quinto informe sobre los actos unilaterales de los Estados*, p. 19.

¹² A. Miaja de la Muela. "Los actos unilaterales en las relaciones internacionales", en *Revista Española de Derecho Internacional*, No. 20, 1967, pp. 429-464.

¹³ David Bondia García. *Régimen de los actos unilaterales de los Estados*, Barcelona, J. M. Bosch, 2004.

En el preámbulo de su libro sobre las fuentes del derecho internacional universal, Verdross (*Die Quellen des universellen Volkerrechts*, Freiburg i. B., 1973, p. 11) expresa que la teoría de las fuentes del derecho de gentes sufrió una crisis en la década de 1930 con motivo de la inclusión de los principios generales de derecho en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal permanente de Justicia internacional. Una segunda crisis se habría producido en las últimas décadas al surgir la idea de que las resoluciones de las organizaciones internacionales, particularmente las de la Asamblea General de la O.N.U. tendría carácter de una nueva fuente del derecho.¹⁴

El fenómeno de las resoluciones de los organismos internacionales empieza a principios del siglo XIX, cuando aparecen las primeras organizaciones. Ahora bien, para cumplir sus funciones en el campo de la cooperación internacional encomendada por el tratado constitutivo, la organización expresa su voluntad a través de decisiones de sus órganos.

Las decisiones de los órganos de las organizaciones internacionales se adoptan por unanimidad, votación, consenso y adopción sin voto. Así, al referirse a la importancia de los actos de las organizaciones internacionales, Justo A. Pastor Ridruejo expresa:

Y es que los factores apuntados han motivado no sólo la importancia de los tratados, sino también la creciente relevancia de las resoluciones de las organizaciones internacionales. Es cierto que la fuerza obligatoria de dichas resoluciones se reconduce en muchos casos a la costumbre internacional, según explicaremos. Es verdad también que tales resoluciones tienen carácter derivado en cuanto que su autoridad normativa descansa en otra fuente: el tratado instituyente de la organización internacional. Pero estos aspectos formales en anda afectan a la importancia sustantiva de tales resoluciones que, como veremos, es grande en determinados casos y circunstancias, especialmente

¹⁴ Julio A. Barberis, *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Desalma, s. f., p. 147.

porque algunas de ellas tienen valor programático y determinan en este sentido la evolución posterior del Derecho Internacional.¹⁵

En relación con el problema consistente en determinar si las resoluciones de las organizaciones internacionales constituyen una nueva fuente del derecho internacional distinta de las enunciadas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, no hay consenso en la doctrina. Según la exposición del tratadista Barberis, hay distintas opiniones:

Así, Castañeda reconoce que algunas resoluciones pueden ser creadoras de derecho internacional. Sin embargo, estima que no debería ampliarse la lista de las fuentes enunciadas en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia porque las resoluciones no son una fuente autónoma y distinta de derecho de gentes. Skubiszewski, por su parte, reconoce que sólo algunas resoluciones son creadoras de derecho internacional pero, a su criterio, ellas constituyen una fuente autónoma, diferente del tratado y de la costumbre.¹⁶

Hay que distinguir entre la competencia normativa interna y la competencia normativa externa. En cuanto a la primera, dice el profesor Díez de Velasco:

Las “reglas de la Organización internacional” atribuyen, de manera expresa o implícita, a la Organización un poder normativo interno destinado a regular su propio funcionamiento y administración y a adaptarlo a la evolución de sus actividades y del entorno internacional en la que ésta se desenvuelve. Los destinatarios de estas normas son, en principio, la propia Organización y los sujetos de su Derecho interno, esto es, las instituciones de la misma, los Estados miembros en tanto elementos integradores de la Organización

¹⁵ José A. Pastor Ridruejo. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 67.

¹⁶ Barberis, *op. cit.*, p. 259. Entre los diversos autores: Castañeda, *Valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas*, México, s. e., 1967, p. 5. Skubiszewski, “Resolutions of the U.N. General Assembly and Evidence of Custom”, en *Le droit international à l’heure de sa codification (Etudes en l’honneur de Roberto Ago)*, t. 1, Milano, s. e., 1987, p. 508.

internacional, determinados particulares, como sus agentes y funcionarios, y, en algunas ocasiones también, las personas físicas y jurídicas.¹⁷

En cuanto a las recomendaciones de orden interno, son las enviadas por un órgano a otro en el seno de la misma organización. En cuanto al valor jurídico de este tipo de recomendaciones, Michel Virally expresa:

Su valor jurídico depende de la naturaleza de las relaciones estructurales existentes entre los órganos interesados; ahora bien, éstas no siempre se establecen en el mismo plano. A veces ponen de manifiesto un vínculo de subordinación o de dependencia funcional más o menos marcado, cuando en otros casos se traban en una independencia más o menos total. Es evidente que las recomendaciones tendrán una fuerza muy diferente, según si se inscriben en uno u otro tipo de relaciones.¹⁸

Las recomendaciones entre órganos jerarquizados se definen conforme al tratado constitutivo, al estatuto y al reglamento de la organización internacional. Hay casos de participación en una decisión conjunta. En la Carta de las Naciones Unidas, la admisión de un nuevo miembro, la suspensión o la exclusión de un miembro y la nominación del secretario general resultan de una decisión de la Asamblea General tomada bajo la recomendación del Consejo de Seguridad. ¿Cuál es el valor jurídico de esta recomendación? Este aspecto se analizó cuando se produjo el bloqueo del procedimiento de admisión provocado por el uso sistemático del derecho de veto contra el Consejo de Seguridad. La Corte Internacional de Justicia se pronunció en su opinión consultiva de 3 de marzo de 1950.¹⁹ La Corte declaró no tener “ninguna duda” en cuanto al sentido del artículo 4, párrafo 2 de la Carta. Dicho artículo exige dos cosas para que se lleva a cabo la admisión: una “recomendación” del Consejo de Seguridad y una “decisión” de la Asamblea General. La recomendación tiene que preceder, por la naturaleza de

¹⁷ Díez de Velasco, *op. cit.*, p. 132.

¹⁸ Virally, *op. cit.*, p. 195.

¹⁹ Recueil, pp. 7 y 8.

las cosas, a la decisión. Los términos *recomendación* y *bajo*, que le preceden, implican la idea de que la recomendación sirve de apoyo a la decisión de admisión y que ésta se fundamenta en la recomendación. Esto significa que la recomendación del Consejo de Seguridad es la condición previa para la decisión de la Asamblea por medio de la cual se lleva a cabo la admisión.

En cuanto a las recomendaciones enviadas a un Estado miembro, están reglamentadas por el tratado constitutivo. Es en la constitución de cada organización donde se debe buscar la fuerza obligatoria o no de las resoluciones de la organización respectiva. Respecto de la organización internacional del Estado, el artículo 19 párrafo 6 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) determina el alcance de las recomendaciones. Cada miembro está obligado a someterlas, en un plazo determinado, “a la autoridad o a las autoridades en cuya competencia entra la materia, con vistas a transformarlas en ley o a tomar medidas de otro orden” destinadas a que surtan efecto en el derecho interno. Además, los miembros deben informar a la OIT acerca de las medidas que tomaron, así como del estado de su legislación y de su práctica a propósito del asunto considerado. No están sometidos a ninguna otra obligación.

Cada organización tiene disposiciones, aunque no plantean obligaciones precisas a cargo de los miembros. El convenio que instituye la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI) establece como única indicación lo previsto en el artículo 69: “Ningún Estado contratante será considerado culpable de infracción al presente convenio si omite poner en ejecución estas recomendaciones”. En todo caso habrá que analizar caso por caso para determinar el efecto jurídico de la resolución de la organización internacional.

Dentro de la categoría de actos jurídicos obligatorios, se pueden citar, entre otros, las resoluciones concernientes al funcionamiento de los órganos de la organización internacional, las relativas a la creación de órganos secundarios y los reglamentos relativos a la función pública internacional, que se denominan estatutos de los funcionarios y agentes de la organización.

En cuanto a la competencia normativa externa, los actos de las organizaciones internacionales son a veces obligatorios y en otras ocasiones, como sucede con las recomendaciones, no producen efectos jurídicos vinculantes. Como ejemplo de decisiones obligatorias, el caso más frecuente se da en las

organizaciones regionales de integración —Unión Europea, Comunidad Andina o Mercado Común del Sur (Mercosur)—. A título de ejemplo pueden citarse las decisiones del Consejo y de la Comisión Andina y de las resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina (artículo 3 del Protocolo de Cochabamba del 28 de mayo de 1996 por el que se modifica el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena).

En cuanto a las recomendaciones, la regla general es la no obligatoriedad jurídica. Sin embargo, éstas tienen impacto político y a veces imponen determinadas obligaciones como notificar el curso que se les ha dado, dar informes periódicos o respuesta a cuestionarios, explicar las razones por las que no se han cumplido, etc. Sin embargo, como dice Díez de Velasco, “Estas recomendaciones se diferencian de las decisiones obligatorias, en que los Estados miembros no están obligados a ejecutar su contenido, puesto que las obligaciones que establecen son de orden procedimental más que relativas al fondo del asunto”.²⁰

Distinta es la situación si los destinatarios se comprometen a cumplir la recomendación. Por lo tanto, se puede concluir que solamente algunas resoluciones de organizaciones internacionales constituyen fuente del derecho internacional como analizaremos adelante.

4. Análisis de la obligatoriedad jurídica de las resoluciones de las organizaciones internacionales

La obligatoriedad jurídica de las resoluciones de las organizaciones internacionales ha sido estudiada en parte de la doctrina bajo la noción de *soft law* o derecho programático, formado por normas cuyo contenido resulta impreciso y vago e insuficiente para llegar a ser regla de derecho.²¹ Al referirse a las resoluciones de las organizaciones internacionales, Matthias Herdegen expresa:

²⁰ Díez de Velasco, *op. cit.*, p. 127.

²¹ René Jean Dupuy. “Droit déclaratoire et Droit Programmatore. De la coutume sauvage a la ‘Soft Law’”, en *Dialectiques du Droit International*, s. l., Institut de la Paix et du Développement, A. Pedome, 1999, pp. 107 y ss.

Ellas tienen relevancia legal, sin fundamentar directamente derechos y deberes. Para tales instrumentos que se encuentran en una zona gris entre la proclamación sin fuerza vinculante y la determinación con efectos vinculantes, se ha acuñado el concepto de soft law. Hoy en día, se relaciona sobre todo con estándares de comportamiento, que para las organizaciones internacionales o de las conferencias de Estados corresponde a una “buena” práctica (por ejemplo, en el comercio de recursos medioambientales).²²

Agrega este internacionalista:

El concepto de soft law es sencillamente expresión de una dificultad jurídica para la clasificación de tales instrumentos, detrás de los cuales no existe una clara voluntad jurídica de otorgarle carácter vinculante. Se trata de clasificar un proceso de desarrollo, que puede llevar al establecimiento de un derecho consuetudinario, o a la concreción de un principio general de éste. En lo restante, el estándar de comportamiento de las organizaciones internacionales o de las conferencias de Estados puede llevar a que los Estados participantes ya no puedan apelar a la prohibición de la intervención, frente a la exigencia de estos estándares.²³

4.1. Valor jurídico de las resoluciones de órganos de las Naciones Unidas

La Conferencia de San Francisco confirió sólo la facultad de dictar resoluciones obligatorias para los Estados miembro al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Según el artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas: “los miembros [...] convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta”. En el dictamen del Tribunal de La Haya de 21 de junio de 1971 (asunto de Namibia) se ha invocado y hecho aplicación del artículo 25 en estos términos:

²² Matthias Herdegen. *Derecho internacional público*, México, Konrad Adenauer Stiftung, Universidad Autónoma de México, 2005, p. 164.

²³ En el mismo sentido, H. Hillgenberg. “A Fresh Look at Soft Law”, en *EJIL*, No. 10, 1999, pp. 499 y ss.

Las decisiones tomadas por el Consejo en los párrafos 2 y 5 de la resolución 276 (1970), en relación con el párrafo 3 de la resolución 264 (1969) y con el párrafo 5 de la resolución 269 (1969), han sido adoptadas conforme a los fines y principios de la Carta y a sus artículos 24 y 25. Son, por consiguiente, obligatorias para todos los Estados miembros de las Naciones Unidas, que están, por tanto, obligados a aceptarlas y aplicarlas.²⁴

La propuesta de Filipinas de conferir una competencia semejante a la Asamblea General de las Naciones Unidas no fue adoptada, porque sólo contó con el voto favorable de esa delegación. En virtud de la Resolución 377 (V) del 3 de noviembre de 1950, cuando la Asamblea se hace cargo de un asunto en el que se encuentra amenazada o se ha roto la paz, y ya el Consejo de Seguridad no pudo zanjarlo “debido a la falta de unanimidad de los miembros permanentes”, puede enviar a sus miembros “las recomendaciones apropiadas sobre las medidas colectivas a adoptar, incluso en el caso de una ruptura de la paz o de un acto de agresión, el empleo de la fuerza armada, si fuese necesario”. Si bien en su momento se discutió la constitucionalidad de esta resolución, actualmente nadie duda de su valor jurídico.

Pero, como lo advierte el tratadista Barberis,²⁵ desde la década de los sesenta se incrementó el número de los Estados integrantes de las Naciones Unidas en virtud del proceso de descolonización, lo que trajo como consecuencia que muchos de los nuevos Estados trataron de darle fuerza normativa obligatoria a las resoluciones de la Asamblea General. Como dice el tratadista citado:

Se elaboraron concepciones novedosas, como la de formación de una costumbre instantánea, la del consenso en la votación como una nueva forma de concertar un tratado internacional y surgió también la idea de que las recomendaciones de la Asamblea General habrían dado origen a un “soft law”, especie de derecho *in statu nascendi* o de derecho de menor valor vinculatorio.²⁶

²⁴ Corte Internacional de Justicia, Recueil 115, 1971, p. 53.

²⁵ Barberis, *op. cit.*, p. 148.

²⁶ Barberis, *op. cit.*, p. 148. Este autor cita respecto de estas teorías a Arangio Ruiz. *The United Nations Declaration on Friendly Relations and the System of the Sources of International Law*, Maryland, Alphen an den Rijn-Germantown, 1979.

Sin embargo, como dice el mismo autor,

Un análisis objetivo y desprovisto de connotaciones políticas de este fenómeno lleva a la conclusión de que la Asamblea General de las Naciones Unidas carece, en general, de la facultad de crear resoluciones jurídicamente vinculatorias para los Estados miembros según la Carta y que esa competencia tampoco la pudo adquirir por vía consuetudinaria.

También hay declaraciones de la Asamblea General que por referirse a principios producen efectos en la formación del derecho internacional.

El tratadista José A. Pastor Ridruejo²⁷ señala tres tipos de resoluciones de la Asamblea General: (1) resoluciones declarativas o confirmatorias de normas consuetudinarias en vigor. A este grupo pertenece la Resolución 95 (1), del 11 de diciembre de 1946, sobre los principios de derecho internacional enunciados en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg. (2) Resoluciones que desarrollan y precisan algunos de los grandes principios de la Carta, como la resolución 1.514 (XV) del 14 de diciembre de 1960, que contiene la declaración relativa a la concesión de independencia a los pueblos y países coloniales, y sobre todo la Resolución 2.625 (XXV), del 24 de octubre de 1970, sobre la declaración de los principios de derecho internacional concernientes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados. (3) Resoluciones que contienen nuevos principios de derecho internacional, como la 1.962 (XVIII), del 13 de diciembre de 1963, sobre los principios jurídicos que deben regir la actividad de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, o la resolución 2.749 (XXV), del 17 de diciembre de 1970, sobre los principios que rigen el fondo de los mares y de los océanos y su subsuelo más allá de los límites de la jurisdicción nacional.

El primer tipo de declaraciones son confirmatorias de normas consuetudinarias ya vigentes y tienen el mismo valor de las convenciones declarativas. El segundo y tercer tipo de declaraciones pueden dar lugar al nacimiento de la

²⁷ Pastor Ridruejo, *op. cit.*, pp. 150-151.

costumbre, o cristalizar una regla de derecho internacional en estado emergente o *in status nascendi*. En cada caso habrá que analizar si la resolución de la Asamblea General refleja la *opinio iuris* general de la comunidad internacional. Así, la Corte Internacional dijo que la resolución de la Asamblea General 3314 (XXIX) que define la agresión “puede ser considerada como la expresión del Derecho Internacional Consuetudinario”.²⁸

4.2. Derecho interno de la organización

Hay que reconocer que determinadas resoluciones de los órganos de la organización son obligatorias para éstos y para sus funcionarios. Así, por ejemplo, el Reglamento de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el del Consejo de Seguridad, el Estatuto de Funcionarios adoptado por la Asamblea General el día 2 de febrero de 1952 y otros.

4.3. Requisitos que deben cumplir las resoluciones de las organizaciones internacionales para considerarse fuentes del derecho internacional

Puede afirmarse que si el tratado constitutivo de la organización internacional no le atribuye fuerza obligatoria para los Estados miembro a las resoluciones o recomendaciones de la organización, las citadas decisiones de la organización no tienen el carácter de fuentes independientes y autónomas del derecho internacional. En caso contrario pueden ser consideradas fuente del derecho internacional si reúnen los requisitos que la doctrina exige y que vamos a analizar a continuación.

Según el tratadista Julio A. Barberis,²⁹ las características de las resoluciones de las organizaciones internacionales que son creadoras de derecho de gentes son las siguientes:

En primer lugar, manifestación de voluntad de una organización internacional con capacidad suficiente. Para ello hay que acudir al tratado constitutivo o al estatuto dictado en su consecuencia. Se puede afirmar que la organización

²⁸ Corte Internacional de Justicia, Recueil, 1986, p. 103.

²⁹ Barberis, *op. cit.*, pp. 159-160.

internacional ha manifestado su voluntad a través de una resolución, si ésta ha sido aprobada por los órganos y mediante el procedimiento previsto en su constitución. Es entendido que la organización sólo podrá dictar resoluciones dentro del marco de su competencia, ya que en el tratado constitutivo los Estados le otorgan capacidad para dictar resoluciones y precisan cuáles son sus destinatarios y los efectos que tendrán. En materia de competencia hay que tener en cuenta que puede ser expresa o implícita y que le otorga poderes necesarios para el ejercicio de sus funciones, lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.³⁰

En segundo lugar, manifestación de voluntad no condicionada al consentimiento de otro sujeto internacional. Hay que tener en consideración que una de las características de toda resolución de una organización internacional es su carácter unilateral. Sin embargo, en la práctica algunas organizaciones internacionales adoptan resoluciones cuya validez está condicionada al consentimiento de los Estados que son sus destinatarios. Este procedimiento es conocido como *contracting out* y es descrito por Barberis así:

La organización internacional adopta una resolución y la notifica a los Estados miembros. Éstos disponen de cierto plazo dentro del cual pueden oponerse a la resolución en cuestión y, si así lo manifiestan, ella no será válida respecto de los Estados que se han opuesto. Entre las organizaciones internacionales que prevén este sistema pueden mencionarse la O.M.S., la O.A.C.I. y la O.M. M.³¹

Estos casos son exceptivos y propiamente no son actos unilaterales, sino que tienen naturaleza convencional.

En tercer lugar, manifestación de voluntad tendiente a crear una regla de derecho en el orden jurídico internacional. Por lo tanto, no tienen carácter prescriptivo aquellas resoluciones que formulan recomendaciones, hacen votos, instan a adoptar una conducta, solicitan colaboración, etc. Las resoluciones que

³⁰ Corte Internacional de Justicia, Recueil 1949, pp. 179, 182 y 183; Recueil 1954, p. 57; Recueil 1962, p. 177.

³¹ Barberis, *op. cit.*, p. 162.

son fuente del derecho internacional, según Barberis, “tienden a crear una norma que prescribe jurídicamente una conducta como permitida, prohibida u obligatoria”.³² Este mismo tratadista pone como ejemplos el artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas, el artículo 7 del acuerdo de la Liga de los Estados Árabes (22-III-1945); el artículo 20 del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (2-IX-1947); el artículo 19, inciso a, del Convenio del Benelux (3-II-1958), y el artículo 15, inciso 3, del Convenio Internacional del Café de 1976 y los artículos 6 y 8, inciso 5, del Tratado de la Organización del Río Gambia (30-VI-1978).

En cuarto lugar, manifestación de voluntad regida por el derecho internacional. Las resoluciones de las organizaciones internacionales tienen como límite que no violen normas de *jus cogens* o normas imperativas de derecho internacional. El tratadista y profesor Julio D. González Campos coincide en que los efectos jurídicos de las resoluciones dependen del tratado constitutivo. Al respecto dice lo siguiente:

De este modo, los efectos jurídicos —intrínsecos— de los actos de una organización internacional, es decir, los que se producen de forma directa e inmediata de la adopción del acto en atención a su contenido, están determinados por las normas del tratado constitutivo de la Organización. Pues son éstas las que le atribuyen competencia en una materia y, al mismo tiempo, facultan a uno de sus órganos para adoptar un concreto acto con determinados efectos jurídicos. Ahora bien, la creación de derechos y obligaciones internacionales en el ámbito institucional de las Organizaciones internacionales no se detiene aquí, pues el acto adoptado, con independencia de su contenido obligatorio, puede producir, además, otros efectos jurídicos —extrínsecos—. Esto es, efectos jurídicos que se derivan no del acto en sí mismo considerado sino en relación con otros procesos de creación del derecho, como puede ser el caso de la costumbre. De suerte que, en este segundo caso, el acto de la Organización sólo constituye un elemento jurídico relevante para dicho proceso, en la medida en que, por ejemplo, expresa la opinio iuris de los Estados que lo han adoptado o la general aceptación de una determinada práctica.³³

³² *Ibid.*, p. 263.

³³ Julio D. González Campos; Luis I. Sánchez Rodríguez, y Andrés Paz Sáenz de Santa María. *Curso de derecho internacional público*, Madrid, Civitas, 1998, p. 251.

M. Virally³⁴ también pone de presente que los actos de la organización internacional pueden producir efectos políticos, pues los órganos de una organización son órganos políticos en atención a sus componentes, los Estados; y los actos son adoptados no sólo con una motivación política, sino para alcanzar un determinado resultado político. Efectos políticos que dependerán, según este autor, de las diversas circunstancias presentes en la adopción del acto como el momento en el que se adopta, el número de los Estados que han votado a su favor, el peso relativo de los Estados adversos o favorables al acto, la importancia de los intereses políticos a los que se afecta, la presión de la opinión pública sobre el destinatario del acto, etc.

Como se ha repetido, las resoluciones tienen su fuente de validez en el tratado constitutivo de la organización internacional. Por último, además de ser las resoluciones de las organizaciones internacionales fuente del derecho internacional, si tienen las características antes explicadas, pueden contribuir a la formación de la costumbre como una manifestación de la *opinio iuris* de los Estados o a formación de un principio general de derecho internacional.

Esta parece ser la opinión mayoritaria de la doctrina. En efecto, los tratadistas L. A. Modesta Costa y José María Ruda resumen así la anterior conclusión:

Las resoluciones adoptadas con carácter obligatorio por las organizaciones internacionales ligan a los Estados Miembros en la medida y en razón de estar pactada su obligatoriedad en la carta orgánica de la institución; dicha obligatoriedad depende, pues, de lo establecido en un tratado. En consecuencia, este tipo de resoluciones son medios de creación de derechos y obligaciones, pero su obligatoriedad no es independiente del tratado que le dio origen y de sus términos. Son fuentes de normas jurídicas en el sentido más amplio, pero no fuentes del derecho internacional en sentido estricto. Las resoluciones adoptadas con meros propósitos recomendatorios no tienen, por supuesto, ningún valor jurídico obligatorio sino alcance político o moral, importan enunciar un propósito común, trazar la línea de conducta colectiva que se estime conducente para alcanzar un determinado objetivo. Sin embargo, estas

³⁴ M., Virally. "Les actes unilatéraux des organisations internationales", en Bedjaoui, M. (ed.). *Droit International. Bilan et Perspectives*, t. 1, París, Pedone, 1991, pp. 253 y ss.

resoluciones no obligatorias pueden llegar a ser indirectamente fuente del derecho internacional cuando se traducen en hechos reiterados y generalizados que entran a formar parte de la costumbre.⁵⁵

Luego, después de enunciar las declaraciones más importantes adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, la Declaración sobre la Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales, la Declaración sobre los Principios que deben regir en el Espacio Ultraterrestre, la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional relativos a la Cooperación y Amistad entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, advierten:

Estas declaraciones y otras que pueden adoptar los organismos internacionales, no son, por sí mismas, fuentes del derecho internacional, por el hecho de ser adoptadas por un órgano principal de dichos organismos. Su importancia estriba en que el voto favorable de un Estado supone su reconocimiento de que el contenido de la declaración ha obtenido condición de norma jurídica, más aún, si la declaración es aprobada prácticamente por unanimidad o sin oposición, su adopción puede constituir el reconocimiento de la formación de una norma consuetudinaria o un paso más en su formación.

Conclusiones

Del análisis anterior se pueden deducir las siguientes conclusiones:

1. Dentro de la clasificación de las fuentes del derecho internacional no aparecen los actos jurídicos unilaterales ni las resoluciones de las organizaciones internacionales.
2. En cuanto a las resoluciones de las organizaciones internacionales, no siempre todos sus actos constituyen fuente del derecho internacional. Para ser

⁵⁵ L. A. Podesta Costa y José María Ruda. *Derecho internacional público*, Buenos Aires, Tea, 1979, pp. 21-22.

- creadoras de derecho internacional, las resoluciones deben ser manifestación de la voluntad de la organización conforme al tratado constitutivo, no depender de otro sujeto internacional, crear normas de derecho internacional según su tratado constitutivo y no desconocer normas de *jus cogens* o derecho imperativo aceptado por la comunidad internacional en su conjunto.
3. Las resoluciones de las organizaciones internacionales son obligatorias si ello se desprende de su tratado constitutivo.
 4. Las recomendaciones de las organizaciones internacionales, por regla general, no son obligatorias. Una recomendación no se convierte en obligatoria, sino después de una aceptación expresa o tácita. Pueden producir impacto político o tener efecto procedimental, como obligar a los Estados a examinarlas de buena fe, o rendir informes, o responder cuestionarios, etc.
 5. En el actual estado del derecho internacional no es posible concluir que en todos los casos las resoluciones de las organizaciones internacionales constituyan fuente del derecho internacional y tengan en consecuencia carácter obligatorio,⁵⁶ por cuanto ello depende del tratado constitutivo de la organización.
 6. Las recomendaciones de orden interior intercambiadas entre órganos independientes, las enviadas a otra organización internacional o a un Estado no miembro sólo producen efectos obligatorios después de haber sido aceptadas.
 7. Las resoluciones consideradas en relación con el proceso de formación de la costumbre, pueden tener, según A. Remiro Brotóns,⁵⁷ una triple función: pueden ser generadoras de una nueva costumbre y aportar al inicio de una convicción jurídica común; pueden cristalizar una costumbre *in statu nascendi*, y culminar el proceso de su formación iniciado a partir de la práctica de los Estados, y, por último, pueden ser declarativas del derecho consuetudinario preexistente, y operar como prueba de una práctica y una *opinio iuris* ya consolidada.
 8. Las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que crean obligaciones de conformidad con el Capítulo VII de la Carta de las Naciones

⁵⁶ M. Sibert. *Traité de droit international public*, t. 1, París, 1951, d., p. 775; Lauterpacht. *Oppenheim's International Law*, s. d., pp. 424 y 429.

⁵⁷ Ramiro Brotóns. *Lecciones de Derecho internacional público. Formación de normas y obligaciones internacionales*, Murcia, s. e., 1981, pp. 224 y ss.

Unidas despliegan un efecto normativo, porque, según los artículos 25 y 48, vinculan a los Estados miembro. En los demás casos, las resoluciones del Consejo de Seguridad sirven como catalizador para la configuración de una convicción jurídica general.

Bibliografía citada

I-Teoría constitucional

- Acosta Sánchez, J., *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998.
- Albanese, Dalla Via y Gargarella Hernández, Sabsay, *Sobre derecho constitucional*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2004.
- Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- _____, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994.
- _____, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- _____, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª ed., J.M. Seña (trad.), Barcelona, Gedisa, 1997.
- _____, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en: *Neoconstitucionalismo* (s).
- _____, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, Doxa, Universidad de Alicante, vol. 5.
- Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- Álvarez Conde, Enrique, *Curso de derecho constitucional*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1999.
- Angulo Bossa, Jaime, *El preámbulo de la Constitución nacional*, Bogotá, Leyer, 2002.
- Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo 1, Montevideo (Uruguay), Fundación Konrad Adenauer–Stiftung, 2004.
- Aragón Reyes, Manuel, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 17, mayo-agosto de 1986.
- _____, *Estudios de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- _____, *Constitución y control del poder*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

- Aragón Reyes, Manuel (coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo 1, Madrid, Civitas, 2001.
- Aristóteles, *Política*, III 3, 1276b 1-16.
- Bachof, O., *Jueces y Constitución*, traducción de R. Bercovitz, Barcelona, Taurus, 1963.
- Balaguer Callejón, Francisco, *Fuentes del derecho*, Madrid, Tecnos, 1991.
- Balaguer Callejón, María Luisa, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997.
- Barberis, Mauro, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, en: Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*.
- Betti, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1971.
- Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, 2ª ed., tomo 1, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Desalma, 1998.
- Bidart Campos, Germán J., *Filosofía del derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1969.
- _____, *Manual de la Constitución reformada*, 3ª reimpresión, tomo 1, Buenos Aires, Ediar, 2001.
- Biscaretti Di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1972.
- Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Bogotá, Temis, 1994.
- Bordes, J., *Politeia dans la pensée grecque jusqu'a Aristote*, París, 1982.
- Brewer-Carías, Allan, *El Sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*, Bogotá, 1995.
- Burdeau, Georges, *Traité de science politique*, París, 1949-50, 3 tomos.
- Cabrera, Lucio y Fix-Zamudio, prólogo a la obra de James Allan Clifford Grant, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, México D.F., Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1963.
- Cappelletti, Mauro, “El tribunal constitucional en el sistema política italiano: sus relaciones con el ordenamiento política europeo”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 4, 1982.

- _____, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1966.
- _____, *Cours constitutionnelles*.
- _____, y Cohen, W., *Comparative constitutional law*, Merrill Compañy, 1979.
- Carbonell, Miguel (coordinador), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2005.
- _____, “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, Prólogo al libro de M. Carbonell (coordinador), *Neoconstitucionalismo (s)*.
- Carretero Pérez, A., “El concepto constitucional de fuentes de Derecho” en Autores Varios, *La Constitución española y las fuentes del derecho*, Madrid, 1979.
- Cicerón, *De res publica*, I,XLV.
- Colombia, Presidencia de la República, *Proyecto de acto reformativo de la Constitución Política de Colombia*. Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1991.
- Colombia, Presidencia de la República, *Reforma constitucional*. Documentos, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1988.
- Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en: M. Carbonell (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, op.-cit.
- Consejo Superior de la Judicatura (ed.), *III Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006.
- Cossio, Carlos. *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Arayú, 1954.
- Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- Cruz, Luis M., *La Constitución como orden de valores*, Granada, Comares, 2005.
- Cueto Rúa, Julio, *Fuentes del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971.
- de Cabo Martín, Carlos, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, Madrid, Trotta, 2003.
- de la Cuadra Salcedo, Tomás, “Interpretación de la Constitución y órganos del Estado”, en: López Pina (ed.), *División de poderes e interpretación*, Madrid, Tecnos, 1987.

- de Otto, Ignacio, "Introducción", en: *Lecciones de derecho constitucional*, Oviedo, 1980.
- _____, *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, 7ª reimpresión, Barcelona, Ariel Derecho, 1999.
- de Páramo, Juan Ramón H. L. A., *Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- de Silva, Carlos, "La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho", en: Rodolfo Vázquez (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3ª reimpresión, México, D.F., Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003.
- de Vega García, Pedro, "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución", en: *Revista de Estudios Políticos*, No. 7, nueva época, enero-febrero, Madrid, 1979.
- Delgado Barrio, Javier y Vigo, Rodolfo, *Sobre los principios jurídicos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Díaz Revorio, Francisco Javier, *La Constitución como orden abierto*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- _____, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- _____, *Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional*, Valladolid, Lex Nova, 2001.
- Díaz Roca, Rafael, *Teoría general del derecho*, Madrid, Tecnos, 1997.
- Dicey, A.V., *Introduction to the study of the law of the Constitution*, Liberty classic edition, reimpresión de la 8ª ed. de Mc Millan Press, 1915, Indianapolis, 1982.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1977, (2ª ed., 1989).
- _____, *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.
- Ely, J. H., *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Harvard University Press, 1980.
- Esser, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961.
- Ezquiaga Ganuzas, Francisco J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñate, Instituto Vasco de Administración Pública, 1987.

- Favoreu, Louis, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- _____, y otros, *El bloque de constitucionalidad*, Universidad de Sevilla, Cuadernos Civitas, 1991.
- _____, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1994.
- Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales, debate con L. Bacelli, M. Bovero, R. Guastini y otros*, (edición de A. De Cabo y G. Pisarello), Madrid, Trotta, 2001.
- _____, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en: *Neoconstitucionalismo* (s), 2ª ed., Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2005.
- Ferrer McGregor, Eduardo (coordinador), *Interpretación constitucional*, Mexico, D.F., Porrúa/ Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- Fioravanti, Mauricio, *Constitución*, Madrid, Trotta, 2001.
- _____, *Constitución desde la Antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2002.
- Frosini, Vittorio, *Teoría de la interpretación jurídica*, Bogotá, Temis, 1991.
- Gaona Cruz, Manuel. “El control de constitucionalidad de los actos jurídicos en Colombia ante el derecho consagrado, análisis teórico”, en: *Control y reforma de la Constitución*, tomo 2, Bogotá, Univesidad Externado de Colombia, 1988.
- García Belaúnde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (directores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997.
- García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed., reimpresión, Madrid, Civitas, 1994.
- García Herrera, Miguel Ángel, *La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- García Pelayo, Manuel, “El status del tribunal constitucional”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 1, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.
- _____, *Escritos políticos y sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

- _____, *Estado legal y Estado constitucional de derecho*, Lima, s.e., 1989.
- _____, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Universidad, 1991.
- Gargarella, Roberto, "Interpretación del derecho", en: Autores Varios, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2004.
- Gény, Francois, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, 2ª ed., Madrid, Reus, 1925.
- González, Pedro José y Sánchez, Trevijano, *El tribunal constitucional*, Aranzadi Editorial, 2000.
- Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003.
- Guastini, Riccardi, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano", en: M. Carbonell (coordinador) *Neoconstitucionalismo* (s), op.cit.
- Haberle, Peter, *Retos actuales del estado constitucional*, Oñate, 1996.
- Habermas, Jûrgen, *Facticidad y validez*, introducción y traducción de la 4ª edición alemana de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2001.
- Haro, Ricardo, "El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales", en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2004, tomo 1, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung.
- Hart, H.L.A., "Positivism and the separation of law and morals", en: *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958.
- Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, trad. de C. R. Del Castillo, Madrid, 1927.
- Heller, Herman, *Teoría del Estado*, México, F.C.E. 1942.
- Hernández Galindo, José Gregorio, *Poder y Constitución*, Bogotá, Legis, 2001.
- Hobbes, Thomas, *Leviatán*, edición de Carlos Mellizo, Madrid, 1989, cap. 29.
- Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, México D.F, Universidad Autónoma de México, 2003.
- Igartúa Salaverría, Juan, "La interpretación de la Constitución: demarcación de perspectivas", en: *La interpretación de la Constitución*, Universidad del País Vasco, 1984.

- Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1970.
- Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales, concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.
- Kelsen, Hans, “La garantie juridictionnelle de la Constitution. La Justice constitutionnelle”, en: *Revue de Droit Public*, 1928.
- _____, “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, en: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, *Anuario Jurídico, 1-1974*.
- _____, *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción de E. García Maníes, 2ª reimpression, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.
- _____, *Problemas capitales de la teoría del Estado. Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, Porrúa, México, 1987.
- _____, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, en: *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, 1988.
- _____, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional) (1928)”, en: *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, edición de J. Ruiz Manero, Madrid, Debate, 1988.
- _____, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, traducción de Roberto J. Brie, Madrid, Tecnos, 1995.
- La Fuente Balle, José M., *La judicialización de la interpretación constitucional*, Madrid, Colex 2000.
- Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona, Marcial Pons, 1989.
- Leibholz, Gerhard, *Conceptos fundamentales de la política y teoría de la Constitución*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1964.
- Leibholz, Gerhard, “El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la aireación judicial de la política”, en: *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971.

- Linares Quintana, Segundo V., *Reglas para la interpretación constitucional*, cita de Rodolfo L. Vigo, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.
- Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno*, edición de Pablo López Álvarez, II, Madrid, 1999.
- Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979.
- López Álvarez, H. Madrid, 1999.
- López Botill, Héctor, *Formas interpretativas de decisión en el juicio de constitucionalidad de las leyes*, Universidad Autónoma de Barcelona, 2004.
- López Guerra, Luis, “La organización y la posición institucional de la justicia constitucional en Europa”, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2004, tomo 1, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung.
- López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2000.
- López Ulla, J. M., *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1999.
- Losing, Norbert, *La jurisdiccionalidad constitucional en Latinoamérica*, Madrid, Konrad Adenauer, Dykinson S L, 2002.
- Martínez Sospedra, Manuel, “El tribunal constitucional como órgano político”, en: *Dirección general de lo contencioso del Estado: el tribunal constitucional*, vol. II, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo, “La Constitución como fuente de derecho: sistema de fuentes”, en: *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2002, Montevideo, Konrad Adenauer.
- _____, *Derecho internacional público*, 5ª ed., Bogotá, Temis, 2002.
- _____, *Introducción al derecho*, 13ª ed., Bogotá, Temis, 2003.
- _____, *La interpretación constitucional*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2005.
- _____, *La interpretación constitucional*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2005.

- _____, “Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un Estado social de Derecho”, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo 1, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung.
- Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Alianza, 2000.
- Murphy, Walter F. Fleming, James E. Barber, Sotirios A., *American constitutional interpretation*, New York, Foundation Press, 1995.
- Naranjo Mesa, Vladimiro, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 7ª ed., Temis, Bogotá, 1997.
- Nieto Arteta, Luis Eduardo, *La interpretación de las normas jurídicas*, Bogotá, Ediciones Tiempo Presente, 1976.
- Nogueira Alcalá, Humberto, “Las competencias de los tribunales constitucionales de América del Sur”, Ponencia en el IX Encuentro de presidentes y magistrados de tribunales constitucionales de América Latina, Florianópolis, 2002.
- Ortiz, Julio César, “El sistema de control de constitucionalidad en Colombia”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Universidad Nacional Autónoma de México, No. 71, mayo-agosto 1991.
- Otis, James, “The rights of the british colonies asserted and proved” (1764), en: B. Bailyn, *Pamphlets of the American Revolution*, Cambridge (Mass) Harvard University Press, 1965, vol. 1.
- Pardo Schlesinger, Cristina y Carlos Parra Dussan (eds.), *Teoría constitucional (Liber Amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo Mesa)*, Bogotá: Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, 2006.
- Parejo Alfonso, Luciano, “Constitución y valores del ordenamiento”, en: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García Enterría*, tomo I, Madrid, Civitas, 1991.
- _____, “Valores superiores”, en: Manuel Aragón Reyes (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo 1, Madrid, Civitas., 2001.
- Pattaro, Enrico, *Elementos para una teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1991.
- Perelman, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1988.
- Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986.

- Perez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 7ª ed., Madrid, Tecnos, 1998.
- Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, 7ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2000.
- _____, *Las fuentes del derecho*, 7ª reimpresión, Madrid, Tecnos, 2001.
- Piza Escalante, Rodolfo, "Justicia constitucional, control y derecho de la Constitución", en: Autores varios, *La jurisdicción constitucional*, San José (Costa Rica), Juricentro, 1993.
- Pizzorusso, Alessandro, *El tribunal constitucional*, Madrid, Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1981.
- _____, "Las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico italiano", *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 3.
- Pontificia Universidad Javeriana (ed.), *Simposio sobre Constitucionalización del Derecho Privado*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2006.
- Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- _____, *Teoría del derecho*, Madrid, Trotta, 2005.
- _____, *Constitucionalismo y positivismo*, 2ª reimpresión, México D.F., Distribuciones Fontamara, 2005.
- _____, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en: M. Carbonell (coordinador), *Neoconstitucionalismo(s)*.
- Ramírez Cleves, Gonzalo, *Los límites a la reforma constitucional y las garantías límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Recasens Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1956.
- Restrepo Piedrahita, Carlos, *Tres ideas constitucionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978.
- Richter, Klaus, "El papel de la justicia en la superación del ilícito estatal en el ejemplo de la República Federal de Alemania", en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Medellín, Diké, 1997.

- Rodríguez Garavito, César Augusto, “Los casos difíciles en la jurisprudencia constitucional colombiana”, en: *Nueva interpretación constitucional*, Bogotá, Diké, Universidad de Antioquia, 1997.
- _____, “Teoría jurídica y decisión judicial: El debate Hart-Dworkin”, en: *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1997.
- Rodríguez Olvera, Óscar, *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Granada, Comares, 1998.
- Romano, Santi, *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, Padova, 1946.
- Rousseau, Jean Jacques, *El contrato social*, edición de María José Villaverde, Madrid, Tecnos, 1999.
- Rubio Llorente, Francisco, “Bloque de constitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional* Madrid, vol. 9, número 27, septiembre-diciembre de 1989.
- _____, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Barcelona, Ariel Derecho, 1995.
- _____, “Fuentes del derecho”, en: M. Aragon Reyes (coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo 1.
- _____, “Prólogo”, en: E. Alonso García, *La interpretación de la Constitución*.
- Sabater, José Asensi, *La época constitucional*, Valencia, Tirant Lo Blanch Alternativa, 1998.
- Sagüés, Nestor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998.
- Sagués, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- Sánchez Agesta, Luis, *Principios de teoría política*, 6ª ed., Madrid, 1976.
- Sánchez Ferris, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, Barcelona, Ariel Derecho, 1993.
- Schmitt, Carl. *Das Reichsgericht der Verfassung*, citado por García Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1994.

- Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, traducción de F. Ayala, Madrid, Alianza, 1982.
- Schneider, Hans Peter, *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Sola, Juan Vicente, *Control judicial de constitucionalidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.
- Solizábal Echavarría, J. J., “Constitución” en: Manuel Aragón Reyes (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo 1, Madrid, Civitas, 2001.
- Stoner, J. R., *Common Law and Liberal Theory. Coke, Hobbes and the Origins of the American Constitutionalism*, Lawrence, Kan, 1992.
- Tafur Galvis, Álvaro, “La titularidad del control de constitucionalidad”, discurso leído en la Academia Colombiana de Jurisprudencia el 23 de septiembre de 1988, *La Patria*, domingo 30 de octubre de 1988.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, 1ª ed. corregida, 1998, México D.F., Distribuciones Fontamara.
- Tobo Rodríguez, Javier, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad en Colombia*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.
- Tomás y Valiente, Francisco, “La Constitución y el tribunal constitucional”, en: *La jurisdicción constitucional en España, tribunal constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999.
- Troper, Michel, *La separation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980.
- _____, *Ensayos de teoría constitucional*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, Fontamara, 2004.
- Van Der Meersch, W.J. Ganshof, “Prefacio”, en: J Velu, *Droit public*, tomo 1, Bruselas, Bruylant, 1986.
- Vanossi, Jorge Reinaldo, *Teoría Constitucional*, tomo II, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 2000.
- _____, *Recurso extraordinario federal*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2000
- Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3ª reimpresión México D.F., Distribuciones Fontamara, 2003.

- Verdú, Pablo Lucas, *Curso de derecho político*, vol. II, 2ª ed. revisada, Madrid, Tecnos, 1977.
- _____, “Prólogo”, en: Sergio M. Díaz Ricci, *Teoría de la reforma constitucional*, Universidad de Buenos Aires/ Universidad Nacional Autónoma de México/ Universidad Complutense, Buenos Aires, Ediar, 2004.
- Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1969.
- Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993.
- Vigo, Rodolfo Luis, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas* (Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.
- Von Savigny, Friedrich C., *Sistema de derecho privado romano*, J. Mesía y Manuel Poley (trads.), tomo 2, Madrid, 1879.
- Weschler, H., “Toward neutral principles of constitutional law”, *Harvard Law Review*, No. 1, noviembre 1959.
- Yepes Arcila, Hernando, “Interrogantes sobre la justicia constitucional en Colombia”, en: *Jornadas Colombo-Venezolanas de Derecho Público*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

II-Derecho Internacional

Libros y artículos

- Abellán Honrubia, Victoria, *Prácticas de Derecho Internacional Público*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001.
- Abi-Saab, Georges, *Les résolutions dans la formation du droit international du développement*, Geneve, IUHEI, 1971.
- _____, “Les sources du Droit international. Essai de déconstruction”, en *El derecho internacional en un mundo en transformación, liber amicorum* en honor de Eduardo Jiménez de Aréchaga, tomo 1, s. d.
- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2004.
- Ahrens, Helen, “Acerca de la relación de tensión entre libertad y seguridad en la discusión alemana, algunas consideraciones”, en: *AA. VV., Seguridad*

- y libertades individuales en Colombia*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2003.
- Alrado de Souza Saa Vianna, Manuel, *De la non-existence d'un droit international américain*, Río de Janeiro, 1912
- Álvarez, Alejandro, *Le droit International américain*, París, Pédone, 1910.
- Antokoletz, Daniel, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Albatros, 1944.
- Arangio Ruiz, *The United Nations Declaration on Friendly Relations and the System of the Sources of International Law*, Maryland, Alphen an den Rijn-Germantown, 1979.
- Arteaga, Félix, “La cooperación antiterrorista en la Unión Europea: antes y después del 11- S”, en: AA.VV., *Seguridad y libertades individuales en Colombia*, Defensoría del Pueblo de Colombia, 2003.
- Badinter, Robert, “Reflexiones generales”, en: Antonio Cassese y Mreille Delmas-Marty, *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*, Bogotá, Norma.
- Barberis, Julio A., *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Desalma, s. f.
- Basdevant, V.J., “Le role du juge national dans l'interprétation des traités diplomatiques”, en: *Revista Crítica Derecho Internacional*, 1949.
- Bondia García, David, *Régimen de los actos unilaterales de los Estados*, Barcelona, J. M. Bosch, 2004.
- Boutros Boutros-Ghali, *Agenda para la paz, Naciones Unidas, 2003*.
- Brotóns, Ramiro, *Lecciones de Derecho internacional público. Formación de normas y obligaciones internacionales*, Murcia, s. e., 1981.
- Brownlie, Ian, “Humanitarian intervention”, in J. N. Moore (ed.), *Law and civil war in the modern world*, 1974,
- Buergenthal, Thomas, “Self-executing and non self-executing treaties in national and international law”, *Recueil des Cours*, 303, IV, 1992.
- _____, “La jurisprudencia internacional en el derecho interno”, en: *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, San José (Costa Rica), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994.
- Caicedo Castilla, José Joaquín, *El panamericanismo*, Buenos Aires, Depalma, 1961.

- _____, *El derecho internacional en el sistema interamericano*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1970.
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Soberanía de los estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1955.
- _____, *Soberanía del Estado y derecho internacional*, Madrid, Tecnos 2ª ed., 1976.
- Castán Tobeñas, José; Castán Vázquez, José María y López Cabana, Roberto M. *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- Castañeda, J. A., *Valor jurídico de las resoluciones de las Naciones Unidas*, México, s. e., 1967.
- Cavelier, Germán, *Política internacional de Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, tomo III.
- Damsroch, L.F. (ed.), *Enforcing restraint: collective intervention in internal conflicts*, New York, Council of Foreign Relations, 1993.
- David, René, *Tratado de derecho civil comparado*, Madrid, s. e., 1953.
- De La Guardia, Ernesto, y Delpech, Marcelo, *El derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969*, Buenos Aires, La Ley, 1970.
- De Visscher, Paul, *Problemes d'interprétation judiciaire en droit international public*, París, Pedone, 1963.
- Delamas-Marty, Mireille, "La influencia del derecho comparado sobre la actividad de los tribunales penales internacionales", en: Autores Varios, *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*, Bogotá, Norma, 2000.
- Díaz Barrado, Cástor Miguel, *El derecho internacional del tiempo presente*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2004.
- Díaz Cisneros, César, "Codificación del derecho internacional en América", en: *La ley* (Buenos Aires) en La Ley.
- Dictionnaire de terminologie de Droit International*, París, Union Académique Internationale, 1960.
- Díez de Velasco, Manuel, (ed.), *Las organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997.

- Dupuy, René Jean, “Droit déclaratoire et Droit Programmatoire. De la coutume sauvage a la ‘Soft Law’”, en: *Dialectiques du Droit International*, s. l., Institut de la Paix et du Développement, A. Pedome, 1999
- Ehrlich, Ludwik, *L'interpretation des traités*, Varsovia, 1928.
- Esguerra, Manuel, *La Costa Mosquitia y el Archipiélago de San Andrés y Providencia*, San José (Costa Rica), 1925.
- Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- García Cantero, Gabriel, *Parte general del Código Europeo de Contratos*, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2004.
- García Máynez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1989.
- Gaviria Liévano, Enrique, *Nuestro Archipiélago de San Andrés y el tratado con Nicaragua*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- _____, “La vigencia de la Real Orden de 1803 sobre San Andrés y Providencia”, Separata de la *Revista de la Academia Colombiana de Historia*, No. 823, 2004.
- González Campos, Julio D.; Sánchez Rodríguez, Luis I. y Sáenz de Santa María, Paz Andrés, *Curso de derecho internacional público*, Madrid, Civitas, 1998.
- Gordillo, Agustín, *Derechos humanos*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1997.
- Gros Espiell, Héctor, “Las Naciones Unidas y los derechos humanos”, en: *Estudios sobre derechos humanos*, II, Madrid, 1988.
- _____, *La Convención Americana y la Convención Europea de los Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991.
- _____, “Los métodos de interpretación utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia contenciosa”, en: *La Corte y el sistema interamericanos de derechos humanos*, San José (Costa Rica), 1994.
- _____, *Terrorismo. La legítima defensa y derechos humanos*, Montevideo, 2003.
- Guerrero, Raúl, *Los tratados en la Constitución de 1994*, Buenos Aires-Madrid, Ciudad Argentina, 2001.

- Harriiss, J. (ed.), *The politics of humanitarian intervention*, London, Pinter, 1995.
- Heinz, Wolfgang S., “El concepto de terrorismo frente al conflicto armado”, en: *Seguridad y libertades individuales en Colombia*, Bogotá, 2004.
- Herdegen, Matthías, *Derecho internacional público*, México, Konrad Adenauer Stiftung, Universidad Autónoma de México, 2005.
- Hernández Valle, Rubén, *La tutela de los derechos fundamentales*, San José (Costa Rica), Juricentro, 1990.
- Herrera Báez, Porfirio, *El Consejo Interamericano de Jurisconsultos*, Ciudad Trujillo, 1954.
- Hillgenberg, H., “A Fresh Look at Soft Law”, en: *European Journal of International Law*, No. 10, 1999.
- Husa, Jaco, “Classification of legal families today is it time for a memorial hymn?”, en: *Revue Internationale de Droit Comparé*, No. 1, enero-marzo de 2004.
- Instituto para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit), *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, Ministerio de Justicia y del Derecho, Bogotá, 1997.
- Lauterpacht, Sie Hersch, *Oppenheim’s International Law*, s. d.
- Liévano Aguirre, Indalecio, *Boliviarismo y monroísmo*, Bogotá, Tercer Mundo, 1987.
- Lillich, R.B., “Humanitarian intervention: a reply to Ian Brownlie and a plea for constructive alternatives”.
- Londoño Paredes, Julio, “Integración del territorio colombiano”, en: AA.VV. *Historia Extensa de Colombia*, Bogotá, Lerner, 1967, tomo 9.
- Losano, Mario G., *Los grandes sistemas jurídicos*, Madrid, Debate, 1993.
- Marqués de Olivart, “Acta final de la Conferencia de la Paz de 1907 y convenciones ajenas a la misma”, en: *Revista de Derecho Internacional y Política Exterior, Madrid*, 1908.
- Marzal, Antonio, *El núcleo duro de los derechos humanos*, Evade, Bosch, Facultad de Derecho, 2004.
- Merryman, Johnm Henry, *La tradición romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.

- Mezzetti, Luca, *La Constitución de la Unión Europea*, 1ª edición, Bogotá, Diké-Universidad Central, 2004.
- Miaja de la Muela, A., “Los actos unilaterales en las relaciones internacionales”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, No. 20, 1967.
- Minear, L. y T. G. Weiss, *Mercy under fire: war and the global humanitarian community*, Boulder (Col), Westview Press, 1995.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo, *El sistema interamericano*, San José (Costa Rica), Juricentro, 1995.
- _____, *Tratado de derecho internacional privado*, 4ª ed., Bogotá, Temis, 1995.
- _____, *Solución pacífica de controversias internacionales*, 1ª ed., Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 1996.
- _____, “La soberanía colombiana sobre el archipiélago de San Andrés y Providencia”, en: *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, 325, abril de 2004.
- _____, “Análisis de la defensa asumida por Colombia ante la Corte Internacional de Justicia en la demanda que le instauró Nicaragua”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, No. 328, abril de 2005.
- _____, *La interpretación constitucional*, 2ª ed., Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2005.
- _____, *El Diferendo entre Colombia y Nicaragua sobre el Archipiélago de San Andrés y Providencia*, Bogotá, Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2006.
- _____, *Tratado de Derecho internacional Privado*, 6ª ed., Temis, Bogotá, 2006.
- _____, *Derecho internacional público*, 5ª ed., Bogotá, Temis, s. f.
- Moyano Bonilla, César, *El Archipiélago de San Andrés y Providencia*, Bogotá, Temis, 1983.
- _____, *La interpretación de los tratados internacionales*, Montevideo, 1985.
- O’Sullivan, Noel, *Terrorismo, ideología y revolución*, Madrid, Alianza, 1986.

- Ortiz De la Torre, José Antonio Tomás, *Conferencia de La Haya de derecho internacional privado*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1993.
- Pastor Ridruejo, José A., *Curso de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1986.
- _____, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2003.
- Podesta Costa, L. A. y Ruda, José María, *Derecho internacional público*, Buenos Aires, Tea, 1979.
- Puig, Juan Carlos, *Principios de derecho internacional público americano*, Valero Abeledo (ed.), Buenos Aires, 1952.
- Ramsbotham, O. y Woodhouse, T., *Humanitarian intervention: a reconceptualization*, Cambridge, Polity, 1996.
- Reisman, Michael, "Coercion and self-determination: constructive charter article 2(4)": 78 A J. I. L 642 (1984).
- Rodríguez-Arias Bustamante, *Ciencia y filosofía del derecho*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.
- Ronzitti, N., *Rescuing nationals abroad and intervention on grounds of humanity*, Dordrecht, 1985.
- Rougier, A., "La theorie d l'intervention d'humanité", en: *Revue Generale de droit international public*, París, 1910.
- Rousseau, Charles, *Derecho internacional público profundizado*, Buenos Aires, La Ley, 1966.
- Salverberg, M. Mm L., *Le problème du droit international américain*, La Haye, 1946.
- Sánchez, Raúl, "Legislación antiterrorista: ¿en qué anda el mundo?", en: *Ámbito Jurídico (Bogotá)*, 9-22 junio 2003.
- Schachter, O., *International law in theory and practice*, R. des C. 178 1982-II.
- _____, "The legality of pro-democratic invasion", *American Journal of International Law*, 78 (1984).
- Sibert, M., *Traité de droit international public*, t. 1, París, Librairie Dalloz, 1951.
- Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Porrúa, 2002.

- Skubiszewski, K., "Resolutions of the U.N. General Assembly and Evidence of Custom", en: *Le droit international a l'heure de sa codification (Etudes en l'honneur de Roberto Ago)*, t. 1, Milano, s. e., 1987.
- Sobrino Heredia, José Manuel, "Las organizaciones internacionales", en: Díez de Velasco, Manuel (ed.).
- Solá Cañizares, F., *Iniciación al derecho comparado*, Barcelona, Instituto de Derecho Comparado, 1954.
- Sottas, Eric, "El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del Derecho Constitucional", en: Antonio Marzal.
- Tesón, Fernando R., *Humanitarian intervention: an inquiry into law and morality*, second edition, New York, Transnational Publishers, Irvington Hudson, 1997.
- Tirado Mejía, Álvaro (ed.), *Visiones de la OEA*, Bogotá, Ministerio de Relaciones Exteriores, 1998.
- Valladao, Haroldo, *Direito internacional privado*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1970.
- Virally, M., "Les actes unilatéraux des organisations internationales", en Bedjaoui, M. (ed.). *Droit International. Bilan et Perspectives*, t. 1, París, Pedone, 1991.
- _____, *El devenir del derecho internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- Wheeler, Nicholas J., "Humanitarian intervention and world politics", en: Johan Baylis & Steve Smith, *The globalization of world perspective*, Oxford University Press, s. f.
- Yepes, Jesús María, "Contribution de L'Amérique Latine au développement du droit international public et privé", en Academie de Droit International, Recueil de Cours (1930), 11 t. 32.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, M. Gascón (trad.), Madrid, Trotta, 1995.
- _____, *El derecho dúctil*, Valladolid, Trotta, 1997.
- _____, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2ª ed., 1997.

_____, “Adeguamenti e cambiamenti della Cstituzione”, en: *Scritti su le fonti normative e altri temi di vario diritto in onere di Vezio Crisqfulli*.

Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia citadas

Sentencia C-479 de 1992.

Sentencia C-546 de 1992.

Sentencia C-225 de 1995.

Sentencia C-423 de 1995.

Sentencia C-467 de 1997.

Sentencia C-191 de 1998.

Sentencia T-568 de 1999.

Sentencia C-582 de 1999.

Sentencia C-567 de 2000.

Sentencia C-1287 de 2001.

Documentos y sentencias citados

Colombia, Corte Constitucional

Sentencias

C-225 de 1995.

C-423 de 1995.

C-578 de 1995.

C-358 de 1997.

C-191 de 1998.

C-708 de 1999.

C-582 de 1999.

T-568 de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, *Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Corte Interamericana de Derechos Humanos, ser. A, No. 7 (1986)*.

La jurisprudencia contenciosa de la Corte está resumida en la obra “La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos”, Rafael Nieto Navia (ed), San José (Costa Rica), 1994.

“The international protection of human rights”, *General International Law*, second interim report of the sub-comitee, en *Report of the International Comitee on Human Rights of the International Law Association*, citado en A. J. I. L, vol. 67, 1973.

Corte Internacional de Justicia / International Court of Justice

Rafael Nieto Navia, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y su aplicación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en: Organización de los Estados Americanos, *Derechos Humanos en las Américas*, Washington, 1984; *Introducción al sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Bogotá, Temis, 1993.

Documentos oficiales, 1949-1965

Avis consultatifs sur le Namibie, Recueil, 1971.

Free Zones of Upper Savoy, and the District of Gex, Order of 19 August 1929, P.C.I.J, Series A, No. 22, p. 13.

Libro Blanco de la República de Colombia, 1980.

Libro Blanco sobre el caso de San Andrés y Providencia, Managua, Ediciones Ministerio del Exterior, 4 de febrero de 1980.

Mavrommatis Palestine Concessions, judgment No. 2, 1924, P.C.I.J, Series A, No. 2, p. 34; véase también *Aegean Sea Continental Shelf*, Judgment, ICJ, reports 1978, p. 42.

Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Units a Téhéran, arret, CIJ, Recueil.1980.

Pratt & Morgan vs. Attorney General for Jamaica, Privy Council Appeal No. 10, Judgment of the Lords of the Judicial Committee of the Privy Council, Novemeber 2, 1993, reimpresso en 14 HRLJ 338 (1993).

Recueil, 1986, *Military and paramilitary activities in and against Nicaragua*. *Nicaragua vs. USA*, sentencia del 27 de junio de 1986, pp. 124-125.

Recueil 1949, p. 179.

Recueil 115, 1971, p. 53.

Recueil 1949, pp. 179, 182 y 183; Recueil 1954, p. 57; Recueil 1962, p. 177.

Recueil 1986, p. 103.

Recueili 1949, p. 179.

Recueil 115, 1971, p. 53.

Recueil 1949, pp. 179, 182 y 183; Recueil 1954, p. 57; Recueil 1962, p. 177.

Recueil 1986, p. 103.

Affs.61/77 y 16/11/78, Recueil 1978, p. 417.

Reports, 1971, párr. 131, *Advisory opinion on Namibia*; ICJ Reports, 1980, *op. cit.*

Reports, 1980, párr. 91, *The Tehran hostales case*. Reports, 1949, p. 35; 1986, párrs. 120, 202 y 204. Reports, 1986, párr. 268.

Reports, No. 199, 1986, p. 105.

Reports, 1986, párr. 242 y 286.

Reservas a la convention pour la prévention et la répresion du crime de génocide, avis consultatif, CIJ.

European Court of Human Rights

Soering vs. United Kingdom, European Court of Human Rights, Judgment of July 7, 1989, 11 HRFLJ 335 (1990).

Naciones Unidas / United Nations

CNUDMI, Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, Nueva York, 1987.

La Comisión de Derecho Internacional y su obra, 3ª ed., Naciones Unidas, Nueva York, 1981.

Naciones Unidas. A/CN.4/525, *Quinto informe sobre los actos unilaterales de los Estados*.

Naciones Unidas, Documento E/CN.4/CN.4/2000/94.

Non intervention and internacional order, 1974.

Observación No. 29 de Naciones Unidas, *Interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, pp. 142 y ss.

- Recueil, 1951, p. 23, "otros son conferidos por instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi-universal", *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, deuxième phase, arrêt, CIJ, Recueil, 1970, pp. 4 y 5. *Reports of international arbitral awards. Recueil des sentences arbitrales*, U.N. publications, 1949, II, 842.
- Resoluciones del Consejo de Seguridad 221 (1966); 232 (1966); 253 (1968); 277 (1971) y 388 (1976).
- Resoluciones del Consejo de Seguridad 282 (1970) y 418 (1977).
- Suplemento de UN Programa de Paz, documento de posesión del Secretario General, presentado con ocasión del cincuentenario de las Naciones Unidas (A/50/60-S/1995/1, de 3 de enero de 1995).

Organización de Estados Americanos (OEA)

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Diez años de actividades, 1971-1981*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, 1982.
- Comisión Internacional, 52º período de sesiones. Proyecto de articulado aprobado provisionalmente por el Comité de redacción en segunda lectura. *El Congreso de Panamá, actas y documentos*, Biblioteca Colón de la OEA, Washington, D.C.
- Unión Panamericana, *Codificación del derecho internacional americano*, Washington, 1925.

Este libro fue compuesto en
caracteres Caxton Light en 10 puntos,
impreso sobre papel propal de 70 gramos
y encuadernado con método Hot Melt,
en el mes de marzo de 2007,
en Bogotá, D.C., Colombia
Javegraf