

Papel jurisdiccional en la aplicación de las normas internacionales



Édgar Hernán Fuentes Contreras



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ
JORGE TADEO LOZANO

Facultad de Relaciones Internacionales
y Ciencias Jurídicas y Políticas

Édgar Hernán Fuentes Contreras

**Papel jurisdiccional en la aplicación de las
normas internacionales**



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ
JORGE TADEO LOZANO
Facultad de Relaciones Internacionales y
Ciencias Jurídicas y Políticas

Fuentes Contreras, Édgar Hernán
Papel jurisdiccional en la aplicación de las normas internacionales / Édgar
Hernán Fuentes Contreras – Bogotá: Fundación Universidad de
Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2010.
106 p.; 24 cm.

ISBN: 978-958-725-036-7

1. DERECHO LABORAL INTERNACIONAL. 2. DERECHO LABORAL - COLOMBIA.
3. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. I. tit.

CDD341.763”F952”

Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano
Carrera 4 N° 22-61 – PBX: 242 7030 – www.utadeo.edu.co

Papel jurisdiccional en la aplicación de las normas internacionales

ISBN: 978-958-725-036-7

Primera edición: 2010

Rector: José Fernando Isaza Delgado

Vicerrector académico: Diógenes Campos Romero

Decana de la Facultad de Relaciones Internacionales y Ciencias Jurídicas y

Políticas: Natalia Springer

Director editorial (E): Jaime Melo Castiblanco

Coordinación editorial: Andrés Londoño Londoño

Revisión de textos: Taller de Edición – Luis Rocca

Diseño de portada: Alejandro Sicard Currea

Diagramación: Alejandro Sicard Currea

Coordinación de Producción: Henry Colmenares Melgarejo

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin
autorización escrita de la Universidad.

Édgar Hernán Fuentes Contreras

**Papel jurisdiccional en la aplicación de las
normas internacionales**



UNIVERSIDAD DE BOGOTÁ
JORGE TADEO LOZANO
Facultad de Relaciones Internacionales y
Ciencias Jurídicas y Políticas

Aclaración inicial

El presente documento es resultado de diversas investigaciones; entre ellas, y principalmente sino todo, la titulada «Aplicación de normas internacionales», realizada con el fin de obtener el título de abogado en la Universidad de Antioquia, en la cual el autor se vinculó en calidad de coinvestigador. En este sentido, el mérito de buena parte de los hallazgos e ideas son compartidas con la doctora Diana Carolina Vélez Posada, abogada de la Universidad de Antioquia.

Asimismo, exhibe modificaciones y ediciones a partir de la tesis para obtener el grado de Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, en la que se trata el tema de la *Materialidad de la Constitución*; la cual fue publicada en coedición por la Universidad Jorge Tadeo Lozano y el Grupo Editorial Ibáñez.*

Debe señalarse que este texto fue objeto de críticas constructivas por parte del doctor Byron Adolfo Valdivieso Valdivieso, abogado especialista en Instituciones Jurídico-Procesales y

* Édgar H. Fuentes C., *Materialidad de la Constitución*, Bogotá, Universidad Jorge Tadeo Lozano y Grupo Editorial Ibáñez, 2010.

aspirante actualmente a Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.

De la misma forma, este escrito fue objeto de observaciones por parte de los profesores Santiago Sastre Ariza, catedrático en la Universidad Castilla-La Mancha (España) y de Rómulo Perdomo Márquez, profesor titular jubilado en las cátedras de Filosofía, Metodología y Lógica Jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de los Andes (ULA), en Mérida (Venezuela).

A todos ellos, y a los que hicieron aportes y comentarios, y que por error y falta de memoria omito, gracias. Los errores que se encuentren en el texto, son exclusivos del autor.

Contenido

Resumen.....	11
Introducción.....	15
1. Relaciones entre el orden interno colombiano y los Tratados internacionales.....	19
1.1. La Constitución como primera norma del ordena- miento interno y su concepto.....	20
1.2. Aproximación al concepto de Constitución de la Carta Política de 1991.....	24
1.3. Los Tratados y actos de organismos de carácter internacional.....	30
1.3.1. Teorías de inserción de los Tratados.....	32
1.3.2. Recepción y procedimiento de inserción de los Tratados internacionales en el caso colombiano....	36
2. Ámbito de aplicación de las normas internacionales	43
2.1. Las reglas de reconocimiento de ubicación para los Tratados internacionales y el sistema de fuentes....	44
2.2. Distinción entre normas autoejecutivas y progra- máticas.....	47
3. Aplicación de normas laborales internacionales....	63
3.1. Pronunciamientos de la OIT	64
3.2. La proyección de los pronunciamientos de la OIT en las relaciones laborales del derecho colombiano.....	67
3.2.1. Métodos de recepción de los pronunciamientos in- ternacionales producidos por la OIT.....	69
3.2.2. Ubicación normativa de los pronunciamientos de la oit dentro del sistema jurídico colombiano.....	77

3.2.3. La labor jurisdiccional en la aplicación de las disposiciones de la OIT.....	86
Conclusiones.....	93
Bibliografía	
Pronunciamientos jurisdiccionales – Corte Constitucional	
Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral.....	99

Resumen

El presente texto parte de la realidad fáctica, relacionada con la internacionalización del derecho; situación que implica la existencia de normas jurídicas distintas a las pertenecientes a los ordenamientos jurídicos internos que pueden ostentar niveles de vinculaciones para los organismos nacionales. En este sentido, se presentan las indagaciones más frecuentes, relacionadas con la inserción y fuerza vinculante de las normas jurídicas internacionales en el marco del sistema jurídico colombiano y se examina el papel del juez en dicho sentido.

Desde esta perspectiva, e iniciando con un ámbito general, relacionado con el concepto de Constitución y el tratamiento de las disposiciones internacionales, para proseguir con el ámbito de aplicación de las mismas, y finalizando, con el caso de las normas producidas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) la investigación efectuada pretende ofrecer criterios básicos frente a la aplicación de normas jurídicas internacionales dentro del marco normativo colombiano; y el papel interpretativo adquirido por los jueces, en observancia del sentido amplio de la Constitución Política, so pena de que su desconocimiento genere que la Constitución, como norma de normas, se convierte, de nuevo, en una visualización ya superada de un conjunto de mandatos meramente programáticos.

Estos libros son seguramente códigos, y la forma de aplicar la justicia que se practica aquí obliga a condenar al inocente, aunque éste no conozca la ley.

Franz Kafka
El proceso

El hecho de haber sido leída la sentencia a las veinte en lugar de a las diecisiete, el hecho de que hubiera podido ser otra de que había sido dictada por hombres que cambian la ropa interior, de que había sido dada en nombre de una noción tan imprecisa como la del pueblo francés (o alemán o chino), me parecía que todo quitaba mucha seriedad a la decisión. Empero, me veía obligado a reconocer que, a partir del momento en que había sido dictada, sus efectos se volvían tan reales y tan serios como la presencia del muro contra el que aplastaba mi cuerpo en toda su extensión.

Albert Camus
El extranjero

Introducción

Desde la aparición del Estado, como un ente abstracto sometido al derecho, se abrió una serie de discusiones ineludibles para determinar la fuerza vinculante de las distintas normatividades que puedan aplicarse en un mismo territorio. Sin embargo, ninguna de ellas tan permanente y relevante, hasta el día de hoy, como la problemática de la internacionalización del derecho.

Si bien la temática expuesta resulta ser extensa y compleja, sin mencionar que intentar hacer un recorrido histórico estricto se hace casi imposible, el presente estudio aborda, y procura mostrar de manera sistemática y expositiva, las preguntas más frecuentes sobre el tema de la proyección de las normas internacionales en el ámbito colombiano, y en específico, de las normas internacionales laborales producidas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT); para tal fin cual se partirá de la reconstrucción de criterios básicos que esencialmente provienen de la jurisprudencia y la doctrina, esto permite indagar y ocuparse del papel del juez dentro del marco de un Estado Constitucional frente a las disposiciones internacionales. Para lograr dicho objetivo, este trabajo enlazará elementos que indagan sobre la fuerza vinculante de las normas internacionales, su recepción, y la estimación del momen-

to en el cual se hace necesario que el Estado cumpla su función de administrar justicia.

No obstante, debe aclararse que el presente estudio no pretende establecer, en estricto sentido, un estado del arte, ni tampoco crear un manual que oriente la decisión judicial. Por el contrario; si bien encuentra su fundamento en recopilaciones de información, trata de plantear, desde aproximaciones a las prácticas jurisprudenciales, formulaciones teóricas deductivas que fortalezcan una construcción racional con un alto grado de generalidad. En este aspecto, se puede decir que el actual trabajo, fundamentalmente con un carácter cualitativo, no es la mera presentación de la situación actual de las discusiones de vinculación del derecho internacional. Por el contrario, partiendo de la bifurcación que genera la normatividad existente y su interpretación, expone ideas propias.

Partiendo de autores clásicos, como los profesores Hans Kelsen y Alfred Verdross, y recurriendo a publicaciones más recientes, se consigue congrega enunciaciones previas y conscientes que permiten abordar de mejor manera los temas propuestos. Esta estructura permite, además, la revisión de temáticas tales como la idea de la necesidad de reglamentar los pronunciamientos internacionales ya ratificados, y la solución de conflictos normativos del sistema jurídico interno frente a normas internacionales, entre otros.

Si bien se constituye en un trabajo realmente ambicioso, sólo queda comprometido con una presentación breve que provoque nuevas dudas e implique posteriores desarrollos. En congruencia con esto, el texto se divide en tres secciones: la primera de ellas

se encarga de desenvolver el contexto de las relaciones entre derecho interno y normas internacionales, desde un ámbito guiado por el concepto de Constitución; en un segundo momento, se abordará la problemática acaecida en relación con la aplicación de las normas contenidas, en términos generales, en los Tratados internacionales y, en la tercera parte, se acude a formular bases teóricas frente a los pronunciamientos de la Organización Internacional del Trabajo, (OIT), en su calidad de máximo organismo internacional regulador de condiciones laborales; por último, se presentan las conclusiones, o utilizando un mejor vocablo recapitulaciones, que hacen pensar que, más allá de la potestad legislativa y la reglamentaria, es el papel de la rama jurisdiccional el que encamina el funcionamiento, aplicación, desarrollo y efectividad de la legislación internacional ratificada.

Cada una de las anteriores divisiones o capítulos señalados se congregan como temas completos y acreedores de una individualidad propia, los cuales permiten al lector indagar distintos intereses a los propuestos expresamente en el inicio del presente estudio, pero que fueron observándose como necesarios; o en su defecto, el lector puede encontrar, en conjunto, una exposición de carácter deductivo que tiene como punto de llegada la situación de las normas internacionales labores dispuestas por la OIT.

1. Relaciones entre el orden interno colombiano y los Tratados internacionales

Las relaciones internacionales, dentro del marco constitucional establecido en 1991, se han configurado como una directriz que debe seguir el Estado colombiano. La Constitución Política de 1991 (C.P.) no sólo trajo consigo cambios importantes en las concepciones jurisdiccionales y valorativas, sino que además, adelantó una alteración, por lo menos desde el ámbito normativo, de la política exterior donde se procura la promoción de las relaciones internacionales y reconoce de manera explícita la existencia de organizaciones supranacionales de integración, a las cuales se les podría transferir determinadas atribuciones propias del Estado, con el fin de fortalecer la cooperación económica y promover la creación de una comunidad latinoamericana de naciones.

En esta medida, hablar sobre una temática donde converjan el derecho interno y el derecho internacional público, implica siempre una alusión inevitable a la Constitución Política como primera norma del ordenamiento jurídico y como directriz de las relaciones internacionales del Estado colombiano. Debido a ello, antes de hablar acerca del papel jurisdiccional en la aplicación de

las normas internacionales se hace necesario hacer una presentación de conceptos generales.

En consecuencia, la primera parte de este trabajo inicia con el acercamiento a conceptos clave como Constitución y sus sentidos, Tratados internacionales y las teorías de recepción.

1.1. La Constitución como primera norma del ordenamiento interno y su concepto

La Constitución como norma jurídica y como objeto de estudio directo del derecho constitucional, ha sido entendida desde diferentes perspectivas de acuerdo al marco cronotopológico dentro del cual se ha desarrollado y fundamentado. Sin embargo, se ha procurado inscribir las diversas tesis dentro de los dos modelos o versiones clásicas del constitucionalismo, tal como se presentará seguidamente:

Por una parte, el modelo del constitucionalismo europeo continental de origen francés que, bajo un enfoque garantista, procuró establecer una determinada forma de organización del Estado, conforme al principio de separación de poderes, donde la función de creación de la norma estuviese completamente desligada al ejercicio del operador jurisdiccional en los casos concretos; suceso que no implicó, de cualquier forma, realmente un sometimiento de los poderes públicos a una norma de ámbito superior en estricto sentido, sino por el contrario a la adopción de un modelo basado y enriquecido bajo el presupuesto del imperio de la ley, tal como menciona el profesor Ignacio de Otto haciendo referencia al régimen constitucional francés en desarrollo de la III República, donde la Constitución no era considerada nada

distinto a una ley, que en el fondo no vinculaba de forma jurídica al órgano legislativo (De Otto, 2001, p. 13).

Por otro lado, se encontró el modelo del constitucionalismo angloamericano, consentido desde la perspectiva del sistema de precedente judicial y la prevalencia del *Common Law*, el cual desde sus inicios consideró de gran relevancia la preeminencia de los derechos individuales. Desde la mencionada visualización, especialmente, los norteamericanos, sin ser estos los únicos,¹ se encaminaron a realizar el planteamiento de un medio idóneo que pudiese dar perfeccionamiento a la existencia de unos derechos en cabeza de toda persona, por el hecho de serlo,² y que al mismo tiempo garantizara la defensa de un régimen preestablecido del Estado federal, dentro de la vertiginosa regulación propia de los nacientes Estados federados. En este sentido, la postulación norteamericana, tanto con la producción constitucional de 1787, acompañada por las diez enmiendas realizadas en 1791, como el desarrollo jurisprudencial en 1803 por parte del juez Marshall, en el caso *Madison vs. Marbury*,³ consagraron un modelo que refrendara el orden

1 Debe hacer alusión que en dicha tendencia norteamericana hubo una clara influencia de algunos textos ingleses, como *Petition of Rights* (1628) y *Declaration of Rights* (1688), entre otros.

2 Si bien existe una discusión frente a si esta es una idea propia del modelo angloamericano, dado que en la *Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano* (1789) ya aparecía la señalada consignación, se ha planteado que el desarrollo fáctico del mismo es propio de las colonias norteamericanas, en concordancia a la presentación que se hará del modelo continental.

3 “[...] Si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ésta es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas son aplicables”. Véase: Sentencia *Marbury vs. Madison*, Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de Norteamérica. En: *Textos básicos de la historia constitucional comparada*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 94.

estatal, con poderes claramente definidos, al tiempo que limitaba sus actuaciones a una serie de garantías que eran reconocibles a los seres humanos, que hacía ostensible la idea de la supremacía constitucional como primera norma del ordenamiento jurídico, y no como mera postulación que no tuviese fuerza vinculante.

No obstante, las tendencias constitucionales que aparecieron al final de la segunda guerra mundial orientaron la creación de un *neoconstitucionalismo*, que emprendió la tarea de unificar los dos modelos tradicionales del derecho y en especial del derecho constitucional: el *modelo anglosajón o insular*, o en mejor denominación angloamericano, y el *modelo continental o romano-germánico*, los cuales estuvieron separados, tal como fueron presentados, no sólo geográficamente sino conceptualmente. Las novedosas propensiones, que además de tomar los aportes de los modelos constitucionales anteriores vincularon la variante diseñada por el profesor vienés Hans Kelsen y plasmada en la Constitución Austriaca de 1920, terminarían confluyendo en la expedición y promulgación de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana el 23 de mayo de 1949. Dicha Ley Fundamental recogería en su haber, con múltiples e importantes variaciones, tanto el ámbito organizativo, con la calificación del país como un Estado federal democrático, pero en esta ocasión con un mayor nivel de autoridad y autonomía de los Estados federados, como el ámbito dogmático, respecto al catálogo de derechos fundamentales, que se habían consagrado en Alemania dentro la Constitución de Weimar de 1919.

La nueva producción normativa creada para la Alemania de la posguerra ostentaba con claridad las influencias nombradas del subsiguiente modo:

- 1) Del modelo anglosajón cimentado en los fundamentos ius-naturalistas de corte racional del siglo XVIII, donde impera el paradigma de un derecho preexistente al ordenamiento jurídico positivo, obtuvo la consignación de un catálogo de derechos humanos;
- 2) Del romano-germánico referenciado clásicamente con un tono estrictamente positivista, la relevancia de un marco organizativo despejado, lúcido y claro, que permitiera un preestablecimiento de las competencias para los organismos del Estado, y de las capacidades para los ciudadanos; por su parte,
- 3) Del austríaco con la directriz de una construcción de la justicia constitucional de forma concentrada en un órgano que garantizara el estricto cumplimiento constitucional de la producción legislativa, la institucionalización del Tribunal Constitucional Federal como tribunal superior e intérprete final de la obra del constituyente en cualquiera que sea el litigio.

Empero, la fusión presentada no tuvo como único producto estimable la promulgación de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana sino que por el contrario, también permitió la formulación de un constitucionalismo *mixto funcional*, que se perfilaría como el modelo a seguir para gran parte de los países cimentados en la tendencia de un sistema legislado. Fue a partir de ello, que el modelo *mixto funcional* se acogió efectivamente por los constituyentes españoles en 1978 y a través de su obra por la Asamblea Nacional Constituyente colombiana en 1991.

La Constitución, bajo este postulado, abandonaría y dejaría de lado la concepción de “Ley de Leyes” para considerarse como

la carta de navegación de los poderes constituidos en un Estado de Derecho, el cual se encuentra limitado por los principios, valores y derechos que le sirven de fundamento.

Dicha conceptualización, ha tomado vida propia en cada uno de los Estados, los cuales la han adoptado como suya, produciendo, en ocasiones, semejanzas estructurales y dogmáticas, que, sin embargo, requieren una vinculación contextual para hablar del concepto de Constitución en un ámbito específico; acaecimiento que ocasiona que sea necesario para aludir a las relaciones entre el derecho interno, regido por la obra constitucional, y las normas internacionales, se efectuó, previamente, una aproximación de la noción ejercida en el contexto colombiano de la Constitución.

1.2. Aproximación al concepto de Constitución de la Carta Política de 1991

Una primera visualización del concepto de Constitución faculta estimarla como aquel conjunto de normas jurídicas de superior jerarquía, denominadas como tal, dentro de un orden jurídico determinado, las cuales someten, en primera instancia, al poder legislativo y con él a todos aquellos poderes u órganos constituidos para la creación del derecho, sea por el mecanismo de la repetición o de la decisión.⁴ Por tanto, ese conjunto supremo de normas jurídi-

4 “La creación de derecho puede tener lugar de dos modos distintos: por *repetición* y por *decisión*. Existe un derecho creado por la repetición de conductas hasta dar lugar a la creación de una regla, de una normalidad, a la que la conciencia jurídica atribuye fuerza de obligar en virtud de que siempre se ha hecho así. [...] El derecho se crea también a través de la decisión del legislador, a través de las leyes y, en mayor o menor medida según las épocas y sistemas jurídicos, a través de las decisiones de los jueces” (De Otto, 2001, p. 20).

cas se dispone como un instrumento que hace alusión en un primer momento a la configuración y ordenamiento de los poderes del Estado, y en segunda instancia, al establecimiento de los límites para el ejercicio y el actuar de éstos; en otras palabras, en la edificación y determinación de la capacidad, del ámbito de libertad y derechos fundamentales del ciudadano, y de las competencias de los órganos que conforman el Estado; ambos consignados en un texto normativo que definirá, del mismo modo, el sistema de fuentes formales del derecho bajo una pretensión de permanencia o durabilidad de aquello que allí se ha consignado y estipulado por el constituyente primario. Sin embargo, este primer concepto presenta sólo un sentido de la Constitución: *la Constitución en sentido formal*.

Las diferentes circunstancias acontecidas en la historia de Europa, que impidieron la construcción de un concepto unívoco sobre la Constitución, asistido por el incidente de que no todo Estado Constitucional contaba con una Constitución en sentido formal, condujo a exaltar un segundo sentido de las Cartas Políticas designado como *material*. Si bien las normas que se consagraban como constitucionales no se alejaban, en todo momento, de las posibles regulaciones de otras normas respecto a su objeto y/o destinatarios, las normas constitucionales exhibían siempre un rango de mayor jerarquía frente a las demás disposiciones normativas, sin que se hiciera relevante donde se consignaran explícitamente; ya que “lo que hace que una norma sea constitucional es que el ordenamiento le atribuya una posición suprema en el sentido de situarla jerárquicamente por encima de la legislación”.⁵

5 *Ibid.*, p. 18.

El intento de unificar la noción de Constitución como norma vinculante de superior jerarquía y el entendimiento de ambos sentidos, provocó una reformulación desde la postura del *modelo constitucional mixto funcional*, donde no se omitían las normas que sin aparecer dentro del articulado y texto de las disposiciones tituladas como Constitución, resultan imprescindibles para determinar y dirigir el proceso de construcción y creación normativa por los demás órganos estatales. En consecuencia, las Constituciones contemporáneas que se vertieron siguiendo el nuevo paradigma del Estado Constitucional, entre ellas la colombiana de 1991, tomaron esa nueva percepción que significaría una vinculación de normas por su naturaleza misma y no por experiencias meramente formales.

Desde esta perspectiva, el concepto de Constitución colombiana ha girado, a partir de 1991 con mayor claridad, en torno a los dos sentidos antes referenciados: el *formal*,⁶ referido al texto jurídico que comprende el articulado permanente y transitorio de cambio institucional; y el *material*, el cual se separa de la Constitución en *strictu sensu* y añade a esta toda disposición de carácter normativo fundamental, que es necesario tener en cuenta para emitir juicios de constitucionalidad de las normas que se encuentran dentro del ordenamiento jurídico.

6 “[...] La Constitución debe considerarse como una unidad de regulación, está compuesta por una parte dogmática, que comprende los valores, principios y derechos fundamentales, y por una parte orgánica en la cual se establecen, entre otras, la estructura fundamental del Estado y las atribuciones y potestades básicas otorgadas a los órganos y autoridades estatales para permitirles cumplir con sus funciones”. ESCRUCERÍA MAYOLO, Iván Humberto (comp.). *Teoría y práctica constitucional*. En: *Diplomado en derecho internacional del trabajo*, agosto 22-5 de diciembre, 2003, Medellín: Facultad de Derecho Universidad Autónoma Latinoamericana y Escuela Nacional Sindical, Área de Derechos Humanos y Laborales, 2003.

De esta manera, una de las grandes discusiones en las cuales se ha incursionado, dentro de la dogmática colombiana, con la expedición de la Constitución 1991, ha tenido que ver con la determinación de cuáles normas hacen parte de la Constitución en su sentido material. Dicha tarea tiene razón de ser y en ningún sentido puede ser considerada como inocua, ya que, como bien asevera el profesor Tulio Elí Chinchilla, “Una lectura cuidadosa de la nueva Carta colombiana nos revela que ella contiene algunos triunfos políticos importantes, fundados en un gran consenso social” (Chinchilla Herrera, 1991, p. 8), entre los cuales se puede destacar como la primera y más importante característica “su radical autoafirmación como norma jurídica en un sentido pleno, dejando superadas las precedentes vacilaciones que, en esta materia, asumían la Constitución como un simple marco de principios políticos organizadores del poder, o como un laudable conjunto de ideales programáticos” (Chinchilla Herrera, 1991, pp. 11-12). En este sentido, el artículo 4º de la Constitución presenta una autodefinition de la misma mediante la expresión “norma de normas”, planteando que cada una de las proposiciones contenidas en el texto constitucional, al igual que aquellas que se consideren parte integrante para los juicios de constitucionalidad (*Constitución en sentido material*), tienen en sí mismas una fuerza vinculante, permitiendo que de ellas se desprendan consecuencias jurídicas.

Asimismo, dicha autodefinition, presenta a las normas constitucionales como primeras piezas del razonamiento jurídico práctico, y como primordial materia generadora de obligaciones y derechos del ordenamiento, que irradia de validez (en su sentido de pertenencia) a las demás normas que integran el sistema de derecho interno colombiano.

La misma carta constitucional, en su artículo 93, ha dado por entendido que la prevalencia normativa que de ella se despliega, no se limita a su texto sino que puede ser ampliada a una normatividad no incluida en el articulado de la obra del constituyente, pero indispensable para desarrollar el papel de creación normativa. A partir de ello, y con fundamento en la distinción entre Constitución en sentido formal y material, la Corte Constitucional Colombiana, en cumplimiento de su calidad de máximo intérprete de la Carta Política de 1991, ha asumido dos conceptos generalizados: la *cláusula de los derechos innominados*, aunque en menor medida, y el del *bloque de constitucionalidad*.

Cuando se hace alusión al bloque de constitucionalidad se está hablando de aquellas normas positivas, nacionales o internacionales, que sin haberse incluido dentro del texto constitucional, en un sentido estricto, éste mismo señala una remisión hacia ellos sea de manera directa, cuando exhorta expresamente a la norma, o indirecta, en el momento que se infiere que la norma tiene un rango constitucional en un ámbito concreto. De manera gráfica y descriptiva, el bloque de constitucionalidad no es más que aquellas hojas sueltas que se pueden introducir al ejemplar de la Constitución, dado que ellas no la contrarían sino que la complementan.

La Corte Constitucional, en su calidad de guardia de la supremacía e integridad de la Constitución, según lo establecido en el artículo 241 C.P., ha puesto de manifiesto la conformación del bloque de constitucionalidad; integrándolo en las siguientes materias:

- Convenios internacionales del trabajo, debidamente ratificados; Convenios y Tratados internacionales ratificados por el

Congreso que se refieren a derechos humanos; derechos inherentes a la condición humana; leyes orgánicas, estatutarias y de convocatoria, todo ello que se expresó anteriormente.

- Derechos que por su naturaleza no son fundamentales pero que a través de un caso específico y por conexidad se tornan en derechos de aplicación directa del texto constitucional, así no sean catalogados como tales en la norma superior.
- Los Tratados y Convenios de derecho internacional humanitario así no hayan sido ratificados por el Congreso, siempre que designen al derecho como “*derecho humano*”.
- Tratados y Convenios internacionales de derechos humanos, designados como tales en el texto, así no hayan sido ratificados por Colombia.
- Tratados referidos a límites territoriales.

Debe hacerse mención, por ser conducente en el tema que compete al siguiente texto, que la Corte Constitucional es enfática en establecer que los Tratados internacionales, por el sólo hecho de serlo, no forman parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, no ostentan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias.⁷ De igual modo, la jurisprudencia de dicha Corporación ha dejado abiertas las puertas para incluir Convenios internacionales distintos a los mencionados en el artículo 93 de la Carta dentro del bloque de constitucionalidad si alguna norma constitucional, por expresa referencia, los incluye dentro del mismo.⁸

7 Véase, entre otros pronunciamientos: CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-191 de 1998. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá, mayo 6 de 1998.

8 *Idem*.

Dada la anterior insinuación se hace necesario la pregunta de cuáles pronunciamientos internacionales hacen parte exclusiva de la legislación interna y cuáles, también, del bloque de constitucionalidad.

1.3. Los Tratados y actos de organismos de carácter internacional

Los Tratados internacionales, de forma generalizada por la doctrina, se han considerado como la fuente principal del derecho internacional contemporáneo⁹ y la mejor forma de consagrar por escrito las normas jurídicas internacionales. A su vez, los Tratados se constituyen como el mecanismo idóneo para plasmar fórmulas de concertación, integración y promoción de comunidades globalizadas, que se interesan por mantener relaciones de tipo político-económico, que procuran establecer un orden jurídico supranacional que armonice los intereses de los Estados u organizaciones involucradas, mediante el desarrollo esencial del concepto de soberanía estatal.

La forma jurídica conocida como “Tratados” incluye la clasificación de *Convenios o convenciones* y *negocios jurídicos*. Los primeros,

9 Si bien existe aún discusiones en la doctrina frente a las fuentes del derecho internacional, parece haberse llegado a un acuerdo tácito, en ocasión al contenido del numeral 1° del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que señala: “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”.

también llamados *Tratados-leyes*, establecen normas de conducta general y abstracta, mientras los segundos o *Tratados-contratos* regulan asuntos concretos y particulares; no obstante, con un alto grado de generalidad los Tratados acogen disposiciones tanto de una como de otra. Asimismo, los Tratados pueden tener como objeto de regulación los más diversos asuntos: comerciales, penales, políticos, sociales, territoriales, ambientales, entre otros; pese a ello, confluyen sin distanciamiento alguno en la existencia de un acuerdo de voluntades estatales para adquirir obligaciones, situación que permite hablar de una teoría general de los Tratados internacionales.

Pero hacer mención a una teoría general de los pronunciamientos internacionales debe partir de uno de los temas más relevantes frente al derecho internacional público: el concepto de soberanía nacional. La soberanía del Estado, desde dicho aspecto, se manifiesta en forma dual: una a nivel internacional consistente, entre otras cosas, en la facultad del Estado de participar en el concierto internacional mediante la creación y adopción de normas internacionales, la iniciación y mantenimiento de relaciones diplomáticas con otros Estados y organizaciones de derecho internacional, entre otras; y la otra a nivel interno, en donde la soberanía consiste en la posibilidad del Estado de darse sus propias normas dentro del territorio con total independencia de otros Estados.¹⁰

La conjugación de las manifestaciones de la soberanía ha permitido que se hable, desde diferentes puntos de vista, de la vinculación, obligatoriedad y relación de los Tratados internacio-

10 *Idem.*

nales frente al derecho interno, mediante la exposición de las teorías de ratificación.

1.3.1. Teorías de inserción de los Tratados

Acerca de la relación existente entre el derecho internacional y derecho nacional, a lo largo de los años, y con mayor ahínco en las últimas décadas, se han presentado diversas teorías que tratan de explicar las reciprocidades entre ambos derechos; desarrollándose en dos ámbitos básicos: en la existencia de ordenamientos y en la primacía como fuentes de derecho. Entre dichas teorías se encuentran la dualista y la monista.¹¹

En un primer aspecto se infiere por *teoría monista*, la formulación en la cual existe sólo un ordenamiento jurídico denominado internacional, el cual supedita al orden nacional con la mera ratificación de un Convenio, que incorpora al ordenamiento jurídico propio o al derecho interno sin que exista la necesidad de ningún paso intermedio, como una ley aprobatoria, y en caso de su existencia, éste se considera como contingente. La justificación del supuesto monista, puede encontrarse en el planteamiento realizado por el profesor Hans Kelsen, al explicar que dentro de los sistemas jurídicos existe una norma fundante básica que puede provenir ya sea del derecho internacional (teoría monista) o del derecho interno (teoría dualista). En cuanto al primero, Kelsen asevera:

11 Si bien ambas soluciones teóricas admiten clasificaciones, en especial la teoría monista, para efectos prácticos se ha tratado de unificar las posiciones de diversos autores a partir de los parámetros ofrecidos.

[Cuando] no se ve en el derecho internacional una parte integrante del orden jurídico estatal, sino un orden jurídico supraordenado a todos los órdenes jurídicos estatales, como un orden jurídico únicamente soberano que delimita a los órdenes estatales en sus respectivos dominios de validez; si no se parte de la primacía del orden jurídico de un Estado, sino de la primacía del orden jurídico internacional. Este orden contiene, en los hechos, una norma que representa el fundamento de validez de los órdenes jurídicos de los Estados particulares. De ahí que pueda encontrarse el fundamento de validez de los órdenes jurídicos estatales particulares en el derecho positivo internacional (Kelsen, 1968, pp. 225-226).

En esta medida, la jerarquía normativa, que comúnmente se estipula con las constituciones nacionales como la norma de mayor rango, estaría modificada por la existencia de normatividad internacional que se configuraría como la primera base, por encima del derecho interno. Sin embargo, por las implicaciones que contiene la acogida de dicha teoría de forma absoluta, la mayor parte de los países restringe la aplicación plena de un orden internacional al conjunto de normas nacionales; y en gran medida, se acercan en la práctica a una aplicación de la teoría monista moderada.

De otro lado, está la *teoría dualista*, que parte de la idea que no es posible incorporar al derecho interno los Convenios internacionales hasta tanto el órgano legislativo correspondiente (Congreso o Parlamento) no haya dictado una norma expresa que así lo determine. Prosiguiendo con las proposiciones del profesor vienés:

Si se considera también el orden jurídico internacional en su relación con los órdenes jurídicos estatales parti-

culares, y si se supone –como muchas veces sucede– que el derecho internacional a lo sumo vale frente a un Estado, fundándose en la Constitución estatal, lo reconoce, entonces puede mantenerse la respuesta dada a la pregunta por el fundamento de validez del derecho: se trata de una norma fundante básica, presupuesta y referida a la Constitución vigente del Estado. Puesto que así el derecho internacional no es más que parte integrante del orden jurídico estatal, representado como soberano, cuyo fundamento de validez está dado por la norma fundante básica referida a la Constitución vigente (Kelsen, 1968, p. 275).

Los Estados nacionales que defienden esta vertiente del pensamiento jurídico contemporáneo, se vinculan de manera inevitable con los supuestos que se derivan de la soberanía nacional y la autonomía de la legislación interna. Además, confluyen con la tesis tradicional¹² del sistema jurídico, en la cual la Constitución se presenta como la primera norma que irradia de validez a todo el resto de la normatividad del sistema; y por ende, que requiere que sea un órgano competente, mediante un procedimiento previamente estipulado, aquel que adopte las normas con carácter vinculante dentro del territorio nacional, vengán de donde vengán.

Doctrinantes clásicos sobre derecho internacional, entre los cuales se cuenta con Alfred Verdross, han promulgado la tesis

12 La afirmación aquí presentada toma como tesis tradicional, para la actualidad, la adoptada por los neoconstitucionalistas; si bien el término tradicional sería más adecuado para aquel sistema jerárquico que aparece con el Estado de Derecho, en donde la Ley es aquella figura que realmente marca los límites de validez de las normas inferiores y donde la Constitución, si existía, era una postulación ajena a la fuerza vinculante más cercana a las aspiraciones de una Nación (Favoreau, 2000).

de monismo moderado,¹³ que partiendo de un estudio detallado se podría ver, más allá de una coordinación entre ambas teorías, como una tesis que ostenta mayor cercanía a la tesis dual, ya que una visualización más amplia de ésta presenta la idea que la Constitución, como fundamento del ordenamiento, va a supeditar la inserción de los Tratados internacionales en la legislación nacional a aquellos que no contraríen su texto normativo. En este aspecto, se puede reconocer la existencia de dos órdenes jurídicos paralelos, donde uno puede pertenecer a la legislación del otro, siempre y cuando sea adoptado por medio de una legislación nacional, tal como sucede en el caso colombiano cuando los Tratados que se insertan en el derecho nacional dejan de ser, en cierto sentido, derecho internacional para constituirse como normas internas, expedidas y promulgadas por medio de una legislación especial conocida como ley aprobatoria de Tratado.

Empero, la doctrina dualista aquí planteada, puede sólo considerarse a nivel interno como una regla general en cuanto a derecho internacional, en la medida que existen normas pertenecientes al orden interno que no requirieron ningún tipo de ratificación por parte del Congreso, manteniendo de alguna manera la tesis iusnaturalista-racionalista, que se adopta en parte por la Constitución en relación con el tema de derechos humanos.

De esta manera, y siguiendo la exposición arriba reseñada de la doctrina de la Corte Constitucional frente al bloque de constitucionalidad, se advierte que de acuerdo a la temática se acoge una de las dos teorías:

13 Tesis que ha sido adoptada por la Corte Constitucional. Véase Sentencia C-400 de 1998. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Teoría	
Dualista	Monista
Convenios internacionales del trabajo.	Tratados y Convenios internacionales de derecho internacional humanitario.
Convenios y Tratados internacionales ratificados por el Congreso.	Tratados y Convenios internacionales de derechos humanos, designados como tales en el texto.

1.3.2. Recepción y procedimiento de inserción de los Tratados internacionales en el caso colombiano

Los Convenios internacionales que requieren de una ratificación, por ubicarse dentro de aquellos a los que se les aplica la tesis dualista, deberán ser contenidos en una ley aprobatoria de Tratado internacional, la cual se encarga de reproducir el texto para su vinculación en el derecho interno:

Estas leyes pretenden exclusivamente permitir que el país se relacione jurídicamente con otros Estados, toda vez que la aprobación por medio de una ley de un Tratado es una etapa indispensable para el perfeccionamiento del acto jurídico que obliga al Estado internacionalmente. Por consiguiente, a través de este tipo de leyes se perfeccionan situaciones jurídicas con una consecuencia jurídica clara: la posibilidad de que el Ejecutivo ratifique el Tratado y se generen para el país derechos y obligaciones en el campo supranacional. Así mismo, las leyes aprobatorias de Tratados son normas especiales que regulan materias específicas, pues sus objetivos están señalados expresamente en la Constitución.¹⁴

Las leyes aprobatorias de Tratados regulan las siguientes materias: promoción y/o consolidación de la integración económica, social y política con otros Estados (C.P. arts. 150-16 y 227),

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-468 de 1997. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, septiembre 25 de 1997.

modificación a los límites del Estado y el reconocimiento de derechos de nacionalidad a los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos (C.P. arts. 96-c y 101), aprobación de derechos humanos que prohíben su limitación durante los estados de excepción (C.P. arts. 44 y 93), y regulación de relaciones laborales en el derecho interno (C.P. art. 53).

Conforme al artículo 150 numeral 16 de la Carta Política, concordado con el artículo 224 del mismo texto, la potestad para la expedición de estas leyes que aprueban los Tratados celebrados por el Gobierno con otros Estados o entidades de derecho internacional pertenece al Congreso. El proyecto de ley aprobatoria iniciará su trámite, según lo dispuesto en el artículo 154 de la Constitución, en el Senado de la República, dado el objeto del mismo, que hace alusión a relaciones internacionales.

El trámite subsiguiente, es el previsto para las leyes ordinarias (C.P. arts. 157, 158 y 160), que consiste en: 1) Ser publicado oficialmente por el Congreso antes de darle curso en la comisión respectiva; 2) Surtir los correspondientes debates en las comisiones y plenarias de las Cámaras luego de que se hayan efectuado las ponencias respectivas y respetando en cada caso, el quórum previsto por los artículos 145 y 146 de la Constitución; 3) Observar los términos para los debates descritos en el artículo 160 de la C. N., de ocho (8) días entre el primer y segundo debate en cada Cámara, y quince (15) días entre la aprobación del proyecto en una de las Cámaras y la iniciación del debate en la otra; 4) Por último, haber obtenido la sanción gubernamental. 5) La ley aprobatoria del Tratado debe ser remitida dentro de los seis (6) días siguientes, para su revisión por la Corte Constitucional.¹⁵

15 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-376 de 1998. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá, julio 27 de 1998.

Este tipo de normatividad sólo podrá contener en su texto el Tratado, no puede incluir instrumentos jurídicos de cualquier otra naturaleza, so pena de incurrir el legislador en un abuso de los niveles de competencia que se le confieren constitucionalmente. Dicha disposición se exceptúa en los casos en que se trate de normas que se encuentran necesariamente ligadas a un Tratado aprobado por la ley bajo revisión. Asimismo, por regla general, éste tipo de leyes constan de dos artículos: en el primero de ellos se afirma la aprobación del Tratado y se anexa el texto de éste, y en el segundo se hace alusión a su vigencia, que por regularidad queda condicionada al intercambio de notas que efectúe el competente.

En el caso de las leyes aprobatorias de Tratados internacionales, el legislador goza de una libertad limitada, e incluso de menor extensión en comparación con las leyes ordinarias, debido a que se encuentra imposibilitado para incluir modificaciones o nuevas cláusulas en el contenido sustancial del Tratado; sólo se le permite improbar la totalidad del Tratado o de ciertas reglas. Pero además, dichas leyes no pueden ser objeto de las reglas de afectación, a través de una ley posterior o de un referendo derogatorio, de conformidad con los principios del derecho internacional aceptados por Colombia tales como el de *pacta sunt servanda*, el de la buena fe y la obligación de los Estados de no apoyarse en normas de su derecho interno, contrarias a lo dispuesto en los Tratados, para justificar su incumplimiento, al tiempo, que se vulnerarían las obligaciones y compromisos internacionales que se han adquirido por parte del Estado colombiano.

La revisión de constitucionalidad de dicha norma aprobatoria es competencia de la Corte Constitucional, como guardiana de la

integridad y supremacía de la Constitución, como queda establecido en el apartado 241 numeral 10° de la Carta Política. Para que se lleve a cabo dicho control, dentro de los seis días siguientes a la sanción del texto legislativo el Gobierno deberá remitir a la Corte Constitucional la ley aprobatoria con el fin de que se produzca el respectivo juicio de constitucionalidad sobre la norma, juicio en el cual podrá intervenir cualquier ciudadano. En caso de ser declarada conforme a la Constitución, el Gobierno queda legitimado para efectuar el respectivo canje de notas; pero en el caso de que existan una o diversas disposiciones que hayan sido declaradas inexequibles, el Presidente de la República sólo contará con la competencia de manifestar el consentimiento obtenido por el Congreso con las debidas restricciones declaradas por la Corte Constitucional.

En caso de no ser remitido por parte del Gobierno el texto legislativo dentro de los seis días siguientes, la Corte queda facultada, acorde a la finalidad que subyace en el artículo 241 de la Carta Política y a los artículos 44 y 39 del Decreto 2067 de 1991, “por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional”,¹⁶ para solicitar de oficio copia auténtica del mismo a la Secretaría de la Cámara donde se hubiese surtido el segundo debate en plenaria. No obstante, se hace factible que la

16 ARTÍCULO 44. En los procesos de constitucionalidad de los Tratados y de las leyes que los aprueban de que trata el artículo 241 numeral 10 de la Constitución, se aplicará en lo pertinente lo dispuesto para el control de los proyectos de leyes estatutarias. Si la inexequibilidad fuere parcial, se aplicará lo dispuesto en dicho artículo.

ARTÍCULO 39. El presidente del Congreso enviará a la Corte Constitucional copia auténtica de los proyectos de leyes estatutarias inmediatamente después de haber sido aprobados en segundo debate. Si faltare a dicho deber, el presidente de la Corte solicitará copia auténtica del mismo a la Secretaría de la Cámara donde se hubiere surtido el segundo debate.

Corte Constitucional carezca de conocimiento de un Tratado internacional y de la expedición de su correspondiente ley aprobatoria; en dicha circunstancia sería procedente la admisión y posterior decisión de una demanda de inconstitucionalidad interpuesta, vencido el término que se le concede al poder Ejecutivo para presentar objeción por inconstitucionalidad, por cualquier ciudadano. Además, debe efectuarse la aclaración de que *la tardanza en el envío de la ley aprobatoria y del Tratado, por parte del órgano Ejecutivo, no acarrea consecuencias de orden jurídico respecto de los aspectos formales de la ley, toda vez que esa omisión se relaciona específicamente con la responsabilidad del Gobierno al incumplir un deber constitucional.*¹⁷

De la anterior presentación, se deduce que la intervención ejercida por la Corte Constitucional es un control¹⁸:

- *Jurisdiccional*, en el sentido de que no se vislumbra ningún aspecto que tenga que ver con conveniencia, oportunidad o utilidad de la adopción del Tratado sino de su compatibilidad con el texto constitucional,
- *Posterior*, dado que ya existe ley al haberse terminado el trámite legislativo con la sanción presidencial; con todo, sería *previo*, si se observa desde la perspectiva que el Tratado no será vigente internacionalmente ni tampoco en el derecho interno, en principio, hasta el canje de notas, salvo si ostenta algún tipo de modalidad de aplicación provisional, ya que se encuentra condicionado al cumplimiento del compromiso internacional; ocasionando que sea una ley válida pero

17 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-059 de 1994. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá, febrero 17 de 1994.

18 Véase sobre el tema, entre otras sentencias: C-333 de 1994, C-682 de 1996, C-468 de 1997.

que no ostenta ningún efecto porque la materialidad de su contenido no es exigible mientras no exista la obligación internacional,

- *Automático*, por cuanto no se supedita a la presentación de una acción ciudadana de inconstitucionalidad, ya que la ley debe ser enviada directamente por el Presidente de la República dentro de los seis días siguientes a la sanción gubernamental, o vencido el plazo constitucional la Corte podrá solicitarla de oficio, y sólo excepcionalmente podrá ser demandado el texto legislativo de acuerdo a los casos previstos con anterioridad,
- *Integral*, en la medida en que el análisis que deberá hacerse comprenderá el ámbito formal y material de la ley y del Tratado confrontándolos con todo el texto constitucional,
- *Definitivo*, en ocasión de que el pronunciamiento de la Corte Constitucional tiene fuerza de cosa juzgada, excluyendo, en principio, de la posibilidad que la Corte vuelva a conocer de la exequibilidad de la norma a través de una acción pública, salvo cuando se ha caído en vicios posteriores al control realizado,
- *Preventivo*, puesto que el control de constitucionalidad es un procedimiento previo al perfeccionamiento del instrumento internacional y posterior a la sanción de la ley que lo aprueba, además, sin que exista el fallo de constitucionalidad el Gobierno no puede seguir adelante para perfeccionar el instrumento por ninguno de los diversos procedimientos previstos para este fin en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en los Tratados mismos, y en caso de que lo hiciese, dicha norma no ostentaría ningún valor, pese a haberse agotado el trámite legislativo,

- *Participativo*, puesto que cualquier ciudadano puede intervenir para impugnar o defender la exequibilidad de la ley.

Finalmente, debe hacer hincapié en que el control ejercido por la Corte Constitucional es una condición *sine qua non* para la ratificación del correspondiente acuerdo internacional, esto es, para que el respectivo Convenio pueda surgir como acto jurídico en el ámbito internacional, posterior al canje de notas.

A modo de cierre, se puede apreciar que una vez cumplidos los requisitos y exigencias presentadas, o una vez recepcionadas e insertadas en el sistema jurídico colombiano, las normas internacionales que ostentan una aplicabilidad, en términos de vigencia, tienen una vinculación directa con los organismos del Estado, que estarán comprometidos, de acuerdo a sus competencias constitucionales y legales, a hacer efectivas las apreciaciones y prescripciones del pronunciamiento internacional que se instituye como parte integrante del derecho interno. En este sentido, no se encuentra de más, generar estimaciones dirigidas a indagar sobre la responsabilidad de los organismos estatales frente a la aplicación de las normas internacionales en el ámbito colombiano. Dicha tarea impone asumir una posición, en concordancia con las formulaciones presentadas y los tipos de normas contenidas en los pronunciamientos internacionales, que será desarrollada en el siguiente acápite.

