



Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, DERECHOS HUMANOS Y PROCESO PENAL

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD,
DERECHOS HUMANOS Y PROCESO PENAL

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
Y CAPACITACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

JESAEL ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
Presidente

JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES
Vicepresidente

JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
HERNANDO TORRES CORREDOR
RICARDO MONROY CHURCH
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
"RODRIGO LARA BONILLA"

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa

ESCUELA JUDICIAL
“Rodrigo Lara Bonilla”



**UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA**

RODRIGO UPRIMNY YEPES*

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD,
DERECHOS HUMANOS Y PROCESO PENAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

* La elaboración de este módulo contó con la valiosa ayuda de Luis Manuel Castro.

ISBN 958-701-649-1

© RODRIGO UPRIMNY YEPES
© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2008

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 85 No.11-96 pisos 6 y 7
www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: abril de 2006, con un tiraje de 3.000 ejemplares
Segunda edición: septiembre de 2008, con un tiraje de 2.500 ejemplares
Diseño de Carátula: Stephan Acuña Aguirre
Correctora de estilo: Dra. Gladys Jaimes de Casadiego
Diagramación electrónica: Imprenta Nacional de Colombia

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia
Carrera 66 No. 24-09. Tel. 457 8000.
www.imprenta.gov.co

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA SOBRE EL SISTEMA ACUSATORIO PENAL

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los Módulos de Aprendizaje Autodirigido en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal, construido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, de conformidad con su modelo educativo y su enfoque curricular integrado e integrador de casos reales de la práctica judicial, constituye el resultado del esfuerzo articulado entre Magistradas, magistrados, jueces, juezas, empleadas y empleados incorporados al Sistema Acusatorio Penal, la Red de Formadores y Formadoras Judiciales, el Comité Nacional Coordinador, los Grupos Seccionales de Apoyo y su autor el doctor Rodrigo Uprimny Yepes, quien con su gran compromiso y voluntad, se propuso responder a las necesidades de formación planteadas para el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal.

El módulo Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal que se presenta a continuación, responde a la modalidad de aprendizaje autodirigido orientado a la aplicación en la práctica judicial, con absoluto respeto por la independencia del juez o jueza, en cuyo contenido el lector encontrará las siguientes unidades: i) Constitución, Bloque de constitucionalidad y Sistema de Fuentes; ii) Dogmática General del Bloque de Constitucionalidad; y, iii) Bloque de Constitucionalidad y Proceso Penal.

La construcción del módulo responde a las distintas evaluaciones que se hicieron con magistrados, magistradas, jueces, juezas, empleados y empleadas, con la finalidad de detectar las principales áreas problemáticas de la implementación del Programa, alrededor de las cuales se integraron los objetivos, temas y subtemas de los distintos microcurrículos como apoyo a los funcionarios, funcionarias, empleadas y empleados de la Rama Judicial. Los conversatorios organizados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sirvieron para determinar los problemas jurídicos más delicados y ahondar en su tratamiento en los módulos.

Posteriormente, el texto entregado por el autor, fue enviado para su revisión por los magistrados, magistradas, juezas y jueces que participaron en el proceso, quienes leyeron los textos e hicieron observaciones para su mejoramiento. Una vez escuchadas dichas reflexiones el doctor Rodrigo Uprimny Yepes, complementó su trabajo para presentar un texto que respondiera a las necesidades de formación jurídica especializada para los jueces y juezas colombianos.

Se mantiene la concepción de la Escuela Judicial en el sentido de que todos los módulos, como expresión de la construcción colectiva, democrática y solidaria de conocimiento en la Rama Judicial, están sujetos a un permanente proceso de retroalimentación y actualización, especialmente ante el control que ejerce la Corte Suprema de Justicia.

ENFOQUE PEDAGÓGICO DE LA ESCUELA JUDICIAL

La Escuela Judicial como Centro de Formación Judicial Inicial y Continuada de la Rama Judicial presenta un modelo pedagógico que se caracteriza por ser participativo, integral, sistémico y constructivista; se fundamenta en el respeto a la dignidad del ser humano, a la independencia del juez y la jueza, el pluralismo y la multiculturalidad, y se orienta hacia el mejoramiento del servicio.

Es *participativo*: más de mil jueces, juezas, empleadas y empleados judiciales participan como formadores y formadoras, generando una amplia dinámica de reflexión sobre la calidad y pertinencia de los planes educativos, módulos de aprendizaje autodirigido y los materiales utilizados en los procesos de formación que se promueven. Igualmente, se manifiesta en los procesos de evaluación y seguimiento de las actividades de formación que se adelantan, tanto en los procesos de ingreso como de cualificación de las servidoras y los servidores públicos.

Es *integral*, en la medida en que los temas que se tratan en los módulos resultan recíprocamente articulados y dotados de potencialidad sinérgica y promueven las complementariedades y los refuerzos de todos los participantes y las participantes.

Es *sistémico* porque invita a comprender cualquier proceso desde una visión integradora y holista, que reconoce el ejercicio judicial como un agregado de procesos, que actúa de manera interdependiente y que, a su vez, resulta afectado por el entorno en que tienen lugar las actuaciones judiciales.

El modelo *se basa en el respeto a la dignidad humana*. El sistema de justicia representa uno de los pilares del sistema social de cualquier comunidad, representa la capacidad que la sociedad tiene para dirimir los conflictos que surgen entre sus integrantes y entre algunos de sus miembros y la sociedad en general. De ahí que el modelo educativo fundamenta sus estrategias en el principio del respeto a la dignidad humana y a los derechos individuales y colectivos de las personas.

El modelo *se orienta al mejoramiento del servicio*, pues las acciones que se adelantan para el progreso de las condiciones de trabajo y bienestar de las personas que hacen parte de la Rama Judicial se hacen teniendo en la mira un progreso sostenido del servicio que se le presta a la comunidad.

Lo anterior en el marco de las políticas de calidad y eficiencia establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura en el Plan Sectorial de Desarrollo, con la convicción de que todo proceso de modernización judicial, ya sea originado en la implantación de nuevos esquemas jurídicos, de gestión o de ambos, implique una transformación cultural y el fortalecimiento de los fundamentos conceptuales, las habilidades y las competencias de las y los administradores de justicia, fiscales y los procuradores y procuradoras, que requieren ser apoyados a través de los procesos de formación.

En este sentido, se desarrollan procesos formativos sistemáticos y de largo aliento orientados a la cualificación de los servidores y servidoras del sector, dentro de criterios de profesionalismo y formación integral, que redundan, en últimas, en un mejoramiento de la atención de los ciudadanos y ciudadanas, cuando se ven precisados a acudir a las instancias judiciales para ejercer o demandar sus derechos o para dirimir conflictos de carácter individual o colectivo.

APRENDIZAJE ACTIVO

Este modelo educativo implica un *aprendizaje activo*, diseñado y aplicado desde la práctica judicial para mejorar la organización, es decir, a partir de la observación directa del problema, de la propia realidad, de los hechos que impiden el avance de la organización y la distancia de su misión y de sus usuarios y usuarias; que invita a compartir y generalizar las experiencias y aprendizajes obtenidos, sin excepción, por todas las y los administradores de justicia a partir de una dinámica de reflexión, investigación, evaluación, propuesta de acciones de cambio y ejecución oportuna, e integración de sus conocimientos y experiencia para organizar equipos de estudio,

compartir con sus colegas, debatir constructivamente los hallazgos y aplicar lo aprendido dentro de su propio contexto.

Crea escenarios propicios para la multiplicación de las dinámicas formativas, para responder a los retos del Estado y en particular de la Rama Judicial, para focalizar los esfuerzos en su actividad central; desarrollar y mantener un ambiente de trabajo dinámico y favorable para la actuación de todos los servidores y servidoras; aprovechar y desarrollar en forma efectiva sus cualidades y capacidades; lograr estándares de rendimiento que permiten calificar la prestación pronta y oportuna del servicio en ámbitos locales e internacionales complejos y cambiantes; crear relaciones estratégicas comprometidas con los “usuarios” clave del servicio público; usar efectivamente la tecnología; desarrollar buenas comunicaciones y aprender e interiorizar conceptos organizativos para promover el cambio. Así, los jueces, juezas y demás servidores y servidoras no son simples animadores del aprendizaje, sino gestores y gestoras de una realidad que les es propia, y en la cual construyen complejas interacciones con los usuarios y usuarias de esas unidades organizacionales.

APRENDIZAJE SOCIAL

En el contexto andragógico de esta formación, se dota de significado el mismo decurso del aprendizaje centrándose en procesos de *aprendizaje social* como eje de una estrategia orientada hacia la construcción de condiciones que permitan la transformación de las organizaciones. Es este proceso el que lleva al desarrollo de lo que en la reciente literatura sobre el conocimiento y desarrollo se denomina como la promoción de *sociedades del aprendizaje* (“learning societies”), *organizaciones que aprenden* (“learning organizations”), y *redes de aprendizaje* (“learning networks”)¹. Esto conduce a una concepción dinámica de la relación entre lo que se quiere conocer, el sujeto que conoce y el entorno en el cual actúa. Es así que el conocimiento hace posible que los miembros de una sociedad construyan su futuro, y por lo tanto incidan en su devenir histórico, independientemente del sector en que se ubiquen.

Los procesos de aprendizaje evolucionan hacia los cuatro niveles definidos en el esquema mencionado: a) nivel individual; b) nivel organizacional; c) nivel sectorial o nivel de las instituciones sociales, y d) nivel de la sociedad. Los procesos

1 *Teaching and Learning: Towards the Learning Society*; Bruselas, Comisión Europea, 1997.

de apropiación de conocimientos y saberes son de complejidad creciente al pasar del uno al otro.

En síntesis, se trata de una formación que a partir del desarrollo de la creatividad y el espíritu innovador de cada uno de los y las participantes busca convertir esa información y conocimiento personal en *conocimiento corporativo* útil que incremente la efectividad y la capacidad de desarrollo y cambio de la organizacional en la Rama Judicial, trasciende al nivel sectorial y de las instituciones sociales y contribuyen al proceso de creación de *lo público* a través de su apropiación social, para, finalmente, en un cuarto nivel, propiciar procesos de aprendizaje social que pueden involucrar cambios en los valores y las actitudes que caracterizan la sociedad, o conllevar acciones orientadas a desarrollar una capacidad para controlar conflictos y para lograr mayores niveles de convivencia.

CURRÍCULO INTEGRADO-INTTEGRADOR

En la búsqueda de nuevas alternativas para el diseño de los currículos se requiere partir de la construcción de *núcleos temáticos y problemáticos*, producto de la investigación y evaluación permanentes. Estos núcleos temáticos y problemáticos no son la unión de asignaturas, sino el resultado de la integración de diferentes disciplinas académicas y no académicas (cotidianidad, escenarios de socialización, hogar) que, alrededor de problemas detectados, garantizan y aportan a su solución. Antes que contenidos, la estrategia de integración curricular exige una mirada crítica de la realidad.

La implementación de un currículo integrado-integrador implica que la “enseñanza dialogante” se base en la convicción de que el discurso del formador o formadora será formativo solamente en el caso de que el o la participante, a medida que reciba los mensajes magistrales, los reconstruya y los integre, a través de una actividad, en sus propias estructuras y necesidades mentales. Es un diálogo profundo que comporta participación e interacción. En este punto, con dos centros de iniciativas donde cada uno (formador, formadora y participante) es el interlocutor del otro, la síntesis pedagógica no puede realizarse más que en la interacción de sus actividades orientadas hacia una meta común: la adquisición, producción o renovación de conocimientos.

PLANES DE ESTUDIO

Los planes de estudio se diseñaron de manera coherente con el modelo educativo presentado y en esta labor participó el grupo de personas pedagógicas

vinculadas al proyecto, expertos y expertas en procesos formativos para adultos con conocimientos especializados y experiencia. Asimismo, participó la Red de Formadores y Formadoras Judiciales constituida para este programa por aproximadamente 150 magistrados, magistradas, juezas, jueces, empleados y empleadas, quienes con profundo compromiso y motivación exclusiva por su vocación de servicio se prepararon a lo largo de varios meses en la Escuela Judicial tanto en la metodología como en los contenidos del programa con el propósito de acompañar y facilitar el proceso de aprendizaje que ahora se invita a desarrollar a través de las siguientes etapas:

Etapa I. *Reunión inicial.* Presentación de los objetivos y estructura del programa; afianzamiento de las metodologías del aprendizaje autodirigido; conformación de los subgrupos de estudio con sus coordinadores y coordinadoras, y distribución de los temas que profundizará cada subgrupo.

Etapa II. *Estudio y análisis individual.* Interiorización por cada participante de los contenidos del programa mediante el análisis, desarrollo de casos y ejercicios propuestos en el módulo, consulta de jurisprudencia y doctrina adicional a la incluida en los materiales educativos. Asimismo, elaboración y envío de un informe individual con el fin de establecer los intereses de los y las participantes para garantizar que las actividades presenciales respondan a estos.

Etapa III. *Investigación en subgrupo.* Profundización colectiva del conocimiento sobre los temas y subtemas acordados en la reunión inicial y preparación de una presentación breve y concisa (10 minutos) para la mesa de estudios o conversatorio, junto con un resumen ejecutivo y la selección de casos reales para enriquecer las discusiones en el programa.

Etapa IV. *Mesa de estudios o conversatorio.* Construcción de conocimiento a través del intercambio de experiencias y saberes y el desarrollo o fortalecimiento de competencias en argumentación, interpretación, decisión, dirección, etc., alrededor de las presentaciones de los subgrupos, el estudio de nuevos casos de la práctica judicial previamente seleccionados y estructurados por los formadores con el apoyo de los expertos y expertas, así como la simulación de audiencias. Identificación de los momentos e instrumentos de aplicación a la práctica judicial y, a partir de estos, generación de compromisos concretos de mejoramiento de la función judicial y de estrategias de seguimiento, monitoreo y apoyo en este proceso.

Etapa V. *Pasantías*. Son experiencias concretas de aprendizaje, dirigidas a confrontar los conocimientos adquiridos, con la realidad que se presenta en los despachos y actuaciones judiciales (sean escritas u orales), mediante el contacto directo de los discentes y las discentes (pasantes), con las situaciones vividas en la práctica judicial en las diferentes áreas (civil, penal, laboral, administrativo, etc.), bajo la orientación y evaluación de los magistrados y magistradas, jueces y juezas, titulares de los respectivos cargos.

Etapa VI. *Aplicación a la práctica judicial*. Incorporación de los elementos del programa académico como herramienta o instrumento de apoyo en el desempeño laboral mediante la utilización del conocimiento construido en la gestión judicial. Elaboración y envío del informe individual sobre esta experiencia y reporte de los resultados del seguimiento de esta etapa en los subgrupos.

Etapa VII. *Experiencias compartidas*. Socialización de las experiencias reales de los y las discentes en el ejercicio de la labor judicial, con miras a confirmar el avance en los conocimientos y habilidades apropiados en el estudio del módulo. Preparación de un resumen ejecutivo con el propósito de contribuir al mejoramiento del curso y selección de casos reales para enriquecer el banco de casos de la Escuela Judicial.

Etapa VIII. *Actividades de monitoreo y de refuerzo o complementación*. De acuerdo con el resultado de la fase anterior se programan actividades complementarias de refuerzo o extensión del programa según las necesidades de los grupos en particular.

Etapa IX. *Seguimiento y evaluación*. Determinación de la consecución de los objetivos del programa por los y las participantes y el grupo mediante el análisis individual y el intercambio de experiencias en subgrupo.

LOS MÓDULOS

Los módulos son la columna vertebral en este proceso en la medida que presentan de manera profunda y concisa los resultados de la investigación académica realizada durante aproximadamente un año, con la participación de magistrados y magistradas de las Altas Cortes y de los tribunales, de los jueces y juezas de la República y expertos y expertas juristas que ofrecieron lo mejor de sus conocimientos y experiencia judicial, en un ejercicio pluralista de construcción de conocimiento.

Se trata, entonces, de valiosos textos de autoestudio divididos secuencialmente en unidades que desarrollan la temática de determinada temática, de dispositivos

didácticos flexibles que permiten abordar los cursos a partir de una estructura que responde a necesidades de aprendizaje previamente identificadas. Pero más allá está el propósito final: servir de instrumento para fortalecer la práctica judicial.

CÓMO ABORDARLOS

Al iniciar la lectura de cada módulo el o la participante debe tener en cuenta que se trata de un programa integral y un sistema modular coherente, por lo que para optimizar los resultados del proceso de formación autodirigida tendrá en cuenta que se encuentra inmerso en el Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal. A través de cada contenido, los y las discentes encontrarán referentes o remisiones a los demás módulos del Plan, que se articulan mediante diversos ejes transversales tales como Derechos Humanos, Constitución Política de 1991, Bloque de Constitucionalidad, la ley específica, al igual que la integración de los casos problemáticos comunes que se analizan, desde diferentes perspectivas, posibilitan el enriquecimiento de los escenarios argumentativos y fortalecen la independencia judicial.

Por lo anterior, se recomienda tener en cuenta las siguientes sugerencias al abordar el estudio de cada uno de los módulos del plan especializado:

1. Consulte los temas de los otros módulos que le permitan realizar un diálogo de manera sistémica y articulada sobre los contenidos que se presentan.
2. Tenga en cuenta las guías del discente y las guías de estudio individual y de subgrupo para desarrollar cada lectura. Recuerde apoyarse en los talleres para elaborar mapas conceptuales, esquemas de valoración de argumentaciones y el taller individual de lectura del plan educativo.
3. Cada módulo presenta actividades pedagógicas y de autoevaluación que permiten al y la discente reflexionar sobre su cotidianeidad profesional, la comprensión de los temas y su aplicación a la práctica. Es importante que en el proceso de lectura aborde y desarrolle con rigor dichas actividades para que críticamente establezca la claridad con la que percibió los temas y su respectiva aplicación a su tarea judicial. Cada módulo se complementa con una bibliografía básica seleccionada, para quienes quieran profundizar en el tema o acceder a diversas perspectivas.

El Plan Integral de Formación Especializada para la Implementación de los módulos de aprendizaje autodirigido en el Programa de Formación Judicial

Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal, que la Escuela Judicial entrega a la judicatura colombiana, acorde con su modelo educativo, es una oportunidad para que la institucionalidad colombiana, con efectiva protección de los derechos fundamentales y garantías judiciales, cierre el camino de la impunidad para el logro de una sociedad más justa.

Finalmente, agradecemos el envío de todos sus aportes y sugerencias a la sede de la Escuela Judicial en la Calle 85 No. 11-96, pisos 6 y 7 de Bogotá, o al correo electrónico escujud@cendoj.ramajudicial.gov.co, que contribuirán a la construcción colectiva del saber judicial alrededor del Programa de Formación Judicial Especializada sobre Sistema Acusatorio Penal.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS MÓDULOS DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO EN EL PROGRAMA DE FORMACIÓN JUDICIAL ESPECIALIZADA SOBRE EL SISTEMA ACUSATORIO PENAL	9
INTRODUCCIÓN: FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN, BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y ACTIVIDAD JUDICIAL	25
UNIDAD 1	
CONSTITUCIÓN, BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y SISTEMA DE FUENTES	29
I. Concepto del Bloque de Constitucionalidad, constitución escrita, principio de legalidad y sistema de fuentes	30
II. Importancia del Bloque de Constitucionalidad en el sistema de fuentes	33
III. Potencialidades y riesgos del bloque de constitucionalidad	34
IV. Las enseñanzas del derecho comparado	37
V. La evolución del concepto de Bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia y en la práctica jurídica en Colombia	43
VI. El tratamiento especial del Derecho Internacional de los derechos humanos en el constitucionalismo contemporáneo y en la Constitución de 1991	53
VII. Síntesis de la unidad	58
VIII. Autoevaluación	59
UNIDAD 2	
DOGMÁTICA GENERAL DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD	63
I. Los problemas generales que debe abordar una dogmática constitucionalmente adecuada del bloque de constitucionalidad	64
	19

II.	Significado conceptual del bloque y el sistema de fuentes	64
III.	Las técnicas de reenvío normativo en la construcción del bloque	67
IV.	La armonización de las normas de reenvío de los dos incisos del artículo 93 de la Constitución y el problema de la distinción entre “Bloque de Constitucionalidad” en sentido estricto y en sentido lato	72
V.	La jerarquía constitucional de ciertos convenios de la OIT	81
VI.	Conclusiones prácticas sobre las normas de los tratados de derechos humanos que integran el “Bloque de Constitucionalidad”	83
VII.	“Bloque de Constitucionalidad”, principio pro homine o cláusula de favorabilidad, y solución de conflictos normativos	84
VIII.	Una evaluación de la doctrina de la Corte sobre el “Bloque de Constitucionalidad” y los tratados de derechos humanos	87
IX.	El sistema de fuentes del Derecho Internacional y la relevancia de los otros estándares internacionales de derechos humanos	88
X.	Jurisprudencia internacional de derechos humanos y “Bloque de Constitucionalidad”	91
XI.	Un caso especial: la fuerza vinculante de las decisiones concretas de las instancias internacionales de control	98
XII.	El posible uso de otros documentos de derechos humanos y el problema del llamado “soft law”	99
XIII.	Síntesis de la Unidad	107
XIV.	Autoevaluación	108

UNIDAD 3

	BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y PROCESO PENAL	111
I.	Herramientas prácticas de uso del “Bloque de Constitucionalidad” en el proceso penal	112
II.	Algunos ejemplos de aplicación práctica del “Bloque de Constitucionalidad” en asuntos procesales penales por la Corte Constitucional	113

III.	Las normas relevantes para el “Bloque de Constitucionalidad” en el ámbito penal: un enfoque general	118
IV.	Las normas más relevantes en materia penal de los tratados de derechos humanos	119
V.	Documentos de soft law	124
VI.	Jurisprudencia internacional de derechos humanos	129
VII.	Síntesis de la unidad	132
VIII.	Autoevaluación	133
	Conclusiones	134
	Bibliografía	135
	Siglas usadas	139
ANEXO DOCUMENTAL		141
A. DOCUMENTOS PARA LA UNIDAD PRIMERA		141
I.	Apartes de la sentencia C-225 de 1995 de la Corte Constitucional colombiana	141
II.	Apartes de la Sentencia de la Corte Suprema Argentina caso Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros del 7 de julio de 1992	147
III.	Ejemplos de constituciones contemporáneas que confieren un tratamiento especial a las normas internacionales de derechos humanos	151
B. DOCUMENTOS PARA LA SEGUNDA UNIDAD		153
I.	Sentencia No. 1942 del 15 de julio de 2003 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela sobre leyes desacato	153
II.	Sentencia del Tribunal Constitucional Español No. STC 36/1984 del 14 de marzo de 1984 sobre derecho a un proceso sin dilaciones indebidas	153

III.	Sala Constitucional de Costa Rica: Sentencia 2313 del 9 de mayo de 1995 sobre colegiatura obligatoria de los periodistas y fuerza vinculante de las opiniones consultivas de la Corte IDH	160
C. DOCUMENTOS PARA LA TERCERA UNIDAD		170
I.	Normas de la CADH relevantes en materia procesal penal	170
II.	Apartes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que son relevantes en materia procesal penal	173
III.	Otras normas de tratados de derechos humanos relevantes en materia penal	176
IV.	Observaciones Generales del Comité DH	180
V.	Principios básicos para el tratamiento de los reclusos	183
VI.	Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura (apartes)	184
VII.	Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder	185
VIII.	Principios de Joinet (apartes)	189

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD,
DERECHOS HUMANOS Y PROCESO PENAL

CONVENCIONES

Qg

Objetivo General

Qe

Objetivos Específicos

At

Actividades de Taller

Ca

Cuestionarios de Autoevaluación

INTRODUCCIÓN

FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN, BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y ACTIVIDAD JUDICIAL

Una de las grandes modificaciones introducidas por la Constitución de 1991 fue el reconocimiento de que la Constitución es norma de normas, que debe ser aplicada de manera preferente en la actividad judicial. Esto significa que los jueces en sus decisiones deben tomar en cuenta y aplicar las normas constitucionales, y no solamente en los casos propiamente constitucionales –como las acciones de tutela o los procesos de control abstracto de constitucionalidad– sino también en los juicios ordinarios, ya que los jueces tienen el deber de tomar en cuenta la Constitución también cuando resuelven asuntos penales, civiles o laborales, por cuanto, como lo establece el artículo 4º superior, la Constitución es norma de normas y prevalece sobre cualquier otra disposición que le sea contraria.

Ahora bien, como se explicará en este módulo, las normas constitucionales no son solo aquellas que aparecen expresamente en la Carta, sino también aquellos principios y valores que no figuran directamente en el texto constitucional, pero a los cuales, la propia Constitución remite y que integran entonces el llamado “*Bloque de Constitucionalidad*”. Es pues importante que los funcionarios judiciales cuenten con las herramientas indispensables para determinar cuáles son las normas que se entienden integradas al Bloque de Constitucionalidad, pues de no ser así, no lograrían tener una visión apropiada del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano. Estas normas son esencialmente los estándares internacionales de derechos humanos, debido al régimen especial que un buen número de constituciones contemporáneas –y entre ellas la Carta de 1991– confieren a estos tratados, que gozan, entonces, de un tratamiento y jerarquía privilegiados frente al régimen general de los tratados.

Este módulo de autoaprendizaje se propone, como objetivo principal, que los funcionarios judiciales logren aplicar, en forma creativa pero rigurosa, los contenidos normativos incorporados al Bloque de Constitucionalidad, no solo por cuanto tienen el deber de hacerlo, sino además porque es una herramienta fundamental para lograr un proceso penal ajustado a los requerimientos constitucionales y a los estándares normativos de derechos humanos.

Para lograr ese propósito básico, el módulo pretende desarrollar elementos conceptuales y de conocimiento, pero también promover ciertas actitudes y

desarrollar elementos técnico-jurídicos, obviamente dentro del estricto respeto de la independencia judicial.

Desde el punto de vista de actitud, se busca que los funcionarios judiciales se preocupen por aplicar constantemente, en armonía con el principio de legalidad, los principios constitucionales y los estándares internacionales de derechos humanos. Igualmente, que los funcionarios comprendan la utilidad de la figura jurídica del Bloque de Constitucionalidad como mecanismo para incorporar dichos estándares internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico colombiano.

Desde el punto de vista conceptual, se propone que el funcionario judicial comprenda los alcances de la figura del Bloque de Constitucionalidad, sus ventajas, pero también sus dificultades y problemas. En especial, busca precisar la relación entre el Bloque de Constitucionalidad y el principio de legalidad en el sistema de fuentes en Colombia, y en especial en el ámbito del derecho penal procesal.

Desde el punto de vista técnico-jurídico, el módulo busca que el funcionario judicial domine los conceptos dogmáticos, que permiten aplicar con seguridad la figura del Bloque de Constitucionalidad.

Estos objetivos son desarrollados en tres unidades. La primera sobre constitución, Bloque de Constitucionalidad y sistema de fuentes, realiza una aproximación al concepto de Bloque de Constitucionalidad, para que el funcionario judicial comprenda el sentido de la figura, así como sus ventajas y dificultades, y su relación con la incorporación interna de los estándares internacionales de derechos humanos. La segunda unidad presenta una dogmática constitucionalmente adecuada de ese concepto en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico colombiano, con el fin de facilitar su aplicación. La tercera unidad se centra en los problemas específicos de aplicación del Bloque de Constitucionalidad en el proceso penal. Finalmente, se incluye un anexo documental, que incorpora algunos documentos que son útiles para la labor judicial y para los trabajos individuales, en grupo o incluso en las mesas de discusión.

El presente módulo fue realizado siguiendo los lineamientos básicos de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla sobre formación de jueces. Esta “*metodología integral unificada para la formación y capacitación de la rama judicial*” de la Escuela se

1 Sobre este enfoque, ver Néstor Arboleda Toro, *Aprender a aprender. Módulo del discente*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2002.

funda en unos principios pedagógicos de autoformación y formación en grupos de aprendizaje por medio de multiplicadores¹. El módulo busca adaptarse a esos lineamientos pedagógicos, no sólo porque son los que la Escuela Judicial implementa en todos sus cursos, sino además porque el autor los comparte y los considera apropiados.

Así, filosóficamente, el esquema de la Escuela, que se califica de “andragogía”, se caracteriza por tomar en consideración que la formación en los distintos temas no está dirigida a la población en general sino a un grupo profesional específico, ya que se trata de adultos, que trabajan en una organización específica (la Rama Judicial) y que cumplen una función particular (administrar justicia). El módulo debe tomar en cuenta esas particularidades del aprendizaje de jueces. No es pues cualquier formación, sino una formación destinada a jueces. Por ello adoptamos un enfoque constructivista en el campo educativo, perspectiva según la cual los trabajos prácticos y la reflexión sobre la propia experiencia, le permite a los funcionarios judiciales avanzar para mejorar en su formación. Por esa razón, el módulo utiliza las siguientes estrategias metodológicas:

- (i) propone estudios de casos,
- (ii) desarrolla análisis de textos clásicos y normas,
- (iii) plantea discusiones, preguntas y problemas,
- (iv) propone trabajos investigativos o formas de reflexión individual o colectiva sobre el tema, y
- (v) sugiere una bibliografía básica para quienes quieran profundizar en el tema.

Estas decisiones metodológicas explican la estructura de las distintas unidades, que comienzan con una presentación de los objetivos de la unidad y siguen con algunas actividades pedagógicas que permiten desarrollar progresivamente el tema del Bloque de Constitucionalidad. Las unidades terminan con una breve recapitulación conceptual y algunos ejercicios de autoevaluación. Es importante que quien utilice el módulo, como material de autoaprendizaje, realice las actividades pedagógicas pues de esa manera podrá aprovechar mejor el texto.

De otro lado, el esquema de aprendizaje de la Escuela combina varias actividades distintas, a saber: la formación de facilitadores por parte de los autores del

módulo, el trabajo de los facilitadores con otros grupos de jueces, la autoformación personal o en grupos pequeños por los jueces y la realización de las mesas de trabajo. El módulo fue entonces diseñado para que pueda ser usado en cada una de esas actividades, como se explica a continuación.

En primer término, el módulo fue usado para la formación de los facilitadores en un taller realizado por el autor con los aspirantes a facilitadores que fueron seleccionados por la Escuela Judicial. Este taller, además de contribuir a la formación de los facilitadores, jugó un papel esencial de retroalimentación, pues sirvió para detectar las insuficiencias pero también las fortalezas del módulo, lo cual permitió realizar los correspondientes ajustes, antes de la publicación formal del mismo. Este ejercicio de retroalimentación resalta además el carácter participativo de la formación judicial dentro del esquema pedagógico de la Escuela.

En segundo término, el módulo está diseñado de manera tal que permite una autoformación personal o en grupos de trabajo pequeños, tal y como lo prevé el esquema pedagógico de la Escuela. Para ello precisamente el módulo prevé la combinación de actividades pedagógicas individuales o grupales. No es pues un simple libro doctrinario sino un documento destinado al autoaprendizaje de jueces y magistrados.

Finalmente, el esquema mismo del módulo por unidades está pensado no sólo para la realización de esas labores de autoaprendizaje personal o grupal sino además para la realización de los talleres, tal y como se explica en las correspondientes guías del discente y del facilitador.

UNIDAD 1

CONSTITUCIÓN, BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y SISTEMA DE FUENTES



- Precisar conceptualmente el contenido y alcance del Bloque de Constitucionalidad, a través del análisis de la figura en el derecho comparado y en la evolución jurisprudencial colombiana, con objeto de que los discentes reconozcan que la fuerza normativa de la Constitución se despliega a aquellas normas no expresamente formuladas en la Carta, pero que hacen parte de la misma por expreso mandato constitucional, entre las cuales se encuentra especialmente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- Evidenciar cómo es posible la aplicación directa de la Constitución, acudiendo inclusive a material normativo no incluido expresamente en el texto constitucional y así reconocer su carácter de texto vivo.
- Identificar las ventajas y potencialidades del Bloque de Constitucionalidad en contraposición de los riesgos que implica el uso impreciso de la figura.
- Examinar experiencias de derecho comparado que sean útiles para limitar los riesgos de esa figura y para reforzar sus virtudes.
- Identificar cada una de las etapas por las que ha atravesado el Bloque de Constitucionalidad a nivel jurisprudencial en nuestro país.
- Resaltar el tratamiento especial y privilegiado que muchas constituciones contemporáneas, y entre ellas la Carta de 1991, otorgan al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.



Instrucciones: Recuerde que las actividades pedagógicas que se incluyen en este módulo desarrollan, desde un enfoque constructivista, un proceso de autoevaluación transversal, donde usted como lector podrá determinar individualmente sus avances con mayor facilidad, lo cual representará un valor adicional cuando realice procesos de interacción con otros lectores. Por ello cada unidad se acompaña de unos ejercicios prácticos que van desde, (i) proponer estudios de casos, (ii) desarrollar análisis de textos jurídicos, como jurisprudencias o estudios doctrinales, (iii) plantear discusiones, preguntas y problemas, (iv) proponer trabajos investigativos o formas de reflexión individual o colectiva sobre la práctica judicial, hasta (v) sugerir una bibliografía básica para quienes quieran profundizar en el tema.

Al finalizar la lectura del contenido de cada unidad temática, puede volver sobre los ejercicios iniciales y establecer: (i) diferencias y/o avances frente a los planteamientos iniciales propios, (ii) dudas que persisten luego de la lectura, (iii) consideraciones críticas. Esta forma de trabajo le brindará insumos adicionales para el momento en que entre en contacto, a través de las mesas de trabajo, con los demás lectores. Para identificar las actividades pedagógicas y distinguirlas del texto que desarrolla los conceptos u ofrece información, dichas actividades pedagógicas han sido resaltadas en el texto.

I. CONCEPTO DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, CONSTITUCIÓN ESCRITA, PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SISTEMA DE FUENTES

Al menos desde 1995, la categoría “Bloque de Constitucionalidad”, que no había sido nunca usada por la doctrina o por la jurisprudencia colombiana, ha entrado con mucha fuerza en la práctica jurídica nacional. Así, en numerosas sentencias, la Corte Constitucional no solo ha recurrido a esa expresión sino que, además, esa noción le ha servido de fundamento normativo para tomar determinaciones tan importantes, como las relativas al alcance de la obediencia debida por parte de los militares o a los derechos de las víctimas¹. Sin embargo, a pesar de su uso creciente,

¹ Sobre obediencia debida, ver, entre otras, las sentencias C-225 de 1995 y C-578 de 1995. Sobre los derechos de las víctimas, ver, entre otras, las sentencias C-282 de 2002, C-04 de 2003 y T-249 de 2003.

este concepto de “Bloque de Constitucionalidad” es problemático en la doctrina y jurisprudencia nacionales. Así, esa noción sigue siendo un poco enigmática para muchos operadores jurídicos, que no entienden claramente ni su alcance ni su importancia, y por ello tienden a considerarla un extranjerismo innecesario. Es pues necesario aclarar qué puede entenderse por Bloque de Constitucionalidad.

Reflexione sobre la primera vez que escuchó (¿cuándo, dónde, a propósito de?) la expresión <<Bloque de Constitucionalidad>>. ¿De lo que entendió en esa ocasión a este momento existe alguna diferencia conceptual del término? Brevemente escriba a qué hace referencia esa expresión.

Una vez hecha esa breve reflexión, podemos intentar una primera aproximación, si se quiere, intuitiva de esta noción, a fin de tener una idea general de su sentido. La noción de Bloque de Constitucionalidad puede ser formulada recurriendo a la siguiente imagen paradójica: El Bloque de Constitucionalidad hace referencia a la existencia de normas constitucionales, o al menos supralegales, pero que no aparecen directamente en el texto constitucional. ¿Qué significa eso? Algo que es muy simple pero que al mismo tiempo tiene consecuencias jurídicas y políticas complejas: que una Constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, o al menos supralegales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la Constitución escrita. Por ejemplo, en Estados Unidos es claro que las mujeres gozan del derecho constitucional a abortar, tal y como lo señaló la Corte Suprema de ese país en la sentencia Roe vs. Wade de 1973. Igualmente, en Francia es indiscutible que los derechos de sindicalización y de huelga tienen rango constitucional, tal y como lo determinó el Consejo Constitucional de ese país en varias decisiones. Sin embargo, si alguien leyera la totalidad de las constituciones de Estados Unidos o de Francia de 1958, en ninguna parte de esos textos encontraría una mención expresa a esos derechos, que tienen, empero, rango constitucional.

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

Brevemente reflexione en cómo es posible que existan normas constitucionales que no aparezcan en la Carta, sin que ello acabe con el principio de constitucionalidad y el principio de legalidad.

La respuesta a este misterio es relativamente simple y reside en lo siguiente: las constituciones no son códigos totalmente cerrados, ya que los textos constitucionales pueden hacer remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principios, que sin estar en la Constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la propia Constitución establece que esas otras normas tienen una suerte de valor constitucional. Así, los casos más evidentes son aquellos en donde una Constitución expresamente señala que, por ejemplo, ciertos tratados de derechos humanos tienen rango constitucional, tal y como lo hacen varias constituciones latinoamericanas². En otros eventos, la referencia puede ser más compleja, como la llamada cláusula de los derechos innominados o no enumerados de la novena enmienda de la Constitución de Estados Unidos, según la cual, el reconocimiento de ciertos derechos en la constitución y en la carta de derechos no puede ser interpretado como una negación de aquellos que el pueblo se ha reservado³.

Estos dos ejemplos elementales muestran entonces que en muchos ordenamientos jurídicos existen derechos o principios que no se encuentran directamente en el texto constitucional, pero que, por expreso mandato constitucional, tienen rango constitucional. El Bloque de Constitucionalidad es entonces un intento por sistematizar jurídicamente ese fenómeno, según el cual las normas materialmente constitucionales –esto es, con fuerza constitucional– son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales –esto es, aquellas que son expresamente mencionadas por el articulado constitucional–. Por ende, el Bloque de Constitucionalidad es compatible con la idea de Constitución escrita y con la supremacía de la misma, por cuanto, es por imperio de cláusulas remisorias de la propia Constitución que normas ajenas a su articulado comparten su misma fuerza normativa, puesto que la propia Carta, como fuente suprema del ordenamiento, así lo ha estatuido.

Actividades Pedagógicas

- *Discusión: Analice o debata con algunos colegas en qué medida la idea del Bloque de Constitucionalidad altera el sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano.*

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

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

- *Investigación: Examine la Constitución e intente sistematizar los casos más importantes en donde se encuentran cláusulas que remiten a principios o normas que podrían hacer parte del Bloque de Constitucionalidad. ¿A qué tipos de normas remite esencialmente la Constitución?*

II. IMPORTANCIA DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL SISTEMA DE FUENTES

La existencia del Bloque de Constitucionalidad adquiere una gran importancia para todos los operadores jurídicos en aquellos ordenamientos, como el colombiano, que establecen la supremacía constitucional y tienen alguna forma de justicia constitucional. En efecto, esta figura jurídica amplía los términos del debate constitucional, tanto en los procesos de control abstracto como en las acciones de tutela y amparo, pues implica que las normas a tener en cuenta para resolver una controversia judicial no son exclusivamente los artículos de la constitución, ya que otras disposiciones y principios pueden tener también relevancia para decidir esos asuntos.

Pero ese concepto no es relevante únicamente en los juicios constitucionales sino también en los procesos ordinarios, por cuanto en ellos también debe el juez aplicar la Constitución, y de manera preferente y directa, tal y como lo estatuye el artículo 4º de la Carta. Específicamente en relación con el alcance del nuevo estatuto procesal penal, la Corte Constitucional ha señalado expresamente que la “*labor hermenéutica de las nuevas normas de procedimiento penal, deberá tener en cuenta no solo las normas contenidas en el Código respectivo, sino también las disposiciones del Acto Legislativo 03 de 2002, y las demás disposiciones pertinentes de la Constitución, incluidas aquellas que se integran al Bloque de Constitucionalidad*”⁴.

Ahora bien, esto significa que las normas que sin estar directamente en la Constitución hacen parte del bloque, también hacen parte del sistema de fuentes en Colombia, lo cual plantea al menos las siguientes preguntas importantes: ¿Cuáles son esas normas y cómo determinarlas? ¿Cuál es la relación entre esas normas y las disposiciones expresas de la Carta? ¿Cuál es la relación entre el deber del juez de aplicar las normas incorporadas al Bloque de Constitucionalidad y el deber de respetar el principio de legalidad, en especial en materia penal? En la unidad 2 trataremos de encontrar respuestas sistemáticas a esas preguntas, pero por ahora realice las siguientes actividades pedagógicas:

4 Sentencia C-592 de 2005. Consideración 3.1.

Ejercicio interpretativo: El artículo 4 de la Constitución Política establece “que la constitución es norma de normas” en tanto el artículo 93 del mismo texto prescribe que ciertas normas de derechos humanos “prevalecen en el orden interno” y que “los deberes y derechos consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. ¿Es dable afirmar que existe una contradicción normativa entre estos dos enunciados normativos? Si es así, ¿cómo superaría usted tal contradicción? Escriba dos párrafos sobre estos interrogantes. La respuesta que la Corte Constitucional ha encontrado a ese dilema la puede analizar ulteriormente en el punto 5 de esta unidad.

Discusión de Caso: En el año de 1992, la República Confederada de Acandí, firma un tratado de libre Comercio con la República de Colombia. Este tratado incluye una serie de obligaciones para los Estados partes, entre muchas otras, privilegiar la entrada de productos elaborados por la República de Acandí sin gravámenes arancelarios. Sin embargo, el gobierno colombiano por medio de una ley ha decidido restringir los privilegios a favor de Acandí, excluyendo una serie de productos manufacturados de las exenciones tributarias inicialmente previstas en el tratado de 1992. Un grupo de ciudadanos comerciantes colombianos demandan la inexequibilidad de la ley por medio de la cual se gravan los productos que se importan desde Acandí, argumentando que el tratado de libre comercio de 1992, al ser debidamente ratificado, hace parte del Bloque de Constitucionalidad. Usted como juez constitucional ¿cómo fallaría el caso?

Estos ejercicios muestran algunas dificultades que plantea el Bloque de Constitucionalidad en el sistema de fuentes en Colombia. Conviene mirar más en detalle entonces las ventajas y problemas que tiene esta figura.

III. POTENCIALIDADES Y RIESGOS DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El Bloque de Constitucionalidad tiene ciertas ventajas y potencialidades democráticas, ya que permite que la Constitución sea más dinámica y se adapte a los cambios históricos, en la medida en que faculta a los jueces constitucionales a tomar en cuenta importantes principios y derechos, que pueden no estar incluidos directamente en el texto constitucional, pero que, en el curso del tiempo, pueden

llegar a adquirir una enorme importancia. Por ejemplo, en Francia, la Constitución de la V República no incorpora directamente ninguno de los derechos sociales ni de las libertades clásicas, pero gracias a la referencia al Bloque de Constitucionalidad, el Consejo Constitucional ha podido reconocer que esos derechos tienen jerarquía constitucional⁵.

En Colombia también el Bloque de Constitucionalidad ha tenido una enorme importancia. Las dos siguientes actividades pedagógicas así lo muestran:

Discusión de caso: Un soldado es acusado de tortura. Invoca en su favor el principio de obediencia debida pues aduce que un sargento, que era su superior en ese momento, le ordenó realizar la tortura a un presunto guerrillero, con el fin de obtener información sobre un secuestrado. Según su parecer se cumplen los requisitos del artículo 91 de la Constitución, pues esa disposición establece que en “caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de una persona”, los militares en servicio que cumplan el mandato de un superior, no responderán, pues respecto a ellos “la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden”. Pero la Fiscalía aduce que ese eximite de responsabilidad no se aplica en este caso, por cuanto la “Convención contra la tortura, y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes” de las Naciones Unidas, la cual fue suscrita por nuestro país el 10 de abril de 1985, aprobada por la Ley 70 de 1986, ratificada el 8 de diciembre de 1987 y, por ende, en vigor para Colombia desde el 7 de enero de 1988, excluye la invocación del principio de obediencia debida, ya que en su artículo 2º ordinal 3º establece inequívocamente que “no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”. La defensa del militar aduce que la norma constitucional debe ser aplicada de manera preferente al tratado, en virtud del artículo 4º de la Constitución. La Fiscalía argumenta que en este caso prevalece la Convención contra la tortura, en virtud del artículo 93 de la Constitución. ¿Cómo resolvería usted el caso? Si lo trabaja en grupo, una persona podría elaborar los argumentos a favor del soldado, otra a favor de la Fiscalía.

5 Sobre Francia, ver Pierre Bon (1998), Louis Favoreu (1990, 1994) y Javier Pardo Falcón (1990).

Análisis jurisprudencial: El anterior tema fue debatido por la Corte Constitucional en la sentencia C-225 de 1995, que revisó la constitucionalidad del Protocolo II a los convenios de Ginebra, en especial en los fundamentos 11, 12, 35 y 36 de la parte motiva. Estudie (o debata con sus colegas, en caso de trabajo en grupo) la validez de esa argumentación de la Corte y a partir de ella reexamine la respuesta que dio al caso. En el anexo documental, en la parte relativa a esta unidad, incorporamos esos apartes, pero sería deseable que el discente leyera toda la sentencia, que es de fácil consulta.

El Bloque de Constitucionalidad favorece entonces la adaptación histórica de las constituciones a nuevas realidades sociales y políticas, y en esa medida mantiene el dinamismo de los textos constitucionales, que se convierten entonces en “documentos vivientes”, como dicen algunos jueces y doctrinantes estadounidenses (Marshall 1997). Esto es importante no sólo para el propio juez constitucional, que encuentra en esa categoría un instrumento dinámico para el desarrollo de la jurisprudencia constitucional, sino también para el abogado litigante y para el ciudadano en general, que pueden usar las normas incorporadas en el Bloque de Constitucionalidad como argumentos sólidos en la lucha por el reconocimiento de nuevos derechos.

Sin embargo, los riesgos de esa categoría, en términos de inseguridad jurídica, arbitrariedad judicial y afectación del principio democrático, también son muy grandes, pues para los operadores jurídicos no es claro ni siquiera cuáles son las normas de referencia en un debate constitucional complejo. Por ejemplo, un juez podría, basándose en la cláusula abierta sobre los llamados derechos innominados⁶, invocar un derecho que no encuentre en el texto constitucional, pero que él considere inherente a la dignidad humana o a la libertad de las personas, y con base en ese valor anular regulaciones que para la gran mayoría de la sociedad son no solo legítimas sino muy importantes.

En el fondo, eso fue lo que hizo la Corte Suprema de Estados Unidos en las primeras décadas del Siglo XX, cuando anuló las leyes de intervención social, que habían establecido el salario mínimo o la jornada máxima de trabajo, argumentando que estas violaban la libertad contractual, cuando el texto constitucional de ese país en ninguna parte reconoce, como derecho constitucional, esta libertad. Y es que, por medio de una suerte de Bloque de Constitucionalidad tácito, la Corte Suprema consideró que

⁶ Como lo señalamos anteriormente, esta cláusula establece que el listado de derechos del texto constitucional no excluye aquellos otros que no aparecen en él pero que son inherentes a la persona humana o a una determinada forma de gobierno.

aunque el texto no lo dijera, la libertad contractual hacia parte del debido proceso sustantivo consagrado en la enmienda XIV de la Carta de Filadelfia.

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

El Bloque de Constitucionalidad tiene entonces potencialidades y riesgos. Por ello, según algunos autores, esta expresión suele no ser tanto la denominación de una categoría conceptual clara y definida sino el enunciado de un problema complejo (Rubio Llorente 1993), en la medida en que simplemente sirve para manifestar la perplejidad que tienen en ocasiones los operadores jurídicos al no saber con precisión cuáles son las normas que, en un determinado momento histórico, integran una constitución, y que son entonces relevantes para decidir un asunto específico.

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

IV. LAS ENSEÑANZAS DEL DERECHO COMPARADO.

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

Así, en forma tácita, la idea del Bloque de Constitucionalidad es muy vieja, y existe prácticamente desde que conocemos la justicia constitucional, aunque la expresión no haya sido utilizada sino hasta hace algunas décadas. El ejemplo más claro de la antigüedad del fenómeno jurídico asociado al Bloque de Constitucionalidad

ha sido la evolución jurídica de los Estados Unidos, pues en ese país para todo el mundo es claro que el derecho constitucional comprende muchas más normas y principios que aquellos que se desprenden de una simple lectura literal del texto de Filadelfia. Así, y por no citar sino uno de los ejemplos más prominentes, la Corte Suprema de ese país ha considerado que la cláusula de la XIV enmienda, según la cual “ningún Estado puede privar a ninguna persona de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal”, incorpora no solo garantías procesales sino también derechos sustantivos, que no pueden ser irrazonablemente limitados por las autoridades. Es la idea del “debido proceso sustantivo” que ha llevado a la Corte Suprema a reconocer numerosos derechos constitucionales, que no aparecen directamente en el texto constitucional, como la libertad contractual, en la época del caso *Lochner* de 1905, o el derecho de las mujeres a abortar, desde el fallo *Roe* de 1973.

En ese sentido, esta cláusula del debido proceso ha operado como una especie de Bloque de Constitucionalidad tácito, en la medida en que ha permitido la incorporación de numerosos principios y derechos a la Constitución estadounidense, principios y derechos que no aparecen expresamente en el texto, lo cual ha suscitado recurrentes polémicas, pues para algunos este procedimiento de interpretar extensivamente los conceptos constitucionales es legítimo, y permite mantener el dinamismo de la Constitución, mientras que para otros es el punto de partida del despotismo judicial. Esto explica que haya en ese país ciertas tendencias que consideran que el juez debe atenerse estrictamente al tenor literal del texto constitucional o a la voluntad originaria de los constituyentes, sin buscar nuevos derechos ni nuevos valores por fuera del texto constitucional, por cuanto esto último conduce ineluctablemente al antidemocrático gobierno de los jueces. Son las llamadas posturas “originalistas” y “literalistas”, que han adquirido una importancia creciente en los últimos años, con el nombramiento de algunos de sus representantes en las altas cortes de ese país⁷.

La idea misma del Bloque de Constitucionalidad y los debates que le están asociados son pues tan antiguos como la propia justicia constitucional. Sin embargo, la categoría, con su nombre y con los intentos de precisión dogmática, es más reciente y se origina en la práctica del Consejo Constitucional francés en el marco de la llamada

⁷ Así, uno de los más vigorosos defensores del originalismo, Scalia, fue nombrado en la Corte Suprema por Reagan en 1986. Ver sus planteamientos en *Scalia* (1997). Esta referencia muestra además que los problemas que suscita el Bloque de Constitucionalidad no solo tienen que ver con el sistema de fuentes sino se encuentran también ligados a las polémicas contemporáneas sobre la interpretación constitucional.

V República⁸. Para entender su desarrollo, es necesario tener en cuenta que en ese país, y hasta al menos los años setenta, el control judicial de constitucionalidad fue muy precario, por la influencia de la filosofía jacobina, y debido a que los ensayos de control constitucional que habían existido en el pasado, fueron desafortunados.

Por ello, cuando en 1958 se introdujo una especie de juez constitucional (Consejo Constitucional), sus competencias eran muy limitadas y su función no era originariamente la de proteger los derechos ciudadanos o la de garantizar la supremacía constitucional sino una menos generosa: asegurar las prerrogativas del Ejecutivo frente al Parlamento, a fin de evitar los excesos del parlamentarismo de la IV República, tal y como lo reconocieron expresamente los redactores de la Constitución de 1958⁹. Esto explica que la parte dogmática de ese texto fuera muy precaria, en especial en materia de reconocimiento de derechos de la persona, pues se temía que si se incorporaba una amplia carta de derechos, los riesgos de un gobierno de los jueces eran excesivos. La Constitución de 1958 solo efectúa entonces algunas pocas menciones de los derechos fundamentales, en especial en el preámbulo, pues el articulado contiene sobre todo regulaciones relativas a la configuración y a las competencias de los órganos estatales.

Sin embargo, varias decisiones del propio Consejo Constitucional, a comienzos de los años setenta, cambiaron profundamente la anterior situación. El punto de base de esa verdadera “revolución constitucional”, como la denominan algunos autores (Favoreu, p. 107), fue que ese tribunal atribuyó pleno valor constitucional al preámbulo, a pesar de que los constituyentes de 1958 no quisieron que este tuviera ninguna fuerza jurídica. Esa opción hermenéutica fue de enorme trascendencia pues, a pesar de su brevedad, ese preámbulo hace remisiones normativas, que de ser tomadas en serio, aumentan considerablemente la extensión y la densidad normativa de la Constitución. En efecto, ese texto señala que “el pueblo francés proclama solemnemente su adhesión

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

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

a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946 (subrayas no originales)”.

Como vemos, el Preámbulo de 1958 hace un reenvío a la Declaración de 1789 y al Preámbulo de 1946. A su vez este último menciona “los principios fundamentales reconocidos por la ley de la República”, y enumera ciertos “principios políticos, económicos y sociales”, que son “particularmente necesarios a nuestro tiempo”, y que son básicamente muchos de los derechos sociales. Por consiguiente, al reconocer plena fuerza jurídica al Preámbulo de la Constitución de 1958, el Consejo Constitucional confirió jerarquía y valor constitucional a la Declaración de 1789, a todos los derechos sociales reconocidos por el Preámbulo de 1946, y a los principios fundamentales que hubieran sido establecidos en las leyes anteriores a la expedición del texto de 1946.

Esta mutación constitucional comienza con la decisión D-39 del 19 de junio de 1970, en donde el Consejo expresamente menciona el valor del preámbulo, y se consolida un año después con la decisión D-44 del 16 de julio de 1971, en donde ese tribunal anuló una disposición legislativa por ser contraria a uno de los “principios fundamentales de la República” a que hace referencia el Preámbulo de 1946. Todas estas sentencias comienzan con el siguiente enunciado: “Vista la Constitución, y en especial su preámbulo”. Y como dice Jean Rivero, con esas pocas palabras, el Consejo operó una verdadera revolución constitucional, pues por medio de ellas duplicó el volumen de la constitución francesa.

Ahora bien, esa osadía del Consejo Constitucional francés, que le ha permitido ampliar considerablemente los parámetros de control constitucional, no ha sido bien recibida por todos los analistas. Sin embargo, en términos generales, la doctrina jurídica y la sociedad francesas han tendido a aceptar esa evolución, tal vez por las siguientes razones:

De un lado, por cuanto era claro que el articulado de la Constitución de 1958 era demasiado restrictivo en materia de derechos fundamentales, por lo que la ampliación de la carta de derechos parecía un paso necesario, sobre todo si se tenía en cuenta la adhesión de Francia al Convenio de Roma de Derechos Humanos. De otro lado, el preámbulo y la jurisprudencia del Consejo Constitucional hacen referencia a textos y valores que gozan de una gran aceptación social y política en Francia, como la Declaración de 1789 o determinados derechos sociales de amplia trayectoria, como la huelga o el derecho de asociación. Finalmente, a pesar de su osadía, el Consejo

Constitucional ha sido de todos modos muy prudente y cuidadoso jurídicamente al establecer que un nuevo derecho hace parte del Bloque de Constitucionalidad.

Así, no solo en todos los casos, esos nuevos derechos han tenido un fundamento textual bastante claro, ya sea en la Declaración de 1789 o en el Preámbulo de 1946, sino que además el Consejo ha tratado de ser muy consistente con sus precedentes, con lo cual ha logrado conjurar las acusaciones de que se estaba cayendo en un gobierno de los jueces¹⁰. De esa manera, el Bloque de Constitucionalidad en Francia, que era inicialmente “un concepto vago y poco utilizable en cuanto a su contenido”, poco a poco condujo “a nociones precisas y operativas” (Favoreu, 1990, p. 45).

La mutación de la Constitución francesa de 1958 y de su sistema de justicia constitucional ha sido entonces una historia relativamente exitosa, con lo cual la categoría “Bloque de Constitucionalidad”, que fue acuñada por la doctrina, pues el propio Consejo Constitucional no la menciona en sus decisiones¹¹, ha adquirido un cierto prestigio, que explica que ese concepto haya sido incorporado en otros países, aunque con un sentido no siempre coincidente. En especial, en España, la noción es no solo aceptada por la doctrina sino que incluso ha sido expresamente mencionada por el tribunal constitucional en varias de sus decisiones¹².

Pero eso no significa que el Bloque de Constitucionalidad sea un tema pacífico en el derecho constitucional español, pues durante mucho tiempo han existido al menos dos entendimientos bastante diversos de esa noción. Para ciertos autores, esa categoría hace referencia a todas las normas que sirven como parámetro de constitucionalidad y cuya infracción genera la inconstitucionalidad de una ley, mientras que para otros doctrinantes, este concepto tiene como única función la delimitación de competencias

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

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

12 Así, según la autorizada opinión de Rubio Llorente, la sentencia STC 10 de 1982 es la primera que menciona la expresión, que luego es retomada por el Tribunal Constitucional en muchas otras ocasiones. Ver Rubio (1993, pp. 100 y ss.).

entre el Estado y las Comunidades Autónomas, a partir de la aprobación de los distintos estatutos de autonomía (Rubio, 1993, pp. 101 y ss).

El anterior examen ha mostrado la importancia que puede tener una noción como el Bloque de Constitucionalidad en la práctica jurídica, en la medida en que delimita y enriquece los debates ante la justicia constitucional, al poner en evidencia que una Constitución puede tener mayor densidad y extensión normativa de lo que sugiere una simple lectura literal de su articulado. Sin embargo, este concepto genera problemas, y no sólo en Colombia, debido a que en muchas ocasiones no solo no existe coincidencia en la doctrina sobre el sentido de esta noción sino que, además, no es claro cuáles son las normas que integran ese Bloque de Constitucionalidad.

En determinados casos, esa ampliación de la Constitución, por la vía del Bloque de Constitucionalidad, ha producido resultados negativos para el progreso democrático, como sucedió con la doctrina del debido proceso sustantivo económico desarrollada por la Corte Suprema de Estados Unidos a comienzos del Siglo XX, mientras que en otros eventos, como en la evolución del Consejo Constitucional francés, la aplicación de esta categoría ha sido muy exitosa.

Dos factores parecen haber incidido en los resultados diferenciados en esos dos países: (i) el grado de aceptación social de los nuevos valores reconocidos por los jueces y (ii) el rigor jurídico con el cual los tribunales realizaron esa incorporación en el Bloque de Constitucionalidad. Así, en Francia, los derechos que el Consejo Constitucional determinó que hacían parte de la Constitución gozaban de amplia aprobación por la sociedad francesa; además, ese tribunal, a pesar de su osadía, ha sido muy cuidadoso en la fundamentación jurídica que sirvió de soporte al reconocimiento de nuevos derechos, pues no ha recurrido a vagas filosofías políticas sino que siempre se ha basado en textos jurídicos concretos, ha buscado siempre un soporte directo en el texto constitucional y ha intentado ser lo más consistente posible con sus precedentes. En cambio, la Corte Suprema de Estados Unidos, en la llamada época Lochner, no solo constitucionalizó un valor –como la libertad contractual– que era controvertido por grandes sectores de la población y por importantes fuerzas políticas, sino que, además, su fundamentación jurídica fue muy precaria ya que se basó en filosofías iusnaturalistas, que no tenían un soporte claro en la Constitución.

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

Actividad pedagógica opcional: Investigue personalmente, o con colegas en trabajo en grupo, si en otros países latinoamericanos se ha presentado un debate semejante sobre el Bloque de Constitucionalidad. Algunas experiencias interesantes pueden ser la panameña, la argentina o la de Costa Rica ¿Qué se podría aprender de esas experiencias?

V. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA Y EN LA PRÁCTICA JURÍDICA EN COLOMBIA

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

En forma esquemática, es posible señalar que la recepción del Bloque de Constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico ha pasado por varias fases: (i) la jurisprudencia preconstituyente, que rechazó la posibilidad de incorporar esta noción; (ii) los tres primeros años de labores de la Corte Constitucional (1992 a 1994), en donde tácitamente, y con algunos titubeos, esta categoría empieza a tener incidencia jurídica, aunque no es mencionada expresamente por la jurisprudencia; (iii) los años 1995 y 1996, cuando la expresión ingresa en forma expresa y con fuerza en la jurisprudencia constitucional; (iv) los años posteriores (1996 a 2000), en donde la noción sigue expandiéndose pero la Corte intenta racionalizar su uso; y (v) finalmente el período actual (2001 a 2008), en donde, a pesar de que subsisten algunas polémicas, la Corte consolida una dogmática relativamente clara sobre esta noción. Veámoslo.

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

Esto fue desafortunado, ya que la carta de derechos de la Constitución de 1886 era bastante pobre, pero al mismo tiempo, en los años sesenta y setenta, Colombia había ratificado numerosos pactos de derechos humanos, como varios Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (de ahora en adelante OIT), la Convención Americana de Derechos Humanos (de ahora en adelante CADH), también conocida como Pacto de San José, y los dos Pactos de derechos humanos de Naciones Unidas, a saber: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (de ahora en adelante el PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (de ahora en adelante PIDESC). En esa época hubiera sido entonces muy interesante haber aceptado una cierta noción de Bloque de Constitucionalidad, que incluyera los tratados de derechos humanos, a fin de fortalecer la fuerza jurídica de estos valores en el ordenamiento interno¹³.

Actividad Pedagógica: Reflexión y discusión doctrinaria y jurisprudencial. Algunos argumentan que era imposible durante la vigencia de la Constitución de 1886 que la Corte Suprema reconociera fuerza constitucional o al menos supralegal a los tratados de derechos humanos, pues esa Constitución no traía ninguna cláusula remisoria especial a esos tratados. ¿Qué opina usted de esa posición? Compárela con la posición de la Corte Suprema argentina en el caso Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros del 7 de julio de 1992, en donde ese tribunal llegó a otras conclusiones, en especial en las consideraciones 16 y siguientes de esa sentencia. En el anexo documental, en la parte relativa a esta unidad, incorporamos algunos apartes de esa sentencia. Conviene tener en cuenta que esa sentencia es anterior a la reforma constitucional que en Argentina constitucionalizó los tratados de derechos humanos.

La Constitución de 1991 varía de manera profunda la anterior situación, por cuanto confiere una fuerza jurídica interna clara a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Cuatro disposiciones jugarán entonces un papel trascendental: de un lado, el artículo 53, según el cual, “*los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna*”. De otro lado, el artículo 93, que establece que ciertas normas internacionales de derechos humanos “*prevalecen en el orden interno*”, y que “*los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*”.

13 En uno de mis textos de esa época, intenté mostrar la debilidad de la tesis de la Corte Suprema y la posibilidad de conferir rango al menos supralegal a los tratados de derechos humanos. (Uprimny, 1991, p. 99).

En tercer término, el artículo 94 que incorpora la cláusula de derechos innominados, pues precisa que “*la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos*”. Finalmente, el artículo 214, que regula los estados de excepción, e indica que incluso en esos momentos de crisis, no pueden “*suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales*”, y que “*en todo caso se respetarán las reglas del Derecho Internacional Humanitario*”¹⁴.

Esta amplia apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Carta de 1991 sigue y refuerza una tendencia general del constitucionalismo contemporáneo, y en especial del latinoamericano, consistente en tratar de manera especial los tratados de derechos humanos, confiriéndoles una fuerza jurídica superior y particular, como lo explicamos más detalladamente en el punto 6 de esta unidad.

Estas cláusulas remisorias permitieron entonces que la Corte Constitucional, desde sus primeras sentencias, y en abierto contraste con la jurisprudencia preconstituyente, utilizara vigorosamente los tratados de derechos humanos para orientar sus decisiones. Así, poco a poco, y aunque no utilice la expresión, la Corte recurre a la idea del Bloque de Constitucionalidad, pues considera que muchas normas que no se encuentran directamente en el articulado constitucional –en especial las disposiciones internacionales de derechos humanos– tienen, sin embargo, relevancia constitucional al momento de decidir los casos. Varias decisiones del primer año de labores de la Corte son ilustrativas de este importante cambio jurisprudencial, pues es claro el reconocimiento de la fuerza normativa de los tratados de derechos humanos¹⁵. Por ello, desde sus primeras decisiones, y aunque no hubiera usado la expresión, la Corte Constitucional admitió la existencia de un Bloque de Constitucionalidad,

14 También es una norma remisoria el artículo que dice en su inciso 2 establece que 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*”. La Corte Constitucional ha considerado que esta norma también incorpora al Bloque de Constitucionalidad los tratados de límites (Ver sentencias C-400 de 1998, C-1022 de 1999 y C-067 de 2003, Fundamento 3-B). Sin embargo, esta norma de integración no tiene gran importancia en la práctica cotidiana de los jueces, por lo que no la analizamos en detalle en este módulo de autoformación judicial.

15 Ver las sentencias T-002 de 1992 sobre criterios para determinar la fundamentalidad de los derechos constitucionales, T-409 de 1992 sobre obediencia debida y Derecho Internacional Humanitario, C-574 de 1992 que revisó la constitucionalidad del Protocolo I a los Convenios de Ginebra y la T-426 de 1992 que, a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, reconoció como fundamental el derecho a la subsistencia o derecho al mínimo vital.

pues era claro que existían derechos y principios de valor constitucional, que no se encontraban directamente en el articulado constitucional.

A pesar de esa importancia creciente de las normas internacionales de derechos humanos en la jurisprudencia constitucional desde 1992, la expresión “Bloque de Constitucionalidad” sólo aparecerá a mediados de 1995, con la sentencia C-225 de ese año¹⁶. En esa ocasión, la Corte, luego de definir que, conforme al inciso primero del artículo 93 de la Carta, las normas humanitarias prevalecían en el orden interno, puesto que se trataba de derechos humanos que no podían ser suspendidos en estados de excepción, debió estudiar cuál era el lugar jerárquico que ocupaban esas disposiciones en nuestro ordenamiento.

Y podían plantearse distintas tesis. Una de ellas es que prima la Constitución, porque el artículo 4º dice que la Constitución es norma de normas y que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y “*la ley u otra norma jurídica*”, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Resulta entonces, que si la Constitución entrara en contradicción con un tratado de derecho humanitario, primaría la Constitución. Pero conforme a otra tesis, el artículo 93 de la Carta establece la primacía de los tratados de derecho humanitario, porque esa norma dispone que 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*”.

A este debate en el que, de un lado se da primacía a la Constitución y, de otro, se da primacía a los tratados internacionales, la Corte Constitucional, de manera salomónica, dio la siguiente solución: si hay dos disposiciones constitucionales aparentemente contrarias, el artículo 4º que da primacía a la Constitución y el artículo 93 que da primacía a los tratados internacionales, esto quiere decir que están en el mismo nivel jerárquico. De este modo, la solución que ha dado la Corte en cuanto a la relación entre los tratados de derechos humanos y la Constitución, a nivel de la jerarquía y la fuerza normativa interna, es la tesis de que ambos están

16 En algunas ocasiones anteriores a esa sentencia C-225 de 1995, la Corte usó esporádicamente la expresión Bloque de Constitucionalidad pero no la desarrolló conceptualmente o le atribuyó un sentido un poco diverso. Así, las sentencias C-488 de 1993 y C-089 de 1994 usan la expresión pero para insistir en que la Constitución debe ser interpretada como un todo. Por su parte, la sentencia C-555 de 1994, Fundamento 32, usa la expresión, para señalar que la ley estatutaria de libertad religiosa integra con el texto constitucional un bloque de constitucionalidad, con lo cual se aproxima al sentido que ulteriormente la Corte atribuirá a esa figura; sin embargo no hay verdaderamente un desarrollo del concepto. Por ello es razonable concluir que el primer uso sistemático de la figura por la Corte Constitucional es el análisis contenido en la sentencia C-225 de 1995.

al mismo nivel, conforme a la figura del Bloque de Constitucionalidad. Conviene transcribir *in extenso* el aparte correspondiente, por su importancia metodológica en este tema. Según la Corte:

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

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

(...)

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

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

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

A partir de esa fecha, la Corte comienza a usar con mayor frecuencia la noción de Bloque de Constitucionalidad en sus decisiones, tanto cuantitativa como cualitativamente. Así, desde el punto cuantitativo, si en los años 1991 y 1996, la Corte empleó la expresión Bloque de Constitucionalidad en cinco sentencias al año, a partir de 2000 tiende a emplearla en promedio en 45 sentencias al año, como se puede constatar en el siguiente cuadro:

Sentencias de la Corte que mencionan la expresión Bloque de Constitucionalidad			
	Control	Tutela	Total
1992	0		0
1993	1	0	1
1994	2	0	2
1995	5	1	6
1996	3	2	5
1997	6	5	11
1998	9	3	12
1999	11	8	19
2000	16	28	44
2001	22	24	46
2002	34	12	46
2003	30	17	47
2004	40	25	65

Fuente: Consulta del autor a la base de datos de la relatoría de la Corte.

Desde el punto de vista cualitativo, como se verá posteriormente en este módulo, esa figura ha tenido también un impacto en puntos muy importantes del desarrollo de la jurisprudencia constitucional, especialmente en materia penal. Esa evolución es positiva pues muestra que la figura, permitió a la Corte tomar en cuenta principios de derechos humanos que no aparecían explícitos en la Carta, pero que fueron decisivos para resolver asuntos complejos. Sin embargo, su empleo por la Corte no ha estado exento de problemas, pues surgieron ambigüedades, al menos en dos aspectos esenciales.

De un lado, no es claro cuál es la naturaleza o la función de esa noción, pues la Corte pareció inicialmente adscribirle al menos tres significados, como se puede observar al examinar las sentencias más relevantes sobre el tema de 1995 y 1996. Así, la sentencia C-225 de 1995 sobre derecho humanitario señala que el bloque incorpora las “*normas de rango constitucional*”, lo cual no incluye a las leyes estatutarias que no tienen esa jerarquía normativa. En cambio, en las sentencias C-578 de 1995 (obediencia debida) y C-135 de 1996 (estado de excepción), la Corte adopta un concepto más amplio, pues incluye también a las leyes estatutarias en estas providencias.

El Bloque de Constitucionalidad parece entonces referirse a todas aquellas disposiciones cuya violación acarrea la inconstitucionalidad de una ley, esto es, a lo que algunos autores denominan los “*parámetros de constitucionalidad*” de una ley. Finalmente, en la tutela T-477 de 1995, sobre el derecho a la identidad sexual de un niño emasculado, el Bloque de Constitucionalidad parece tener nuevamente un significado distinto, pues en ese evento, la referencia a los tratados de derechos humanos no tiene como función analizar la constitucionalidad de una ley, sino valorar una situación fáctica específica y decidir un caso constitucional particular. El Bloque de Constitucionalidad parece entonces referirse a las normas que tienen “*relevancia constitucional*” para decidir un determinado asunto.

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

De otro lado, y ligado a lo anterior, las sentencias de la Corte en ese período no establecen con claridad cuáles son las normas que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, ni cuáles son los mecanismos de incorporación que permiten determinar la pertenencia de un determinado derecho o principio en el bloque. Por ejemplo, no es totalmente claro si todos los tratados hacen parte de él, o únicamente aquellos que reconocen derechos humanos. E incluso, en relación con los tratados de derechos humanos, no es tampoco claro si la Constitución ordena la integración de todos ellos, como lo sugiere el inciso segundo del artículo 93 de la Carta, o únicamente de aquellos que reconocen derechos humanos que no pueden ser limitados en estados de excepción, como parece establecerlo el inciso primero de ese mismo artículo.

Debido a esas ambigüedades, en los años siguientes, la Corte intenta decantar el alcance de este concepto, pues busca precisar la naturaleza del Bloque de Constitucionalidad y la manera como este se estructura.

Así, desde el punto de vista dogmático, la Corte efectúa dos aclaraciones importantes:

De un lado, en varias sentencias indica que la incorporación de un derecho o principio en el Bloque de Constitucionalidad no puede depender del capricho del intérprete sino que tiene que tener un fundamento normativo muy claro en el texto constitucional. Esto significa que la incorporación de un derecho o principio normativo al Bloque de Constitucionalidad requiere una cláusula de remisión expresa. Esta precisión ya la había hecho la Sentencia C-578 de 1995, que señaló “*que siempre que se habla de Bloque de Constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior*” (Fundamento Jurídico N° 3).

Pero lo cierto es que ese criterio metodológico sólo adquiere una verdadera importancia a partir de 1997, pues será el que permitirá a la Corte concluir que ciertas normas que algunos ciudadanos argumentaban que hacían parte del Bloque de Constitucionalidad, en realidad no pertenecían a ese conjunto normativo, por cuanto ninguna disposición constitucional ordenaba su integración. En particular, varias sentencias concluyeron que si bien ciertos tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional, por el contrario los tratados en general no están integrados en el Bloque de Constitucionalidad.

La Corte constató, entre otras cosas, que no existía ninguna remisión normativa que justificara la inclusión de todos los tratados en el bloque, pues “*la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados*

por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes” (Sentencia C-358 de 1997, fundamento 6º). En esa sentencia, la Corte consideró que el mandato del artículo 9º, según el cual las relaciones exteriores colombianas se orientan por los principios admitidos de Derecho Internacional, no constitucionalizaba todos los tratados.

Según la Corte, obviamente el principio *Pacta Sunt Servanda* orienta las relaciones de Colombia, pero “el hecho de que se acepte que los tratados internacionales deben ser acatados, no implica que las normas legales contrarias a lo pactado en los tratados deban ser consideradas inconstitucionales”. La sentencia C-358 de 1997 se abstuvo entonces de examinar si unos artículos del Código Penal Militar violaban o no la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, suscrita en 1963 y aprobada en Colombia mediante la Ley 6ª de 1972.

Por su parte, la sentencia C-582 de 1999 se abstuvo de estudiar si los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998 violaban o no el “Acuerdo sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio”, que corresponde a un anexo del “Acuerdo de Marrakech”, con el que se crea la Organización Mundial del Comercio, los cuales fueron aprobados en Colombia por la Ley 170 de 1994. Igualmente, la sentencia C-988 de 2004 concluyó que las normas que desarrollan el Acuerdo de Cartagena sobre la comunidad andina de naciones tampoco hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, por no ser en sí mismas tratados de derechos humanos, sin perjuicio de que excepcionalmente algunas cláusulas específicas de los tratados de integración económica puedan ser consideradas normas de derechos humanos que puedan hacer parte del Bloque de Constitucionalidad¹⁷.

Igualmente, en los años ulteriores, la Corte tiene conciencia de las ambigüedades semánticas de la categoría e intenta entonces precisar la naturaleza y función del Bloque de Constitucionalidad, por lo cual distingue progresivamente entre bloque “en sentido estricto”, que corresponde únicamente a las normas de jerarquía constitucional, y bloque “en sentido lato”, que incorpora además las otras disposiciones, que sin tener rango constitucional, representan sin embargo un

17 Ver al respecto la sentencia C-1490 de 2000, Consideración 3, en donde la Corte señala que la “Decisión 351 de 1993, expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que contiene el Régimen Común sobre derecho de autor y conexos, dado que regula los derechos morales de autor, que son derechos fundamentales, a la luz de lo dispuesto en el artículo 93 de la C.P. se incorpora al bloque de constitucionalidad; no ocurre lo mismo con el Acuerdo a través del cual se estableció la Organización Mundial de Comercio –OMC–, cuya materia no puede incorporarse al bloque de constitucionalidad, pues no corresponde a aquellas a las que se refiere el citado artículo 93 superior”.

parámetro de constitucionalidad de las leyes, ya que pueden acarrear la invalidación de una norma legal sometida a control.

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

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

Posteriormente, otras sentencias, como la C-582 de 1999, retoman esa misma distinción, de suerte que esta parecía haberse consolidado en la práctica jurisprudencial de la Corte. Sin embargo, como se verá en la siguiente unidad, las ambigüedades subsisten, pues la propia Corte es imprecisa en el uso de la distinción, lo cual es desafortunado. Es muy probable que esas imprecisiones no tengan efectos jurídicos prácticos importantes, al menos en el ámbito penal, pero

generan un desorden terminológico innecesario y podrían eventualmente tener impactos negativos en términos de seguridad jurídica y de recepción constitucional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Con todo, las anteriores precisiones metodológicas han permitido a la jurisprudencia constitucional decantar el alcance de la figura y delimitar cuáles normas integran esa figura. De esa manera, la Corte ha solucionado en gran medida problemas complejos, como el relativo a los tratados de derechos humanos que no consagraban derechos humanos inderogables o al status de los convenios de la OIT. Y así, poco a poco, la Corte ha sistematizado una doctrina relativamente clara sobre el Bloque de Constitucionalidad.

Esto no quiere decir obviamente que todos los problemas se encuentren resueltos, pues subsisten incertidumbres terminológicas y acerca de la fuerza jurídica de ciertos estándares internacionales de derechos humanos. Sin embargo, a pesar de esos debates constitucionales, que tienen sin lugar a dudas cierta complejidad, lo cierto es que la Corte ha elaborado una dogmática bastante consistente, que permite hoy una aplicación segura y relativamente sencilla del Bloque de Constitucionalidad. La presentación de esa dogmática corresponde a la siguiente unidad de este módulo.

VI. EL TRATAMIENTO ESPECIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO Y EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

El lector habrá constatado que las normas que sin hacer parte del texto constitucional integran el Bloque de Constitucionalidad son esencialmente normas internacionales de derechos humanos. Ahora bien, eso no es exclusivo de Colombia. En otros países sucede algo semejante, por una razón muy sencilla: sus constituciones, al igual que la Carta de 1991, confieren un tratamiento especial y privilegiado a los tratados de derechos humanos¹⁸.

Esta tendencia parece comenzar con la Constitución portuguesa, con su conocido artículo 16, que establece que *“los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración*

18 Sobre ese tratamiento constitucional especial a los tratados de derechos humanos, ver Dulitzki, pp. 34 y ss.; Moncayo pp. 91 y ss., Ayala Corrao y Maneli, pp. 371 y ss.

Universal de Derechos Humanos”. En América Latina, la Constitución Peruana de 1979 parece innovar en ese tratamiento constitucional especial a los tratados de derechos humanos, seguida por las constituciones de Guatemala de 1985 y de Nicaragua de 1987. En el anexo documental, en la parte referida a esta unidad, se encuentran incluidas algunas normas constitucionales que muestran esta tendencia del constitucionalismo contemporáneo, y en especial del constitucionalismo iberoamericano de los años ochenta y noventa, de reconocer un status y una jerarquía particular a los tratados de derechos humanos.

Reflexión personal o discusión en grupo: Durante algunos minutos, reflexione (o discuta con sus compañeros de grupo) cuál o cuáles podrían ser las razones y motivaciones que justifican ese tratamiento especial y privilegiado por el constitucionalismo contemporáneo latinoamericano al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Intente encontrar al menos dos razones políticas y dos razones de técnica jurídica que pudieran justificar y explicar esa evolución constitucional. Sólo después de hacer este ejercicio, continúe con la lectura del módulo.

Esta técnica jurídica y constitucional de conferir un lugar especial a los tratados de derechos humanos se funda en razones conceptuales y políticas sólidas y tiene implicaciones jurídicas muy importantes.

De un lado, ese tratamiento privilegiado se justifica porque existe una afinidad axiológica y normativa profunda entre el Derecho Internacional Contemporáneo, que a partir de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, sitúa a los derechos humanos en su cúspide, y el derecho interno contemporáneo, que ubica de modo equivalente a los derechos constitucionales y fundamentales. Es pues natural que las nuevas constituciones enfaticen esa afinidad confiriendo un status especial a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En segundo término, ese tratamiento especial a los tratados de derechos humanos también se justifica por cuanto dichas convenciones tienen especificidades jurídicas notables. En efecto, mientras que en general los tratados clásicos establecen obligaciones recíprocas entre los Estados y se acuerdan en beneficio mutuo de los Estados, los tratados de derechos humanos tienen la particularidad de que los Estados

los adoptan pero no son sus beneficiarios ni destinatarios, por la sencilla razón de que dichas convenciones están dirigidas a proteger la dignidad de la persona humana.

Ese punto ha sido resaltado por la doctrina, por las cortes internacionales y por los tribunales constitucionales de manera reiterada¹⁹ y tiene al menos una consecuencia jurídica trascendental: a los tratados de derechos humanos no se aplica el principio de reciprocidad, por lo cual un Estado no puede alegar el incumplimiento de un tratado de derechos humanos por otro Estado con el fin de excusar sus propias violaciones de estas normas, por la sencilla razón de que dichos tratados tienen la particularidad de que sus reglas constituyen garantías en beneficio de la persona: se imponen obligaciones a los Estados pero no para su beneficio mutuo sino para amparar la dignidad humana. Por ende, como dice Dulitzky:

“La naturaleza particular de este tipo de convenios justifica el tratamiento especial que diversas Constituciones latinoamericanas le dispensan a los derechos internacionalmente protegidos por tratados. Es obvio que no será lo mismo el efecto interno e internacional que produzca la ratificación de un tratado internacional general que la de un tratado de protección de derechos humanos. Esta es una de las justificaciones por las que los constituyentes se preocupan por darle un especial tratamiento a las convenciones internacionales de derechos humanos (Dulitzky, p. 38)”.

Las anteriores razones se ven fortalecidas si se tiene en cuenta que, en el ordenamiento internacional que se estructura después de la Segunda Guerra Mundial, el respeto de los derechos humanos es considerado como un asunto que directamente preocupa a la comunidad internacional, que progresivamente establece mecanismos para su protección internacional. Por consiguiente, los Estados no pueden invocar su soberanía interna para justificar violaciones a los derechos humanos ya que tienen la obligación internacional de respetarlos. Es pues razonable que para maximizar el cumplimiento de esos mandatos internacionales, los Estados constitucionales confieran a esos estándares internacionales la máxima jerarquía interna.

19 Ver entre otros Corte Interamericana. Opinión Consultiva 01 de 1981, Párr. 24. Igualmente la Opinión consultiva 0C-2 de 1982, Párr. 47. Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva sobre la Convención para la prevención del Genocidio de 1951. Corte Europea de Derechos Humanos. Caso Soering del 7 de julio de 1989, Párr. 87. En Colombia, la Corte Constitucional ha destacado también ese punto. Ver sentencias C-574 de 1992 y C-225 de 1995, Fundamento 9.

Este tratamiento constitucional especial y privilegiado a los tratados de derechos humanos tiene a su vez dos consecuencias normativas muy importantes, que son a su vez dos razones suplementarias que justifican esa técnica constitucional.

De un lado, jurídicamente, ese tratamiento permite sacar, al menos en parte, a los tratados de derechos humanos del complejo debate sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el derecho (monismo y dualismo) en la medida en que la propia Constitución confiere fuerza constitucional especial a las normas internacionales de derechos humanos, sin perjuicio del lugar jerárquico que puedan tener los otros tratados en el ordenamiento jurídico interno. Esto significa que un ordenamiento constitucional puede conferir jerarquía constitucional, o incluso supraconstitucional, a las normas internacionales de derechos humanos, sin que eso signifique obligatoriamente que todos los tratados tienen dicha jerarquía.

Así, la Constitución argentina, después de la reforma constitucional de 1994, establece que, como regla general, los tratados no tienen rango constitucional, aunque tienen jerarquía suprallegal; sin embargo, esa misma reforma confiere rango constitucional a un listado específico de tratados de derechos humanos y posibilita que otros tratados de derechos humanos accedan a ese rango, si el Congreso así lo determina, por una mayoría calificada.

Igualmente, en el caso colombiano, la Corte Constitucional ha precisado que, como regla general, la Constitución prevalece sobre los tratados en el orden interno, en virtud de la cláusula de supremacía constitucional, con excepción de aquellos tratados que tienen un tratamiento constitucional privilegiado y que integran el Bloque de Constitucionalidad, como son los tratados de derechos humanos²⁰.

De otro lado, y directamente ligado a lo anterior, ese tratamiento interno favorable de los tratados de derechos humanos permite una retroalimentación permanente y dinámica entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional en el desarrollo de los Derechos Humanos. Así, las constituciones quedan, en cierta medida, vinculadas, en forma casi automática, a los desarrollos internacionales de los derechos humanos, por el reenvío que el texto constitucional hace al Derecho Internacional de los derechos humanos. Así, en virtud de la vinculación que el artículo 10 de la Constitución española de 1978 establece entre los derechos fundamentales y los tratados de derechos humanos, cuando ordena que los primeros deben interpretarse tomando en consideración los segundos, la doctrina española ha determinado que

20 Ver, entre otras, la sentencia C-400 de 1998, Fundamentos 36 y ss.

21 Para la reseña sintética de esta doctrina, ver Manili, pp. 374 y ss.

España es un “*Estado internacionalmente limitado*” y que la interpretación de los derechos fundamentales no solo debe ser una interpretación “*constitucionalmente adecuada*” esto es, “*conforme a la Constitución*” sino también una interpretación “*internacionalmente adecuada*” esto es, “*conforme al derecho internacional*”²¹.

A su vez, y teniendo en cuenta que, como se explicará más en detalle en la unidad 2, los “*principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas*” son una de las fuentes reconocidas del Derecho Internacional, conforme lo señala el artículo 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia, entonces es razonable que el Derecho Internacional tenga en cuenta los avances del Derecho Constitucional en materia de derechos humanos para el propio desarrollo del Derecho Internacional, pues la adopción constitucional generalizada de determinadas normas de derechos humanos puede ser considerada como una expresión del establecimiento de un principio general de derecho.

De esa manera, se ha desarrollado, al menos en materia de derechos humanos, un verdadero “*derecho constitucional internacional*”, según la terminología de ciertos autores, o un “*derecho de los derechos humanos*”, según otras denominaciones, que surge de la convergencia dinámica entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional, que se auxilian mutuamente en la protección de la dignidad humana²². Por ello es posible hablar de la existencia de una “*doble fuente*” en el desarrollo del derecho de los derechos humanos (Bidart Campos, p. 82), que es dinamizado tanto por el Derecho Internacional como por el Derecho Constitucional, debiendo el intérprete optar, en función del principio de favorabilidad o *pro homine*, que explicaremos en la unidad 2, por la norma más favorable a la realización de la dignidad de la persona.

La técnica de tratamiento constitucional privilegiado, y en especial a los tratados de derechos humanos, y la figura del Bloque de Constitucionalidad que le está asociada, permite entonces a los jueces nacionales aplicar directamente, y de manera preferente, esos estándares internacionales, sin tener que obligatoriamente entrar en el debate sobre si la Carta acoge las tesis monistas, dualistas o de la integración sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el derecho interno. Esto no significa que ese debate no tenga ninguna relevancia en este campo de los derechos

22 Ver Dulitzky., p. 34. La expresión del “derecho de los derechos humanos” es de Ayala Corrao, mientras que la expresión de “derecho constitucional internacional” es defendida contemporáneamente por Flavia Piovesán. Esta última expresión ya había sido defendida con un sentido semejante por Mirkine Guetzevich en los años treinta.

humanos, pues sigue teniendo alguna importancia, como se verá ulteriormente en la unidad 2 de este módulo. Pero ese tratamiento constitucional privilegiado de la normatividad internacional de derechos humanos facilita enormemente su aplicación por los operadores jurídicos nacionales, que ya no conocen los dilemas que podrían enfrentar anteriormente los jueces nacionales.

Así, anteriormente, dichos jueces podían preguntarse si esa normatividad era directamente aplicable o no, ya que a veces se sostiene que un tratado, para poder ejecutarse internamente, requiere normas que lo desarrollen; pero esa preocupación desaparece para los tratados de derechos humanos, pues si la constitución es norma aplicable y dichos tratados están integrados a ella, entonces es claro que el operador jurídico debe aplicar internamente las normas internacionales de derechos humanos. Existe pues una presunción de operatividad y autoejecutabilidad de dichos tratados en el plano interno, por lo cual deben aplicarse, salvo que aparezca claramente que se trata de normas programáticas, como lo ha señalado uniformemente la doctrina y la jurisprudencia argentinas²³, con criterios plenamente aplicables al ordenamiento colombiano, como se explicará más en detalle en la unidad 2 de este módulo.

Igualmente, en el pasado, los jueces podían tener perplejidades frente a una eventual contradicción entre un tratado de derechos humanos y la constitución, pues podían dudar entre aplicar la Carta, en función del respeto de la supremacía constitucional, o el tratado, para no comprometer la responsabilidad internacional. Ese difícil dilema puede ser resuelto más fácilmente ahora, pues si los tratados de derechos humanos se entienden integrados a la Constitución, entonces el eventual conflicto normativo no debe ser resuelto en función del principio jerárquico sino del principio de favorabilidad o *pro homine*, que explicaremos ulteriormente, debiendo aplicarse la norma más favorable a los derechos humanos.

VII. SÍNTESIS DE LA UNIDAD

La noción de Bloque de Constitucionalidad implica asumir que existen una serie de normas que hacen parte de la Constitución por mandato mismo del texto constitucional sin que necesariamente se hallen explicitadas en él. Esas normas son esencialmente estándares internacionales de derechos humanos, debido al tratamiento especial y privilegiado que el constitucionalismo contemporáneo confiere a los tratados de derechos humanos.

23 Ver Vega y Graham, pp. 42 y ss.

El Bloque de Constitucionalidad obliga entonces a entender que la Constitución no es un texto cerrado y rígido, sino que por el contrario está nutrido de una cantidad de enunciados normativos a los que los operadores jurídicos deben acudir en el ejercicio judicial por ser parte integrante de la Carta, de ahí que para evitar vulneraciones a la seguridad jurídica sea necesario identificar cuáles son esos enunciados. Los análisis de derecho comparado y la revisión de la evolución de la jurisprudencia colombiana permiten mostrar que es posible lograr un uso riguroso de este concepto. Así, en Colombia, a pesar de que subsisten algunas polémicas, la Corte Constitucional ha logrado consolidar una dogmática relativamente clara sobre el Bloque de Constitucionalidad.

VIII. AUTOEVALUACIÓN

La autoevaluación de las distintas unidades está construida con base en unas breves preguntas conceptuales y teóricas, pero igualmente con base en un caso transversal, que deberá ser analizado en las distintas unidades.

Preguntas:

- Resuma en dos párrafos qué se entiende por Bloque de Constitucionalidad y cuál es su importancia, sus virtudes y sus riesgos.
- Elabore un ensayo de cuatro párrafos sobre el sistema de fuentes en Colombia, en donde incluya el tema del Bloque de Constitucionalidad.

Caso: Lea cuidadosamente el siguiente caso:

La noche del 3 de julio de 2005, los señores Mario y Carmela Cote celebraban el matrimonio de la mayor de sus dos únicas hijas. En medio de la celebración Iván, el hermano menor de Carmela (23 años) abordó a Camila (18 años), la menor de las hijas Cote, sugiriéndole que salieran del Salón de recepciones a conseguir unos cigarrillos. Los jóvenes salieron pero en las cercanías del lugar no se vislumbraba la existencia de un sitio donde pudieran comprar los mencionados cigarrillos, razón por la cual tuvieron que caminar por varias calles. Mientras iban caminando Iván empezó a acariciar a Camila. Al principio ella no mostró ningún tipo de resistencia por cuanto se trataba de su tío, pero de repente, él se tornó insistente al punto de tratar de besarla, lo que generó el rechazo inmediato de la joven. Ante la negativa, Iván la golpeó fuertemente y en contra de su voluntad la llevó a un parque cercano. Allá nuevamente golpeó la joven al punto de dejarla inconsciente. Aprovechándose de esta

situación la accedió carnalmente. Iván regresó solo a la fiesta, entonces Mario y Carmela indagaron por su hija, él les manifestó que ella se había encontrado unos amigos y se había quedado con ellos, dejando dicho que en un rato volvía a la fiesta. Camila no regresó. Apareció al día siguiente internada en un hospital del centro de la ciudad, con fuertes traumatismos además del diagnóstico que establecía que había sido víctima en las últimas horas de acceso carnal violento. Los padres de Camila al enterarse de la forma en que ocurrieron los hechos deciden interponer la respectiva denuncia. Camila, luego del suceso ha quedado fuertemente traumatizada lo que le impide valerse por sí misma, en atención a los miedos que le producen los recuerdos de los hechos.

a) Dentro del proceso, ni la víctima, ni los familiares realizaron intervención alguna, únicamente hasta el momento de producirse el fallo condenatorio, al enterarse que Iván, a pesar de no haber aceptado los cargos, fue declarado responsable luego de los dictámenes periciales, pero únicamente le habían impuesto una sanción de tan solo cuatro meses de prisión. Entonces Mario y Carmela Cote deciden tramitar en los términos del Código de Procedimiento Penal, un incidente de reparación integral, encaminado, además de obtener el pago de los perjuicios, en aras del derecho a la justicia de su hija, la modificación del fallo.

Usted como Juez de Conocimiento está ante los siguientes interrogantes:

¿Pueden los familiares solicitar dentro del incidente de reparación integral la modificación del fallo, solicitando el aumento de la pena establecida en la sentencia condenatoria, teniendo en cuenta que el concepto de “reparación integral” en el sistema internacional de protección de los derechos humanos no se agota en la mera indemnización de perjuicios? o por el contrario ¿los padres de Camila Cote han debido acudir propiamente a la apelación del fallo?

Si asumiéramos que la respuesta anterior es negativa, esto es, que dentro del incidente de reparación integral no pueden reclamar nada más allá de lo pecuniario, el Código de Procedimiento Penal establece que cuando la pretensión no va más allá del pago efectivo de los perjuicios, el juez debe rechazar la pretensión si quien tramita el incidente no es la víctima. En este caso, usted como juez ¿estaría imposibilitado para darle trámite al incidente de reparación integral por cuanto no es la víctima sino sus padres quienes están tramitando el incidente?

b) Al cabo de tres meses, Camila se practica una prueba de embarazo cuyo resultado es positivo, por lo que decide abortar. Luego de practicarse el aborto, es denunciada por su abuela.

Desde la audiencia de imputación de cargos Camila manifiesta que no puede ser condenada, en tanto que la penalización del aborto en las condiciones en las que ella se lo practicó vulneraría el artículo 93 Superior al desconocer los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, por cuanto estos obligan al Estado Colombiano a proteger la dignidad humana de la mujer, la vida, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad reproductiva, la salud y la seguridad social. Por esto solicita al juez hacer una excepción de inconstitucionalidad al momento de aplicar la norma penal que proscribe la conducta.

Los fundamentos de Camila hacen referencia también a recomendaciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que en varias ocasiones ha señalado su preocupación frente a países como Perú o Colombia, que tienen legislaciones totalmente restrictivas en donde “*el aborto dé lugar a castigos penales incluso si una mujer queda embarazada por violación y que los abortos clandestinos son la principal causa de muerte materna*”, regulación que como tal, en concepto del Comité, somete a las mujeres a tratos crueles, degradantes e inhumanos.

En el mismo sentido Camila acude a otro gran número de recomendaciones: Recomendaciones a Colombia del Comité de Derechos Humanos, encargado de monitorear el PIDCP: “*El comité observa que la violencia contra las mujeres sigue siendo una amenaza grave contra su derecho a la vida y que es preciso ocuparse seriamente de esta cuestión. Así mismo expresa su preocupación por la alta tasa de moralidad de las mujeres a consecuencia de abortos clandestinos*” Mayo 5 de 1997. “*El comité nota con preocupación que la criminalización legislativa de todos los abortos puede llevar a situaciones en las cuales las mujeres tengan que someterse a abortos clandestinos de alto riesgo y en particular le preocupa que las mujeres que hayan sido víctimas de violación o incesto, o cuyas vidas estén en peligro a causa del embarazo puedan ser procesadas por haber incurrido a tales procedimientos. El Estado parte debería velar para que la legislación aplicable al aborto sea revisada para que los casos anteriormente descritos no constituyan una ofensa penal*”. Mayo 26 de 2004. La Recomendación General No. 24 sobre mujer y salud, de la Comisión encargada de la vigilancia de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), ratificada por Colombia el 19 de enero de 1982: El Comité que monitorea la CEDAW estableció que la criminación de prácticas médicas que sólo requieren las mujeres, como el aborto, constituye una violación del derecho a la igualdad.

Al momento de rendir este concepto, se encontraba para sanción del Presidente de la República, el protocolo facultativo al CEDAW, que recoge en algo esta recomendación. Recomendaciones a Colombia del Comité para la eliminación de

la discriminación contra la mujer, encargado de monitorear la CEDAW: “*El Comité nota con gran preocupación que el aborto, que es la segunda causa de muertes maternas en Colombia, es castigado como un acto ilegal. No existen excepciones a esta prohibición, ni siquiera cuando la vida de la madre está en peligro, es necesario para salvaguardar la salud física o mental de la madre, o en casos en que la madre ha sido violada. Al Comité también le preocupa que las mujeres que buscan tratamientos de aborto inducido, las mujeres que buscan un aborto ilegal y los doctores que las practican sean procesados penalmente. El comité cree que la normatividad sobre aborto constituye una violación a los derechos a la salud y vida de las mujeres y al artículo 12 de la Convención. El Comité hace un llamado al gobierno para que tome las acciones inmediatas que deroguen esta legislación. Además, le pide al gobierno proveer estadísticas de manera regular sobre los índices de mortalidad materna por regiones*”.

Febrero 3 de 1999. Recomendaciones a Colombia del Comité de Derechos del niño/a, encargado de monitorear la Convención por los Derechos del Niño/a: “*... Preocupan también al Comité las elevadas tasas de mortalidad materna y de embarazo de adolescentes, así como el insuficiente acceso de estas a los servicios de asesoramiento y de educación en materia de salud reproductiva. A este respecto, es inquietante que la práctica del aborto sea la principal causa de mortalidad materna (véase la preocupación expresada por el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer en el párrafo 393 de A/54/38)*” Octubre 16 de 2000. Recomendaciones a Colombia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “*El Código Penal vigente en Colombia, en su capítulo III tipifica el aborto como un delito contra la vida y la integridad personal. La pena establecida en el artículo 343 de dicho Código es de uno a tres años de prisión para la mujer que lo practica, o permite que otro se lo practique. La CIDH observa que incluso está penado el aborto en los casos de la mujer embarazada por acceso carnal violento, abusivo o inseminación artificial no consentida (artículo 345 del Código Penal – ‘circunstancias específicas’). Según la información suministrada a la Comisión, a pesar de las normas citadas, en Colombia se verifican unos 450.000 abortos inducidos por año (1) la criminalización del aborto, unida a las técnicas anticuadas y las condiciones antihigiénicas en que se realiza esta práctica, hacen que la misma constituya la segunda causa de muerte materna en Colombia (2). Según estadísticas presentadas por el Estado, el 23% de las muertes maternas en Colombia son resultado de aborto mal practicados (3)*”.

Febrero 26 de 1999.

Usted, con base en una interpretación fundada en el Bloque de Constitucionalidad ¿cómo construiría una respuesta a la solicitud de Camila? Es importante que usted logre determinar para el caso, ¿qué normas, disposiciones y/o recomendaciones hacen parte del bloque?

Luego de haber resuelto el caso, reflexione sobre qué aspectos de la dogmática del Bloque de Constitucionalidad aún considera que no maneja apropiadamente. Esperamos que la siguiente unidad contribuya a precisarlos.

UNIDAD 2

DOGMÁTICA GENERAL DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD



Identificar con precisión la metodología a partir de la cual es posible establecer una sistematización del Bloque de Constitucionalidad en el sistema de fuentes en Colombia y su nexo con el principio de legalidad, de tal forma que le permitan al funcionario establecer qué enunciados normativos hacen parte del Bloque de Constitucionalidad en el contexto colombiano.



- Presentar elementos teóricos y prácticos que permitan aumentar el control racional de la fundamentación del uso judicial del Bloque de Constitucionalidad.
- Distinguir las técnicas de reenvío normativo en la construcción del Bloque de Constitucionalidad en el derecho comparado para un mejor entendimiento de la alternativa compleja que presenta la Carta Constitucional colombiana.
- Analizar los problemas dogmáticos que puede suscitar la aplicación de la figura y establecer pautas para superar los mismos.
- Relacionar el Bloque de Constitucionalidad con el sistema de fuentes al cual debe acudir el juez en el ejercicio de sus funciones cuando aplica la constitución.
- Precisar el lugar que ocupan en el Bloque de Constitucionalidad los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y la función normativa que cumplen.
- Discutir la incorporación o no al Bloque de Constitucionalidad de estándares normativos internacionales de derechos humanos, pero que no son tratados o convenios, como la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos o el llamado *soft law*

- **Instrucciones:** Recuerde que las actividades pedagógicas que se incluyen en este módulo desarrollan, desde un enfoque constructivista, un proceso de autoevaluación transversal, donde usted como lector podrá determinar individualmente sus avances con mayor facilidad, lo cual representará un valor adicional cuando realice procesos de interacción con otros lectores. Por ello cada unidad se acompaña de unos ejercicios prácticos. Al finalizar la lectura del contenido de cada unidad temática, puede volver sobre los ejercicios iniciales y establecer: (i) diferencias y/o avances frente a los planteamientos iniciales propios, (ii) dudas que persisten luego de la lectura, (iii) consideraciones críticas. Esta forma de trabajo, le brindará insumos adicionales para el momento en que entre en contacto a través de las mesas de trabajo con los demás lectores. Para identificar las actividades pedagógicas y distinguirlas del texto que desarrolla los conceptos u ofrece información, dichas actividades pedagógicas han sido resaltadas.

I. LOS PROBLEMAS GENERALES QUE DEBE ABORDAR UNA DOGMÁTICA CONSTITUCIONALMENTE ADECUADA DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Las discusiones de la unidad precedente permiten sistematizar las preguntas básicas que debe responder una dogmática apropiada del Bloque de Constitucionalidad. Estas tienen que ver con cuatro aspectos esenciales: (i) su naturaleza y función, lo cual permitirá a su vez mostrar la relación entre el Bloque de Constitucionalidad, el sistema de fuentes y el principio de legalidad; (ii) el procedimiento de incorporación de nuevos principios y derechos; (iii) el listado de normas que lo integran; y (iv) si existen reglas para solucionar eventuales conflictos entre normas contradictorias que hagan parte del bloque.

Una dogmática constitucionalmente adecuada debe entonces sugerir respuestas rigurosas en los cuatro campos, que además permitan que la figura siga jugando un papel dinámico en la recepción jurídica de los derechos humanos. En términos generales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dado respuesta a esos interrogantes, como se estudiará en esta unidad, aunque obviamente subsisten dudas importantes.

II. SIGNIFICADO CONCEPTUAL DEL BLOQUE Y EL SISTEMA DE FUENTES

La definición y caracterización del “Bloque de Constitucionalidad” ha generado alguna controversia en la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional. Así, como

se vio en la unidad pasada, la Corte ha hablado del bloque para referirse a (i) las normas de rango constitucional, a (ii) los parámetros de constitucionalidad de las leyes y a (iii) las normas que son constitucionalmente relevantes en un caso específico. Y como ya se explicó, esos conceptos, aunque tienen relaciones, son diversos, por lo que no parece apropiado usar la misma expresión para hacer referencia a ellos.

La distinción entre bloque en sentido lato y en sentido estricto, propuesta por la propia Corte desde 1997, fue un avance sustancial, pues introduce un cierto orden terminológico.

En general, la jurisprudencia se refiere al Bloque de Constitucionalidad, en sentido estricto, como las normas que tienen jerarquía constitucional, sin importar cuál sea la norma que produce su integración al bloque, para distinguirlo del bloque en sentido lato, que contiene además aquellas disposiciones que sin tener jerarquía constitucional son parámetros de constitucionalidad de las otras leyes, como las leyes estatutarias y orgánicas.

El Bloque de Constitucionalidad se encuentra entonces profundamente ligado al sistema de fuentes en Colombia, pues define el alcance mismo de las normas que tienen fuerza y jerarquía constitucional (bloque en sentido estricto), así como de otros principios y derechos, que sin tener estrictamente jerarquía constitucional, tienen una fuerza supralegal, pues constituyen parámetros de constitucionalidad de las leyes y disposiciones de menor jerarquía (bloque en sentido amplio). De esa manera, la noción de Bloque de Constitucionalidad no debe entenderse como una autorización para que el operador judicial se desentienda de las disposiciones de menor jerarquía, como las leyes, pues los jueces deben respetar el principio de legalidad, especialmente en materia penal.

Sin embargo, la toma en consideración de los principios y derechos incorporados en el bloque es necesaria, pues en el sistema de fuentes colombiano la Constitución es norma de normas y debe aplicarse de manera preferente, por lo que el operador jurídico no sólo debe inaplicar las disposiciones legales contrarias a la Carta sino que, además, debe interpretar las leyes desde los principios y valores constitucionales. Y cuando se habla de la Constitución pues debe entenderse no sólo el texto constitucional sino además los derechos y principios que se encuentran incorporados al Bloque de Constitucionalidad.

Ahora bien, la distinción entre bloque en sentido estricto y en sentido lato, no significa que los problemas conceptuales sobre el significado de la figura hayan desaparecido, pues han subsistido ciertas confusiones, que pueden tener efectos prácticos negativos. Por ejemplo, se considera que la sentencia T-568 de 1999 tuvo razón en señalar que una recomendación concreta del Comité de Libertad Sindical de la OIT sobre un caso específico tenía una gran importancia para resolver ese caso; era pues una norma singular constitucionalmente relevante. Creo incluso que tuvo razón en defender su obligatoriedad. Pero parece inadecuado indicar que esa resolución hace parte del Bloque de Constitucionalidad, ya que esa recomendación sólo tenía trascendencia en ese asunto específico, mientras que la expresión “Bloque de Constitucionalidad” debe reservarse para hacer referencia a pautas normativas más generales y estables. Esto explica que la Corte, en decisiones ulteriores, aunque reconoce fuerza jurídica a las recomendaciones y decisiones concretas de los organismos internacionales, se abstiene de señalar que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, lo cual ha consolidado el significado de la figura.

Así, la sentencia T-558 de 2003 defendió la fuerza vinculante interna de las recomendaciones de la Comisión Interamericana, pero sin incluirla dentro de las normas del Bloque de Constitucionalidad, como se verá ulteriormente (Ver infra punto 11).

De otro lado, y más problemático aún, algunas decisiones de la Corte en los últimos años, y en especial en el 2005, parecen conferir un significado diverso a la distinción entre Bloque de Constitucionalidad en sentido lato y en sentido estricto, que la propia Corte había desarrollado en años precedentes, lo cual puede ser una simple imprecisión conceptual sin implicaciones jurídicas prácticas importantes; o podría tener consecuencias específicas e implicar incluso un cierto retroceso en el proceso de incorporación constitucional de los estándares internacionales de derechos humanos.

Conviene pues analizar brevemente ese desafortunado doble entendimiento del significado de la distinción en la jurisprudencia de la Corte y sus posibles implicaciones jurídicas. Pero en la medida en que esa ambigüedad se encuentra vinculada al análisis de las “normas de remisión” o técnicas que la Carta de 1991 prevé para la incorporación de normas o principios al Bloque de Constitucionalidad, conviene examinar previamente esas normas de remisión antes de volver más en detalle al problema de la distinción entre bloque en sentido amplio y en sentido estricto (Ver punto IV de esta unidad).

III. LAS TÉCNICAS DE REENVÍO NORMATIVO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL BLOQUE

La forma de hacer compatible la figura del “Bloque de Constitucionalidad” con la naturaleza escrita y suprema de la Constitución ha sido la defensa de un procedimiento estricto de incorporación de normas al bloque, ya sea en sentido estricto o lato. Esto explica la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, según la cual, para que un derecho o principio ingrese al bloque es necesario que exista una regla constitucional clara que ordene su inclusión. Por ende, el problema es determinar cuáles son las técnicas de remisión admitidas por nuestra Constitución y establecer un orden sistemático entre ellas.

Una breve referencia al derecho comparado es útil para resolver ese interrogante, ya que permite establecer una cierta tipología de las formas de remisión. Esa tipología puede fundarse en dos criterios básicos: de un lado, a qué tipos de normas o valores remiten las constituciones y, de otro lado, con qué propósito se realiza dicha remisión.

Así, desde el punto de vista de los textos, principios o valores a los cuales remiten las constituciones, en el fondo parecen existir cinco técnicas básicas de reenvío, que es posible clasificar, desde las más cerradas y jurídicamente seguras, hasta las más abiertas y complejas, así¹: (i) la remisión a textos cerrados y definidos, como cuando varias constituciones latinoamericanas incorporan la CADH; (ii) el reenvío a textos cerrados, pero cuya determinación suscita algunas polémicas e incertidumbres, como cuando el Preámbulo de la Constitución de Francia de 1946 (que hace parte del bloque por la remisión del Preámbulo de la Carta de 1958) a su vez remite “a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”, pues no se sabe taxativamente cuáles son esas leyes ni esos principios; (iii) la remisión a textos por desarrollar, como cuando la Constitución española se refiere a los estatutos de autonomía que serían ulteriormente aprobados; (iv) las remisiones abiertas a valores y principios, como la cláusula de derechos innominados de la IX enmienda de la Constitución estadounidense; y (v) finalmente, la remisión a otros valores por medio del uso de conceptos particularmente indeterminados, como la cláusula del debido proceso sustantivo en Estados Unidos, en donde los debates en torno a la integración del bloque se confunden con los problemas de interpretación.

1 En este punto, me baso en la tipología que propuse desde el primer trabajo que elaboré sobre el tema. Ver Uprimny 2001.

De otro lado, desde el punto de vista de la función que cumplen dichas remisiones, es posible, siguiendo la tipología de otros autores², hablar de cinco formas de cláusulas remisorias: (i) las cláusulas jerárquicas, que son aquellas en donde la constitución incorpora al ordenamiento interno una norma internacional de derechos humanos y le atribuye una jerarquía especial, como cuando ciertas constituciones latinoamericanas confieren jerarquía constitucional a la CADH; (ii) las cláusulas interpretativas, en donde el propósito de la remisión es que las normas constitucionales sean interpretadas tomando en cuenta otros textos o valores, en especial normas internacionales de derechos humanos, siendo un ejemplo clásico, el artículo 10 de la Constitución española, según el cual, *“las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España”*; (iii) las cláusulas definitorias de procedimientos especiales, como aquellas que prevén mecanismos particulares para la aprobación o denuncia de un tratado de derechos humanos, como cuando el artículo 142 de la constitución paraguaya establece que la denuncia de un tratado de derechos humanos debe hacerse *“por los procedimientos que rigen para la enmienda”* de la constitución; (iv) las cláusulas de apertura, cuya función esencial es evitar que el listado de derechos constitucionales se entienda como cerrado, siendo obviamente la más importante y usual la norma que reconoce derechos innominados o no enumerados; y (v) finalmente las cláusulas declarativas, en donde el texto constitucional menciona otros textos jurídicos u otros principios y reconoce su importancia, pero sin que aparezca inmediatamente el propósito de dicha declaración, como cuando los preámbulos constitucionales mencionan los derechos de la persona como una de las bases del Estado.

Como es obvio, en estos últimos casos, uno de los debates jurídicos más usuales consiste en determinar qué fuerza jurídica puede tener esa cláusula declarativa; por ejemplo, puede debatirse si esta tiene un valor puramente simbólico, o si equivale a una cláusula interpretativa o si tiene incluso el valor de una norma jerárquica.

Actividades pedagógicas

Investigación: Examine las normas de distintas constituciones relativas a tratados de derechos humanos, como las que figuran en el anexo de la unidad primera, y determine si existen otras técnicas de remisión normativa distintas a las planteadas en este módulo.

² En especial, en este punto me baso en Dulitzky, pp. 41 y ss., pero modificó parcialmente su tipología.

La conformación del “Bloque de Constitucionalidad” en Colombia es muy compleja y polémica, porque, desde el punto de vista de los textos o normas a los cuales remite, nuestra Carta no recurre a la técnica más segura (remisión a textos cerrados precisos) pero en cambio incorpora todas las otras formas de reenvío: así, hay remisiones a textos cerrados pero indeterminados, pues la Constitución se refiere genéricamente a los convenios de la OIT (C.P. Art. 53) y a ciertos tratados de derechos humanos y derecho humanitario (C.P. Arts. 93 y 214).

Igualmente, la Carta confiere especial fuerza a textos por desarrollar, como las leyes orgánicas y estatutarias (C.P. Arts. 151, 152, 153 y 214) o los nuevos convenios de derechos humanos que Colombia pueda ratificar (C.P. Arts. 53, 93 y 214). La Constitución también establece remisiones indeterminadas, como la cláusula de derechos innominados del artículo 94. Y, finalmente, la Carta recurre a varios conceptos particularmente abiertos, pues indica que Colombia está fundada en el respeto de la dignidad humana, en la primacía de los derechos inalienables de la persona (C.P. Arts. 1º y 3º), y que es deber del Estado asegurar la vigencia de un orden justo (C.P. Art. 2º).

De otro lado, desde el punto de vista de las funciones que tienen dichas remisiones, nuestra constitución también prevé todas las formas de cláusulas remisorias que pueden teóricamente considerarse. Así, el inciso primero del artículo 93 es una típica cláusula jerárquica, mientras que el inciso segundo es una forma muy usual de cláusula interpretativa. Por su parte, las normas que regulan la formación de las leyes estatutarias u orgánicas pueden ser asimiladas a cláusulas definitorias de procedimientos especiales, y la Carta también contiene normas declarativas y de apertura, como los artículos 5º y 94 que reconocen la primacía “de los derechos inalienables de la persona” y prevén los derechos innominados.

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

Dada esa complejidad y densidad de las remisiones normativas previstas en nuestra Carta, resulta apenas normal que la Corte haya a veces dudado sobre cómo

integrar el “Bloque de Constitucionalidad”. Sin embargo, aunque el tema seguirá siendo polémico, la propia evolución de la jurisprudencia constitucional ha permitido armonizar esas distintas técnicas de reenvío en una dogmática aceptable, con base en unas pocas reglas básicas.

En primer término, la Corte ha mantenido su prudencia en relación con las cláusulas muy abiertas, como la prevista por el artículo 94 o por los conceptos excesivamente indeterminados. Y esto es razonable, pues esas normas sólo deberían constituir argumentos válidos y suficientes para reconocer principios constitucionales en casos extremos, y poco probables, en donde exista un determinado derecho o valor que no tenga consagración expresa en la Constitución ni en ningún tratado de derechos humanos, pero haya adquirido una aceptación y relevancia social, que sea necesaria su incorporación al bloque.

Por ello es importante destacar que la Corte ha utilizado en muy pocas ocasiones ese artículo 94 para incorporar derechos en el “Bloque de Constitucionalidad”, y cuando lo ha hecho, también ha recurrido a otros argumentos jurídicos: referencias a tratados de derechos humanos o a otros artículos constitucionales³. Esto muestra que en el desarrollo del “Bloque de Constitucionalidad”, la Corte ha optado por incorporar textos de tratados de derechos humanos, y no vagas nociones de filosofía política, con lo cual ha evitado extender indebidamente el alcance de esa noción.

En segundo término, la Corte en general ha asumido que los artículos 151, 152 y 153 de la Carta deben ser considerados cláusulas de remisión para integrar el bloque en sentido lato, pues esas normas determinan que las leyes ordinarias deben respetar los mandatos conferidos por las leyes orgánicas y estatutarias. Este tipo de leyes –estatutarias y orgánicas– si bien no tienen rango constitucional, representan entonces parámetros de constitucionalidad de las leyes ordinarias.

3 Son pocos los casos en donde el artículo 94 constituyó un argumento importante para que la Corte reconociera rango constitucional a un derecho. Podrían citarse el derecho de las personas a conocer su filiación jurídica (Sentencia C-109 de 1995) y el derecho de toda persona a su identidad, que incluye el derecho a la identidad sexual (sentencia T-477 de 1995); pero en ambos casos, la Corte mostró que si bien esos derechos no estaban expresamente reconocidos por la Constitución o por los tratados ratificados por Colombia, sin embargo se desprendían tácitamente de otras disposiciones, como el derecho a la personalidad jurídica o al libre desarrollo de la personalidad. El artículo 94 de la Carta fue entonces más un argumento de refuerzo que un fundamento autónomo para que la Corte concluyera que esos derechos tenían rango constitucional.

Sin embargo, en este aspecto subsisten algunas dudas, pues la sentencia C-708 de 1999 señaló que únicamente la Ley Estatutaria de Estados de Excepción hace parte del bloque en sentido lato, pues es la única que es mencionada expresamente por un artículo constitucional distinto del 152 y del 153, en la medida en que el artículo 214 sobre estados de excepción establece específicamente que “una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos”.

Actividad Pedagógica

Reflexión y análisis jurisprudencial. La anterior tesis ha sido criticada. Algunos consideran que del mandato del artículo 214 superior no se puede inferir que las otras leyes estatutarias no condicionan la constitucionalidad de las leyes ordinarias, pues es obvio que no puede una ley ordinaria modificar una ley estatutaria. Por ello, en varias sentencias anteriores, la Corte había incorporado genéricamente todas las leyes estatutarias en el bloque en sentido amplio. ¿Qué opina usted de esa crítica?

En tercer término, y este era el punto más complejo, era necesario armonizar el inciso primero del artículo 93 con el segundo inciso de ese mismo artículo, y con el artículo 53 sobre los convenios de la OIT, ya que esas tres normas son las que han suscitado mayores controversias doctrinarias y jurisprudenciales. La dificultad reside en que estas disposiciones parecen establecer mandatos contradictorios, pues el artículo 93-1 confiere jerarquía constitucional únicamente a los tratados ratificados que reconocen derechos intangibles –como los convenios de derecho humanitario–, mientras que el inciso segundo parece constitucionalizar todos los tratados ratificados por Colombia. Y, por su parte, el artículo 53 parece conferir a los convenios de la OIT una fuerza meramente legal. Sin embargo, a pesar de esas tensiones, la jurisprudencia ha logrado una cierta armonización de estos tres mandatos, aunque subsisten algunas dudas, como se explica brevemente en los siguientes puntos.

Actividad Pedagógica

Reflexión normativa. Antes de leer la presentación de la jurisprudencia de la Corte en la materia, reflexione unos minutos cómo se podrían armonizar los tres mandatos de los artículos 93-1, 93-2 y 53 de la Constitución. Redacte un texto al respecto. En caso de que trabaje en grupo el módulo, realicen una discusión sobre ese punto. Solo después de haber realizado ese ejercicio, proceda a leer los párrafos que siguen.

IV. LA ARMONIZACIÓN DE LAS NORMAS DE REENVÍO DE LOS DOS INCISOS DEL ARTÍCULO 93 DE LA CONSTITUCIÓN Y EL PROBLEMA DE LA DISTINCIÓN ENTRE “BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD” EN SENTIDO ESTRICTO Y EN SENTIDO LATO

Debido a la tensión normativa entre el artículo 93-1 y el 93-2 de la Carta, durante algún tiempo se generó una controversia en lo atinente a la cuestión de si hacían parte del “Bloque de Constitucionalidad” todos los tratados de derechos humanos, o únicamente aquellas normas contenidas en estos referidas a los llamados derechos intangibles que, conforme a la CADH y al PIDCP, son aquellos que no pueden ser suspendidos en estados de excepción. Por su enorme importancia en este tema, conviene transcribir literalmente los dos incisos primeros de ese artículo 93, los cuales estipulan:

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

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

En una primera fase, la Corte desarrolló la doctrina de que únicamente hacían parte del “Bloque de Constitucionalidad” los componentes de los tratados de derechos humanos relativos a normas que no pueden ser limitados en estados de excepción, con base en el mandato de prevalencia de esas normas en el orden interno, según la cláusula de incorporación del inciso primero del artículo 93⁴. Sin embargo, poco a poco, la Corte concluyó que esa interpretación era restrictiva, puesto que la segunda parte del artículo 93 establece que los derechos constitucionales deberán interpretarse de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, sin establecer el requisito de la prohibición de limitación en estados de excepción.

Esta cláusula de interpretación parece entonces conferir fuerza constitucional a todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, al menos para

⁴ En particular ver las sentencias C-327 de 1997, Fundamento 3, C-191 de 1998 y C-582 de 1999.

efectos de determinar el contenido de los derechos ya reconocidos en la Constitución. Por ello, entre otras, la sentencia T-483 de 1999 debió analizar si una restricción a la libertad de movimiento era o no válida, y entonces fundamentó su análisis en los artículos 12 del PIDCP y 22 de la CADH, que consagran ambos la libertad de movimiento. A pesar de que ambos tratados prevén la suspensión de ese derecho en los estados de excepción⁵, y que por ende, conforme al inciso primero del artículo 93, esos artículos no son de aquellos que prevalecen en el orden interno, la Corte consideró que en virtud del inciso segundo del artículo 93, esos dos artículos hacían de todos modos parte del “Bloque de Constitucionalidad”, ya que “*para efectos de interpretar los referidos derechos (libertad de movimiento) las normas de los tratados en referencia (los artículos citados del Pacto y de la Convención) tienen carácter prevalente en el orden interno, formando por lo tanto parte del ‘Bloque de Constitucionalidad’*”.

Con base en esta evolución, la Corte progresivamente desarrolló en ciertas sentencias la tesis de que todos los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional y hacen parte del “Bloque de Constitucionalidad”, aunque los incisos primero y segundo cumplen funciones distintas⁶. La sentencia T-1319 de 2001, fundamento 12, sintetizó lo anterior en los siguientes términos:

El artículo 93 de la Constitución contempla dos hipótesis normativas distintas.

Cada una de las hipótesis establece mandatos de incorporación al “Bloque de Constitucionalidad”, de alcance diferente. El inciso primero incorpora, por vía de prevalencia, los derechos humanos que no pueden limitarse bajo estados de excepción. La norma constitucional no establece relación alguna entre normas constitucionales y las disposiciones que se incorporan al ordenamiento jurídico nacional. De ahí que pueda inferirse que se integran al “Bloque de Constitucionalidad” inclusive derechos humanos no previstos en la Constitución, que cumplan con el requisito mencionado.

El inciso segundo, por su parte, ordena que los derechos y deberes previstos en la Constitución se interpreten de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Así, esta vía de incorporación está sujeta a que el derecho humano o el deber, tengan su par en la Constitución

5 Ver el artículo 27 de la CADH y el artículo 4º del PIDCP, que no prevén que la libertad de movimiento sea uno de los llamados derechos intangibles, que no pueden ser suspendidos en estados de excepción.

6 Ver, entre otras, las sentencias C-10 de 2000, T-1303 de 2001 y T-1319 de 2002.

pero no requiere que el tratado haga referencia a un derecho no suspendible en estados de excepción.

En tales condiciones, el inciso primero del artículo 93 de la Carta permite incorporar ciertos derechos y principios al “Bloque de Constitucionalidad”, incluso cuando estos no han sido reconocidos por el articulado constitucional, pero para ello se requiere que sean derechos no limitables en estados de excepción. Este artículo 93-1 adquiere entonces una verdadera eficacia cuando se trata de derechos o principios que no aparecen expresamente en el articulado constitucional, pero que se refieren a derechos intangibles incorporados en tratados ratificados por Colombia. Por su parte, el inciso segundo del artículo 93 superior tiene otra finalidad, pues esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia. Ahora bien, los convenios en esta materia suelen incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad, según la cual no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

Esta jurisprudencia ha sido reiterada en numerosos casos ulteriores, en donde la Corte ha señalado que prácticamente todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia tienen rango constitucional y hacen parte del “Bloque de Constitucionalidad”⁷. Esta tesis es razonable, pues el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución ordena que los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, por lo que debe reconocerse el rango constitucional que tienen todos esos tratados, al menos para determinar el alcance de derechos ya reconocidos por la Constitución, sin importar si las normas internacionales hacen o no referencia a derechos limitables en estados de excepción.

Por ende, conforme a esa evolución jurisprudencial, las únicas normas de tratados de derechos humanos ratificados por Colombia que no tendrían rango constitucional serían aquellas que desarrollen derechos (i) que sean limitables en estados de excepción y (ii) que no estén reconocidos en la Constitución colombiana, pues en esos casos no se aplicaría ninguno de los dos incisos del artículo 93 de la

⁷ Ver, entre otras, las sentencias C-551 de 2003, Fundamento 279, SU-058 de 2003 y C-038 de 2004, Fundamento 20.

Carta. Se trata de situaciones excepcionalísimas debido a la amplitud de la carta de derechos de la Constitución de 1991⁸.

Ahora bien, la anterior tesis debería conducir obviamente a incorporar en el “Bloque de Constitucionalidad” en sentido estricto todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, pues si lo que distingue el “Bloque de Constitucionalidad” en sentido estricto y en sentido lato es esencialmente un problema de jerarquía constitucional, entonces deberían hacer parte del bloque en sentido estricto todas las normas que tienen fuerza y jerarquía constitucional, sin importar cuál es la cláusula de remisión. Y por ende tanto los tratados de derechos humanos incorporados por la cláusula jerárquica del inciso primero del artículo 93, como aquellos otros tratados incorporados para efectos hermenéuticos por la cláusula interpretativa del inciso segundo de ese artículo, tienen rango constitucional y deben entenderse como normas integrantes del “Bloque de Constitucionalidad” en sentido estricto.

La anterior conclusión parece bastante obvia; desafortunadamente el lenguaje y la argumentación de varias sentencias de la Corte Constitucional, en especial de algunas dictadas en el año 2005, va en otro sentido, pues indican que la única norma que incorpora tratados de derechos humanos al “Bloque de Constitucionalidad” en sentido estricto es el inciso primero del artículo 93, mientras que el inciso segundo no tendría esa virtualidad, ya que dicha disposición incorporaría esos tratados al “Bloque de Constitucionalidad” en sentido lato.

Por ejemplo, la sentencia C-401 de 2005, al estudiar la fuerza jurídica de los convenios internacionales de la OIT, habló de los convenios que “*forman parte del Bloque de Constitucionalidad*” en sentido lato (C.P. Art. 93, inciso 2), en razón a que son un referente para interpretar los derechos de los trabajadores y darle plena efectividad al principio fundamental de la protección del trabajador (C.P., art. 1) y al derecho al trabajo (C.P. Arts. 25 y 53)” y los diferenció de aquellos tratados que prohíben la limitación de un derecho

8 Sin embargo, incluso en ese evento, sería razonable sostener que también esas normas internacionales de derechos humanos tienen jerarquía constitucional, pero en ese caso la norma remisoria no sería el artículo 93 sino la cláusula de derechos innominados del artículo 94 superior. En efecto esa disposición establece que la “*enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos*” (subrayado mío). Nótese pues que esa disposición hace referencia a los derechos reconocidos en los “convenios internacionales vigentes”, con lo cual parece reconocerles fuerza constitucional a todos los derechos incorporados en tratados de derechos humanos.

humano durante un estado de excepción, frente a los cuales “corresponde a la Corte señalar específicamente su pertenencia al ‘Bloque de Constitucionalidad’ en sentido estricto (C.P., art. 93, inciso 1)”. (Fundamento 20).

Igualmente, en otras sentencias, algunas referidas a la constitucionalidad de ciertas normas del nuevo código de procedimiento penal, la Corte parece adherir a esa diferenciación conceptual, pues solo toma en cuenta como normas que integran el “Bloque de Constitucionalidad” en sentido estricto aquellas disposiciones de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia que hacen referencia a derechos no limitables en estados de excepción⁹.

Este uso de esas sentencias de la distinción entre bloque en sentido estricto y en sentido lato para referirse al efecto diferenciado de los incisos primero y segundo del artículo 93 de la Constitución, si bien es explicable por la propia evolución de la jurisprudencia de la Corte, es jurídicamente muy problemático.

Es explicable al menos por dos razones: de un lado, por cuanto es indudable que es necesario distinguir los efectos normativos de los dos incisos primeros del artículo 93, por lo cual podría eventualmente pensarse en denominar de manera diversa dichos efectos; y de otro lado, por cuanto es cierto que inicialmente la norma esencial que fue usada por la Corte para incorporar estándares internacionales de derechos humanos al “Bloque de Constitucionalidad” fue el artículo 93-1 de la Carta y por ello incluso en ciertas sentencias, a mi juicio equivocadas, la Corte negó la incorporación como parámetro de constitucionalidad de las leyes de normas de tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, simplemente porque no hacían referencia a derechos no limitables en estados de excepción, a pesar de que esas disposiciones internacionales trataban de derechos reconocidos por la Constitución¹⁰.

Sin embargo, una vez que la Corte, con toda razón, reconoció expresamente a partir de 1999 que el inciso segundo del artículo 93 constitucionaliza los tratados de

9 Ver, por ejemplo, las sentencias C-148 de 2005, C-592 de 2005 y C-828 de 2005.

10 Ver por ejemplo la sentencia C-327 de 1997, Fundamento 3, que niega que los artículos de la CADH y del PIDCP sobre libertad de movimiento sean parámetros de constitucionalidad, pues esos tratados autorizan la limitación de ese derecho en los estados de excepción. Esa tesis es desafortunada, pues si el inciso segundo del artículo 93 establece que los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, si la Constitución reconoce la libertad de movimiento y si Colombia ratificó la CADH y el PIDCP, ¿entonces cómo puede uno dejar de tomar en cuenta las normas de la CADH y del PIDCP sobre libertad de movimiento para determinar el contenido constitucional protegido de la libertad de movimiento?

derechos humanos y los incorpora al “Bloque de Constitucionalidad”, al menos para efectos de determinar el contenido de los derechos constitucionales ya reconocidos por la Carta (efecto interpretativo de esa cláusula de remisión), entonces debió incluir en el “Bloque de Constitucionalidad” en sentido estricto todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, y no únicamente las cláusulas referidas a derechos no limitables en estados de excepción.

Y la razón es clara, si el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución ordena que los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, ¿cómo puede entonces negarse el rango constitucional que tienen esos tratados, al menos para determinar el alcance de derechos ya reconocidos por la Constitución, sin importar que hagan o no referencia a derechos limitables en estados de excepción? Sin embargo, por una especie de inercia jurisprudencial, la Corte siguió manteniendo en ciertas sentencias la tesis de que la norma que incorporaba derechos contenidos en tratados era básicamente el inciso primero del artículo 93.

El uso de la distinción entre bloque en sentido lato y estricto para referirse a los dos incisos del artículo 93 de la Constitución es entonces jurídicamente problemático, por cuanto conduce al siguiente dilema: o la Corte está atribuyendo un sentido a esa distinción que no tendría mayores consecuencias jurídicas, pero que es desafortunado, por cuanto es confuso conceptualmente; o, lo que sería más grave, que la nueva jurisprudencia de la Corte estaría degradando la fuerza normativa interna de los tratados de derechos humanos, que no hacen referencia a derechos no limitables en estados de excepción, pues estos ya no tendrían rango constitucional sino meramente supralegal.

Todo indica que sucede más bien lo primero. Se trata de un equívoco conceptual, que es deseable que sea precisado por la doctrina y por la jurisprudencia constitucional, pero que no afecta la aplicación con rango constitucional de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia.

Así, la distinción originaria entre bloque en sentido lato y estricto era clara; se limitaba a distinguir entre normas que eran todas parámetros de constitucionalidad de las leyes, en la medida en que las leyes ordinarias debían respetarlas, pero precisando que algunas tenían jerarquía constitucional (bloque en sentido estricto) y otras jerarquía supralegal, pero no rango constitucional (bloque en sentido lato). Ejemplo de las primeras eran precisamente los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, mientras que ejemplos de las segundas eran las leyes estatutarias.

Esa distinción entre bloque en sentido estricto y lato, en términos de jerarquía constitucional, no tiene en general mayor impacto en la práctica jurídica, pues en todos los casos, los operadores judiciales deben tomar en cuenta todas las normas integrantes del “Bloque de Constitucionalidad” al decidir un caso específico, y por ello deben determinar el alcance de la legalidad ordinaria a la luz de los principios y derechos incorporados al bloque que sean relevantes para el asunto particular, sin que importe mucho que se trate de principios que integran el bloque en sentido estricto o en sentido lato.

Sin embargo, en ciertas situaciones de conflicto normativo, la distinción puede ser jurídicamente importante. Así, al menos existe un caso en que esta es relevante: supongamos que existe un conflicto normativo entre lo preceptuado por la Constitución acerca de un derecho y lo que establece un tratado de derechos humanos al respecto. Si uno considera que el tratado hace parte únicamente del bloque en sentido lato, entonces esto significa que el contenido de ese tratado no tiene rango constitucional; por consiguiente debe aplicarse la norma constitucional, por ser esta norma de superior jerarquía, incluso si su regulación es menos favorable a los derechos humanos que la prevista por el convenio internacional. En cambio, si uno concluye que el tratado hace parte del bloque en sentido estricto, entonces el conflicto no se resuelve por la vía jerárquica, pues el tratado y la norma constitucional tendrían ambos rango constitucional. El juez, como se explica ulteriormente en esta unidad (ver infra punto 7), debe aplicar, en desarrollo del principio *pro homine*, la norma más favorable a los derechos humanos, sea esta la disposición constitucional o aquella del tratado.

Ahora bien, como se señaló, la Corte ha establecido en algunas sentencias que los tratados que hacen referencia a derechos limitables en estados de excepción hacen parte del bloque en sentido lato, pero no ha extraído –afortunadamente– de esa tesis la conclusión de que entonces debe aplicarse una regulación constitucional de un derecho, que sea menos favorable que la prevista en uno de esos tratados.

Por el contrario, la Corte ha defendido sistemáticamente, y con razón, el principio *pro homine*, según el cual debe aplicarse la norma más favorable a los derechos humanos, sea esta la del tratado o la de la Constitución. Y es que difícilmente puede llegarse a otra conclusión, pues si el inciso segundo del artículo 93 ordena que los derechos constitucionales sean interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia, mal podrían dejar de lado los jueces en general, y la Corte Constitucional en particular, dichos tratados para determinar el contenido y los límites de los derechos constitucionales.

Por ello concluyo que estamos frente a una imprecisión conceptual de la Corte, sin mayores consecuencias jurídicas prácticas para los operadores jurídicos. Esta conclusión se confirma por el hecho de que en muchas otras sentencias recientes la Corte sigue reconociendo la fuerza constitucional de normas internacionales de derechos humanos, a pesar de que sean limitables en estados de excepción¹¹.

Tal vez lo que la Corte ha pretendido es distinguir las funciones diversas que cumplen los dos incisos del artículo 93, pero sin establecer una jerarquía normativa entre ellos. Esto es, simplemente la Corte parece indicar que mientras que el inciso primero tiene la virtualidad de incorporar nuevos derechos y principios en la Constitución (y por ello habla de bloque en sentido estricto), el inciso segundo no tiene esa potencialidad, pues únicamente sirve para delimitar el contenido y alcance de los derechos que ya se encuentran reconocidos en la Constitución, por lo cual no podría pretenderse una declaración de inconstitucionalidad por una vulneración autónoma de esos tratados de derechos humanos que hacen referencia a derechos limitables en estados de excepción.

En esos casos, la eventual inconstitucionalidad provendría de la violación de la norma constitucional que reconoce el derecho específico, aun cuando para la interpretación del alcance de dicho derecho sea imperativo recurrir a los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia.

Esa distinción entre el efecto directo incorporador de nuevos derechos y el efecto interpretativo de derechos existentes tiene sentido y ha sido incluso desarrollada por otros tribunales constitucionales que han debido aplicar cláusulas semejantes al artículo 93-2 de nuestra Carta. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional

11 Ver, por ejemplo, entre muchas otras, la sentencia C-1175 de 2004, que invoca como parámetros de constitucionalidad que integran el Bloque de Constitucionalidad los artículos 13 de la CADH y 19 del PIDCP sobre libertad de expresión, que son normas limitables en estados de excepción; la sentencia C-035 de 2005, que toma como parámetros de constitucionalidad varios convenios de la OIT para examinar la constitucionalidad de la regulación legal de las vacaciones; sin preocuparse si esos convenios pueden o no ser limitados en estados de excepción; igualmente, la sentencia C-170 de 2004 precisó que varios convenios de la OIT hacían parte del Bloque de Constitucionalidad en sentido estricto y declaró la inconstitucionalidad de un aparte del código del menor, por violar dichos convenios y condicionó los alcances de otras disposiciones al respeto de dichos convenios, pero sin examinar verdaderamente si las normas de esos convenios podían o no ser limitadas en estados de excepción. Finalmente, las sentencias T-298 de 2003, C-967 de 2003 y T-165 de 2004 que señalan que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad varias normas de la Convención de los derechos del niño, sin analizar si estas pueden o no ser limitadas en estados de excepción.

español, al interpretar el artículo 10-2 de la Constitución española, que es similar a nuestro artículo 93-2, ha concluido, en reiteradas oportunidades, que esa cláusula no constitucionaliza en forma autónoma los tratados de derechos humanos ratificados por España, aunque es imperativo tomarlos en cuenta para delimitar el contenido constitucionalmente declarado y protegido de los derechos fundamentales reconocidos por esa Constitución¹².

Sin embargo, dicha distinción de efectos no debe traducirse en una diferenciación de jerarquías en el caso colombiano, pues el operador jurídico debe interpretar los derechos reconocidos por la Constitución tomando obligatoriamente en cuenta los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, como lo ordena el artículo 93-2 de la Carta, con lo cual los contenidos de dichos tratados adquieren, sin lugar a dudas, rango constitucional en nuestro ordenamiento, en la medida en que delimitan los derechos constitucionales ya reconocidos en la Carta. Otra cosa es que además, en virtud del artículo 93-1, ciertos derechos no reconocidos expresamente por el texto constitucional puedan llegar a adquirir carácter constitucional, si cumplen los requisitos establecidos por ese inciso primero.

Por ello considero que, a pesar de los equívocos conceptuales de las sentencias referidas de la Corte, es más razonable concluir que también los tratados de derechos humanos a que hace referencia el artículo 93-2 hacen parte del “Bloque de Constitucionalidad” en sentido estricto, pues no solo de esa manera se preserva mejor la fuerza jurídica de esos tratados sino que, además, se mantiene mejor la distinción conceptual entre bloque en sentido estricto y en sentido lato, tal y como había sido desarrollada por la jurisprudencia de la propia Corte.

Actividad Pedagógica

Reflexión crítica. Analice si tiene sentido la propuesta del autor de incorporar al “Bloque de Constitucionalidad” en sentido estricto los tratados de derechos humanos a que hace referencia el artículo 93-2 de la Carta. Discuta en grupo con sus colegas dicho problema.

12 Así, entre muchas otras, ver las Sentencias STC 84/1989, Fundamento 5, y 36/1991, Fundamento 5, de ese tribunal constitucional. Ver igualmente Fernández Entralgo, p. 217. Sin embargo, y sin que sea posible en este módulo profundizar en el punto, la solución española no me parece aplicable al caso colombiano, por cuanto en ese país la relación entre los tratados, la Constitución y la ley ha sido entendida, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, esencialmente como un problema de competencias y no de jerarquías normativas, mientras que en Colombia hemos sistematizado ese punto en forma inversa, esto es, lo hemos tematizado como un problema de jerarquías más que de competencias.

V. LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE CIERTOS CONVENIOS DE LA OIT

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

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

La Corte Constitucional, luego de algunas vacilaciones, ha acogido la doctrina de que a pesar de que el artículo 53 de la Carta pareciera establecer una excepción en materia de tratados de derechos humanos, al disponer que los convenios de la OIT no hacen parte del “Bloque de Constitucionalidad” y que esta es una norma especial, ha concluido que una interpretación sistemática lleva al siguiente resultado: esos convenios tienen rango constitucional. Para llegar a esta conclusión, la Corte acogió una interpretación sistemática y axiológica, según la cual, si la Constitución

colombiana es una Constitución fundada en el trabajo (como derecho y principio), esta amerita especial protección del Estado. Por consiguiente, y si los convenios de la OIT son relativos al trabajo, sería un contrasentido afirmar que una Constitución que en su artículo 25 ordena una especial protección al trabajo, por otro lado excluya del “Bloque de Constitucionalidad” a los convenios específicos referidos al trabajo. De esta manera, la Corte en la sentencia T-1303 de 2001, concluyó que los convenios de la OIT hacen parte del “Bloque de Constitucionalidad”. Al respecto estableció la Corte:

“No tendría coherencia que se protegieran todos los derechos humanos menos los que se refirieran al derecho al trabajo, cuando en la Constitución de 1991 el trabajo es un derecho fundante (artículo 1º C.P.), una finalidad de la propia Carta (Preámbulo), un derecho fundamental (artículo 25). En consecuencia, los Convenios de la OIT integran el “Bloque de Constitucionalidad” en virtud del inciso 2º del artículo 93 de la C.P. y tal característica se refuerza con lo determinado en el inciso 4º del artículo 53 ibídem”¹³.

Posteriormente, la Corte ha precisado que esa jurisprudencia no significa que todos los convenios de la OIT hagan parte del “Bloque de Constitucionalidad”, por la sencilla razón de que no todos esos convenios pueden ser considerados verdaderos tratados de derechos humanos. Así, la sentencia C-405 de 2005, luego de resumir la evolución de la jurisprudencia constitucional acerca del valor de los convenios internacionales del trabajo en el ordenamiento jurídico colombiano, explicó que aunque todos los convenios tenían fuerza al menos legal, en virtud del artículo 53 superior, no todos ellos estaban incorporados al “Bloque de Constitucionalidad”, pues algunos regulan temas técnicos particulares, como la forma de realizar estadísticas, mientras que es claro que otros “deben necesariamente formar parte del “Bloque de Constitucionalidad”, puesto que protegen derechos humanos en el ámbito laboral” (Fundamento 20).

La Corte concluyó entonces que “hacen parte del ‘Bloque de Constitucionalidad’ aquellos convenios que la Corte, después de examinarlos de manera específica, determine que pertenecen al mismo, en atención a las materias que tratan (Fundamento 19)”. Y mencionó como ejemplos de convenios que ya han sido integrados al “Bloque de Constitucionalidad”, por la jurisprudencia de la Corte, el convenio 169, sobre

13 Este criterio ha sido reiterado ulteriormente. Ver, por ejemplo, la sentencia C-551 de 2003, Fundamento 288.

pueblos indígenas y tribales, los convenios 87 y 98, sobre la libertad sindical y sobre la aplicación de los principios de derechos de sindicalización colectiva, y los convenios 138, sobre la edad mínima, y 182, sobre las peores formas del trabajo infantil, sin que esa lista se entienda taxativa, pues en casos ulteriores podrían entenderse incorporados otros que se refieran a derechos humanos en el ámbito laboral.

VI. CONCLUSIONES PRÁCTICAS SOBRE LAS NORMAS DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS QUE INTEGRAN EL “BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD”

La anterior sistematización de las técnicas de reenvío y de la naturaleza del “Bloque de Constitucionalidad” ha permitido determinar, cada vez con mayor claridad, cuáles son las normas de los tratados que integran el “Bloque de Constitucionalidad”, tanto en sentido estricto como en sentido lato. Ese es obviamente uno de los puntos que más interesan al operador judicial, que requiere conocer con cierta precisión a cuáles normas puede y debe recurrir en la fundamentación de sus decisiones.

Así, conforme a esa dogmática, hay que concluir que, según la jurisprudencia de la Corte¹⁴, hacen parte del bloque en sentido estricto (i) el Preámbulo, (ii) el articulado constitucional, (iii) los tratados de límites ratificados por Colombia, (iv) los tratados de derecho humanitario y (v) los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, eso es, derechos que no pueden ser suspendidos o limitados en estados de excepción.

Según la dogmática que he propuesto en este módulo, también deben entenderse parte del “Bloque de Constitucionalidad” en sentido estricto todos los demás artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta, para efectos de delimitar el contenido y los límites de los derechos constitucionales.

Como es obvio, esta lista genérica incluye también los convenios de la OIT, cuando pueda considerarse que dichos convenios son realmente tratados de derechos humanos referidos al ámbito laboral. Por el contrario, no estarían integrados al “Bloque de Constitucionalidad” aquellos otros convenios de la OIT que regulan aspectos meramente técnicos.

De otro lado, para integrar el bloque en sentido lato, habría que agregar a las anteriores pautas normativas (i) las leyes estatutarias y (ii) las leyes orgánicas,

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

en lo pertinente, con la precisión de que algunas sentencias de la Corte excluyen algunas leyes estatutarias de su integración al “Bloque de Constitucionalidad” en sentido lato.

Conviene finalmente tener en cuenta que, como se ha explicado, el lenguaje de algunas sentencias recientes de la Corte indican que los tratados de derechos humanos referidos a derechos limitables en estados de excepción hacen parte del bloque en sentido lato y no del bloque en sentido estricto. Sin embargo, independientemente de la tesis que se acoja, y como ya se explicó, el operador judicial debe también tomar en cuenta esas normas internacionales de derechos humanos para sus decisiones, pues el conjunto de la legalidad ordinaria debe ser interpretada a la luz de los principios y derechos incorporados al “Bloque de Constitucionalidad”, tanto en sentido lato como en sentido estricto.

VII. “BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD”, PRINCIPIO PRO HÓMINE O CLÁUSULA DE FAVORABILIDAD, Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS NORMATIVOS

La conceptualización del “Bloque de Constitucionalidad” y la precisión de las cláusulas de remisión y de las normas que lo integran permiten reconstruir el sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano. Así, el bloque en sentido estricto representa normativamente la propia Constitución, pues se trata de normas con fuerza constitucional, trátese de artículos del propio texto constitucional, ya sea normas que no figuran en él, pero son integradas a la Constitución por vía de cláusulas de remisión. El bloque en sentido lato no estaría al mismo nivel pero tendría un rango supralegal, pues gozaría de prevalencia frente a las leyes. Finalmente, encontramos las leyes ordinarias.

Una pregunta que obviamente surge es ¿cómo resolver los eventuales conflictos normativos y cómo armonizar la fuerza normativa del “Bloque de Constitucionalidad” con el respeto del principio de legalidad?

En principio, las contradicciones entre los distintos niveles deberían ser resueltas con base en el principio jerárquico, según el cual, la norma superior deroga la norma inferior. Y, según las clásicas reglas de solución de antinomias, los conflictos normativos en un mismo nivel deberían solucionarse con las reglas de temporalidad y especialidad, esto es, que la norma posterior deroga norma anterior, y la norma especial debe aplicarse de preferencia sobre la norma general.

Sin embargo, en el campo de derechos humanos, estas reglas sufren una matización importante debido a que los convenios de derechos humanos suelen incorporar una cláusula hermenéutica de favorabilidad, o principio *pro homine* (O'Donnell, 2001, p. 63, Pinto, 2004, pp. 163 y ss., Ayala Corrao, 2002, pp. 54 y ss.), según la cual no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos en un Estado, en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado¹⁵. Se ha entendido entonces que, conforme a dicho principio, “*se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria*” (Pinto, p. 163).

La Corte Constitucional, en varias sentencias, ha reconocido el carácter vinculante en el ordenamiento colombiano de esta regla hermenéutica, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos¹⁶. Por ejemplo, la sentencia C-251 de 1997, Fundamento 14, al examinar la constitucionalidad del Protocolo de San Salvador a la CADH sobre derechos económicos, sociales y culturales, señaló:

“El artículo 4º consagra una regla hermenéutica que es de fundamental importancia, pues señala que no podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, invocando como pretexto que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado. Esta regla interpretativa ha sido denominada por la doctrina como la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan estos derechos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos. Esta regla, cuya constitucionalidad y carácter vinculante en el ordenamiento colombiano ya ha sido reconocida por esta Corte en relación con otros convenios de derechos humanos, muestra además que el objeto del

15 Ver, por ejemplo, el artículo 5º del PIDCP y el artículo 29 de la CA.

16 Ver, entre otras, las sentencias C-406 de 1996, fundamento 14, C-251 de 1997, fundamento 14, T-1319 de 2001, Fundamento 12 y SU-058 de 2003.

presente Protocolo no es disminuir sino aumentar las protecciones brindadas a los derechos económicos, sociales y culturales.”

En ese contexto, debemos concluir que, según la dogmática propuesta en este módulo, el “Bloque de Constitucionalidad” constitucionaliza todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia referidos a derechos que ya aparecen en la Carta y que, en virtud de la regla hermenéutica sobre favorabilidad, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos. Pero la escogencia de cuál es la norma más favorable dista de ser mecánica y no siempre es un asunto fácil, como lo muestra las siguientes actividades pedagógicas.

Actividades pedagógicas

Estudio de caso. Una persona interpone acción de tutela pues considera que un periodista va a publicar un artículo en donde señala un asunto íntimo suyo que el periodista no tiene derecho a revelar. El periodista argumenta que ni siquiera si el asunto fuera íntimo podría el juez prohibir la divulgación del artículo, pues según el artículo 13 la CADH, está prohibida toda censura previa y solo pueden imponerse responsabilidades ulteriores. Que a lo sumo podrían entonces imponerle sanciones ulteriores. El peticionario, por su parte, invoca en su favor el artículo 19 del PIDCP, que no prohíbe totalmente la censura y que permite la restricción de la libertad de expresión precisamente para “asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás”. Según el peticionario, esa norma es más favorable pues permite proteger la intimidad. El periodista arguye que la más favorable es la de la CADH, que prohíbe toda censura previa. ¿Cuál norma debe primar según el principio *pro homine*?

Análisis jurisprudencial. A nivel práctico existen debates semejantes al caso hipotético señalado anteriormente. Por ejemplo, en Venezuela, una persona demandó las leyes de desacato, que sancionan con arresto a aquella persona que atente de palabra contra la dignidad presidencial. Invocó una opinión de la Comisión Interamericana, según la cual esas leyes restringen la libertad de expresión pero la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, en la sentencia No 1942 del 15 de julio de 2003, consideró que no es así, pues esas leyes son más favorables a los derechos humanos, pues amparan la dignidad

presidencial. Estudie esa decisión del Tribunal Supremo Venezolano, de la cual transcribimos algunos apartes en el anexo normativo. ¿Considera usted apropiada la interpretación del principio de favorabilidad por el tribunal venezolano?

VIII. UNA EVALUACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA CORTE SOBRE EL “BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD” Y LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

El examen precedente ha mostrado que, a pesar de ciertas vacilaciones e imprecisiones, la Corte Constitucional ha construido una dogmática sensata del “Bloque de Constitucionalidad”, que evita los riesgos que tiene esa noción, cuyo mal manejo puede generar enormes inseguridades jurídicas. Tres elementos muestran esa prudencia de la Corte.

En primer término, como ya se indicó, el tribunal ha evitado, en lo posible, usar el artículo 94, sobre derechos innominados. Esta cláusula, si bien puede ser necesaria en casos extremos, es de todos modos problemática, ya que es la que genera más posibilidades de arbitrariedad judicial, por cuanto permite la constitucionalización de principios normativos que no tienen ninguna base textual.

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

Finalmente, la Corte ha avanzado en una sistematización dogmática del alcance de esta noción, pues ha intentado precisar no solo su naturaleza y función (distinción entre bloque en sentido estricto y en sentido lato) sino también el listado de los principios y derechos que integran cada uno de esos subgrupos.

Todo lo anterior, muestra que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido, en términos generales, valiosa, pues ha combinado el vigor en la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con la prudencia en el manejo dogmático de la categoría.

La anterior sistematización doctrinaria permite entonces un uso al mismo tiempo sencillo y dinámico de la figura del “Bloque de Constitucionalidad”, tanto a

nivel general como en el campo específico del procedimiento penal. Sin embargo, eso no significa que todos los puntos se encuentren claramente resueltos. Como hemos visto, incluso en relación con la fuerza jurídica interna de los tratados de derechos humanos subsisten algunas dudas conceptuales, aunque estas parecen no tener consecuencias prácticas importantes. Pero donde persisten mayores interrogantes es en relación con el valor interno de otros estándares internacionales de derechos humanos distintos de los tratados, en especial, la jurisprudencia internacional de derechos humanos y otros documentos que hacen parte del llamado *soft law*. A esos aspectos dedicaremos el resto de esa unidad.

IX. EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LA RELEVANCIA DE LOS OTROS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

El estudio de la fuerza jurídica interna de estos otros estándares internacionales de derechos humanos es importante, al menos por dos razones: de un lado, por cuanto el lenguaje de los convenios de derechos humanos es abierto. Por ejemplo, varias de esas normas protegen a las personas contra “*injerencias arbitrarias*” en su intimidad o garantizan el derecho a un proceso “*sin dilaciones indebidas*”. Sin embargo, ¿qué significa que una injerencia sea arbitraria? ¿O cómo evaluamos si existe una dilación indebida en un proceso?

Para responder a ese interrogante, es muy útil tener en cuenta la jurisprudencia desarrollada por las instancias internacionales de derechos humanos, que han ido definiendo, poco a poco, a través de decisiones de casos individuales, o por medio de comentarios generales a los pactos de derechos humanos, el alcance de esos conceptos abiertos¹⁷. Por ello conviene interrogarse si, por ejemplo, dicha jurisprudencia es simplemente un criterio doctrinario, que es útil y al cual puede recurrir el operador jurídico, pero que no es vinculante, o si por el contrario debe reconocérsele alguna fuerza vinculante.

De otro lado, según el sistema de fuentes del Derecho Internacional en general y del derecho de los derechos humanos en particular, los tratados no son

17 Los ejemplos son innumerables, pero, entre muchos otros, conviene destacar la Observación General No. 13 del Comité del PIDCP sobre el alcance del debido proceso y las sentencias de la Corte Interamericana en los casos Genie Lacayo (29 de enero de 1997), Loayza Tamayo (17 de septiembre de 1997) y Castillo Petrucci y otros (30 de mayo de 1999). Una excelente compilación doctrinaria es O'Donnell, 2004, capítulos 4, 5 y 6, y O'Donnell, Uprimny y Villa, Tomo I, pp. 329 y ss.

la única fuente jurídica que genera obligaciones internacionales a los Estados, pues existen otras fuentes, como la costumbre o los principios generales de derecho, que procedemos a analizar.

El tema de las fuentes jurídicas del Derecho Internacional siempre genera debates, pues no existe una constitución universal que defina cuáles son las fuentes formales que definen las obligaciones internacionales de los Estados y de los distintos sujetos de Derecho Internacional¹⁸. Sin embargo, la doctrina más autorizada indica que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (de ahora en adelante CIJ) es la norma ineludible de referencia para analizar el sistema de fuentes del Derecho Internacional Público.

Esa disposición establece las normas que la CIJ debe aplicar al decidir sus casos, pero se considera que define a nivel más general las fuentes del Derecho Internacional, al menos por las siguientes razones: de un lado, por cuanto se considera que esa disposición, que se fundamenta en textos previos¹⁹, codifica en cierta medida el derecho consuetudinario sobre el sistema de fuentes del Derecho Internacional; de otro lado, porque el estatuto de ese tribunal, a quien corresponde definir con fuerza vinculante las controversias de Derecho Internacional que le sean sometidas, hace parte integrante de la Carta de Naciones Unidas, que es lo más parecido a una constitución universal, no solo porque a ella han adherido casi todos los Estados sino además, porque, conforme al artículo 103 de dicha carta, sus obligaciones prevalecen sobre cualquier otro tratado.

Ahora bien, el mencionado artículo 38 estipula que la CIJ al decidir las controversias, debe 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;

18 Una presentación pedagógica de las fuentes del Derecho Internacional, se encuentra en Buergenthal, Thomas y otros, 1994, Capítulo 2. En la doctrina colombiana, ver Camargo, Pedro Pablo, 1974, capítulo VII. Un texto clásico en la materia es Rousseau, primera parte. Para un análisis de las fuentes en el ámbito específico del Derecho Internacional de los derechos humanos, ver O’Donnell, 2004, introducción.

19 Ese artículo reproduce literalmente el artículo correspondiente del predecesor de la actual Corte Internacional de Justicia, que fue el Tribunal Permanente de Justicia de la Sociedad de Naciones. Ver Rousseau, pp. 9 y ss.

- 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 59.²⁰⁰

Esta norma establece entonces claramente dos fuentes principales del Derecho Internacional que son (i) los tratados y (ii) la costumbre. Igualmente señala unas fuentes auxiliares para precisar el alcance de las reglas de existentes, que son las decisiones judiciales y la doctrina.

Sobre el estatus de esas fuentes, previstas en los literales a), b) y d) del citado artículo 38, la doctrina suele estar de acuerdo. Por el contrario, existe mayor controversia sobre la fuente prevista en el literal c). Así, muchos doctrinantes, con razón, cuestionan que se hable de “*naciones civilizadas*”, pues se trataría de una vieja herencia del etnocentrismo europeo; por ello proponen mejor hablar de “*principios generales de derecho*” reconocidos por la mayor parte de los Estados o por la mayor parte de los sistemas jurídicos del mundo (Buergenthal et al, p. 31, Panos, p. 140, Camargo, p. 31). Existe también discusión sobre el estatus de esta fuente, pues mientras que algunos consideran que los principios generales son una fuente principal, capaz de generar nuevas normas de Derecho Internacional, otros doctrinantes argumentan que esa una fuente meramente subsidiaria, para aclarar las normas que derivan de las únicas fuentes principales, que serían los tratados y la costumbre internacional.

Fuera de lo anterior, algunos autores objetan que la definición de las fuentes que trae el artículo 38 es restrictiva, y corresponde a la época de su adopción, en donde el Derecho Internacional estaba basado esencialmente en el acuerdo entre Estados, por lo cual no toma en consideración otras posibles fuentes nuevas del Derecho Internacional, como las resoluciones no vinculantes de los organismos internacionales o los acuerdos políticos pero no jurídicos de los Estados, que corresponden al llamado *soft law*.

Independientemente de este debate sobre las otras posibles fuentes del Derecho Internacional, que retomaremos en parte al presentar el problema del llamado “*soft law*” (ver infra punto 12), lo cierto es que esta breve presentación muestra que el

20 El artículo 59 señala que “la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”.

Derecho Internacional de los Derechos Humanos no está formado únicamente por los tratados de derechos humanos sino que comprende otros estándares normativos. Por eso, en forma significativa, la Corte IDH ha acuñado el concepto de “*corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos*” para referirse al conjunto de instrumentos jurídicos internacionales de contenido variado, como los tratados, las resoluciones o las declaraciones, que delimitan el contenido de esos derechos²¹. Una pregunta surge entonces: la Constitución de 1991, al constitucionalizar los tratados de derechos humanos, ¿confirió también una fuerza normativa interna especial a los estándares internacionales de derechos humanos? Los siguientes numerales de la unidad abordan esos aspectos.

X. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y “BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD”

El primer punto que analizaremos es el relativo a la posible fuerza de la jurisprudencia internacional de derechos humanos, al menos por dos razones: de un lado, por su importancia cuantitativa y cualitativa, ya que existen en la actualidad numerosísimas decisiones de las instancias internacionales de control, como la Corte IDH, la Comisión IDH, el Comité DH o el TEDH, por lo cual se trata de un cuerpo jurisprudencial de gran riqueza. Por ende, incluso si uno concluyera que dicha jurisprudencia no es vinculante internamente en Colombia, su consulta parece de todos modos imprescindible si se quiere comprender adecuadamente el alcance de los derechos humanos. Pero además, existen buenas razones jurídicas para sostener que esa jurisprudencia tiene fuerza vinculante pues si esas instancias de control fueron creadas para interpretar con autoridad el alcance de los tratados de derechos

21 Ver Opinión consultiva OC16 de 1999 sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Devido Proceso Legal, párrafo 16, en donde afirma que el “*corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el Derecho Internacional Contemporáneo.” En otras decisiones, ese tribunal ha usado ese concepto. Ver por ejemplo las opiniones consultivas OC-17 de 2002 sobre la condición jurídica de los derechos del niño, párrafos 24 y 92, y OC-18 de 2003 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados párrafo 115. Sobre la importancia de esta categoría, ver O’Donnell, pp. 57 y ss.

humanos, y la Constitución colombiana confiere una fuerza especial a esos tratados, entonces parece razonable pensar también que nuestra Carta atribuye también una fuerza especial a dicha jurisprudencia internacional de derechos humanos.

El problema es entonces el siguiente: no sólo los tratados sino también la interpretación que de los tratados hagan las instancias internacionales de protección, como la Comisión IDH, la Corte IDH o los órganos de control de la OIT, tienen una cierta fuerza constitucional.

El tema es complejo. Por ejemplo, en el ámbito iberoamericano, con normas constitucionales semejantes a las colombianas, uno puede encontrar respuestas muy divergentes, como lo muestran las siguientes actividades pedagógicas.

Actividades pedagógicas

Análisis jurisprudencial. Lea nuevamente los apartes de la citada sentencia No. 1942 del 15 de julio de 2003 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, que figura en el anexo, pero en esta ocasión céntrese en el problema del valor que ese tribunal confiere a la jurisprudencia de la Corte Interamericana y a la doctrina de la Comisión Interamericana. Ese análisis es interesante pues el artículo 23 de la Constitución venezolana tiene un contenido semejante al artículo 93 de la Constitución colombiana. A partir de ese análisis, señale cuál es la fuerza jurídica interna de esa jurisprudencia internacional en ese país. ¿Qué tan apropiado le parece el razonamiento de la Sala Constitucional venezolana?

Comparaciones jurisprudenciales. Compare la tesis de la Sala Constitucional venezolana con la argumentación desarrollada por la Corte Suprema de Argentina en el caso Ekmekdjian, que aparece en el anexo normativo de la Unidad 1. Lea y estudie igualmente los ejemplos de sentencias sobre el tema del Tribunal Constitucional Español (STC 36/84) y de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica (Sentencia 2313 de 1995), de las cuales se transcriben apartes en el anexo a esta unidad. ¿Tienen estos tribunales la misma visión de la fuerza normativa de la jurisprudencia de las instancias internacionales de control, como la Corte IDH y el TEDH? En caso de que no sea así, ¿en qué consisten sus diferencias y cuál postura le parece más apropiada y por qué? Sólo después de analizar esas providencias, continúe con la lectura de la unidad.

El examen de jurisprudencia comparada permite ver tres tipos de respuestas al interrogante anteriormente planteado. Algunos tribunales tienden a asumir que la constitucionalización del texto de los tratados no implica en manera alguna que la jurisprudencia elaborada por los organismos de control tenga una fuerza particular en el ordenamiento nacional, pues lo que la Constitución incorporó fue el texto del tratado, pero no sus interpretaciones. Esa parece ser la posición de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela. Otros jueces, en posición totalmente opuesta, consideran que si la Constitución del país respectivo otorga jerarquía constitucional a un determinado tratado de derechos humanos, entonces debe entenderse que la jurisprudencia emanada del órgano internacional de control del respectivo tratado no tiene un interés puramente académico sino que posee una autoridad jurídica especial pues adquiere el mismo valor constitucional de la norma interpretada. Esa parece ser la tesis de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. Finalmente, en una posición intermedia parecen encontrarse el Tribunal Constitucional Español y la Corte Suprema de Justicia Argentina. Estos dos tribunales indican que la interpretación de los derechos constitucionales debe guiarse por la jurisprudencia internacional de los órganos de control, con lo cual esta debe ser tenida en cuenta; pero parecen no admitir que dicha jurisprudencia internacional sea estrictamente vinculante, con lo cual admitirían la posibilidad de apartarse de ella²².

En el caso colombiano, y aunque en este punto la Corte Constitucional ha sido un poco ambigua, en general ha reconocido que la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos es una doctrina particularmente importante y relevante cuando se van a interpretar los derechos constitucionales, toda vez que, si los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados, deben ser interpretados de conformidad con la interpretación que de los tratados hacen los órganos autorizados a nivel internacional, que en el sistema interamericano serían la Comisión IDH y la Corte IDH²³. Así, expresamente la sentencia C-010 de 2000 señaló al respecto:

“La Corte coincide con el interveniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial

22 Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español acerca de la fuerza jurídica interna en ese país de los tratados de derechos humanos y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ver Fernández Entralgo, pp. 216 y ss. Sobre la jurisprudencia de la corte Suprema Argentina sobre el mismo tema, ver Moncayo, pp. 92 y ss.

23 Ver al respecto las sentencias C-406 de 1996, C-251 de 1997, T-568 de 1999, C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-671 de 2002, T-558 de 2003, T-786 de 2003 y T-827 de 2004.

autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”²⁴.

Esto significa que la Corte Constitucional colombiana parece situarse en una posición semejante en este tema a la Corte Suprema argentina y al Tribunal Constitucional español; por consiguiente, en el sistema de fuentes colombiano, la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales tiene una cierta fuerza jurídica y en cierta medida hace parte del “Bloque de Constitucionalidad”, aunque con una obligatoriedad que no es total; es un criterio relevante de interpretación, que la Corte Constitucional utiliza de manera reiterada, que los operadores judiciales deben tomar en cuenta y tratar con un particular respeto, pero cuya fuerza vinculante, en tanto jurisprudencia, no es total.

Esta gran relevancia constitucional de la jurisprudencia internacional es positiva pues en ciertos casos pueden ser muy importantes las interpretaciones que de los tratados han hecho las instancias internacionales de derechos humanos, como la Corte IDH o el Comité DH. Esta jurisprudencia, como ya se explicó anteriormente, y como se mostrará en la unidad tercera de este módulo en relación con el derecho penal, ha permitido concretar muchos conceptos abiertos e indeterminados que traen los tratados de derechos humanos. Por ejemplo, la sentencia del tribunal constitucional español STC 36/84, incorporada en el anexo de este módulo, mostró la importancia de la doctrina elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para concretar el alcance del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas.

Actividades pedagógicas

Discusión normativa. Podría objetarse que en el ordenamiento interno colombiano, la jurisprudencia internacional, como la

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

desarrollada por la Corte IDH o el Comité de DH no tiene ningún valor vinculante, porque no es formalmente fuente de derecho, según el artículo 230 de la Constitución. Y que menos aún tiene valor la jurisprudencia de otros sistemas de derechos humanos, a los cuales Colombia no se encuentra sometida, como la desarrollada por el TEDH. Examine la fuerza de esa objeción e intente ofrecer algunas razones jurídicas que sustenten una cierta fuerza normativa de esa jurisprudencia internacional. Redacte un texto al respecto. En caso de que trabaje en grupo o en la mesa de trabajo, discutan el tema. Sólolea los siguientes párrafos después de haber realizado esa actividad pedagógica.

Algunas buenas razones para defender una cierta fuerza vinculante e incorporación en el “Bloque de Constitucionalidad” de la jurisprudencia internacional de derechos humanos son las siguientes:

De un lado, Colombia se ha comprometido a respetar los tratados de derechos humanos, y por ello, en función del principio *Pact Sunt Servanda*, todos los funcionarios del Estado, incluyendo a los jueces, deben esforzarse por aplicar esos tratados. Ahora bien, el cumplimiento de buena fe de esos tratados implica la aceptación, como regla general, de la doctrina elaborada por los organismos internacionales de control encargados de la vigilancia del cumplimiento de esas obligaciones internacionales por parte de los Estados.

De otro lado, y como lo ha destacado la Corte Constitucional, en plena armonía con la doctrina elaborada por otros tribunales constitucionales en la materia, es la propia Carta la que remite a esa doctrina y jurisprudencia en el artículo 93-2, cuando señala que los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, puesto que esa norma hace relevante constitucionalmente la “*interpretación doctrinaria*²⁵” de esos tratados adelantada por las instancias internacionales de protección de derechos humanos, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional en varias sentencias.

En tercer término, el exjuez de la Corte IDH y ex miembro de la Comisión IDH, Thomás Buergenthal, ha propuesto una argumentación muy sugestiva para defender la adhesión de los tribunales nacionales a la jurisprudencia elaborada por instancias internacionales de control como la Corte IDH (2003, pp. 191 y

25 Sobre este concepto de “*interpretación doctrinaria*” en Derecho Internacional, ver O’Donnell, 2001, p. 71 y ss.

192). Según este autor, incluso si se concluyera que dicha jurisprudencia no es formalmente vinculante, en todo caso los jueces nacionales deberían seguirla, salvo que tuvieran razones muy fuertes para apartarse de ella, por la sencilla razón de que un comportamiento distinto sería arbitrario.

El argumento de Buergenthal está construido sobre la base de un símil con el deber que tendrían, en un ordenamiento nacional, los jueces inferiores de seguir los criterios establecidos por las cortes superiores de su país, incluso en aquellos países que no reconocen formalmente ninguna fuerza vinculante al precedente judicial. La tesis de Buergenthal es que si un juez sabe que su decisión puede ser revertida por un tribunal superior, entonces debería seguir los criterios del superior, pues es arbitrario e incompatible con una administración de justicia ordenada y equitativa someter a los justiciables a una decisión que muy probablemente será revocada por el tribunal superior, salvo que el juez inferior tenga muy buenas razones para apartarse del precedente fijado por el tribunal superior.

En ese mismo orden de ideas, si la Corte IDH tiene la última palabra sobre el significado de la CADH y la persona puede acceder a la protección del sistema interamericano de protección de derechos humanos, entonces el juez nacional debería seguir el precedente establecido por la Corte IDH, salvo que tenga muy buenas razones para apartarse de él, pues si no lo hace, simplemente obligaría al usuario de la justicia a acudir a dichas instancias internacionales.

Finalmente, incluso la jurisprudencia de otros sistemas de derechos humanos como el europeo es relevante, por cuanto el propio sistema de fuentes del Derecho Internacional así lo indica. En efecto, como ya se explicó, el Derecho Internacional de los derechos humanos no se agota en los tratados sino que incluye otras fuentes, que se incorporan al llamado “*corpus iuris*” de derechos humanos, siguiendo la terminología de la Corte Interamericana. Por ello, incluso las decisiones del TEDH son relevantes por la similitud de contenidos en materia de derechos humanos entre la Convención Europea, el PIDCP y la CADH, por lo que la jurisprudencia europea puede ser considerada como doctrina autorizada para interpretar el alcance de las cláusulas de la CADH y del PIDCP.

Esa jurisprudencia europea tendría entonces al menos el carácter de fuente auxiliar, conforme al artículo 38 del estatuto de la CIJ, pues sería jurisprudencia sobre la materia. Pero hay más: esa doctrina del TEDH puede incluso ser considerada un elemento que mostraría la existencia de ciertos “*principios generales de derecho*” en materia de derechos humanos, por lo que podría incluso ser considerada fuente principal en este campo.

Estas razones explican entonces que en numerosas sentencias, la Corte IDH haya recurrido a la doctrina derivada de las decisiones del TEDH como elemento para interpretar el alcance de la CADH. Un ejemplo, entre muchos otros, es la sentencia del 12 de noviembre de 1997 del caso Suárez Rosero, en donde, en el párrafo 72, la Corte Interamericana acoge los criterios del TEDH sobre la noción de plazo razonable y dice expresamente:

“Esta Corte comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha dicho que se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales (Cf. Caso Genie Lacayo, Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 77; y Eur. Court H.R., Motta judgment of 19 February 1991, Series A No. 195-A, párr. 30; Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain Judgment of 23 June 1993, Series A No. 262, párr. 30)”.

Podemos entonces concluir que la jurisprudencia internacional de derechos humanos tiene una cierta fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico colombiano, al menos en el sentido de que debe ser tomada como una guía y un criterio relevante para interpretar el alcance de los derechos constitucionales. Ahora bien, eso no significa que cualquier criterio establecido por cualquier instancia internacional de control en derechos humanos pueda ser considerado “jurisprudencia” internacional de derechos humanos. No todos los pronunciamientos tienen la misma fuerza normativa y doctrinaria, pues existen muy diversos organismos de control, que van desde aquellos que tienen una naturaleza claramente jurisdiccional, como la Corte IDH o la CIJ, hasta otros que claramente no tienen esa naturaleza (como un relator temático de la ONU), pasando por otros que son considerados organismos semijurisdiccionales (como el Comité DH o la Comisión IDH)²⁶.

26 O'Donnell, 2004, p. 50-52. precisa que son órganos quasi-jurisdiccionales aquellos que poseen algunos de los atributos de un tribunal, pero no todos. Los elementos comunes que comparten con los tribunales son: a) su competencia está definida por un tratado y/o un estatuto aprobado por una organización internacional; b) son permanentes, autónomos y dotados de garantías de independencia, y c) sus decisiones se basan en el Derecho Internacional y son decisiones fundadas. La característica que les distingue de los tribunales es que la obligatoriedad de sus decisiones no está consagrada por un instrumento.

No es posible en este módulo presentar sistemáticamente todas estas instancias, pues se trata de un tema demasiado extenso y complejo. Con base en esos elementos, en este módulo simplemente sugiero que se puede considerar como jurisprudencia internacional en derechos humanos o doctrina autorizada en este material a aquellos criterios estables desarrollados por las instancias judiciales o semijudiciales de control en materia de derechos humanos, que serían esencialmente tres para el caso colombiano: la Corte IDH, el Comité DH y la Comisión IDH. También son importantes, aunque sus pronunciamientos no vinculan formalmente al Estado colombiano, la jurisprudencia penal desarrollada por el TEDH y los tribunales penales internacionales para Rwanda y Yugoslavia.

Finalmente, existen otros organismos semijudiciales cuyos pronunciamientos podrían tener el carácter de jurisprudencia internacional de derechos humanos, pero cuya producción no es interesante para el tema de este módulo, por estar referida a otros campos jurídicos, como el Comité de Libertad Sindical de la OIT, el Comité DESC o el Comité de los Derechos del Niño.

XI. UN CASO ESPECIAL: LA FUERZA VINCULANTE DE LAS DECISIONES CONCRETAS DE LAS INSTANCIAS INTERNACIONALES DE CONTROL

Un aspecto particular que ha sido desarrollado por la Corte Constitucional en varios pronunciamientos es la fuerza jurídica interna, no ya de la doctrina o jurisprudencia de las instancias internacionales de control, sino de sus decisiones específicas en casos concretos. Ese tema, que es de obvia importancia, no será tratado detalladamente por este módulo, en la medida en que este texto pretende presentar los elementos básicos relevantes para la aplicación del “Bloque de Constitucionalidad” en materia penal.

Basta entonces indicar que en varias decisiones la Corte Constitucional ha defendido la procedencia de la acción de tutela para lograr el cumplimiento de decisiones específicas de instancias internacionales de control en materia de derechos humanos, como las resoluciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT²⁷ o las medidas cautelares de la Comisión IDH²⁸. La tesis esencial de la Corte se funda básicamente en los siguientes puntos: de un lado, que esas decisiones de los organismos

27 Ver sentencias T-603 de 2003 y T-568 de 1999.

28 Ver sentencias T-786 de 2003 y T- 558 de 2003.

internacionales de control son vinculantes a nivel interno, por la prevalencia de los derechos fundamentales en el orden jurídico colombiano y en desarrollo del principio de buena fe en el cumplimiento por Colombia de sus obligaciones internacionales, pues si nuestro país ha ratificado esos tratados y ha aceptado la competencia de esos organismos de control, entonces debe cumplir sus decisiones y recomendaciones ya que si no lo hace, estaría incumpliendo dichos tratados.

La obligatoriedad de las decisiones concretas se ve reforzada, de otro lado, por el mandato del artículo 93-2 de la Carta, según el cual los derechos fundamentales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos, puesto que esa norma, no solo permite la incorporación automática de esas decisiones al orden interno sino además porque si Colombia las incumple se estaría ignorando la decisión del respectivo organismo de control, la cual concreta, en el caso específico, el alcance del respectivo tratado²⁹. Finalmente, la Corte ha señalado que la tutela es el instrumento judicial idóneo para ejecutar las recomendaciones de esos organismos internacionales de supervisión en materia de derechos humanos, pues no existe otro medio judicial idóneo para tal efecto.

XII. EL POSIBLE USO DE OTROS DOCUMENTOS DE DERECHOS HUMANOS Y EL PROBLEMA DEL LLAMADO “SOFT LAW”

Existen finalmente otros documentos internacionales que no solo pueden ser relevantes para interpretar el alcance de las normas que hacen parte del “Bloque de Constitucionalidad” sino que incluso pueden llegar a ser considerados parte del bloque mismo. Se trata de declaraciones o principios elaborados por importantes doctrinantes, o por cuerpos especializados, y que adquieren un valor jurídico importante, debido a que son adoptados por órganos internacionales, como la Asamblea General de Naciones Unidas, o al reconocimiento mismo que van ganando, en la medida en que son considerados expresiones de principios generales de derecho

29 En el mismo sentido se pronuncia cierto sector de la doctrina argentina. Dice al respecto Martín Abregú: “*Si desde el punto de vista del Derecho constitucional argentino el Estado se ha obligado para con sus súbditos a respetar los derechos humanos tal como ellos han sido reconocidos por los distintos instrumentos del DIDH, debe concluirse entonces necesariamente que, cada vez que un órgano internacional cuya competencia para controlar la vigencia de un tratado ha sido ratificada por el Estado argentino, decide que el Gobierno ha violado o está violando los derechos humanos de una o más personas, esa decisión es obligatoria para los tribunales nacionales, en la medida en que ellos deben hacer efectivas las obligaciones del Estado de acuerdo a las interpretaciones de los órganos autorizados para ello*” (2004, p 26).

o de Derecho Internacional consuetudinario, o doctrina autorizada sobre el alcance de tratados específicos.

Algunos ejemplos, entre muchos otros, son las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (‘Reglas de Beijing’)³⁰”, o los llamados “Principios de Joinet” sobre impunidad y derechos de las víctimas³¹.

En sentido estricto, ninguno de esos documentos hace parte directamente del “Bloque de Constitucionalidad” pues no son tratados de derechos humanos ni adquieren fuerza jurídica automática por el solo hecho de haber sido aprobados por la Asamblea General de la ONU, por cuanto las resoluciones o recomendaciones de dicha Asamblea no son tratados. Por ello sería un error invocarlos como si fueran en sí mismos un tratado o por sí mismos un texto vinculante, porque no lo son.

Sin embargo, no se trata de documentos irrelevantes para la valoración e interpretación de los derechos constitucionales en Colombia y específicamente de las normas del procedimiento penal, por cuanto algunos de esos documentos pueden adquirir un notable valor doctrinario, o ser considerados expresiones y codificaciones del derecho consuetudinario, o adquirir valor jurisprudencial por su uso por tribunales nacionales e internacionales. Así, las Reglas de Beijing fueron explícitamente usadas por la Corte Interamericana en el caso de los llamados “niños de la calle”³², mientras que los principios de Joinet sobre impunidad son no solo considerados la doctrina más autorizada sobre el tema sino que, además, han sido reiteradamente invocados por distintos tribunales, incluyendo la Corte Constitucional³³.

La importancia de esos documentos es tan clara que, por ejemplo, la Corte Constitucional ha aceptado que los “Principios Rectores relativos al desplazamiento de personas en el interior de su propio país” elaborados por el Representante del Secretario General de las Naciones Unidas para los Desplazados Internos Francis M. Deng, hacen parte del “Bloque de Constitucionalidad”³⁴. Por su parte, el Consejo de Estado ha utilizado también algunos de esos documentos para evaluar, en casos de

30 Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985.

31 Ver Organización de Naciones Unidas. Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías. Sobre la Impunidad de Perpetradores de Violaciones a los Derechos Humanos. Relator Especial Louis Joinet, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/6, 19 de julio de 1993, revisado por E/CN.4/Sub.2/1994/11 y E/CN.4/Sub.2/1996/18 (Informe Final).

32 Ver la Sentencia del 19 de noviembre de 1999 del caso Villagrán Morales y Otros, párrafo 197.

33 Ver sentencia C-228 de 2002, Fundamento 4.2.

34 Ver las sentencias T-327 de 2001, T-268 de 2003, T-419 de 2003 y T-602 de 2003.

responsabilidad extracotnactual, si el Estado ha cumplido o no con sus obligaciones en materia de derechos humanos³⁵.

Ahora bien, el problema consiste en determinar si existe una dogmática apropiada para evaluar, tanto a nivel internacional, como frente al “Bloque de Constitucionalidad”, en Colombia, la fuerza jurídica de esos documentos, que en general son de tres tipos (Mazuelos, pp. 2 y ss.): (i) las resoluciones o declaraciones no vinculantes de organismos internacionales³⁶, (ii) los acuerdos políticos no vinculantes entre Estados³⁷ y (iii) ciertos documentos desarrollados por actores no estatales pero con impacto internacional, como podría ser una declaración elaborada por los doctrinantes más reconocidos en cierta materia o por las ONG más representativas en un determinado tema³⁸.

35 Ver por ejemplo la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 22 de abril de 2004, Expediente 14.077, en donde ese tribunal toma en consideración, como parámetro normativo, el “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”, aprobado por la Asamblea General de Naciones en la 106^a sesión plenaria del 17 de diciembre de 1979. Igualmente, tuvo en cuenta los “Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en agosto y septiembre de 1990. Estos documentos le sirvieron al Consejo de Estado para concluir que la respuesta de la Fuerza Pública fue desproporcionada.

36 El ejemplo típico son las declaraciones, resoluciones o recomendaciones aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas. Conviene precisar empero que existen también resoluciones que son vinculantes, como las que emanan del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

37 Son los acuerdos no vinculantes entre Estados, esto es, textos firmados por los Estados pero que no son tratados (Hillgenegr, pp. 500 y ss., Mazuelos pp. 14 y ss.), por cuanto no pretenden establecer obligaciones jurídicas sino compromisos morales o políticos. Los ejemplos clásicos en esta materia son muchos acuerdos y declaraciones en materia ambiental, como la Declaración de Estocolmo de 1972 sobre el tema.

38 Dos ejemplos significativos son los siguientes: de un lado, los “principios de Limburgo” en derechos económicos, sociales y culturales, adoptados por unos expertos en la materia reunidos en Maastrich, Holanda, en junio de 1986, y que constituyen una interpretación académica muy respetada sobre el sentido y la aplicación de las normas internacionales sobre estos derechos. La Corte Constitucional reconoció la importancia de estos principios, como la doctrina más autorizada en la materia, y los usó en la sentencia C-251 de 1997, al estudiar la constitucionalidad del Protocolo de San Salvador en derechos económicos sociales y culturales. De otro lado, la Declaración de Taromina sobre las “normas de Derecho Internacional Humanitario relativas a la conducción de las hostilidades en los conflictos armados no internacionales”, hecha en esa ciudad italiana en 1990 por el Consejo del Instituto Internacional de Derecho Humanitario. La Corte Constitucional reconoció la importancia de esta declaración como doctrina autorizada en la materia y la usó como criterio interpretativo en la sentencia C-225 de 1995 sobre el Protocolo II de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario.

El tema es complejo y polémico pues este tipo de documentos no caben, en forma estricta, dentro de las fuentes tradicionales principales del Derecho Internacional, codificadas en el artículo 38 del estatuto de la CIJ, ya que no son tratados, ni costumbre, ni automáticamente representan principios generales de derecho. Sin embargo, dichos documentos no pueden ser desestimados como no derecho, o como una simple fuente auxiliar doctrinaria, pues han sido aprobados por organismos internacionales, en especial de la ONU, o al menos han sido desarrolladas al amparo de dichas organizaciones internacionales, o son expresiones significativas de actores no estatales.

Precisamente para tomar en cuenta la realidad normativa de esos documentos es que desde hace varias décadas algunos doctrinantes hablan del llamado “soft law” en Derecho Internacional para referirse a esa zona gris, conformada por textos que no son estrictamente derecho, conforme al sistema tradicional de fuentes, pero que no carecen de relevancia y una cierta fuerza jurídica, por lo que no podrán ser considerados como simples consideraciones de *lege ferenda* o sugerencias sobre lo que debería ser el derecho, y no sobre lo que efectivamente es³⁹.

Ese soft law o “derecho suave”, según una traducción literal, podría también a veces ser llamado “derecho emergente”, y ha generado mucha discusión jurídica doctrinaria. Algunos autores critican su uso, pues consideran que es una denominación contradictoria, que aporta poco a la clarificación del Derecho Internacional contemporáneo, mientras que otros la defienden, pues consideran que es un esfuerzo por comprender la naturaleza dinámica del sistema internacional contemporáneo.

Según estas perspectivas, la definición del artículo 38 del estatuto de la CIJ sobre las fuentes del derecho es restrictiva y corresponde a una visión tradicional de un Derecho Internacional puramente interestatal, que no se ajusta a la realidad internacional contemporánea, que no es exclusivamente interestatal, pues en ella actúan otros actores, como las organizaciones internacionales, las organizaciones no

39 Sobre el soft law en general, ver Shelton, Mazuelos Bellido, Chinkin, Hillgenberg. En materia de derechos humanos, y aunque no use la expresión, ver igualmente el análisis de O'Donnell sobre la fuerza de esos instrumentos, en especial cuando habla del “*corpus iuris del Derecho Internacional de los derechos humanos*”, que incluye textos de soft law. Igualmente, ver el análisis de Buerenthal, 1990, que tampoco usa la expresión, pero analiza el tema, en especial cuando estudia la fuerza jurídica de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que pasó de ser una declaración no vinculante, pero obviamente jurídicamente relevante (documento de soft law) a convertirse en derecho positivo vinculante.

gubernamentales, e incluso los individuos, por lo que deben ser tomadas en cuenta otras fuentes.

La idea del *soft law* buscaría entonces captar la dinámica de esas otras fuentes, pues indicaría la existencia de documentos que no son obligatorios en sí mismos considerados, pero que tienen una indudable relevancia jurídica.

Ahora bien, en el campo de derechos humanos, estos instrumentos de *soft law* son numerosos e importantes. Existen ámbitos, como el derecho penitenciario, en donde las normas más importantes están incorporadas en ese tipo de documentos, pues los tratados de derechos humanos son bastante parcos en esta materia. Algo semejante sucedía hasta muy recientemente con el derecho ambiental o los derechos de las víctimas, que también estaban previstos esencialmente en documentos de *soft law*. La pregunta obvia es: conforme al Derecho Internacional actual, ¿qué fuerza jurídica puede conferirse a esos instrumentos?

La respuesta no es clara, precisamente porque se trata de un campo en controversia y en pleno desarrollo. Una tesis práctica y prudente en este campo puede ser la siguiente.

Esos documentos son disímiles, por lo que no puede atribuirseles o negárseles globalmente fuerza jurídica vinculante. Así, parece existir consenso en que, en sí mismos, esos instrumentos no son vinculantes y por ello precisamente se habla de *soft law*. Pero no sólo dichos instrumentos tienen valor doctrinario sino que algunos de ellos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos o la Declaración Americana, que originariamente no eran vinculantes, hoy tienen una clara fuerza jurídica. Esto explica que la CIJ haya admitido en sus dictámenes sobre Namibia de 1971 y sobre Sahara Occidental de 1975 la relevancia de ciertas resoluciones de la Asamblea General Naciones Unidas sobre el principio de autodeterminación de los pueblos.

Por su parte, como se indicó anteriormente, la Corte Interamericana ha usado varios de esos documentos en sus decisiones, como parte integrante del Corpus Iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y varias instancias judiciales nacionales, como la Corte Constitucional o el Consejo de Estados los han invocado como parámetros normativos.

Por ello, la sugerencia es que los análisis deben realizarse caso por caso, y tomando en consideración distintos factores, que permiten evaluar la fuerza jurídica formal que pueden llegar a adquirir dichos documentos, más allá obviamente de su interés doctrinario, que es siempre claro. Para ello conviene examinar muchos

aspectos pues el valor concreto de las resoluciones o declaraciones depende de múltiples factores, como el órgano que la adopta, el grado de consenso que suscitó su adopción, cuáles Estados la adoptaron o se opusieron, etc.

Por ejemplo, es claro que una declaración adoptada por consenso en la Asamblea General de Naciones Unidas, en donde hayan participado Estados representativos de los diversos sistemas políticos y jurídicos del mundo, tiene mucho mayor fuerza política y relevancia jurídica que un documento elaborado por un relator especial, o un documento adoptado por una reunión de expertos, pues la primera expresa un consenso político de la comunidad internacional, que dista de ser irrelevante jurídicamente. Igualmente, la suerte ulterior de la declaración o resolución es muy significativa; obviamente no tiene la misma relevancia jurídica una declaración que queda en el olvido que otra que, por el contrario, es citada en forma recurrente y respetuosa por ulteriores declaraciones o decisiones judiciales, o incluso por tratados posteriores.

Así, siguiendo los criterios propuestos por O'Donnell, es posible concluir que (i) los pronunciamientos de los órganos judiciales o quasi-jurisdiccionales, por regla general, tienen mayor valor que los de los órganos que carecen de este carácter; que (ii) la naturaleza de la competencia ejercida por el órgano al adoptar un pronunciamiento específico también influye en el valor jurídico de este; que tiene relevancia (iii) la composición de la fuente, en particular frente al sistema universal de protección y, además, que debe analizarse (iv) la intención manifestada por el órgano al formular una observación (2004, Introducción).

Y específicamente, sobre la fuerza de las resoluciones de la Asamblea General de la ONU, la mayor parte de los autores coincide en que su fuerza depende de muchos factores, como que sea adoptada o no por unanimidad o muy amplia mayoría, que en resoluciones subsiguientes los Estados reiteren su contenido y que la apliquen en la práctica (Buergenthal y otros, 1994, p. 35, Panoz, pp. 129 y ss.).

El análisis de esos elementos permite entonces mostrar que ciertos documentos de *soft law* pueden ser reconducidos a algunas de las fuentes tradicionales principales del Derecho Internacional, como los tratados, la costumbre o los principios generales de derecho, con lo cual adquieren (o al menos expresan) una fuerza jurídica indudable, incluso conforme a las visiones más prudentes, tradicionales y positivistas del sistema de fuentes del Derecho Internacional.

Por ello, más allá de su valor doctrinario, que siempre es claro, los documentos de *soft law* pueden adquirir fuerza vinculante, o al menos enorme relevancia jurídica,

como (i) una “interpretación autorizada” de un tratado, como (ii) una prueba o una expresión de una costumbre internacional o (iii) como una expresión o concreción de determinados “principios generales de derecho”. Veámoslo.

Así, una declaración de la Asamblea General que interprete el alcance de un tratado previo, puede ser considerada una “interpretación autorizada” y casi auténtica del significado del tratado, en la medida en que es adoptada por los representantes de los mismos Estados, con lo cual puede considerarse que tiene prácticamente la fuerza jurídica del tratado mismo, o al menos un enorme valor doctrinario para interpretar su alcance.

Por ejemplo, el Comité DH, en el caso *Potter contra Nueva Zelanda* de 1997 (citado por O’Donnell, 2004, p. 50), negó la defensa del Estado, de que el Comité no debía tener en cuenta las “reglas mínimas para el tratamiento de reclusos”, por no ser vinculantes. Estas reglas son un típico documento de *soft law*, pues no son un tratado, pero fueron adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y fueron aprobadas ulteriormente por el Consejo Económico y Social de la ONU. El Comité consideró entonces que dichas reglas debían ser consideradas pues constituyan “una valiosa orientación para la interpretación del Pacto” (párrafo 6.3).

En el mismo sentido, la Corte Interamericana consideró que la fuerza vinculante de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que no era originariamente un instrumento vinculante, derivaba de que podía ser considerada una “interpretación autorizada” de los Estados Miembros de la OEA que “*contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración*”⁴⁰.

Y de manera más general, la misma Corte Interamericana ha desarrollado su concepto de *Corpus Iuris*, que incluye documentos de *soft law*, precisamente para defender una interpretación evolutiva de los alcances de los tratados de derechos humanos en general y de la CADH en particular, con lo cual algunos de esos instrumentos adquieren fuerza jurídica como elementos interpretativos del alcance de la CADH.

40 Opinión Consultiva 10/89 sobre “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” párrafo 43.

De otro lado, ciertos documentos de *soft law* pueden considerarse como expresiones o pruebas de costumbres internacionales. Como se sabe, la costumbre requiere no solo que exista una práctica generalizada de los Estados sino que además se presente un elemento subjetivo: la *opinio iuris*, que es la convicción de los Estados de que dicha práctica es obligatoria y no un simple asunto de rutina o cortesía. Por ende, una resolución de la Asamblea General puede no solo ayudar a probar la *opinio iuris* de una determinada práctica, sino que además puede ser el punto de partida de prácticas de derecho consuetudinario. Dichas resoluciones, aunque no tienen fuerza jurídica en sí mismas, son entonces instrumentos útiles para probar la cristalización de costumbres internacionales (Mariño Menéndez, capítulo 16, Panos, capítulo 7).

Es más, incluso algunos autores han hablado de que ciertas declaraciones de la Asamblea General de la ONU generaban una suerte de “*costumbre internacional instantánea*”, pues la votación de los Estados era la práctica general, mientras que el contenido de la declaración era la prueba de la *opinio iuris*. Esta tesis es minoritaria, (Panoz, pp. 176 y ss.), pero en lo que existe amplio acuerdo doctrinario es en destacar en la importancia que tienen esas resoluciones en el desarrollo del derecho consuetudinario internacional, pues esos documentos aceleran su concreción, o aclaran su sentido, o sirven de prueba de sus elementos, o cristalizan su nacimiento.

Finalmente, dichos documentos de *soft law* también pueden ser pruebas o expresiones de principios generales de derechos, en la medida en que en ocasiones son simplemente una redacción por escrito de dichos principios o ayudan a su concreción.

Ahora bien, desde el punto de vista del derecho colombiano, las anteriores consideraciones permiten evaluar la posible incorporación de algunos de los documentos de *soft law* al “Bloque de Constitucionalidad”.

De un lado, todos esos documentos tienen un indudable valor doctrinario, al menos como fuente auxiliar para determinar el alcance de los derechos constitucionales. De otro lado, si un documento de *soft law*, como una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, expresa una interpretación autorizada de un tratado, y dicho tratado hace parte a su vez del “Bloque de Constitucionalidad”, entonces resulta razonable concluir que dicha resolución también puede entenderse incorporada al “Bloque de Constitucionalidad” para efectos interpretativos.

Precisamente tal fue el criterio básico de la Corte Constitucional para considerar que los principios sobre desplazamiento forzado hacían parte del “Bloque de Constitucionalidad” pues podían ser considerados una interpretación de las

obligaciones derivadas del Protocolo II, que a su vez es parte integrante del “Bloque de Constitucionalidad”.

En tercer término, la Corte Constitucional ha indicado que el Derecho Internacional Humanitario, en virtud del artículo 214 numeral 2º de la Constitución que dispone que “*en todo caso se respetarán las reglas del Derecho Internacional Humanitario*”, se incorpora automáticamente al ordenamiento colombiano, con rango constitucional⁴¹. Por ende, si un documento de *soft law* puede ser considerado una expresión de normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario, se puede entender también incorporado al “Bloque de Constitucionalidad” en virtud del artículo 214 superior.

Finalmente, en la medida en que el artículo 9º de la Carta establece un rango especial para los principios generales de derechos reconocidos por Colombia, entonces, también debe entenderse, con fuerza vinculante interna, aquel documento de *soft law* que exprese y concrete alguno de esos principios.

Conforme a todo lo anterior, es razonable concluir que los documentos de *soft law* en materia de derechos humanos no hacen parte mecánicamente del “Bloque de Constitucionalidad”, pero no solo pueden ser utilizados doctrinariamente para interpretar el sentido de las disposiciones constitucionales sino que, con cautela, es posible concluir que algunos de ellos, en la medida en que puedan ser considerados interpretaciones autorizadas de tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (C.P. Art. 93), o expresiones consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario (C.P. Art. 214), o concreción de principios generales de Derecho Internacional aceptados por Colombia (C.P. Art. 9º), pueden entenderse incorporados al Bloque de Constitucionalidad.

XIII. SÍNTESIS DE LA UNIDAD

Para aprehender la figura del “Bloque de Constitucionalidad” como herramienta útil en la aplicación judicial, es necesario determinar que existen tres interrogantes en relación a esta noción, a los que una dogmática adecuada debe dar cuenta: (i) su naturaleza y función, (ii) el procedimiento de incorporación de nuevos principios y derechos, y (iii) el listado de normas que lo integran.

41 Ver, entre otras, las sentencias C-574 de 1992 y C-225 de 1995, Fundamento 10.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado (i) que la categoría <<“Bloque de Constitucionalidad”>> tiene una naturaleza tal, que hace que para establecer sus elementos constitutivos haya que acudir a pautas normativas más generales y estables; (ii) existen unas reglas de reenvío normativo complejas establecidas por la propia Constitución, que han tenido que ser sistematizadas para (iii) determinar finalmente qué enunciados normativos hacen parte del bloque, tanto en sentido estricto como en sentido lato. Eso ha permitido precisar cuáles normas de derechos humanos hacen parte del “Bloque de Constitucionalidad”, aunque subsisten algunas dificultades, en especial en relación con la fuerza normativa de ciertos estándares de derechos humanos que hacen parte del llamado “soft law”.

XIV. AUTOEVALUACIÓN

La autoevaluación de las distintas unidades está construida con base en unas breves preguntas conceptuales y teóricas, pero igualmente con base en un caso transversal, que deberá ser analizado en las distintas unidades.

Ca

- Resuma en dos párrafos las diferencias entre el “Bloque de Constitucionalidad” en sentido lato y en sentido estricto.
- Resuma en dos párrafos cuáles tratados de derechos humanos hacen parte del “Bloque de Constitucionalidad” y cuáles diferencias pueden existir entre ellos.
- Desarrolle un ensayo de dos páginas sobre el sistema de fuentes en Colombia y precise el alcance del “Bloque de Constitucionalidad” en dicho sistema de fuentes.
- Discuta en un ensayo de dos páginas qué fuerza jurídica interna se le puede otorgar a la doctrina derivada de las observaciones generales del Comité DH.
- En un ensayo de dos páginas, analice las razones por las cuales un determinado documento de *soft law*, como la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”, que figura en el anexo normativo de la Unidad Tercera del módulo puede o no hacer parte del Bloque de Constitucionalidad.

Caso No. 1:

- Examine nuevamente el caso de la Unidad 1 y vuelva a discutir si los documentos internacionales, mencionados en el mismo, hacen o no parte del “Bloque de Constitucionalidad”.

Caso No. 2:

Dos magistrados discuten acerca de un caso: Tres años atrás, un joven miembro de una comunidad indígena llegó a la ciudad a estudiar antropología en una universidad pública de la capital. Siempre ha sido reconocido en su cabildo como un líder comprometido con la defensa de los derechos de su comunidad, que además ha enfocado sus estudios universitarios para realizar análisis etnográficos sobre su pueblo para poder darlo a conocer al país en toda su especificidad. Este joven una noche se encontraba disfrutando de una fiesta con sus compañeros de clase. Luego de varias horas y de haber consumido bebidas alcohólicas, empieza a discutir fuertemente con uno de sus compañeros universitarios que se burló de su condición indígena y de la de su pueblo. Hubo un momento donde la discusión se hizo insostenible y los dos jóvenes se agredieron físicamente, resultando muerto el compañero del joven indígena.

Para los dos magistrados es claro que las autoridades de los pueblos indígenas tienen el derecho fundamental a ejercer funciones jurisdiccionales; sin embargo, la discusión se centró en la viabilidad jurídica de hacer la remisión a las autoridades de la comunidad indígena. El primer magistrado argumenta que existe en el artículo 246 un mandato constitucional expreso a partir del cual se prescribe que “la ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”, en virtud del cual, hasta tanto no exista dicha ley, ellos como jueces de la República, no pueden ordenar directamente la remisión del caso a la Justicia indígena, ya que ello iría en contra de sus funciones y de la Constitución misma. El segundo por su parte, reconoce lo establecido en la disposición, sin embargo, afirma que si se tiene en cuenta que el Estado Colombiano ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre derechos de los pueblos indígenas y este en su artículo 9 establece la obligación para los Estados de garantizar el ejercicio de la jurisdicción especial indígena, debe asumirse que esta norma de acuerdo a lo prescrito por la misma Constitución en su artículo 53, por ser un convenio internacional del trabajo debidamente ratificado hace parte de la legislación interna, por lo cual debe ser tenida en cuenta para el caso concreto. El primer magistrado replica expresando que si precisamente este tratado hace parte de la legislación interna, no puede oponerse frente a lo dicho por la Constitución en el artículo 246.

Las presentaciones de cada magistrado contienen debilidades argumentativas. Como usted es el tercer magistrado, su tarea es identificar dichas debilidades y de acuerdo a ello proyectar un fallo.

UNIDAD 3

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y PROCESO PENAL



- Abordar formas específicas de aplicación de la figura en el ámbito del proceso penal, con el fin evidenciar su pertinencia específica como herramienta para incorporar en el ámbito interno las garantías judiciales previstas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.



- Examinar los aspectos que debe tener presente el juez penal para identificar las normas que conforman el “Bloque de Constitucionalidad” y el alcance de las mismas en materia penal.
- Identificar qué tipo de documentos relevantes para el proceso penal pueden ser considerados como parte del “Bloque de Constitucionalidad” y en qué condiciones.
- Determinar la relevancia jurídica que tiene en la praxis judicial penal el uso de la figura a través de la ilustración de aplicaciones prácticas

- Instrucciones: Recuerde que las actividades pedagógicas que se incluyen en este módulo desarrollan, desde un enfoque constructivista, un proceso de autoevaluación transversal, donde usted como lector podrá determinar individualmente sus avances con mayor facilidad, lo cual representará un valor adicional cuando realice procesos de interacción con otros lectores.

Por ello, cada unidad se acompaña de unos ejercicios prácticos. Al finalizar la lectura del contenido de cada unidad temática, puede volver

sobre los ejercicios iniciales y establecer: (i) diferencias y/o avances frente a los planteamientos iniciales propios, (ii) dudas que persisten luego de la lectura, (iii) consideraciones críticas. Esta forma de trabajo, le brindará insumos adicionales para el momento en que entre en contacto a través de las mesas de trabajo con los demás lectores.

Para identificar las actividades pedagógicas y distinguirlas del texto que desarrolla los conceptos u ofrece información, dichas actividades pedagógicas han sido resaltadas.

I. HERRAMIENTAS PRÁCTICAS DE USO DEL “BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD” EN EL PROCESO PENAL

Para que el “Bloque de Constitucionalidad” tenga realmente eficacia normativa, es necesario que el juez penal, ya sea que se desempeñe como Juez de Garantías, ya sea que presida el juicio oral, tenga en cuenta las normas que integran dicho bloque para determinar el alcance de las garantías en el proceso penal, y de esa manera pueda proteger adecuadamente los derechos fundamentales en el proceso penal, que es una de sus funciones esenciales.

Esta unidad busca dotar al juez de esas herramientas, pero conviene precisar que su objetivo no es analizar sistemáticamente todas las garantías en materia penal previstas por el Derecho Internacional de los derechos humanos, pues ese tema, por su naturaleza y extensión, desborda ampliamente los objetivos de este módulo. Simplemente, busca describir el uso del “Bloque de Constitucionalidad” como herramienta normativa que permite incorporar dichos estándares internacionales, pero sin pretender analizar, detalladamente, el contenido y alcance de estas garantías, pues este tema es demasiado extenso y además, es abordado por otros módulos de la Escuela o por obras especializadas en la materia¹.

La unidad comienza por mostrar algunos ejemplos del uso creativo pero riguroso del “Bloque de Constitucionalidad” en el ámbito penal por parte de la Corte

1 Ver, por ejemplo, los módulos redactados por los profesores Alejandro Aponte, Óscar Julián Guerrero o José Urbano, que analizan garantías y derechos específicos. A nivel de obras especializadas, ver O'Donnell, 2004, en especial los capítulos 2, 4 y 5; Medina Quiroga, 2003, en especial los capítulos 4 y 5, Amnistía Internacional 2000 la totalidad del libro, al igual que todo el libro de Office of the High Commissioner for Human Rights, 2000. Ver igualmente Bovino, para el estudio de un tema específico, como es el problema de la detención preventiva.

Constitucional. Con ello se quiere reiterar la importancia de la figura. Luego, sugiere ideas para aplicar el bloque en el ámbito penal, señalando cuáles son las normas constitucionales y de los tratados de derechos humanos más importantes en relación con el proceso penal, para luego examinar en qué medida en este campo se puede recurrir a instrumentos jurisprudenciales o de *soft law* que tengan relevancia penal, como pueden ser las numerosas declaraciones aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas.

II. ALGUNOS EJEMPLOS DE APLICACIÓN PRÁCTICA DEL "BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD" EN ASUNTOS PROCESALES PENALES POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Las siguientes son, pero sin ningún ánimo de exhaustividad, algunas aplicaciones prácticas del "Bloque de Constitucionalidad" en materia procesal penal.

Un primer ejemplo interesante es el del alcance del fuero militar, regulado por el artículo 221 de la Constitución. En algunas ocasiones, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, a quien corresponde resolver los conflictos entre la jurisdicción militar y la justicia penal ordinaria, llegó a conclusiones muy problemáticas, pues varios casos de ejecuciones, masacres y desapariciones forzadas fueron enviados a la Justicia Penal Militar. Es más, incluso casos de acceso carnal violento, fueron atribuidos a la jurisdicción castrense, como la violación de una secretaria por parte de un militar. En este caso, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura determinó que si el militar había violado a esa mujer fue aprovechándose del servicio, por lo cual el caso debía ir a la justicia penal militar².

Ahora bien, una lectura aislada y asistemática del artículo 221 de la Constitución podría llevar a la conclusión de que el Consejo Superior de la Judicatura tenía razón, porque la Constitución establece que "De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares...". En este sentido, el argumento de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura consistía en lo siguiente: argumentaba que esa Sala no estaba diciendo que la violación o la

2 Para un análisis sistemático de este tema, ver Rojas Betancourt, pp. 287 y ss. El caso de la violación fue resuelto por la decisión del 6 de julio de 1995, MP. Enrique Noguera; otro caso de violación también fue atribuido a la jurisdicción castrense por la decisión del 10 de febrero de 1991, MP Rómulo González.

ejecución extrajudicial fueran actos del servicio, pero sí comportamientos que ocurrían con ocasión del servicio y, por consiguiente, correspondían a la justicia penal militar.

La Corte Constitucional en varias sentencias, también retomando los estándares internacionales de derechos humanos, llegó a una conclusión distinta: según su parecer, en un Estado democrático, la Fuerza Pública tiene ciertos cometidos o funciones que le son propios; por ende, si los militares cometan delitos que tienen que ver con esas funciones y si, además, esos delitos se hacen con ocasión del servicio, de ellos puede conocer la justicia castrense. Pero la Corte aclaró que hay cierto tipo de hechos punibles, como los delitos de lesa humanidad, que son tan extraños a las funciones propias de la Fuerza Pública en un Estado democrático, que por más que sean cometidos con ocasión del servicio, rompen cualquier conexidad con este y tienen que ser investigados por la justicia ordinaria. Con base en esta doctrina, en numerosas sentencias, la Corte ha reenviado casos que estaban siendo investigados por la justicia penal militar a la justicia ordinaria.

La decisión que dio origen a esta doctrina es la sentencia C- 358 de 1997, reiterada en numerosas ocasiones, lo cual muestra, que es una doctrina jurídica totalmente consolidada en la Corte³. Esta tesis se ha visto fortalecida en algunas sentencias, proferidas últimamente, por referencia a normas expresas del Derecho Internacional que establecen que frente a cierto tipo de actos, no puede conocer la justicia penal militar. Así, el artículo IX de la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada dispone que en ningún caso los actos de desaparición forzada pueden ser conocidos por la justicia castrense. La sentencia C-580 de 2002, luego de recordar la doctrina que la Corte había elaborado desde 1997, declaró constitucional ese mandato. La Corte precisó que la regla de la Convención que proscribe a la jurisdicción penal militar conocer del delito de desaparición forzada no solo no merece reproche de constitucionalidad sino que incluso es imperativa desde el punto de vista constitucional.

Pero la Corte ha ido incluso más lejos. Ha considerado que si la función de la Fuerza Pública no solo no es violar los derechos humanos sino evitar que ocurran crímenes de lesa humanidad, un caso de descuido de un comandante de la Fuerza Pública, que se traduzca en la ocurrencia de delitos de lesa humanidad, no podría ser tomado simplemente como una negligencia funcional, sino como una posible coautoría en dichos delitos.

³ Ver, entre otras, las sentencias C-878 de 2000 y C-580 de 2002.

Precisamente basándose en ese criterio, la Corte envió el caso del General Uscátegui a la justicia penal militar, a pesar de que ese oficial no estaba acusado de complicidad directa en la atroz masacre ocurrida en Mapiripán, sino de omisión de socorro. En este caso, la Corte consideró que cuando la omisión le es atribuida a una persona que tiene bajo su responsabilidad evitar que esos hechos ocurran, eso ya no configura una simple omisión de socorro, sino que el militar ha desconocido su posición de garante en ese campo y, por consiguiente, se le puede imputar directamente el delito de lesa humanidad y la conducta debe ser investigada por la justicia penal ordinaria, y no por la jurisdicción castrense. Estableció entonces la Corte que *"las omisiones en las que incurrieron los sindicados permitieron la realización de hechos degradantes del sentimiento de humanidad. De ahí que, por razones objetivas, no sea posible asignar competencia a la justicia penal militar"*⁴.

Un segundo ejemplo, igualmente, interesante es la doctrina sobre el alcance de los derechos de las víctimas, por cuanto allí hubo una modificación profunda de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en cierta medida, se dio a raíz de la variación de la doctrina internacional sobre el tema, lo cual muestra la importancia del "Bloque de Constitucionalidad" como figura que mantiene viva una Constitución.

Así, aproximadamente hasta el año 2000, la Corte estuvo muy dividida sobre ese punto, pero aun así, de manera reiterada sostuvo la tesis tradicional de que en los procesos penales las víctimas tenían una pretensión eminentemente patrimonial. Es cierto que existían algunas sentencias aisladas que señalaban que los derechos de las víctimas desbordaban esa pretensión indemnizatoria, pero la tendencia fue aceptar que en el proceso penal, la participación de las víctimas buscaba esencialmente una reparación patrimonial.

A partir del año 2001, la Corte Constitucional tomó nota de la variación que, a nivel internacional, se había dado sobre los derechos de las víctimas, en especial en la sentencia de la Corte Interamericana en el caso de Barrios Altos del Perú⁵, en donde esta corporación internacional concluyó que la amnistía que se había dado era contraria a la Convención, a pesar de que Perú se había comprometido a reparar a las víctimas. La Corte Interamericana llegó a esta conclusión al considerar que no se garantizaban los derechos a la verdad y a la justicia.

4 Sentencia SU-1184 de 2001, MP. Eduardo Montealegre Lynett. Fundamento 28.

5 Ver la sentencia del 14 de marzo de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú).

A partir de esta evolución de la doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el tema, la Corte Constitucional varía radicalmente su jurisprudencia sobre los derechos de las víctimas, y reconoce que en los procesos penales el derecho de participación de las víctimas no tiene un interés puramente reparatorio o material, sino que corresponde al derecho a una reparación más integral, que incluye el derecho a la verdad y el derecho a la justicia⁶.

Ahora veamos cuáles son las implicaciones de esta doctrina, al menos en el esquema procesal incorporado en la Ley 600 de 2000, que conserva en parte sus efectos durante algún tiempo. Por ejemplo, si uno sostiene que la víctima solo tiene un interés reparatorio, podría ser excluida de la investigación previa de un proceso penal, por cuanto en la investigación previa todavía no hay sindicado, y si es así, ¿contra quién podría la víctima dirigir la pretensión de reparación? En ese caso no habría sujeto pasivo de esa pretensión de reparación, por lo cual, podría el legislador, razonablemente, excluir a las víctimas de la participación en la investigación previa de un proceso penal, si estas únicamente tuvieran un interés reparatorio, y, precisamente esa exclusión fue declarada constitucional por la Corte en la sentencia C-293 de 1995.

Posteriormente, la Corte varía su jurisprudencia y establece que la víctima no tiene solo un interés patrimonial, sino que tiene unos derechos más amplios que incluyen el derecho a la verdad y a la justicia, y bajo esta tesis ya la víctima o el perjudicado no pueden ser excluidos de la investigación previa, por cuanto tienen derecho a la verdad y a la justicia, y uno de los momentos esenciales para determinar la verdad de lo que ocurrió y para formular pretensiones adecuadas de justicia, es precisamente la investigación previa⁷.

Otra situación que se daría, en caso de que las víctimas únicamente tuvieran una pretensión puramente reparatoria, es que estas no podrían apelar el fallo, por ejemplo una sentencia condenatoria, por considerar que la pena es muy baja. Supongamos que condenan a alguien por una masacre a tres meses de prisión; si la víctima tiene una pretensión puramente reparatoria, no podría impugnar esa decisión, porque no tendría legitimación para hacerlo, ya que la declaración de responsabilidad es suficiente para demandar la indemnización de perjuicios materiales. En cambio, si los derechos de las víctimas incluyen el derecho a la justicia, es claro que la víctima

6 Hay numerosas sentencias sobre el tema, pero hay tres particularmente importantes, en las que se concreta ese cambio: la sentencia C-282 de 2002, la sentencia C-04 de 2003 y la sentencia C-578 de 2002 sobre el Tribunal Penal Internacional.

7 Sentencia C-228 de 2002 y C-451 de 2003.

o el perjudicado podrían apelar ese tipo de decisiones, por considerar que la sanción no es proporcionada⁸.

Finalmente, esa doctrina sobre los derechos de las víctimas ha tenido consecuencias en la participación de organismos de derechos humanos en investigaciones judiciales sobre masacres, como lo muestra la sentencia T-249 de 2003. En este caso, el peticionario hacía parte de un grupo de derechos humanos y había solicitado ser parte civil en el proceso penal seguido por las masacres y los delitos que se habían cometido en la región de Urabá. Al peticionario se le había negado la participación como parte civil en estos procesos, pues la Fiscalía argumentaba que él no había sufrido ningún perjuicio directo. El peticionario argumentaba que en este caso no había únicamente homicidios dispersos, sino que había un patrón sistemático de homicidios y ejecuciones que podían configurar un delito de lesa humanidad y, por consiguiente, la perjudicada no era únicamente la comunidad directamente afectada, sino en el fondo, toda la humanidad. La Corte Constitucional acepta esas pretensiones e indica que, dentro de ciertos límites, aquellos que demuestren seriedad en la defensa de los derechos humanos tienen derecho a constituirse como parte civil en esos procesos. La sentencia T-249 de 2003 da entonces razón al peticionario y concluye que en ese tipo de procesos, debido al derecho a la verdad, a la reparación y a la justicia, así como a la naturaleza de los delitos de lesa humanidad (sin que la Corte prejuzgara que se había cometido o no ese delito) cabía una parte civil popular y, por consiguiente, la Corte ordenó a la Fiscalía que admitiera la parte civil en estos procesos.

El tercer ejemplo es el tema de la compleja y difícil relación entre el *non bis in ídem* o la prohibición de doble enjuiciamiento y el derecho de las víctimas. El principio del *non bis in ídem*, como es conocido, consiste en la prohibición de que una persona sea investigada dos o más veces por un mismo delito, y esta prohibición es una de las grandes garantías del derecho penal, porque evita lo que llaman algunos el ensañamiento punitivo del Estado y garantiza el principio de la seguridad jurídica de los ciudadanos. Es pues una garantía ciudadana esencial en una democracia.

Sin embargo, esa prohibición del *non bis in ídem* puede entrar en tensión muy fuerte con los derechos de las víctimas, sobre todo cuando los presuntos implicados son absueltos a partir de investigaciones que no tuvieron muchas garantías de seriedad. En la sentencia C-04 de 2003, la Corte tuvo que analizar precisamente esa tensión entre el *non bis in ídem* y los derechos de las víctimas, a raíz de una demanda contra la norma

8 Ver la Sentencia T-1267 de 2001.

que regula la acción de revisión del Código de Procedimiento Penal aún vigente. Esa norma establece, en términos muy generales, que la acción de revisión solo procede para sentencias absolutorias, y solo en beneficio del procesado, consagrando dos excepciones muy particulares: que se diera el caso en que el juez hubiera cometido un delito o que la persona hubiera sido absuelta por prueba falsa.

La Corte, entonces, en esa sentencia, luego de analizar las relaciones entre los derechos de las víctimas y el principio del *non bis in ídem*, concluye que en relación con los delitos en general, esa restricción que establece el Código de Procedimiento Penal es válida, pero como los derechos de las víctimas se incrementan en la medida en que el delito es más grave, la restricción se vuelve desproporcionada en caso de infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones de derechos humanos, sobre todo, cuando se constata que la investigación que había realizado el Estado era en el fondo una investigación aparente. A partir de esta argumentación, la Corte concluye que en esas hipótesis la acción de revisión es viable.

Actividad pedagógica

Investigación y discusión. Investigue con sus colegas ejemplos prácticos en donde hayan aplicado (o hubieran podido haber aplicado) normas del “Bloque de Constitucionalidad” en el proceso penal.

III. LAS NORMAS RELEVANTES PARA EL “BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD” EN EL ÁMBITO PENAL: UN ENFOQUE GENERAL

Los ejemplos precedentes han mostrado la importancia del “Bloque de Constitucionalidad” para resolver asuntos penales. Sin embargo, la pregunta obvia que el operador judicial puede hacerse es cómo usar creativa pero rigurosamente el “Bloque de Constitucionalidad”, teniendo en cuenta que parecen existir numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos que pueden ser relevantes en el ámbito penal. Es necesario pues examinar cuáles pueden ser los estándares internacionales más importantes en materia penal, para lo cual conviene tomar en consideración la naturaleza misma del sistema penal.

El proceso penal está destinado a esclarecer delitos y, eventualmente, imponer sanciones a los responsables de esos ilícitos, que suelen ocasionar daños importantes no solo a la sociedad en general sino también, y tal vez especialmente, a víctimas específicas. En dicho proceso, en ocasiones, las personas son privadas de la libertad,

como medida preventiva para asegurar la eficacia del proceso, y las autoridades policiales e investigadoras pueden verse obligadas a restringir otros derechos, como la intimidad, para obtener medios de prueba. Además, una de las penas usuales a que recurre el derecho penal es la privación de la libertad, que debe ser ejecutada administrativamente. Teniendo en cuenta, además, que se puede afectar un derecho fundamental tan importante como la libertad, las garantías procesales adquieren su mayor expresión en este campo.

Conforme a lo anterior, el proceso penal pone en juego varios tipos de derechos: en primer término, la libertad personal y sus garantías específicas, pues ese derecho puede verse afectado en la investigación penal y en el proceso penal. En segundo término, el debido proceso, pues este debe ser garantizado de manera especial, lo cual implica no solo que se aseguren las garantías propiamente procesales, como el derecho de defensa, sino que además el ordenamiento otorgue a las funciones judiciales sus garantías institucionales de independencia e imparcialidad. En tercer término, el proceso penal se encuentra enmarcado por la protección de otros derechos, como la intimidad y la inviolabilidad del domicilio. En cuarto término, deben ser tomados en cuenta los derechos de las víctimas de los delitos y de los abusos de poder. En quinto término, es necesario también analizar las normas que regulan la naturaleza y la ejecución de las penas, en especial aquellas relativas al ámbito penitenciario pues la sanción penal es en muchas ocasiones una privación de libertad. Finalmente, ciertas poblaciones específicas, como los menores o las comunidades indígenas, tienen derechos especiales frente al sistema penal, que deben ser tomados en consideración por los operadores judiciales.

En los puntos que siguen presentaremos brevemente las normas más relevantes sobre estos derechos que hacen parte del "Bloque de Constitucionalidad", comenzando por aquellas disposiciones incorporadas en los tratados de derechos humanos para luego examinar documentos de *soft law* o criterios de la jurisprudencia internacional que tienen relevancia en el campo del procedimiento penal.

IV. LAS NORMAS MÁS RELEVANTES EN MATERIA PENAL DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

Conforme a lo anterior, son de especial importancia, a nivel constitucional, los artículos 15 (intimidad), 28 (libertad personal), 29 (debido proceso), 30 (Hábeas Corpus), 31 (derecho a apelar), 32 (flagrancia), 33 (límites al deber de declarar), 34 (penas prohibidas), 35 (extradición), 228 (independencia y celeridad de la justicia), 229 (acceso a la justicia), 230 (sistema de fuentes) y 250 y SS (funciones de la Fiscalía

General). Esas normas son conocidas por los funcionarios judiciales y de muy fácil acceso, por lo que no vale la pena detenerse demasiado en su examen, que además es realizado en otros módulos de la Escuela.

Al lado de ellas, y a veces menos conocidas por algunos funcionarios judiciales, pero de igual importancia, son las normas incorporadas en los principales tratados de derechos humanos relativas a la garantía de la libertad, al debido proceso, la intimidad, los límites a las penas, las condiciones de detención y los derechos de las víctimas. Entre ellas, sin lugar a dudas, las más relevantes, pero no las únicas, son aquellas disposiciones que están contenidas en la CADH y en el PIDCP, pues son los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia que tratan más sistemáticamente el tema⁹. Son las siguientes:

En primer lugar, la protección de la libertad personal se encuentra específica y detalladamente regulada en el artículo 9 del PIDCP y en el artículo 7 de la CADH, que son ambos tratados que hacen parte del “Bloque de Constitucionalidad”. Esas normas son semejantes, pero imprescindibles, en especial para el juez penal, puesto que establecen las condiciones en las cuales una persona puede ser transitoriamente privada de la libertad.

En segundo lugar, el debido proceso penal se encuentra regulado especialmente en los artículos 14 del PIDCP y el 8 de la CADH. Esas normas no solo desarrollan las garantías procesales específicas, como el derecho a contrainterrogar testigos o a apelar la sentencia condenatoria, sino que también establecen los requisitos de independencia, predeterminación e imparcialidad que deben reunir los funcionarios judiciales encargados de adelantar dichos procesos.

En tercer lugar, encontramos las normas que regulan las llamadas garantías penales, sobre la legalidad de los delitos y las penas, y los límites a las penas imponibles (art. 15 del PIDCP y art. 9 CADH).

En cuarto lugar, la cláusula sobre integridad personal de ambos tratados es relevante, no solo porque limita las posibilidades de penas y prácticas investigativas,

9 Todos estos tratados son hoy de fácil acceso vía internet, por ejemplo en las excelentes páginas web de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (www.ohchr.org) o del centro de derechos humanos de la Universidad de Minnesota (www1.umn.edu/humanrts), o de la Comisión Andina de Juristas de Lima (www.cajpe.org.pe). Pero en todo caso, y para facilitar la labor de los jueces, hemos incorporado en el anexo los documentos internacionales que nos parecen imprescindibles.

que no pueden ser crueles ni degradantes, sino además porque establecen, junto con otras disposiciones, normas básicas sobre las condiciones de detención y de ejecución de las penas privativas de la libertad (art. 5 CADH y art. 7 y 10 del PIDCP).

En quinto lugar, encontramos en esos mismos pactos, las disposiciones que protegen la intimidad y la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones (art. 11 de la CADH y art. 17 del PIDCP).

Por último, encontramos algunas pocas disposiciones, en estos tratados, relativas a los derechos de las víctimas de abusos de poder, entre las cuales se encuentra especialmente el derecho de toda persona no solo a acceder a un tribunal independiente e imparcial para la definición de sus derechos (art. 8º CADH y Art. 14 del PIDCP) sino también a contar con un recurso sencillo que lo ampare contra las violaciones a sus derechos humanos (art. 25 CADH y art. 2 del PIDCP).

Las anteriores disposiciones son tal vez las normas convencionales, esto es, contenidas en tratados, más importantes para el proceso penal, y por ello son de conocimiento ineludible por parte de todos los jueces penales, en la medida en que permiten concretar el alcance de algunas garantías contenidas en la Constitución y en la ley. Por ello no solo están incorporadas en el anexo de esta unidad sino que, además, es deseable que el funcionario judicial realice juiciosamente las siguientes actividades pedagógicas:

Actividades Pedagógicas

- (i) Lea atentamente los citados artículos del PIDCP y de la CADH, que se encuentran en el anexo de esta unidad y compárelos ¿Encuentra usted derechos o garantías que estén en un pacto y no en el otro? Indique cuáles son y sus posibles implicaciones.
- (ii) Compare esas normas de derechos humanos con las disposiciones sobre la materia que se encuentran en la Constitución ¿Encuentra usted garantías o contenidos específicos que se encuentren en los tratados pero no en la Constitución? Preséntelos brevemente.
- (iii) Compare estas normas de derechos humanos con los principios rectores y garantías procesales del estatuto procesal penal contenidos en el título preliminar de la Ley 906 de 2004 ¿Existen en los tratados garantías que no estén incorporadas explícitamente en la Ley 906 de 2004?

Realice esas actividades antes de leer los siguientes párrafos.

Los artículos del PIDCP y de la CADH en materia penal tienen un contenido muy similar, por lo cual sus discrepancias, como lo ha destacado la doctrina (O'Donnell, 2004, p. 350), son más de forma que de fondo. Sin embargo, existen algunas diferencias puntuales, en donde uno de los pactos tiene ciertas garantías, que no aparecen explícitas en el otro. Así, el PIDCP establece la garantía del acusado de estar presente en el proceso y que el interrogatorio de los testigos de descargo se haga en las mismas condiciones que los testigos de cargo (art. 14-3, literales d) y e), las cuales no están previstas, en forma explícita, por la CADH. Igualmente, el PIDCP señala expresamente que la detención preventiva tiene que ser excepcional (art. 9º), garantía que no está prevista literalmente en la CADH. Por su parte, la CADH señala el derecho de la persona de comunicarse *“libre y privadamente”* con su defensor (arts. 8, 2, d), mientras que el PIDCP no establece expresamente ese carácter privado de esas comunicaciones.

Ahora bien, esas diferencias no son realmente muy significativas en la práctica, pues las garantías que no están previstas explícitamente en algunos de los tratados han terminado por ser inferidas interpretativamente por la jurisprudencia y la doctrina de los organismos de control, con lo cual los contenidos de estos dos convenios son sustancialmente iguales en materia penal y procesal penal.

Por el contrario, las diferencias entre la Constitución y los tratados es mucho más significativa, pues en muchos aspectos, los tratados tienen un contenido más desarrollado y amplio que las cláusulas constitucionales, mientras que en otros ámbitos la Constitución tiene un contenido más protector. Sin afán de exhaustividad, veamos algunos ejemplos.

En materia de garantías judiciales para la libertad y la intimidad, la Constitución tiene protecciones superiores a los pactos, pues establece que estos derechos solo pueden ser restringidos, como regla general, por orden judicial previa, mientras que los pactos prevén un control judicial, pero no establecen obligatoriamente y de manera expresa una orden judicial previa, por lo cual se ha admitido, en ciertos casos, que el control judicial sea ulterior.

En cambio, frente al derecho de defensa, las garantías previstas por los pactos parecen superiores, por ejemplo, en materia de controversia de la prueba. En efecto, los pactos establecen el derecho expreso del acusado a contrainterrogar los testigos de cargo (art. 14 PIDCP y art. 8 CADH), que no aparece explícitamente en la Constitución, que establece únicamente el derecho que tiene a controvertir las pruebas que se presenten en su contra (C.P. art. 29).

Ahora bien, una interpretación restrictiva de la Constitución implicó que en ciertos casos se privara a la defensa del derecho a interrogar un testigo de cargo, cuando el testimonio había sido recolectado por la Fiscalía sin la participación de la defensa, con el argumento de que no había violación de la controversia de la prueba, pues el acusado podía en todo caso discutir —esto es, controvertir— los dichos del testigo.

Tal fue la tesis de la Corte Constitucional en un caso en donde concluyó que no había violación del derecho de defensa, a pesar de que el acusado no pudo contrainterrogar al testigo, pues este se encontraba protegido en Estados Unidos¹⁰. La Corte argumentó que en todo caso el procesado pudo controvertir —esto es, discutir— el testimonio, pero esa tesis es equivocada, pues precisamente dejó de lado el contenido de los pactos internacionales, que atribuyen a las personas el derecho a contrainterrogar a los testigos de cargo, en igualdad de condiciones a la parte acusadora. Y este derecho implica la facultad de la defensa no solo de controvertir la valoración de un testimonio, una vez que este fue realizado, sino también la posibilidad de participar directamente en la producción del mismo, con las mismas garantías que la parte acusadora, pues sólo así el acusado podrá tener los elementos suficientes para cuestionar la credibilidad y consistencia de esos testigos.

El anterior no es el único tema en donde la CADH y el PIDCP prevén garantías más explícitas y amplias, en materia penal, que la Constitución; existen también otros aspectos importantes, como los relativos a la detención preventiva, que explícitamente el artículo 9º del PIDCP señala que no puede convertirse en regla general, mientras que la Constitución guarda silencio al respecto. O también las garantías de las personas privadas de la libertad, pues los pactos prevén algunas reglas importantes, que la Constitución no menciona explícitamente, como el deber de las autoridades de separar a los procesados de los condenados y mantener a los primeros en una condición compatible con la presunción de inocencia y su condición de no condenados (art. 10 PIDCP. y art. 5º CADH).

Es cierto que incluso sin recurrir al "Bloque de Constitucionalidad", esas garantías previstas en los tratados podrían ser inferidas a partir de una interpretación sistemática de otros principios constitucionales, como la presunción de inocencia. Sin embargo, su consagración explícita en los tratados no solo facilita la labor judicial y le confiere mayor solidez y seguridad jurídicas.

10 Sentencia SU-1300 de 2001, con aclaración de voto mío, en donde expliqué por qué esta interpretación de la Corte Constitucional era incompatible con las garantías previstas en los pactos de derechos humanos.

Todo eso muestra entonces la importancia de interpretar los alcances de los derechos constitucionales, tomando en consideración también los pactos de derechos humanos ratificados por Colombia y que hacen parte del “Bloque de Constitucionalidad”, y aplicando el principio *pro homine*, que explicamos en la unidad anterior, según el cual, el operador judicial debe preferir la disposición que consagre las garantías más amplias a favor de los derechos de la persona.

Las anteriores normas reseñadas de la CADH y del PIDCP no son obviamente las únicas disposiciones de los tratados de derechos humanos que hacen parte del “Bloque de Constitucionalidad” y que son relevantes para el proceso penal, pues existen otros tratados ratificados por Colombia que pueden ser también importantes en este campo, como la Convención contra la tortura, el Convenio 169 sobre pueblos indígenas, o los protocolos de derecho internacional humanitario. Por ejemplo, los artículos 37 y 39 de la Convención de los derechos del niño establecen regulaciones específicas sobre la privación de la libertad de los menores. Por su parte, el artículo 10 del Convenio 169 de la OIT establece restricciones a la aplicación de la justicia penal a los indígenas. Finalmente, los artículos 5 y 6 del Protocolo II establecen garantías mínimas a la libertad y reglas mínimas de debido proceso aplicables en caso de conflicto armado interno. Por su importancia, hemos incorporado esas cláusulas en el anexo normativo de esta unidad.

Ahora bien, el título preliminar del Nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) es un avance, pues reproduce, a nivel legal, muchas de las garantías previstas por los tratados de derechos humanos. Eso es positivo, a fin de reforzar la fuerza normativa de dichas garantías, pero en manera alguna resta importancia a la incorporación constitucional de los tratados de derechos humanos anteriormente mencionados, al menos por las razones siguientes: de un lado, por cuanto la fuerza normativa de dichos tratados es superior a la ley, como se explicó en la unidad precedente; y de otro lado, porque siguen existiendo garantías previstas en los tratados, que no aparecen expresamente en el estatuto procesal penal, como el carácter excepcional que debe tener la detención como medida de aseguramiento.

V. DOCUMENTOS DE SOFT LAW

Existen textos internacionales de *soft law*, que sin ser propiamente tratados, presentan un alto grado de relevancia para la interpretación de las garantías que deben ser respetadas dentro del proceso penal, como se explicó en la unidad precedente.

Esos documentos son demasiado numerosos y extensos para pensar en una presentación sistemática y exhaustiva en un breve módulo como este. Sin embargo, es posible indicar algunos textos que resultan muy importantes. Igualmente, en el anexo a esta unidad, incluimos los apartes más relevantes de algunos de ellos. En todo caso, conviene recordar que se trata de documentos de muy fácil acceso en Internet, pues todos figuran, por ejemplo, en la página web de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (www.ohchr.org).

De un lado, encontramos documentos generales, que establecen visiones globales sobre el alcance de los derechos involucrados en el proceso penal, y en este punto, sin lugar a dudas, los documentos más sistemáticos e importantes son las llamadas observaciones generales del Comité DH. En dichas observaciones generales, el Comité DH sintetiza sus criterios sobre un determinado derecho, a fin de facilitar su cumplimiento por parte de los Estados y la redacción de los informes que los Estados deben presentar ante dicho órgano.

Ahora bien, el Comité DH es el intérprete autorizado del PIDCP, por lo cual sus observaciones en esta materia representan la doctrina más autorizada sobre el tema, e incluso podría ser considerada como parte de la jurisprudencia de este organismo semijudicial, que tiene indudable importancia en términos del "Bloque de Constitucionalidad", como se explicó en la unidad precedente. En ese orden de ideas, conviene tener en cuenta al menos las tres siguientes Observaciones Generales: No. 13 de 1984 sobre el debido proceso, No. 16 de 1988 sobre la protección de la intimidad, y No. 21 de 1992 sobre el trato humano a las personas privadas de la libertad.

Un ejemplo, entre muchos otros, de la utilidad de estas observaciones es el relativo a la distinción entre la ilegalidad y la arbitrariedad de una injerencia en la vida privada de las personas, desarrollada en los párrafos 3 y ss. de la Observación 16, que figura en el anexo normativo. En efecto, allí el Comité DH explica este punto relevante para los jueces de garantías: una injerencia puede ser legal, al haber sido desarrollada conforme a las prescripciones legales, pero ser de todos modos ilegítima y arbitraria, si excede los propósitos y objetivos que justifican, conforme al PIDCP, dichas injerencias, que deben ser siempre proporcionadas y razonables.

Un segundo tema, en donde los documentos de *soft law* han adquirido una importancia creciente, es en relación con las condiciones de privación de la libertad de las personas. En efecto, como se explicó, los tratados de derechos humanos no regulan detalladamente este aspecto, pues solo establecen algunas normas básicas. Sin embargo, en esta materia ha habido un importante desarrollo de documentos de

soft law, a los cuales se les ha ido reconociendo cada vez mayor fuerza y relevancia jurídica, como las mencionadas en la unidad anterior “*Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*”¹¹ o los “*Principios básicos para el tratamiento de los reclusos*”¹².

Un ejemplo, entre muchos otros, de la utilidad normativa de estos instrumentos es que ellos precisan que, como lo ha señalado la Corte Constitucional en numerosas sentencias, las personas privadas de la libertad mantienen plenos todos sus derechos humanos, “*con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento*”, como lo dice claramente el principio básico 5.

Un tercer tema, en donde el desarrollo de los documentos de *soft law* ha sido importante en materia penal, es en relación con las garantías institucionales que deben tener los funcionarios estatales y los propios abogados para que realmente pueda hablarse de debido proceso. Al respecto, los tratados de derechos humanos, como la CADH o el PIDCP, exigen que los tribunales que tramiten los procesos sean competentes, independientes e imparciales, pero no establecen cuáles requisitos deben cumplirse para que realmente un tribunal reúna esas características. Por esa razón se han producido documentos de *soft law* que desarrollan estos principios, entre los cuales, los más importantes son los siguientes: los “*Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*”¹³, las “*Directrices sobre la Función de los Fiscales*”¹⁴ y los “*Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*”¹⁵.

Un ejemplo, entre muchos otros, de la utilidad de estos documentos es la necesidad que estos establecen de que el cargo de fiscal esté “*estrictamente separado*

11 Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

12 Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su Resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990.

13 Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

14 Aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

15 Aprobados también por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

de las funciones judiciales", como lo indica la directriz 10 sobre las funciones de los fiscales, pues dicha directriz permite interpretar muy restrictivamente cualquier atribución judicial de los fiscales.

Un cuarto tema de desarrollo dinámico por instrumentos de *soft law* tiene que ver con la protección especial debida en el proceso penal a ciertas poblaciones, que se encuentran en situaciones de debilidad o marginación. Un ejemplo importante son las "*Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* ('Reglas de Beijing')"¹⁶, cuya importancia y utilidad fue mostrada por la Corte Interamericana.

Finalmente, los derechos de las víctimas de delitos y de abusos de poder han sido, en gran medida, desarrollados en documentos de *soft law*. Así, es indudable que estos derechos son expresión del deber del Estado de garantizar los derechos de los ciudadanos y se encuentran además implícitos en el derecho de toda persona a un recurso judicial efectivo contra los actos que desconozcan sus derechos fundamentales, como bien lo ha explicado la Corte Interamericana desde sus primeros casos, y en especial desde su sentencia Velazquez Rodríguez de 1988, que sigue siendo una de sus decisiones más importantes.

Sin embargo, la concreción del alcance de esos derechos ha sido expresada con notable claridad en documentos de *soft law*, que han adquirido una relevancia jurídica indudable, como la "*Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*"¹⁷, o los principios para la protección y promoción de los derechos humanos con el fin de combatir la impunidad, incluidos en el informe de 1997 del Relator Especial sobre la cuestión de la impunidad, Louis Joinet, más conocidos como los "*Principios de Joinet*"¹⁸.

Estos principios clasifican los derechos de las víctimas en tres categorías en atención a que están constituidos por un complejo grupo de garantías y obligaciones de los Estados: (i) *El derecho a saber*, que contiene principios sobre el derecho a conocer

16 Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985.

17 Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

18 Ver Organización de Naciones Unidas. Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías. Sobre la Impunidad de Perpetradores de Violaciones a los Derechos Humanos. Relator Especial Louis Joinet, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/6, 19 de julio de 1993, revisado por E/CN.4/Sub.2/1994/11 y E/CN.4/Sub.2/1996/18 (Informe Final).

la verdad sobre las violaciones de derechos humanos ocurridas en el pasado, principios sobre las comisiones extrajudiciales de investigación y principios sobre la preservación y consulta de los archivos a fin de determinar las violaciones de derechos humanos; (ii) *derecho a la justicia*, que implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su opresor sea juzgado, obteniendo su reparación, al mismo tiempo, contiene principios sobre la delimitación de competencias entre las jurisdicciones nacionales, extranjeras e internacionales, al igual que medidas restrictivas a ciertas reglas de derecho como la prescripción, amnistía, derecho de asilo, a la competencia de los tribunales militares, etc., y que se justifican por la lucha contra la impunidad y (iii) *el derecho a obtener reparación*, que contiene principios sobre los procedimientos de reparación, el ámbito de aplicación de este derecho y como apartado fundamental, la inclusión de medidas destinadas a garantizar la no repetición de las violaciones.

Teniendo en cuenta que la justicia penal es el mecanismo inicial para hacer efectivos los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, ya que los funcionarios judiciales están investidos de facultades orientadas a impulsar la investigación y el esclarecimiento de los hechos, el juzgamiento y sanción de los responsables y posibilitar la reparación de las víctimas de delitos que implican graves violaciones a los derechos humanos o al derecho humanitario, es que se hace ineludible, sin transgredir el principio de legalidad, que los funcionarios judiciales acudan a documentos internacionales, como los Principios de Joinet, como criterios interpretativos relevantes a la hora de valorar e interpretar las normas del procedimiento penal colombiano. Así, todas las etapas dentro del proceso penal deben apuntar a la efectividad de los mencionados derechos y, en este sentido, cada una de las herramientas procesales puede ser usada en función de evitar cualquier decisión que vulnere los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Actividades Pedagógicas

Investigación: Revise nuevamente los enunciados normativos del Nuevo Código de Procedimiento Penal y establezca específicamente dentro de este nuevo esquema procesal, en qué etapas los principios “Joinet” cobran especial relevancia y por qué.

Reflexión: En la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos se discute la precariedad de la indemnización pecuniaria para poder hablar de “reparación integral” ¿Qué otras formas de reparación conoce usted?

VI. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Para el uso de la jurisprudencia internacional, la primera pregunta es ¿cuál es la más relevante y útil en esta materia? La respuesta parece ser que, primariamente, las decisiones de la Corte IDH, cuya naturaleza jurisdiccional nadie cuestiona; y en segundo lugar, pero prácticamente al mismo nivel, las decisiones en casos concretos y las observaciones o comentarios autorizados tanto de la Comisión IDH como del Comité de DH. Estos documentos también son de fácil acceso por Internet, por ejemplo, en la página web del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Minnesota (www1.umn.edu/humanrts), o en la de la Comisión Andina de Juristas de Lima (www.cajpe.org.pe).

Una segunda pregunta que surge es ¿para qué puede ser relevante esa jurisprudencia? La respuesta, que desarrollamos en la unidad anterior, es que dicha jurisprudencia es útil para precisar el alcance de muchos conceptos indeterminados, incluidos en los pactos de derechos humanos en materia penal. Por ejemplo, los pactos establecen que las personas tienen derecho a ser juzgadas en un plazo razonable, ante un tribunal "*imparcial*". Pero ¿qué es "*plazo razonable*"? ¿Y en qué consiste la "*imparcialidad*" de un tribunal? Para dotar de contenido esas categorías abiertas, la jurisprudencia internacional resulta de una utilidad ineludible, fuera de que ella, como se indicó en la unidad anterior, tiene una cierta fuerza vinculante a nivel interno. A continuación presentamos dos breves ejemplos de utilidad de los criterios jurisprudenciales aludidos.

El primero plantea ¿cuál es el alcance del derecho a contrainterrogar los testigos, previsto en los pactos? Una respuesta es que dichos derechos se encuentran íntimamente ligados al principio de "*igualdad de armas*", por el cual se entiende que la defensa debe poder contrainterrogar al testigo, en igualdad de condiciones, que la agencia estatal encargada de sustentar la acusación penal.

Así lo ha entendido, en numerosas sentencias, el TEDH¹⁹, cuya doctrina ha sido explícitamente acogida por la Corte IDH²⁰. El derecho a contrainterrogar los testigos

19 De la Corte Europea ver, entre otras, el caso Engels y otros contra Países Bajos, sentencia del 8 de junio de 1976; caso Unterpertringer contra Austria, sentencia del 24 de noviembre de 1986, Párr. 31; el caso Kostovski sentencia del 20 de noviembre de 1989, Párr. 39; y el caso Delta contra Francia, sentencia del 19 de diciembre de 1990; y el caso Vidal contra Bélgica de 1992.

20 La Corte Interamericana, en la sentencia del 30 de mayo de 1999, del caso Castillo Petrucci, retomó explícitamente los criterios de la Corte Europea.

de cargo presenta entonces una doble dimensión: de un lado, tiene un contenido mínimo, que debe ser respetado en todos los casos, y que consiste en que todo acusado debe gozar de una posibilidad adecuada de contrainterrogar al testigo de cargo. Así, la Corte Europea ha establecido que, en principio, esos testimonios deben ser “*producidos frente al acusado en una audiencia pública, a fin de permitir un debate contradictorio*”. Sin embargo, ha considerado que son admisibles los testimonios realizados durante la instrucción, siempre y cuando aseguren el derecho de defensa, por lo cual “*debe acordarse al acusado una ocasión adecuada y suficiente de controvertir el testimonio de cargo y de interrogar a su autor, en el momento de la declaración o más tarde*”²¹.

Pero de otro lado, ese derecho a contrainterrogar los testigos de cargo tiene una dimensión relacional, vinculada a la igualdad entre la acusación y la defensa. Así, en los casos Engel contra Holanda de 1976 y Briemont contra Bélgica, el TEDH señaló que la finalidad de esa garantía era conferir una “*completa igualdad de armas*” en materia de testimonios.

Por su parte, la Corte IDH, en la sentencia del 30 de mayo de 1999, en el caso Castillo Petruzzi, retomó esos criterios de la Corte Europea, y concluyó que “*dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa*” (párr. 154).

El segundo ejemplo se relaciona con el siguiente interrogante: ¿cuál es el alcance del principio de imparcialidad judicial? También en este punto la jurisprudencia internacional es instructiva pues ha desarrollado, con bastante precisión, el alcance que debe tener esa imparcialidad judicial.

Así, el TEDH, en numerosos fallos, ha precisado que la imparcialidad de un juez puede ser evaluada desde dos perspectivas²². De un lado, la dimensión subjetiva, que busca determinar si el juez tiene, en su fuero interior, una opinión ya formada sobre el asunto. Y, de otro lado, la imparcialidad tiene una dimensión objetiva, en virtud de la cual, independientemente de la conducta y de las opiniones del juez, es necesario que no se presenten hechos que puedan llevar al procesado a legítimamente

21 Caso Kostovski sentencia del 20 de noviembre de 1989, párr. 41, criterio reiterado en numerosas sentencias posteriores. Las citas son traducciones del original en francés.

22 Ver, entre muchos otros, la sentencia Piersack contra Bélgica del 1 de octubre de 1982; la sentencia De Cubber contra Bélgica del 16 de octubre de 1984, Párr. 24 y ss.; la sentencia Thorgier Throgerson contra Islandia del 25 de junio de 1992, Párr. 48 y ss.; y la sentencia Fey contra Austria del 28 de enero de 1993, Párr. 28 y ss.

temer por una falta de imparcialidad del juez. Y en este segundo aspecto, ha insistido la Corte Europea, “*incluso las apariencias pueden llegar a ser importantes*”, pues no sólo el tribunal debe ser imparcial sino que debe parecerlo así al procesado, pues de ello “*depende la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables, comenzando, en materia penal, por los inculpados*”²³.

Conforme a lo anterior, si bien la imparcialidad subjetiva del juez se presume, y por ello debe ser probada toda forma de prejuicamiento, por el contrario la dimensión objetiva implica que debe admitirse la recusación de un juez, siempre y cuando existan factores objetivos que hagan razonablemente dudar de su imparcialidad, independientemente del comportamiento y de la actitud personal del juez.

Dos casos jurisprudenciales, entre muchos otros, permiten comprender el alcance de esa dimensión objetiva de la imparcialidad en la jurisprudencia europea de derechos humanos. Así, en el caso Piersack, el TEDH concluyó que Bélgica había violado el derecho del peticionario a ser juzgado por un juez imparcial, por cuanto uno de los magistrados del tribunal que lo condenó a 18 años de trabajos forzados había hecho parte, anteriormente, de una sección del Ministerio Público de Bruselas que había investigado el caso. El Tribunal concluyó que esa situación constituía base suficiente para que el procesado pudiera dudar de la imparcialidad de ese juez²⁴.

Posteriormente, en el caso de Cubber, el TEDH concluyó que el peticionario había carecido de un juez imparcial por cuanto uno de los magistrados del tribunal que lo condenó, había sido el juez de instrucción de ese proceso. El tribunal concluyó que aunque no existía ninguna evidencia de que ese magistrado pudiera tener sesgos contra el acusado, sin embargo, el solo hecho de que este hubiera actuado como juez instructor en la investigación fundamentaba los temores que podría tener el procesado sobre la imparcialidad del tribunal²⁵.

Esos criterios han sido también aceptados por la Corte IDH que ha señalado que determinados hechos objetivos minan la imparcialidad del tribunal, independientemente de la actitud subjetiva y personal del juez. Por ejemplo, en la sentencia del 30 de mayo de 1999 del caso Castillo Petrucci y otros, la Corte concluyó que la aplicación por Perú de la justicia militar a las personas acusadas de actividades insurgentes desconocía el derecho de los procesados a un tribunal imparcial, por

23 Sentencia De Cubber contra Bélgica del 16 de octubre de 1984, párr. 26.

24 Sentencia Piersack contra Bélgica del 1 de octubre de 1982, párr. 31.

25 Sentencia De Cubber contra Bélgica del 16 de octubre de 1984, párrs. 29 y 30.

cuanto “*las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador*”. (Párr. 130).

Los ejemplos precedentes muestran pues la utilidad de la jurisprudencia para concretar algunos conceptos indeterminados que se encuentran en los tratados. Ahora bien, como dicha jurisprudencia es muy extensa, en estos temas, la ayuda de las obras doctrinarias, que la han sistematizado, es invaluable, por lo que su consulta es ineludible²⁶.

Una sugerencia práctica para el uso creativo de dicha jurisprudencia es entonces la siguiente: los jueces podrían analizar en grupos, con la ayuda de esas obras y por medio de la consulta vía Internet de algunas de las decisiones, temas polémicos, a fin de mirar si la jurisprudencia internacional ofrece respuestas adaptables al ordenamiento jurídico colombiano.

Actividad pedagógica

Investigación. Examine la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

¿Encuentra usted en ella algún concepto útil de “plazo razonable”? En caso afirmativo, describa ese concepto e intente aplicarlo en la reflexión acerca de un caso concreto.

VII. SÍNTESIS DE LA UNIDAD

El “Bloque de Constitucionalidad”, como herramienta interpretativa-argumentativa, ofrece formas específicas de aplicación en el contexto del proceso penal, razón por la cual se hace imprescindible, al margen de hacer un recorrido por los artículos constitucionales relevantes para el ejercicio procesal penal, reexaminar aspectos puntuales, como los siguientes: (i) acudir a tratados de derechos humanos, tales como la garantía judicial de la libertad, el debido proceso penal, la garantía judicial de otros derechos de la intimidad y el reconocimiento de los derechos de las víctimas; (ii) verificar la relevancia que tienen las interpretaciones que de los mismos han hecho los tribunales internacionales de derechos humanos. (iii) Igualmente, es

26 A nivel de libros de texto, ver las obras especializadas ya mencionadas en la nota 1 de esta unidad, y que sistematizan y analizan esa jurisprudencia, como O'Donnell, 2004; Medina Quiroga, 2003; Amnistía Internacional 2000 u Office of the High Commissioner for Human Rights, 2000. A nivel de compilación de algunas decisiones relevantes, ver Daniel O'Donnell, Inés Margarita Uprimny y Alejandro Villa (comp.) (2001).

ineludible auscultar en las posibilidades de uso en la práctica judicial, documentos, que si bien no hacen parte del "Bloque de Constitucionalidad", son expresiones de Derecho Internacional consuetudinario que han determinado estándares elevados en materia de derechos humanos, que sirven para interpretar el alcance de ciertas garantías en el proceso penal. Para ilustrar todo lo anterior, se presentan algunas aplicaciones prácticas del "Bloque de Constitucionalidad" en materia procesal penal.

VIII. AUTOEVALUACIÓN

La autoevaluación de las distintas unidades está construida con base en unas breves preguntas conceptuales y teóricas, pero igualmente con base en un caso transversal, que deberá ser analizado en las distintas unidades.

Preguntas: Relea las normas relevantes en materia penal de los tratados y señale tres garantías que estos prevén, que no se encuentran explícitas en el articulado constitucional.

Casos: Examine nuevamente el caso de la Unidad 1 y determine cuál es la solución apropiada.

Discusión de caso: Un grupo de afrodescendientes del pacífico colombiano deciden trasladarse a la ciudad de Medellín por causa del conflicto armado. Se instalaron en un barrio del noroccidente de la ciudad, sin embargo, desde su llegada fueron mal recibidos por los habitantes del sector, quienes desde el primer día manifestaron su inconformidad con la recolección de firmas solicitándoles que se instalaran en otro sector, ya que como decía la nota "ustedes traen la guerra debajo del brazo". De la misma manera los jóvenes residentes del barrio comenzaron a discriminar a los hijos de los miembros de la comunidad afrodescendiente mediante diversas prácticas, entre ellas, no dejarlos utilizar ninguno de los tres parques que hay en el sector. Una noche, un grupo de desconocidos pasó por cada una de las casas de los miembros de la comunidad afrodescendiente dejando volantes debajo de las puertas, donde manifestaban que "nadie de estas casas puede estar por fuera de ellas luego de las 9:30 p.m. de lo contrario se atenderán a las consecuencias". Estas personas desplazadas acudieron en repetidas ocasiones a la Policía del sector a comentar la situación pero estos no hicieron mayor caso argumentando que eso era mientras la gente se acostumbraba a ellos. En relación al parque, afirmaban los miembros de la policía que se trataba de cosa de jóvenes. Cuando el suceso de los pasquines los policías para evitarse todo un proceso, les recomendaron a las presuntas víctimas no interponer la denuncia diciéndoles que fijo esta no prosperaba en atención a que no se había causado ningún daño aún.

Ca

- Trate de determinar si efectivamente estas personas han sido objeto de vulneración a sus derechos. Si es así cuáles y qué tipo de responsabilidad tendría el Estado en la ocurrencia de los hechos.
- Posteriormente, con base en el texto de los principios de Joinet establezca si ante la existencia de vulneraciones, los derechos a la verdad y la justicia han sido desconocidos y si es así, de qué manera.
- En relación a la reparación, independientemente de una indemnización pecuniaria, qué forma de reparación reclamaría usted si fuera una de las víctimas de estos hechos.

CONCLUSIONES

El “Bloque de Constitucionalidad” ha sido, en términos generales, una categoría fructífera, pues ha permitido que los tratados de derechos humanos y de derecho humanitario hayan entrado con fuerza en la práctica jurídica colombiana. Esta evolución representa un avance notable en la consolidación de una cultura jurídica de los derechos humanos en el país, sobre todo si comparamos la actual situación con la práctica jurídica existente antes de 1991, cuando los jueces negaban cualquier fuerza jurídica a los tratados en la materia. Y es que antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1991, las normas internacionales de derechos humanos no tenían ninguna aplicación práctica en nuestro país. Con contadas y notables excepciones, los jueces colombianos no conocían ni aplicaban esas normas, pues no tendían a considerarlas como derecho positivo.

El “Bloque de Constitucionalidad” representa entonces un instrumento para que el nuevo proceso penal se consolide efectivamente como un sistema penal que sea al mismo tiempo eficaz y garantista. Que eso se logre o no dependerá en gran parte de los propios jueces e intervinientes en el proceso penal y de su capacidad para traducir, en decisiones concretas, esos estándares abstractos de derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- Abregú, Martín (2004). "La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción" en Abregú, Martín. Courtis, Christian. *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, CELS.
- Abregú, Martín y Courtis, Christian (2004). *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, CELS. (El texto está disponible en la red en www.pnud.org.ve/archivo/documentos/data/300/301i.htm).
- Amnistía Internacional (2000). *Juicios Justos. Manual de Amnistía Internacional*. Madrid, EDAI.
- Ayala Corrao, Carlos M. (2002). "La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias" en Méndez Silva, Ricardo (Ed.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, UNAM.
- Berger, Vincent. (1991). *Jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*. Paris, Sirey.
- Bidart Campos, Germán (2004). "El artículo 75, inciso 2, de la Constitución y los derechos humanos" en Abregú, Martín. Courtis, Christian. *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, CELS.
- Bon, Pierre. (1998). "Francia" en Eliseo Aja (Ed). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa Actual*. Barcelona, Ariel.
- Bovino, Alberto (2004). "El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos" en Abregú, Martín. Courtis, Christian. *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, CELS.
- Brennan, William. (1997). "The Constitution of the United States: Contemporary Ratification" en David O'Brien (Ed.). *Judges on judging. Views from the Bench*. New Jersey: Chatham House Publishers Inc.
- Buergenthal, Thomas (1990). *International human rights in a nutshell*. (2 Ed.) St. Paul, Minn West Pub. Co.
- Buergenthal, Thomas; Gros Espiel, Héctor; Grossman, Claudio; Maier, Harold. (1994). *Manual de Derecho Internacional público*. México, Fondo de Cultura Económica.

- Buergenthal, Thomas. (2003). “Implementation of the judgments of the Court” en Corte Interamericana de Derechos Humanos. *El sistema interamericano de Derechos Humanos en el umbral del Siglo XXI*. San José de Costa Rica. Corte interamericana.
- Camargo, Pedro Pablo. (1974). *Derecho Internacional*. Bogotá, Tercer Mundo.
- Chinkin, Chirstine. (1989). “The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law”, *International and Comparative Law Quaterly*. No. 38.
- Dulitzky, Ariel. (2004). “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado” en Abregú, Martín. Courtis, Christian. *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, CELS.
- Favoreu, Louis. (1990). “El ‘Bloque de Constitucionalidad’” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 5.
- Fernández Entalgo, Jesús. (1992). “Aplicación judicial de los tratados y convenios de derechos humanos: el caso de España” en Gustavo Gallón (Comp.). *Espacios internacionales para la justicia colombiana*, Vol. II. Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana.
- Hillgenberg, Hartmut. (1999). “A Fresh Look at Soft Law” en *European Journal of International Law*. No. 10.
- Manili, Pablo Luis. (2002). “La recepción del Derecho Internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano” en Méndez Silva, Ricardo (Ed.) (2002). *Derecho Internacional de Los Derechos Humanos*. México, UNAM.
- Medina Quiroga, Cecilia. (2003). *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Santiago, Universidad de Chile.
- Nogueira Alcalá, Humberto. (2000) “Las constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos” en *Anuario de Derecho Latinoamericano. Edición 2000*. Buenos Aires: CIEDLA, Konrad Adenauer.

- Marshall, Thurgood. (1997). "The Constitution: A living document" en David O'Brien (Ed). *Judges on judging. Views from the Bench*. New Jersey: Chatham House Publishers Inc.
- Mazuelos Bellido, Angela. (2004). "Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?" en *Revista electrónica de estudios internacionales*, N°. 8, disponible en www.reei.org/reei8/MazuelosBellido_reei8_.pdf.
- Méndez Silva, Ricardo. (Ed.) (2002). *Derecho Internacional de Los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, UNAM (Disponible en Internet en www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=342).
- Mirkine-Guetzévich, Boris. (1933). *Droit constitutionnel international*. Paris, Sirey.
- Moncayo, Guillermo R. (2004). "Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema" en Abregú, Martín. Courtis, Christian. *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, CELS.
- Observatorio de Justicia Constitucional. (1998). *Balance jurisprudencial de 1996*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores.
- O'Donnell, Daniel. (2001). "Introducción al Derecho Internacional de los derechos humanos" en O'Donnell, Daniel; Uprimny, Inés Margarita y Villa, Alejandro (Comp.) *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Bogotá: Oficina Alto Comisionado de ONU para los derechos humanos.
- O'Donnell, Daniel; Uprimny, Inés Margarita y Villa, Alejandro (Comp.) (2001). *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Bogotá: Oficina Alto Comisionado de ONU para los derechos humanos.
- O'Donnell, Daniel. (2004). *Derecho Internacional de los derechos humanos*. Bogotá: Oficina Alto Comisionado de ONU para los derechos humanos.
- Office of the High Commissioner for Human Rights (in Cooperation with the International Bar Association), (2003). *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*. Nueva York ONU, disponible en www1.umn.edu/humanrts/monitoring/hadmin.html

- Panos, Terz. (1999). *Cuestiones teóricas fundamentales del proceso de formación de las normas internacionales con especial análisis de las resoluciones de la ONU*. Cali, Universidad Santiago de Cali.
- Pardo Falcón, Javier. (1990). *El Consejo Constitucional Francés*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Pinto, Mónica. (2004). “El principio pro hómine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” en Abregú, Martín. Courtis, Christian. *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires, CELS.
- Rojas Betancourt, Danilo. “Impunidad y conflictos de jurisdicción” en *Pensamiento Jurídico*, No. 15, 2002, pp. 287 y ss.
- Rousseau, Charles. (1957). *Derecho Internacional Público*. Barcelona, Ariel.
- Rubio Llorente, Francisco. (1993). “El ‘Bloque de Constitucionalidad’” en *La forma del poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Shelton, Dinah. (2000). Introduction. Law, non law and the problem of soft law, en Shelton, Dinah (editora) *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*. New York: Oxford University Press.
- Tribe, Laurence. (1988). *American Constitutional Law*. (2 Ed). New York: The Foundation Press.
- Uprimny, Rodrigo. (1991). “Estado de sitio y tratados internacionales: una crítica a la jurisprudencia constitucional de la Corte” en Gustavo Gallón (comp.) *Guerra y Constituyente*. Bogotá, Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana.
- Uprimny, Rodrigo. (2001). “El ‘Bloque de Constitucionalidad’” en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal” en Daniel O’Donnell, Inés Margarita Uprimny y Alejandro Villa (comp.) *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Bogotá: Oficina Alto Comisionado de ONU para los derechos humanos.
- Uprimny, Rodrigo (2004). “Bloque de Constitucionalidad”, derechos humanos y nuevo procedimiento penal” en VV.AA. *Reflexiones sobre el Nuevo Sistema Procesal Penal*. Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura.

- Valencia García, Carlos E. (1990). "Legislación y jurisprudencia colombiana en relación con los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos" en Gustavo Gallón (comp.) *Espacios internacionales para la justicia colombiana*. Vol. I. Bogotá, Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana.

- Vega, Juan Carlos; Graham, Marisa Adriana. (Eds.) (1996). *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*. Buenos Aires, Astrea.

SIGLAS USADAS

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos

CIJ: Corte Internacional de Justicia

Comité DH: Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas

Comité DESC Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

Comisión IDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

OIT: Organización Internacional del Trabajo

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ANEXO DOCUMENTAL

A. DOCUMENTOS PARA LA UNIDAD PRIMERA

1. APARTES DE LA SENTENCIA C-225 DE 1995 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA¹.

La integración de las normas de derecho internacional humanitario en un Bloque de Constitucionalidad

11. Una vez analizada la naturaleza e imperatividad del derecho internacional humanitario, entra la Corte a estudiar el lugar que, dentro de la jerarquía normativa, ocupan aquellos convenios que en esta materia hayan sido aprobados y ratificados por nuestro país.

Para ello conviene tener en cuenta que estos convenios hacen parte, en sentido genérico, del corpus normativo de los derechos humanos, puesto que, tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto como los convenios de derecho humanitario son normas de *ius cogens* que buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana. Son pues normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana. La diferencia es entonces de aplicabilidad, puesto que los unos están diseñados, en lo esencial, para situaciones de paz, mientras que los otros operan en situaciones de conflicto armado, pero ambos cuerpos normativos están concebidos para proteger los derechos humanos. Así, esta Corporación ya había señalado que “el derecho internacional humanitario constituye la aplicación esencial, mínima e inderogable de los principios consagrados en los textos jurídicos sobre derechos humanos en las situaciones extremas de los conflictos armados²”.

Ahora bien, el artículo 93 de la Carta establece la prevalencia en el orden interno de ciertos contenidos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Esta Corte ha precisado que para que opere la prevalencia tales tratados

1 Nota del autor: la Corte Constitucional debía analizar en esta sentencia si se ajustaba o no a la Constitución el Protocolo II a los Convenios de Ginebra de Derecho Internacional Humanitario. En estos apartes, analiza dos aspectos básicos: ¿cuál es la jerarquía y la fuerza jurídica interna de ese protocolo y en general del derecho internacional humanitario? Y, la relación entre el principio de obediencia debida de los militares y las obligaciones impuestas por el mencionado protocolo.

2 Sentencia C-574/92. M.P. Ciro Angarita Barón.

en el orden interno, “es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano y, de la otra, que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción”³. En tales circunstancias es claro que los tratados de derecho internacional humanitario, como los Convenios de Ginebra de 1949 o el Protocolo I, o este Protocolo II bajo revisión, cumplen tales presupuestos, puesto que ellos reconocen derechos humanos que no pueden ser limitados ni durante los conflictos armados, ni durante los estados de excepción. Además, como lo señaló esta Corporación en la revisión del Protocolo I, y como se verá posteriormente en esta sentencia, existe una perfecta coincidencia entre los valores protegidos por la Constitución colombiana y los convenios de derecho internacional humanitario, puesto que todos ellos reposan en el respeto de la dignidad de la persona humana. En efecto, esta Corte ya había señalado que “las disposiciones del derecho internacional humanitario que tratan sobre el manejo de las personas y las cosas vinculadas a la guerra, como las que señalan la forma de conducir las acciones bélicas, se han establecido con el fin de proteger la dignidad de la persona humana y para eliminar la barbarie en los conflictos armados”⁴.

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

La Corte considera que la noción de “Bloque de Constitucionalidad”, proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional

3 Sentencia C-295/93. M.P. Carlos Gaviria Díaz

4 Sentencia C-179/94. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

comparado⁵, permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4º y 93 de nuestra Carta.

Este concepto tiene su origen en la práctica del Consejo Constitucional Francés, el cual considera que, como el Preámbulo de la Constitución de ese país hace referencia al Preámbulo de la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, esos textos son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes. Según la doctrina francesa, estos textos forman entonces un bloque con el articulado de la Constitución, de suerte que la infracción por una ley de las normas incluidas en el Bloque de Constitucionalidad comporta la inexequibilidad de la disposición legal controlada. Con tal criterio, en la decisión del 16 de julio de 1971, el Consejo Constitucional anuló una disposición legislativa por ser contraria a uno de los “principios fundamentales de la República” a que hace referencia el Preámbulo de 1946.

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

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

Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el Bloque de Constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar

⁵ Sobre esta noción, ver Louis Favoreu “El bloque de constitucionalidad” en Revista del Centro de Estudios Constitucionales., No. 5 pp. 46 y ss. Igualmente, Javier Pardo Falcón. El Consejo Constitucional Francés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 115 y ss.

las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.

(...)

Las garantías y prohibiciones fundamentales

35. El artículo 4º del tratado bajo revisión no sólo ordena una protección general a los no combatientes sino que, en desarrollo al artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949, consagra una serie de prohibiciones absolutas, que pueden ser consideradas el núcleo esencial de las garantías brindadas por el derecho internacional humanitario.

Así, el numeral 1º prohíbe ordenar que no haya supervivientes. Por su parte, el numeral 2º literal a) señala que están prohibidos “los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal”. Los literales b), c), d) y f) de ese mismo numeral proscriben los castigos colectivos, la toma de rehenes, los actos de terrorismo, el pillaje, y la esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas. Igualmente, el literal e) excluye “los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor”. Finalmente, el literal h) prohíbe la amenaza de realizar cualquiera de estos actos mencionados.

La Corte considera que estas prohibiciones encuentran perfecto sustento constitucional, pues no sólo armonizan con los principios y valores de la Carta, sino que incluso prácticamente reproducen disposiciones constitucionales específicas. Así, los mandatos de los literales a) y e) coinciden con la protección a la dignidad y a la vida, y la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes establecidos por la Carta (C.P. arts. 11 y 12). Y, el literal f) sobre la esclavitud es prácticamente idéntico al artículo 17 de la Constitución.

36. Estas prohibiciones del derecho internacional humanitario, por su vínculo evidente y directo con la protección a la vida, la dignidad y la integridad de las personas, tienen además una consecuencia constitucional de gran trascendencia, puesto que ellas implican una relativización, en función de estos trascendentales valores constitucionales, del principio militar de obediencia debida consagrado, por el inciso segundo del artículo 91 de la Carta. En efecto, esta Corporación ya había

señalado que, como es necesario conciliar la disciplina castrense con el respeto de los derechos constitucionales, es inevitable distinguir entre la obediencia militar “que se debe observar por el inferior para que no se quiebre la disciplina y la que, desbordando las barreras del orden razonable, implica un seguimiento ciego de las instrucciones impartidas por el superior⁶”. Dijo entonces la Corte Constitucional:

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

No podría interpretarse de otra manera el concepto de **orden justo**, perseguido por la Carta Política, según su preámbulo, ni entenderse de modo diverso el artículo 93 constitucional, a cuyo tenor “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

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

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

6 Corte Constitucional. Sentencia T-409/92 del 8 de junio de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Los anteriores conceptos no deben entenderse como la posibilidad constitucional de que toda orden militar pueda ser discutida por quienes la reciben, ya que eso representaría una ruptura del concepto de autoridad, cuyo fundamento reside en la normatividad en que se apoya este fallo para sostener la obligatoriedad del servicio y la indispensable disciplina que exigen los altos fines señalados por la Constitución a las Fuerzas Armadas⁷.”

Estas consideraciones muestran que no se puede interpretar el artículo sobre la obediencia militar debida (C.P. art. 91) en forma aislada, sino que es necesario determinar su sentido de manera sistemática. Es pues necesario poner en relación este principio con los otros principios, derechos y deberes consagrados por la Carta, y en particular se requiere armonizar su alcance con las obligaciones mínimas impuestas a las partes en conflicto por el derecho internacional humanitario con el fin de proteger, en todo momento, la dignidad y la integridad de la persona humana, puesto que la obediencia militar no puede ser ciega frente a órdenes claramente contrarias a estos valores. Ya esta Corporación había señalado que la fuerza irradiadora de los derechos fundamentales, “por el lugar prioritario que ocupan en el orden político, económico y social justo, limita entre otros, el alcance del artículo 91 de la Constitución”⁸.

En tales circunstancias, una conclusión se impone: no se puede invocar la obediencia militar debida para justificar la comisión de conductas que sean manifiestamente lesivas de los derechos humanos, y en particular de la dignidad, la vida y la integridad de las personas, como los homicidios fuera de combate, la imposición de penas sin juicio imparcial previo, las torturas, las mutilaciones o los tratos crueles y degradantes. Esta conclusión no solo deriva de la importancia de estos valores en la Constitución colombiana y en el derecho internacional humanitario sino que, además, coincide con lo prescrito por otros instrumentos internacionales en la materia que obligan al Estado colombiano. Así lo consagra, por ejemplo, la “Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes” de las Naciones Unidas, la cual fue suscrita por nuestro país el 10 de abril de 1985, aprobada por la Ley 70 de 1986, ratificada el 8 de diciembre de 1987 y, por ende, en vigor para Colombia desde el 7 de enero de 1988. El artículo 2º ordinal 3º de esta Convención, la cual prevalece en el orden interno, puesto que reconoce derechos que no pueden ser suspendidos en los estados de excepción (C.P. art. 93), establece inequívocamente que “no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”.

7 Ibídem.

8 Sentencia T-439/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

37. El numeral 3º del artículo 4º del tratado bajo revisión confiere un tratamiento privilegiado a los niños, con el fin de darles el cuidado y la ayuda que estos necesitan, sobre todo en relación con la educación y la unidad familiar. Igualmente, se señala que los menores de 15 años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades. La Corte considera que esa protección especial a los niños armoniza plenamente con la Constitución, puesto que no solo ellos se encuentran en situación de debilidad manifiesta (C.P. art. 13) frente a los conflictos armados sino que, además, la Carta confiere prevalencia a los derechos de los niños (C.P. art. 44). Por ello esta Corporación ya había señalado que, conforme a las normas humanitarias y a la Convención de los derechos del niño, las partes en conflicto deben abstenerse de reclutar a menores de quince años⁹.

II. APARTES DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA CASO EKMEKDJIAN, MIGUEL A. C. SOFOVICH, GERARDO Y OTROS DEL 7 DE JULIO DE 1992¹⁰

Considerando:

1. Que la sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil rechazó el amparo interpuesto por Miguel A. Ekmekdjian, en ejercicio del derecho de réplica, contra Gerardo Sofovich. Contra dicho pronunciamiento el actor dedujo recurso extraordinario, cuya denegación motiva la presente queja.

(...)

3. Que el fundamento central utilizado por el a quo para rechazar las pretensiones del actor consiste en considerar que el artículo 14.1 del Pacto de San José de Costa Rica consagra el derecho de respuesta “en las condiciones que establezca la ley”, razón por la cual el propio tratado inhibe la autofuncionalidad de la respuesta normada en él mientras no se reglamenten sus requisitos sustanciales y se regule procesalmente su ejercicio.

(...)

9 Ver sentencia C-511/94. M.P. Fabio Morón Díaz.

10 Nota del autor: Esta sentencia tuvo varios votos disidentes; por limitaciones de espacio, se transcribe solo algunos apartes de la que es considerada la posición de la Corte Suprema, sin los votos disidentes, ni concurrentes. En este caso, la Corte Suprema debía examinar si el derecho de réplica previsto en la CADH era o no aplicable directamente o autoejecutable, lo cual la llevó a examinar la fuerza jurídica interna de la CADH y de la doctrina de la Corte IDH. Esta sentencia fue dictada antes de que la reforma de 1994 constitucionalizara la CADH.

7. Que en este caso, por el contrario, el núcleo de la cuestión a decidir radica en la tensión entre la protección del ámbito privado de la persona de cuanto lesiones al respecto a su dignidad, honor e intimidad; y el derecho de expresar libremente las ideas ejercido por medio de la prensa, la radio y la televisión. Es decir, se trata del equilibrio y armonía entre derechos de jerarquía constitucional, y en definitiva, de la tutela de la dignidad humana, en tanto se vea afectada por el ejercicio abusivo de la información. En particular, corresponde decidir si el denominado “derecho de réplica o respuesta” integra nuestro ordenamiento jurídico como un remedio legal inmediato a la situación de indefensión en que se encuentra el común de los hombres frente a las agresiones a su dignidad, honor e intimidad cuando son llevadas a cabo a través de los medios de comunicación social.

(...)

15. Que, en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de respuesta, o rectificación ha sido establecido en el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica que, al ser aprobado por ley 23.054 y ratificado por nuestro país el 5 de setiembre de 1984, es ley suprema de la Nación conforme a lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional. Cabe, entonces, examinar si –como afirma el recurrente– aquella disposición resulta directamente operativa en nuestro derecho interno o si, por el contrario, es menester su complementación legislativa.

16. Que, en tal sentido, la violación de un tratado internacional puede acceder tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otro modo, significarían el incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse.

17. Que un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su ratificación internacional, es orgánicamente federal, pues el Poder Ejecutivo concluye y firma tratados (art. 86, inc. 14, Constitución Nacional). El Congreso Nacional los desecha o aprueba mediante leyes federales (art. 67, inc. 19, Constitución Nacional) y el Poder Ejecutivo nacional ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional. La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución Nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo nacional sobre atribuciones del Poder Ejecutivo nacional, que es

quien conduce, exclusiva y excluyentemente, las relaciones exteriores de la Nación (art. 86, inc. 14, Constitución Nacional).

18. Que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados –aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980– confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno.

Esta convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 y 271:7 (la Ley, 43-458; 131-773), pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual “no existe fundamento normativo para acordar prioridad” al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el artículo 27 de la Convención de Viena, según el cual “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

19. Que la necesaria aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado artículo 27.

Lo expuesto en los considerandos precedentes resulta acorde con las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina reconoce, y previene la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos, cuestión a la que no es ajena la jurisdicción de esta Corte en cuanto pueda constitucionalmente evitarla. En este sentido, el tribunal debe velar porque las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones oriundas del derecho argentino que, de producir aquel efecto, hacen cuestión federal trascendente.

20. Que en el mismo orden de ideas, debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contempla, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hechos que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso.

En el supuesto del art. 14.1 su redacción es clara y terminante en cuanto otorga, en las situaciones que allí se describen, el derecho de rectificación o respuesta, aunque remitiendo a la ley aquellas particularidades concernientes a su reglamentación. La norma expresa: 1. “Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”. 2. “En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiere incurrido”. 3. “Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.

La interpretación textual según la cual toda persona “tiene derecho a...” despeja la duda sobre la existencia de la alegada operatividad. No sucede lo mismo en otros artículos en los que se establece que “la ley debe reconocer” (art. 17) o “estará prohibido por la ley” (art. 13, 5).

21. Que la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, art. 1º), Ante la consulta hecha a dicho tribunal acerca de si cuando el art. 14.1 dispone que el derecho de rectificación o respuesta se ejercerá “en las condiciones que establezca la ley”, quiere decir que dicho derecho sólo es exigible una vez que se emita una ley formal que establezca las condiciones en que el mismo puede ser concretamente ejercido, contestó rechazando este argumento y afirmando que allí se consagra un derecho de rectificación o respuesta en favor de toda persona, ya que “el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo” (Opinión Consultiva OC-7/86, “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta” (arts. 14.1, 1.1 y 2), Serie A, N° 7, p. 13, par. 14). Llegó a la opinión unánime en el sentido de que el art. 14.1, “reconoce un derecho de rectificación o respuesta internacionalmente exigible” (Ibíd, p. 19, letra A) y que la frase “en las condiciones que establece la ley” se refiere a cuestiones tales como “si los afectados tienen derecho a responder en espacio igual o mayor, cuándo debe publicarse la respuesta una vez recibida, en qué lapso puede ejercerse el derecho, qué terminología es admisible, etc.” (Ibíd, p. 14, par. 27), pero que “el hecho de que los Estados partes puedan fijar las condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, no impide la exigibilidad conforme al derecho internacional de las

obligaciones que aquellos han contraído conforme el art. 1.1 ... En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por ‘toda persona’ sujeta a la jurisdicción de un Estado parte, ello constituiría una violación de la Convención” (p. 15, par. 28).

22. Que en dicha opinión consultiva la Corte Interamericana sostuvo que “todo Estado parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin”.

Que las palabras “en las condiciones que establezca la ley” se refieren a los diversos sistemas jurídicos internos, integrados también por las sentencias de sus órganos jurisdiccionales, pues tanto la tarea judicial como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas (confr. Fallos: 302:1284 –La Ley, 1981-A, 401–, entre otros).

Esta Corte considera que entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir el fin del pacto deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales. En este sentido, puede el tribunal determinar las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado, se ejercitará en el caso concreto.

(...)

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada.

III. EJEMPLOS DE CONSTITUCIONES CONTEMPORÁNEAS QUE CONFIEREN UN TRATAMIENTO ESPECIAL A LAS NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Portugal	“Artículo 8: <i>Derecho internacional</i> . 1. Las normas y los principios de derecho internacional general o común forman parte integrante del derecho portugués. (...).”
España	“ Artículo 10: La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

Perú (1978) (1993)	<p>“Artículo 105: Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución” (Constitución de 1978).</p> <p>Artículo 3º</p> <p>La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. (Constitución de 1993) Disposiciones Finales. Cuarta.</p> <p>Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. (Constitución de 1993).</p>
Guatemala (1985)	<p>Artículo 46. 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.</p>
Nicaragua (1987)	<p>“Artículo 46. En el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.”</p>
Argentina (1994)	<p>Artículo 75. Atribuciones del congreso: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.</p>

Ecuador (1998)	Art. 163. De los tratados y convenios internacionales. Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.
Venezuela (1999)	Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

B. DOCUMENTOS PARA LA SEGUNDA UNIDAD

I. SENTENCIA NO. 1942 DEL 15 DE JULIO DE 2003 DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA SOBRE LEYES DESACATO¹¹

Consideraciones para Decidir

I. El artículo 23 constitucional, reza: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional, y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

En materia de derechos humanos adquieren rango constitucional, equiparadas a normas contenidas en la Constitución, las disposiciones de los Tratados, Pactos y

11 Nota del autor: en esta sentencia, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela estudió una demanda de inconstitucionalidad contra las leyes de desacato, que penalizan con prisión de varios meses a quienes ofendieran de palabra o por escrito al Presidente de la República, al Congreso, a la Corte Suprema y a otras autoridades. La demanda consideraba que esos delitos vulneraban la libertad de expresión, establecida en el artículo 13 de la CADH, para lo cual el demandante se basaba en el Informe Anual de 1994 de la Comisión IDH, que en su capítulo V, recomendaba a todos los Estados derogar esas leyes de desacato, por ser contrarias a la CADH. La Sala Constitucional declaró la constitucionalidad de esos delitos, luego de analizar dos temas, que se encuentran en estos apartes: (i) la fuerza jurídica interna de la jurisprudencia internacional de derechos humanos y (ii) si debía o no aplicarse preferentemente el artículo 13 de la CADH a la norma de la Constitución venezolana sobre libertad de expresión, por ser una norma más favorable a la libertad de expresión, en la medida en que la primera impide la censura previa, mientras que la segunda la autoriza en ciertos casos.

Convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela que resulten más favorables a las establecidas en nuestra Carta Magna o en las leyes nacionales. Así, dichas normas, producto de acuerdos escritos celebrados entre Estados y regidos por el Derecho Internacional, se incorporan al derecho interno.

A juicio de la Sala, dos elementos claves se desprenden del artículo 23: 1) Se trata de derechos humanos aplicables a las personas naturales; 2) Se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados, sino solo a normas creativas de derechos humanos.

Dichas disposiciones, al igual que la Constitución, se aplican en Venezuela inmediata y directamente, siempre que sean más favorables para las personas, que los derechos constitucionales, o los derechos humanos contemplados en nuestras leyes; y muchas veces ante antinomias o situaciones ambiguas entre los derechos contenidos en los instrumentos internacionales señalados y la Constitución, corresponderá a la Sala Constitucional interpretar cuál es la disposición más favorable.

Repite la Sala, que se trata de una prevalencia de las normas que conforman los Tratados, Pactos y Convenios (términos que son sinónimos) relativos a derechos humanos, pero no de los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales, ya que el artículo 23 constitucional es claro: la jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos y Convenios se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y así se declara.

Al incorporarse las normas sustantivas sobre derechos humanos, contenidas en los Convenios, Pactos y Tratados Internacionales a la jerarquía constitucional, el máximo y último intérprete de ellas, a los efectos del derecho interno es esta Sala Constitucional, que determina el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales (artículo 335 constitucional), entre las cuales se encuentran las de los Tratados, Pactos y Convenciones suscritos y ratificados legalmente por Venezuela, relativos a derechos humanos.

Resulta así que es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden

interno; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela.

Esta competencia de la Sala Constitucional en la materia, que emana de la Carta Fundamental, no puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en Tratados ni en otros textos internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el país, que permitan a los Estados partes del Tratado consultar a organismos internacionales acerca de la interpretación de los derechos referidos en la Convención o Pacto, como se establece en el artículo 64 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, ya que, de ello ser posible, se estaría ante una forma de enmienda constitucional en esta materia, sin que se cumplan los trámites para ello, al disminuir la competencia de la Sala Constitucional y trasladarla a entes multinacionales o transnacionales (internacionales), quienes harían interpretaciones vinculantes.

Lo declarado inmediatamente no contradice el artículo 31 constitucional, que está referido al derecho de toda persona a dirigir peticiones o quejas a los organismos internacionales reconocidos por la República, conforme a los tratados, pactos o convenios suscritos por ella, a fin que sean amparados por ellos en sus derechos humanos.

A las decisiones de esos organismos se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7º de la vigente Constitución, el cual reza: *“La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”* siempre que se ajusten a las competencias orgánicas, señaladas en los Convenios y Tratados. Debido a ello, a pesar del respeto del Poder Judicial hacia los fallos o dictámenes de esos organismos, estos no pueden violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como no pueden infringir la normativa de los Tratados y Convenios, que rigen esos amparos u otras decisiones.

Si un organismo internacional, aceptado legalmente por la República, amparara a alguien violando derechos humanos de grupos o personas dentro del país, tal decisión tendría que ser rechazada aunque emane de organismos internacionales protectores de los derechos humanos. Es posible que si la República así actúa, se haga acreedora de sanciones internacionales, pero no por ello los amparos o los fallos que dictaran estos organismos se ejecutarán en el país, si ellos resultan violatorios de la Constitución de la República y los derechos que ella garantiza.

Al fin y al cabo, el artículo 19 constitucional garantiza a toda persona el goce y ejercicio de los derechos humanos, siendo el respeto de ellos obligatorio para los órganos del Poder Público, de conformidad con la Constitución de 1999, con los Tratados sobre Derechos Humanos suscritos por la República y las leyes venezolanas, siempre que estos cuerpos normativos no colidan con principios constitucionales sobre Derechos Humanos, o atenten contra los Principios Fundamentales de la Constitución.

La Sala considera que, por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7º constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara.

El artículo 2º del “Pacto de San José de Costa Rica” es claro, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esa Convención, las medidas legislativas y de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Es decir, las medidas de cualquier índole destinadas a hacer cumplir en el país con los deberes y obligaciones en materia de derechos humanos, deben tomarse con arreglo a los procedimientos constitucionales, y por ende a la Constitución misma.

Ahora bien, si tal es la posición de la Sala, con relación a la decisión de los organismos internacionales que por tener la competencia amparen derechos humanos, con mayor razón, la Sala rechaza las declaraciones de esos organismos que no se corresponden a dispositivos de fallos, sentencias u otro tipo de providencia jurisdiccional, como lo son recomendaciones, advertencias y manifestaciones similares;

(...)

Mientras existan estados soberanos, sujetos a Constituciones que les crean el marco jurídico dentro de sus límites territoriales y donde los órganos de administración de justicia ejercen la función jurisdiccional dentro de ese Estado, las sentencias de la justicia supranacional o transnacional para ser ejecutadas dentro del Estado, tendrán que adaptarse a su Constitución. Pretender en el país lo contrario sería que Venezuela renunciara a la soberanía.

(...)

Por otra parte, dado que la sociedad internacional como sistema de Estados soberanos carece de órgano jurisdiccional central omnicompetente, las decisiones de

los órganos judiciales internacionales existentes, institucionales o ad hoc (arbitrales), de carácter sectorial, para su ejecución en el Estado destinatario, no pueden obviar impunemente la soberanía nacional de estos. Esto significa que, para su ejecución, los fallos deben atravesar el sistema jurídico interno que, solo en el caso de que la sentencia no vulnere principios y normas constitucionales, podría darle pasavante y proceder a su cumplimiento. En caso de menoscabo de la Constitución, es posible sostener que, aun en esta hipótesis, no hay lugar a responsabilidad internacional por la in ejecución del fallo, por cuanto este atenta contra uno de los principios existenciales del orden internacional, como es el debido respeto a la soberanía estatal.

(...)

Con relación a la in constitucionalidad solicitada, las recomendaciones tienen un valor doctrinario que debe ser ponderado por el juzgador, ya que la recomendación particular a que se refiere el accionante, alerta a los Estados miembros para que, a futuro, deroguen o reformen las llamadas leyes de desacato, con el fin de adecuarlas a las leyes internacionales, pero la recomendación no es más que un punto de vista de la Comisión y una exhortación a los países miembros para que actúen en el orden interno, sin que tenga carácter imperativo, lo que es lógico, ya que es necesario que los Congresos o Asambleas de los países, previo el trámite parlamentario y las peculiaridades de cada régimen, hagan los ajustes necesarios, conforme a su Constitución, de los derechos que ella establezca, y conforme a la interpretación constitucional que emana del órgano nacional competente.

Una interpretación diferente es otorgarle a la Comisión un carácter supranacional que debilita la soberanía de los Estados miembros, y que –como ya lo apuntó la Sala– lo prohíbe la Constitución vigente.

Consecuente con lo señalado, la Sala no considera que tengan carácter vinculante, las recomendaciones del Informe Anual de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, correspondiente al año 1994 invocado por el recurrente. Dicho Informe hace recomendaciones a los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos para derogar o reformar las leyes, para armonizar sus legislaciones con los tratados en materia de derechos humanos, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica; por lo que el Informe con recomendaciones no pasa de ser esto: un grupo de recomendaciones que los Estados acatarán o no, pero que, con respecto a esta Sala, no es vinculante, y así se declara.

(...)

Las recomendaciones tienen lugar en un tiempo determinado y, por lo regular, son producto de los burócratas de los derechos humanos que en ese tiempo conforman la Comisión.

(...)

A juicio de esta Sala, las recomendaciones de la Comisión sobre las leyes de desacato, persiguen frenar la persecución política proveniente del Poder Público, pero para nada toma en cuenta la posibilidad de que dentro de una sociedad se expresen y comuniquen pensamientos e ideas, provenientes del poder económico privado o de grupos políticos que, actuando como un cartel limitante de la pluralidad, que es la base de la libertad de expresión, conformen un bloque o matriz de opinión que busque debilitar las instituciones del Estado para fines propios o ajenos, si es que obran en confabulación con Estados o grupos económicos, políticos, religiosos o filosóficos extranjeros o transnacionales, y que tal debilitamiento y hasta parálisis de las instituciones se adelante mediante ataques persistentes, groseros, injuriosos, desmedidos y montados sobre falacias, contra los entes que conforman el tejido institucional del país.

Dichas instituciones no pueden quedar inermes ante este abuso de la libertad de expresión, y ello hace —al menos para el caso venezolano— que la realidad impida una derogatoria de las “leyes de desacato” que, en alguna forma, sirven de valla ante el abuso e irrespeto de la libertad de expresión y ante esa situación que pone en peligro al propio Estado, y hasta podrían incidir sobre la independencia del país. Las recomendaciones que produzcan esos efectos no pueden ser vinculantes para Venezuela.

II- La “*libertad de expresión*” consiste en el derecho que tiene toda persona de expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y hacer uso de cualquier medio de comunicación o difusión para ello (artículo 57 constitucional). Este derecho incluye la libertad de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, por lo que íntimamente unida a la libertad de expresión se encuentra la libertad de información que consagra el artículo 58 constitucional.

Se trata de un derecho constitucional que no es absoluto, ya que según la propia norma, quien lo ejerce, asume plena responsabilidad por todo lo expresado.

La Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13, establece otros límites a la libertad de expresión o de pensamiento, contemplando responsabilidades ulteriores a la expresión que están expresamente fijadas en la ley (artículo 13.2). Tal advertencia la realiza la norma, ya que ella prohíbe

la censura previa, como forma para impedir la expresión del pensamiento, y de allí que establezca la responsabilidad por lo que se va a expresar, utilizando cualquier medio de comunicación; responsabilidad que nace con motivo de lo expresado.

(...)

A juicio de esta Sala, el artículo 13.2 colide en cierta forma con el artículo 57 constitucional. Este prohíbe la censura a las expresiones que se difundirán por los medios de comunicación o difusión, lo que es coincidente con la letra del artículo 13.2 comentado, pero el artículo 57 constitucional no permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa, sin diferenciar, al no prohibirla, en qué oportunidad se impedirá su difusión. Como el artículo 58 constitucional se refiere a la comunicación de la expresión e información “*sin censura, de acuerdo a los principios de esta Constitución*”, la Sala interpreta que en materia comunicacional y por aplicación de otros principios constitucionales, la ley puede impedir la difusión de informaciones que dejen sin contenidos otras normas constitucionales o los principios que rigen la Carta Fundamental.

A juicio de la Sala, ello puede tener lugar aun antes de que los medios de comunicación lo hagan conocer, ya que, de no ser así, el efecto nocivo, que reconoce la norma constitucional y que trata de impedir, tendría lugar irremisiblemente.

(...)

Resultan de aplicación preferente, ya que garantizan mayor protección a los derechos humanos de la colectividad, las prohibiciones, y los efectos que ellas producen, contempladas en el artículo 57 constitucional, sobre las que, a su vez, establece el artículo 13.2 del “Pacto de San José”, por lo que la propaganda de guerra, los mensajes discriminatorios y los que promuevan la intolerancia religiosa, además de la responsabilidad personal de quienes los emitan, podrán ser censurados previamente si la ley lo señala.

El artículo 13.2 aludido, consideró a la propaganda de guerra y a los mensajes discriminatorios o promotores de la intolerancia religiosa, solo como generadores de responsabilidad, pero no sujetos a censura previa. La Sala considera, que los bienes jurídicos tutelados por la Constitución favorecen más a los derechos humanos colectivos y, por ello, el artículo 57 constitucional es de aplicación preferente al ser desarrollado por la ley.

II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL NO STC 36/1984 DEL 14 DE MARZO DE 1984 SOBRE DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS¹²

Fundamentos

(...)

3. La segunda de las cuestiones enunciadas en el primero de estos fundamentos es la de si el largo tiempo transcurrido desde el momento en que se entabló el recurso de suplicación (18 de noviembre de 1980) hasta el momento en que se declaró que había de tenerse por no anunciado (Auto del Tribunal Central de Trabajo de 16 de febrero de 1982, notificado el 5 de abril), o aún más, hasta que se dictó el Auto con el que se desestimaba el recurso de súplica presentado contra el anterior (26 de junio de 1982), constituye o no una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Este concepto (por ejemplo, el de proceso sin dilaciones indebidas) es manifestamente un concepto indeterminado o abierto que ha de ser dotado de contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico. La remisión que el artículo 10.2 de la C.E. hace a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias suscritos por España para la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas, autoriza y aun aconseja referirse, para la búsqueda de estos criterios, a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) al aplicar la norma contenida en el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, según la cual “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial...”.

En su Sentencia de 13 de julio de 1983, en el caso Zimmermann y Steiner, el mencionado TEDH, recogiendo una doctrina ya establecida en casos anteriores (asuntos König, Guzzardi, Buchholz, Foti y otros, Corigliano, Minelli) señala, como

12 Nota del autor: Esta sentencia resuelve una demanda de amparo en donde el peticionario consideraba que, entre otras cosas, le habían violado su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. En los apartes que se transcriben de la sentencia, el tribunal constitucional analiza si existió o no esa violación, para lo cual toma en consideración la jurisprudencia del TEDH.

criterios a tener en cuenta, la complejidad del litigio, la conducta de los litigantes y de las autoridades y las consecuencias que del litigio presuntamente demorado se siguen para aquellos. La aplicación de estos criterios al presente asunto obligan a concluir que el Auto impugnado ha producido la lesión que se le imputa.

En efecto la decisión que se impugna y que pone término al proceso laboral es una decisión de inadmisión por razones estrictamente formales, de sentido opuesto a la adoptada en su día por la Magistratura de Trabajo número 15 y a la que se llega a partir de un cálculo aritmético, cuya simplicidad es precisamente la razón aducida por el Tribunal Central de Trabajo para considerar insuficiente la consignación y, en consecuencia, inadmisible el recurso. Y no solo se trata de una cuestión cuya resolución no exige un razonamiento mínimamente complejo o el manejo de datos numerosos o complicados, sino también de una cuestión que está planteada desde el primer momento y a la que, en consecuencia, desde el primer momento es sabido que habrá de darse respuesta, cuya demora, en caso de negativa, entraña para el actor unos perjuicios bien definidos.

La dilación con la que se toma no puede ser atribuida en modo alguno a una actividad entorpecedora del recurrente, que se limita a aguardar la decisión del Tribunal una vez que la Magistratura, a la que cumple apreciar la observancia de lo dispuesto en el art. 154 de la LPL y que consideró anunciado el recurso en tiempo y forma, después de poner a su disposición las actuaciones para formalizarlo, lo trató de acuerdo con lo previsto en los arts. 156 y siguientes de la mencionada Ley. Su inactividad no le puede ser reprochada por la simple razón de que carecía de cauces procesales para actuar. Si algún defecto pudiera encontrarse en las conductas seguidas, sería más fácil achacarlo a la Magistratura de Trabajo que tuvo por anunciado en forma un recurso que manifiestamente no lo estaba.

En cuanto a las consecuencias gravosas de la dilación son tan obvias que resulta innecesario extenderse sobre ellas. La decisión sobre la inadmisión del recurso de suplicación cierra al recurrente la posibilidad de obtener un nuevo y definitivo pronunciamiento sobre la cuestión litigiosa y le obliga a abonar, por imperio de lo dispuesto en el artículo 227 de la LPL, los salarios de tramitación correspondientes a todo el dilatado lapso de tiempo durante el cual el Tribunal Central de Trabajo se mantuvo inactivo. El Auto de la Magistratura de Trabajo núm. 15, de 26 de junio de 1982, y las providencias posteriormente dictadas por el mismo órgano el 16 de noviembre de ese año se limitan a precisar las consecuencias económicas que legalmente se derivan de la inadmisión, sin que tales resoluciones, ni en sí mismas, ni en las actuaciones que con ellas culminan, adolezcan de defectos a los que quepa

imputar la lesión económica sufrida por el recurrente, que obligado inicialmente al pago de una suma que no llegaba a los 6.000.000 de pesetas ve ahora embargados sus bienes por un importe que excede de los 14.000.000.

En sus alegaciones ante este Tribunal, el Ministerio Fiscal y la representación de quienes actuaron como demandantes ante la jurisdicción laboral arguyen que este retraso lamentable no es imputable a conducta dolosa o negligente alguna, sino al exceso del trabajo que pesa sobre determinados órganos judiciales, por lo que no puede considerarse como una dilación anómala o particularmente cualificada, sino normal o habitual y que, de otra parte, han sido precisamente los beneficiados por la Sentencia laboral quienes más directamente han sufrido los inconvenientes de este retraso, pues la Empresa no les ha abonado ningún salario de tramitación.

Es obvio que esta argumentación no invalida, sin embargo, la conclusión que antes alcanzábamos, pues ni el hecho de que, además del recurrente, haya otros perjudicados por la dilación indebida, permite considerarla inexistente; ni su existencia, como funcionamiento anormal del servicio, depende de la concurrencia de una conducta dolosa o negligente; ni, por último, puede concederse a una práctica generalizada y habitual fuerza derogatoria de los preceptos constitucionales. El abrumador volumen de trabajo que pesa sobre determinados órganos jurisdiccionales, situación a la que el Ministerio Fiscal alude, pero no documenta, puede excusar a los Jueces y Magistrados de toda responsabilidad personal por los retrasos con los que las decisiones se producen, pero no priva a los ciudadanos del derecho a reaccionar frente a tales retrasos, ni permite considerarlos inexistentes, o dicho con mayor exactitud, autoriza a considerar que la dilación no es indebida sin prueba alguna de que se haya intentado agotar todos los medios que las circunstancias permiten para evitarlas. Seguramente debe aceptarse que el incumplimiento de los plazos brevísimos que señala el art. 159 de la LPL no es por sí mismo una dilación indebida, pero igualmente claro es que la excesiva carga de trabajo explica más fácilmente el retraso con el que puedan dictarse resoluciones que ponen término a litigios complicados por razones de hecho o de derecho, que la dilación en adoptar decisiones de inadmisión basadas en consideraciones estrictamente formales y extrínsecas a la cuestión litigiosa.

4. Para remediar la lesión sufrida, el demandante de amparo pide, según se recoge en los antecedentes, que anulemos el Auto dictado por el Tribunal Central de Trabajo y se repongan las actuaciones de modo que se subsanen en la Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 15 de Madrid, las omisiones que, a su entender, le colocaron en situación de indefensión. Esta petición, congruente con una argumentación en la que se mezclan y confunden el derecho a la tutela judicial

efectiva y el derecho al proceso sin dilaciones indebidas, no puede ser atendida a partir del momento en que, habiéndose establecido, como inexcusable, la distinción entre ambos, se llega a la conclusión de que se ha lesionado uno de ellos, pero no el otro, y que la lesión en el derecho al proceso sin dilaciones indebidas, imputable solo al Auto del Tribunal Central de Trabajo, no está originada por el contenido de este, sino por el momento en el que se dictó.

Como en otros supuestos en los que la vulneración del derecho al proceso sin dilaciones indebidas no se invoca frente a una situación de simple inactividad, sino como reacción frente a la tardía producción de un determinado acto, el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho [artículo 55.1 c) de la LOTC] solo puede alcanzarse liberándolo de las consecuencias dañinas que la dilación le haya ocasionado y este Tribunal está facultado para ello por la amplia fórmula utilizada en el precepto que acabamos de citar. Es claro, sin embargo, que en el presente caso no es posible tampoco adoptar una medida de esta naturaleza, pues el recurrente en amparo no puede ser dispensado del pago de los salarios de tramitación sin producir con ello un daño económico a los triunfantes en el litigio laboral cuya sentencia se intentaba recurrir en suplicación y víctimas también, aunque no hayan reaccionado frente a ella porque en el estado presente de la cuestión no se le seguían de ello perjuicios económicos, de la misma vulneración constitucional.

Todo cuanto antecede no puede llevar a pensar que el derecho constitucionalmente garantizado es un derecho vacío y que su vulneración solo puede ser remediada en términos puramente simbólicos, mediante una declaración sin contenido eficaz. El art. 121 de la Constitución impone al Estado la obligación de indemnizar los daños causados por error judicial o que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Si la dilación indebida constituye, de acuerdo con una doctrina casi unánime, el supuesto típico de funcionamiento anormal es forzoso concluir que, si bien el derecho a ser indemnizado puede resultar del mandato del art. 121 no es en sí mismo un derecho invocable en la vía del amparo constitucional, la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas genera, por mandato de la Constitución, cuando no puede ser remediada de otro modo, un derecho a ser indemnizado por los daños que tal lesión produce. La Ley podrá regular el alcance de tal derecho y el procedimiento para hacerlo valer, pero su existencia misma nace de la Constitución y ha de ser declarada por nosotros. En el presente caso, sin embargo, el recurrente no hace petición alguna de indemnización, ni, en consecuencia, ha sido parte en el litigio la Administración del Estado, a la que, como es obvio, no podríamos por tanto condenar al pago de cantidad alguna. Nuestro pronunciamiento ha de limitarse, por tanto, a declarar la existencia de la lesión del derecho constitucionalmente garantizado, y de la

conexión entre tal lesión y el supuesto contemplado en el art. 121 de la Constitución, sin perjuicio de que, a partir de ello, el lesionado procure, a través de otras vías, el resarcimiento a que se crea titulado.

Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar parcialmente el recurso de amparo y, en consecuencia: Declarar que el recurrente tenía derecho a que la resolución por la que se declara no interpuesto el recurso de suplicación fuese adoptada sin dilaciones indebidas y que tal derecho ha sido vulnerado por la demora del Tribunal Central de Trabajo en dictar el correspondiente Auto.

III. SALA CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA: SENTENCIA 2313 DEL 9 DE MAYO DE 1995 SOBRE COLEGIATURA OBLIGATORIA DE LOS PERIODISTAS Y FUERZA VINCULANTE DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE IDH¹³

CONSIDERANDO:

(...)

II. Estima el actor que el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas atenta contra la libertad de pensamiento y expresión establecida en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 7 de la Constitución Política, toda vez que allí se dispone: “Las funciones propias del periodista solo podrán ser realizadas por miembros inscritos en el Colegio”.

Eso significa, de conformidad con el artículo 23 de la misma ley, que solamente es periodista y, por ende, sólo puede ser inscrito como tal en el Colegio, quien “tiene por ocupación principal, regular o retribuir, el ejercicio de su profesión en una publicación

13 Nota del autor: Un ciudadano demanda la inconstitucionalidad de una ley que prevé la colegiatura obligatoria para poder ser periodista, pues considera que viola la libertad de expresión. La Sala Constitucional decide favorablemente la petición, para lo cual se apoya en la Opinión Consultiva 5 de la Corte IDH, que precisamente había indicado que dicha colegiatura obligatoria era contraria a la CADH.

diaria o periódica, o en un medio noticioso radiodifundido o televisado, o en una agencia de noticias, y que obtiene de ella los principales recursos para su subsistencia”.

Lo anterior implica, que para el ejercicio de esas actividades debe estarse colegiado como profesional en periodismo, para tener acceso no sólo a la búsqueda y recepción de información, sino también a los medios de publicación, escrita, de radio y televisión, como principal fuente de subsistencia.

(...)

IV. Paralelamente al señalamiento que ya se hizo respecto de la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hay una circunstancia, sin embargo, que en opinión de la Sala, debe ser analizada con carácter igualmente prioritario. El ocho de julio de mil novecientos ochenta y cinco el Gobierno de Costa Rica formuló consulta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el mismo tópico aquí tratado. Expresamente consultó el Gobierno en aquella ocasión dos aspectos, que en términos generales pueden sintetizarse así: a) opinión sobre la legitimidad de la colegiatura obligatoria de los periodistas, a la luz de los artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y, b) opinión sobre la compatibilidad de la Ley 4420, Orgánica del Colegio de Periodistas, que establece la colegiación obligatoria, con las disposiciones de los citados numerales de la Convención.

Es de hacer notar dos cuestiones que si bien anecdoticas, ilustran claramente la dimensión de lo consultado y que finalmente la Corte decidió en su opinión. Una, que fue la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP) la que en aquella ocasión solicitó al Poder Ejecutivo costarricense que formulara la consulta, dadas las dudas existentes sobre la obligatoriedad de la colegiación, no solamente en Costa Rica, sino en todo el continente americano. Lo interesante de esto es que el Estado de Costa Rica, asumió la consulta como propia, dado que la SIP no tenía legitimación para formularla. Otra, que se aclaró a la Corte, que se consultaba no obstante adversar el criterio de esa SIP y, en cambio compartía el de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que en Resolución N° 17-84 había declarado una compatibilidad de la Ley 4420 con la Convención (caso Schmidt).

Esto se hace muy significativo en opinión de la Sala, ya que siendo potestativo del Gobierno formular o no la consulta, y prácticamente anticipando su adhesión a una tesis de las posibles sobre el tema, decidió formalmente someterse a la jurisdicción de la Corte, acto de excepcional entereza. Así lo reconoció la propia Corte Interamericana, ya que Costa Rica venía de ganar su caso (Schmidt) ante

la Comisión y no obstante ello, decidió ir a la cúspide del sistema americano de protección de los Derechos Humanos.

V. La Corte emitió la Opinión Consultiva, bajo el N° OC-5-85, del 13 de noviembre de 1985 y unánimemente declaró:

1. “que la colegiación obligatoria de los periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

2. “que la Ley 4420 de 22 de setiembre de 1969, Ley orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, objeto de la presente consulta, en cuanto impide a ciertas personas el pertenecer al Colegio de Periodistas y, por consiguiente, el uso –pleno– de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse y transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

Omite la Sala referirse a las Opiniones separadas y Declaraciones que algunos de los jueces consignaron, toda vez que para los fines de esta sentencia, no adquieren la fuerza de la parte dispositiva, en los términos textualmente transcritos, si bien extienden y apuntalan el criterio de ilegitimidad de la colegiación de periodistas. La Opinión de la Corte es muy extensa y rigurosa en el tratamiento del tema, pero a fin de que más adelante esta misma sentencia pueda precisar su propio alcance, cabe señalar que en el numeral 34 de las consideraciones, está una parte clave de la decisión, cuando afirma que “en principio la libertad de expresión requiere que no haya individuos o grupos que, a priori, estén excluidos del acceso a los medios de comunicación social”. Acto continuo, agrega la Corte que la libertad de expresión “también requiere que los medios de comunicación sean, en la práctica, verdaderos instrumentos de esa libertad y no vehículos para restringirla”. Y así, señala por la vía del ejemplo, que con lo anterior solamente son compatibles condiciones en las que: (a) haya pluralidad de medios de comunicación social, (b) prohibición de todo monopolio respecto de ellos, cualquiera que sea la forma en que se manifieste y “la garantía de protección a la libertad e independencia de los periodistas”. Eso, además de lo que explícitamente señala el artículo 13 de la Convención, que en lo que estrictamente tiene que ver con esta acción, se torna demasiado notorio. La Corte acudió en apoyo de su argumentación, a los artículos 29 y 32 del propio Pacto de San José de Costa Rica, pues allí se contienen criterios de interpretación del instrumento y de esa normativa extrajo que las posibles restricciones permitidas por el artículo 13.2

deben ser compatibles con conceptos como “instituciones democráticas”, “democracia representativa” y “sociedades democráticas”, que se recogen a lo largo de su texto y que necesariamente deben servir de parámetro para sus decisiones.

VI. Ahora bien, si la Corte elogió el hecho de que Costa Rica acudiera en procura de su opinión, emitida hace diez años, resulta inexplicable lo que desde aquella fecha ha seguido sucediendo en el país en la materia decidida, puesto que las cosas han permanecido igual y la norma declarada incompatible en aquella ocasión, ha gozado de plena vigencia durante el tiempo que ha transcurrido hasta la fecha de esta sentencia. Eso llama a la reflexión, porque para darle una lógica al sistema, ya en la Parte I, la Convención establece dentro de los deberes de los Estados, respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio (artículo 2). Especialmente debe transcribirse lo que dispone el artículo 68: “1. Los estados partes en la convención se comprometen a cumplir la decisión de la corte en todo caso en que sean partes...” Si se pretendiera que tal norma, por referirse a quienes “sean partes”, solamente contempla la situación de los casos contenciosos, la Corte Interamericana misma ha ampliado el carácter vinculante de sus decisiones también a la materia consultiva (OC-3-83), y en el caso bajo examen no le cabe duda a la Sala que Costa Rica asumió el carácter de parte en el procedimiento de consulta, toda vez que ella misma la formuló y la opinión se refiere al caso específico de una ley costarricense declarada incompatible con la Convención. Por lo tanto, se trata de una ley (la norma específica) declarada formalmente ilegítima.

Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93). Por eso algunos estudiosos han señalado que la reforma constitucional de 1989, sobre la jurisdicción constitucional, es tal vez la mayor conquista que desde el punto de vista jurídico ha experimentado Costa Rica, en los últimos cincuenta años.

VII. No puede ocultarse que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ocasiones parece distinguir entre los efectos de una opinión consultiva

y una sentencia propiamente tal, no tanto por lo que puede obedecer a un punto de vista estrictamente formal, sino más bien pensando en que la vía consultiva se puede convertir en un sustituto encubierto e indebido del caso contencioso, soslayándose así la oportunidad para las víctimas de intervenir en el proceso. En otras palabras, pareciera que la Corte no ha querido otorgar a sus Opiniones la misma fuerza de una Sentencia (producto de un caso contencioso) en resguardo de los derechos de posibles afectados, que en la vía consultiva no podrían obtener ventajas indemnizatorias de la decisión. Pero, y sin necesidad de llegar a conclusiones generales, más allá de lo que esta Sala tiene ahora para resolver, debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio– el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico, como algunos han entendido.

Esta tesis que ahora sostenemos, por lo demás, está receptada en nuestro derecho, cuando la Ley General de la Administración Pública dispone que las normas no escritas –como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho– servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan (artículo 7.1.).

En los propios antecedentes de este asunto está claro que fue nuestro país (el Estado denominado Costa Rica) el que puso en marcha el mecanismo de la consulta, cuando acudió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en procura de una opinión sobre la legitimidad de la colegiatura obligatoria de los periodistas. Esa circunstancia torna inescapable concluir en que la decisión recaída, contenida en la Opinión Consultiva OC-5-85, obligó a Costa Rica, de manera que no podía mantenerse una colegiatura –obligatoria– para toda persona dedicada a buscar y divulgar información de cualquier índole. En otras palabras, la tesis de “la fuerza moral de la opinión consultiva”, si cabe llamarla así, puede ser sostenida válidamente respecto de otros países –Estados– que ni siquiera se apersonaron o intervinieron en el proceso de consulta. Pero aplicada al propio Estado consultante, la tesis suena un tanto ayuna de consistencia y seriedad, porque vano sería todo el sistema y obviamente el esfuerzo intelectual de análisis realizado por los altos magistrados de la Corte, si la sentencia que se dicta –Opinión Consultiva– la puede archivar aquél lisa y llanamente.

Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su OC-05-85 unánimemente resolvió que la colegiación obligatoria de periodistas contenida en la Ley

4420, en cuanto impide el acceso de las personas al uso de los medios de comunicación, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y costosos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Concluir en lo contrario, conduce ciertamente a la burla de todo propósito normativo ya no solo de la Convención, sino del órgano por ella dispuesto para su aplicación e interpretación. Ciertamente, no ha sucedido así y desde hace ya casi diez años, como se dijo, el Estado costarricense ha mal disimulado su deber a acatar lo dispuesto por la Corte, la que precisamente se pronunció ante la propia petición de este país.

VIII. Es necesario agregar que, por virtud de la reforma a la Constitución Política, se crea la Sala Constitucional, la cual entre sus amplias competencias tiene la de “declarar la inconstitucionalidad de las normas” (artículo 10). A su vez, la Ley de la Jurisdicción Constitucional desarrolla esa competencia y solamente para señalar dos ejemplos, dispone: “Artículo 1º. La presente Ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y los del derecho internacional o comunitario vigente en la República, la uniforme interpretación y aplicación de los mismos y los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.” “Artículo 2º. Corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional: a)...

b) Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al derecho público, así como de la conformidad del ordenamiento interno con el derecho internacional o comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad...” Se hace más que notorio que la Sala Constitucional no solamente declara violaciones a derechos constitucionales, sino a todo el universo de derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país.

Desde ese punto de vista, el reconocimiento por la Sala Constitucional de la normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la forma en que la interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-05-85, resulta natural y absolutamente consecuente con su amplia competencia. De tal manera, sin necesidad de un pronunciamiento duplicado, fundado en los mismos argumentos de esa opinión, la Sala estima que es claro para Costa Rica que la normativa de la Ley 4420, en cuanto se refiere a lo aquí discutido por el señor ROGER AJUN BLANCO, es ilegítima y atenta contra el derecho a la información, en el amplio sentido que lo desarrolla el artículo 13 del Pacto de San

José de Costa Rica, tanto como de los artículos 28 y 29 de la Constitución Política. Con la advertencia, por ser consustancial al control de constitucionalidad actual, que a la luz de lo dispuesto por el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, esta sentencia tiene carácter declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia de la norma anulada. Como una consecuencia propia de este pronunciamiento, quienes hubieran sido condenados por violación a lo dispuesto por la norma anulada, podrán plantear recurso de revisión dentro de los quince días posteriores a la publicación de esta sentencia en el Boletín Judicial.

C. DOCUMENTOS PARA LA TERCERA UNIDAD

I. NORMAS DE LA CADH RELEVANTES EN MATERIA PROCESAL PENAL

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Artículo 9. Principio de legalidad y de retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Artículo 10. Derecho a indemnización

Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

II. APARTES DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS QUE SON RELEVANTES EN MATERIA PROCESAL PENAL

Artículo 7

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

Artículo 9

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Artículo 10

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;

b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.

Artículo 11

Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.

Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Artículo 15

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Artículo 17

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

III. OTRAS NORMAS DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS RELEVANTES EN MATERIA PENAL

a- Convención de los derechos del niño

Artículo 37

Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

(...)

Artículo 40

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron; b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considerare que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

b- Protocolo II sobre conflictos armados no internacionales a los convenios de Ginebra (apartes).

ARTÍCULO 6. Diligencias penales.

1º. El presente artículo se aplicará al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado.

2º No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción, sino en virtud de sentencia de un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad, en particular:

a) El procedimiento dispondrá que el acusado sea informado sin demora de los detalles de la infracción que se le atribuya y garantizará al acusado, en las actuaciones que precedan al juicio y en el curso de este, todos los derechos y medios de defensa necesarios;

b) nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual;

c) nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho; tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción; si, con posterioridad a la comisión de la infracción, la ley dispusiera la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello;

d) toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

e) toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a hallarse presente al ser juzgada;

f) nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.

3º. Toda persona condenada será informada, en el momento de su condena, de sus derechos a interponer recurso judicial y de otro tipo, así como de los plazos para ejercer esos derechos.

4º. No se dictará pena de muerte contra las personas que tuvieren menos de 18 años de edad en el momento de la infracción ni se ejecutará en las mujeres encinta ni en las madres de niños de corta edad.

5º A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de la libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.

c- Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas (apartes).

Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

IV. OBSERVACIONES GENERALES DEL COMITÉ DH

a. Observación General 13 de 1984 sobre debido proceso (apartes)

1. El Comité advierte que el artículo 14 del Pacto es de una naturaleza compleja y que diferentes aspectos de sus disposiciones exigirán comentarios concretos. La finalidad de todas estas disposiciones es garantizar la adecuada administración de la justicia y, a tal efecto, afirmar una serie de derechos individuales, como la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia y el derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley.

(...)

4. Las disposiciones del artículo 14 se aplican a todos los tribunales y cortes de justicia comprendidos en el ámbito de este artículo, ya sean ordinarios o especiales. El Comité observa la existencia, en muchos países, de tribunales militares o especiales que juzgan a personas civiles. Esto podría presentar graves problemas en lo que respecta a la administración equitativa, imparcial e independiente de la justicia. Muy a menudo la razón para establecer tales tribunales es permitir la aplicación de procedimientos excepcionales que no se ajustan a las normas habituales de justicia. Si bien el Pacto no prohíbe estas categorías de tribunales, las condiciones que estipula indican claramente que el procesamiento de civiles por tales tribunales debe ser muy excepcional y ocurrir en circunstancias que permitan verdaderamente la plena aplicación de las garantías previstas en el artículo 14.

(...)

5. En la segunda frase del párrafo 1 del artículo 14 se dispone que “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías”. En el párrafo 3 se detallan esas garantías en relación con los procesos penales. Ahora bien, las exigencias formuladas en el párrafo 3 son requisitos mínimos, cuya observancia no es siempre suficiente para asegurar un proceso que llene los requisitos previstos en el párrafo 1.

6. La publicidad de la audiencia constituye una importante salvaguardia de los intereses del individuo y de la sociedad en general. Al mismo tiempo, el párrafo 1 del artículo 14 reconoce que los tribunales tienen la facultad de excluir a la totalidad o parte del público por las razones que se enumeran en dicho párrafo. Debe observarse que, con independencia de esas circunstancias excepcionales, el Comité considera que

las audiencias deben estar abiertas al público en general, incluidos los miembros de la prensa, sin estar limitadas, por ejemplo, a una determinada categoría de personas. Debe observarse que, aun en los casos en que el público quede excluido del proceso, la sentencia, con algunas excepciones estrictamente definidas, debe hacerse pública.

(...)

9. El apartado b) del párrafo 3 dispone que el acusado debe disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y poder comunicarse con un defensor de su elección. Lo que constituye un “tiempo adecuado” depende de las circunstancias de cada caso, pero los medios deben incluir el acceso a los documentos y demás testimonios que el acusado necesite para preparar su defensa, así como la oportunidad de contratar a un abogado y de comunicarse con este. Cuando el acusado no desee defenderse personalmente ni solicite una persona o una asociación de su elección, debe poder recurrir a un abogado. Además, este apartado exige que el defensor se comunique con el acusado en condiciones que garanticen plenamente el carácter confidencial de sus comunicaciones. Los abogados deben poder asesorar y representar a sus clientes de conformidad con su criterio y normas profesionales establecidas, sin ninguna restricción, influencia, presión o injerencia indebida de ninguna parte.

10. En el apartado c) del párrafo 3 se dispone que el acusado será juzgado sin dilación indebida. Esta garantía se refiere no solo al momento en que debe comenzar un proceso sino también a aquel en que debe concluir y pronunciarse la sentencia; todas las fases del proceso deben celebrarse “sin dilación indebida”. Con objeto de que este derecho sea eficaz, debe disponerse de un procedimiento para garantizar que el proceso se celebre “sin dilación indebida”, tanto en primera instancia como en apelación.

(...)

12. En el apartado e) del párrafo 3 se dice que el acusado tendrá derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. Esta disposición tiene por objeto garantizar al acusado las mismas facultades jurídicas para obligar a comparecer a testigos e interrogar y represtar a estos de que dispone la acusación.

(...)

15. A fin de salvaguardar los derechos del acusado con arreglo a los párrafos 1 y 3 del artículo 14, los jueces deben tener la autoridad de examinar cualquier alegación de violaciones de los derechos del acusado durante cualquier fase del proceso.

(...)

19. Al examinar los informes de los Estados se han expresado con frecuencia opiniones diferentes sobre el alcance del párrafo 7 del artículo 14. Algunos Estados Partes han sentido incluso la necesidad de formular reservas sobre los procedimientos para la reanudación de procesos penales. El Comité estima que la mayoría de los Estados Partes establecen una clara distinción entre la reanudación de un proceso justificada por circunstancias excepcionales y la incoación de un nuevo proceso, cosa prohibida en virtud del principio *ne bis in idem* contenido en el párrafo 7. Esta interpretación del significado *ne bis in idem* tal vez aliente a los Estados Partes a reconsiderar sus reservas al párrafo 7 del artículo 14.

b. Observación general N° 16 de 1988 sobre derecho a la intimidad (Apartes).

(...) 2. En particular, no se presta suficiente atención al hecho de que el artículo 17 del Pacto se refiere a la protección contra las injerencias tanto ilegales como arbitrarias. Esto significa que es precisamente en la legislación de los Estados donde sobre todo debe preverse el amparo del derecho establecido en ese artículo. Actualmente, en los informes o bien no se hace mención alguna de dicha legislación o se proporciona información insuficiente al respecto.

3. El término “ilegales” significa que no puede producirse injerencia alguna, salvo en los casos previstos por la ley. La injerencia autorizada por los Estados solo puede tener lugar en virtud de la ley, que a su vez debe conformarse a las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto.

4. La expresión “injerencias arbitrarias” ataña también a la protección del derecho previsto en el artículo 17. A juicio del Comité, la expresión “injerencias arbitrarias” puede hacerse extensiva también a las injerencias previstas en la ley. Con la introducción del concepto de arbitrariedad se pretende garantizar que incluso cualquier injerencia prevista en la ley esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso.

7. Como todas las personas viven en sociedad, la protección de la vida privada es por necesidad relativa. Sin embargo, las autoridades públicas competentes solo deben pedir aquella información relativa a la vida privada de las personas cuyo conocimiento resulte indispensable para los intereses de la sociedad en el sentido que tienen con arreglo al Pacto. En consecuencia, el Comité recomienda que los Estados señalen en sus informes las leyes y reglamentos que regulan las injerencias autorizadas en la vida privada.

8. Incluso con respecto a las injerencias que sean conformes al Pacto, en la legislación pertinente se deben especificar con detalle las circunstancias precisas en que podrán autorizarse esas injerencias. La decisión correspondiente competirá solo a la autoridad designada por la ley a ese efecto, que dará la autorización necesaria tras examinar cada caso en particular. El cumplimiento del artículo 17 exige que la integridad y el carácter confidencial de la correspondencia estén protegidos de jure y de facto. La correspondencia debe ser entregada al destinatario sin ser interceptada ni abierta o leída de otro modo. Debe prohibirse la vigilancia, por medios electrónicos o de otra índole, la intervención de las comunicaciones telefónicas, telegráficas o de otro tipo, así como la intervención y grabación de conversaciones. Los registros en el domicilio de una persona deben limitarse a la búsqueda de pruebas necesarias y no debe permitirse que constituyan un hostigamiento. Por lo que respecta al registro personal y corporal, deben tomarse medidas eficaces para garantizar que esos registros se lleven a cabo de manera compatible con la dignidad de la persona registrada. Las personas sometidas a registro corporal por funcionarios del Estado o por personal médico que actúe a instancias del Estado serán examinadas solo por personas de su mismo sexo.

V. PRINCIPIOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LOS RECLUSOS

1. Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor inherentes de seres humanos.

2. No existirá discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otros factores.

3. Sin perjuicio de lo que antecede, es necesario respetar las creencias religiosas y los preceptos culturales del grupo a que pertenezcan los reclusos, siempre que así lo exijan las condiciones en el lugar.

4. El personal encargado de las cárceles cumplirá con sus obligaciones en cuanto a la custodia de los reclusos y la protección de la sociedad contra el delito de conformidad con los demás objetivos sociales del Estado y con su responsabilidad fundamental de promover el bienestar y el desarrollo de todos los miembros de la sociedad.

5. Con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y, cuando el Estado de que se trate sea parte, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional

de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, así como de los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las Naciones Unidas.

6. Todos los reclusos tendrán derecho a participar en actividades culturales y educativas encaminadas a desarrollar plenamente la personalidad humana.

7. Se tratará de abolir o restringir el uso del aislamiento en celda de castigo como sanción disciplinaria y se alentará su abolición o restricción.

8. Se crearán condiciones que permitan a los reclusos realizar actividades laborales remuneradas y útiles que faciliten su reinserción en el mercado laboral del país y les permitan contribuir al sustento económico de su familia y al suyo propio.

9. Los reclusos tendrán acceso a los servicios de salud de que disponga el país, sin discriminación por su condición jurídica.

10. Con la participación y ayuda de la comunidad y de instituciones sociales, y con el debido respeto de los intereses de las víctimas, se crearán condiciones favorables para la reincorporación del ex recluso a la sociedad en las mejores condiciones posibles.

11. Los principios que anteceden serán aplicados en forma imparcial.

VI. PRINCIPIOS BÁSICOS RELATIVOS A LA INDEPENDENCIA DE LA JUDICATURA (APARTES)

(...)

2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.

(...)

4. No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o commutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley.

(...)

6. El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes.

(...)

9. Los jueces gozarán del derecho a constituir asociaciones de jueces u otras organizaciones que tengan por objeto representar sus intereses, promover su formación profesional y defender la independencia judicial, así como el derecho a afiliarse a ellas.

10. Las personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales serán personas íntegras e idóneas y tendrán la formación o las calificaciones jurídicas apropiadas. Todo método utilizado para la selección de personal judicial garantizará que este no sea nombrado por motivos indebidos. En la selección de los jueces, no se hará discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o condición; el requisito de que los postulantes a cargos judiciales sean nacionales del país de que se trate no se considerará discriminatorio.

11. La ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos, su independencia y su seguridad, así como una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y de jubilación adecuadas.

12. Se garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto.

13. El sistema de ascensos de los jueces, cuando exista, se basará en factores objetivos, especialmente en la capacidad profesional, la integridad y la experiencia.

14. La asignación de casos a los jueces dentro del tribunal de que formen parte es asunto interno de la administración judicial.

15. Los jueces estarán obligados por el secreto profesional con respecto a sus deliberaciones y a la información confidencial que hayan obtenido en el desempeño de sus funciones, a menos que se trate de audiencias públicas, y no se les exigirá que testifiquen sobre tales asuntos.

VII. DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE JUSTICIA PARA LAS VÍCTIMAS DE DELITOS Y DEL ABUSO DE PODER

A. Las víctimas de delitos

1. Se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluso lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional,

pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

2. Podrá considerarse “victima” a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión “victima” se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

3. Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico.

Acceso a la justicia y trato justo

4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

5. Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;

b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;

- c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;
- d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia;
- e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

Resarcimiento

8. Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos.

9. Los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales.

10. En los casos en que se causen daños considerables al medio ambiente, el resarcimiento que se exija comprenderá, en la medida de lo posible, la rehabilitación del medio ambiente, la reconstrucción de la infraestructura, la reposición de las instalaciones comunitarias y el reembolso de los gastos de reubicación cuando esos daños causen la disgregación de una comunidad.

11. Cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasioficial hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer al resarcimiento de las víctimas.

Indemnización

12. Cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente:

a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves;

b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización.

13. Se fomentará el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en los que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido.

Asistencia

14. Las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos.

15. Se informará a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos.

16. Se proporcionará al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida.

17. Al proporcionar servicios y asistencia a las víctimas, se prestará atención a las que tengan necesidades especiales por la índole de los daños sufridos o debido a factores como los mencionados en el párrafo 3 supra.

B. Las víctimas del abuso de poder

18. Se entenderá por “victimas” las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos.

19. Los Estados considerarán la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esos remedios incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la asistencia y el apoyo materiales, médicos, psicológicos y sociales necesarios.

20. Los Estados considerarán la posibilidad de negociar tratados internacionales multilaterales relativos a las víctimas, definidas en el párrafo 18.

21. Los Estados revisarán periódicamente la legislación y la práctica vigentes para asegurar su adaptación a las circunstancias cambiantes, promulgarán y aplicarán, en su caso, leyes por las cuales se prohíban los actos que constituyan graves abusos de poder político o económico y se fomenten medidas y mecanismos para prevenir esos actos, y establecerán derechos y recursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio.

VIII. PRINCIPIOS DE JOINET (APARTES)

Principio 1. El derecho inalienable a la verdad.

Cada pueblo tiene el derecho inalienable de conocer la verdad sobre los acontecimientos pasados, así como sobre las circunstancias y las razones que llevaron, por la violación masiva y sistemática de los derechos humanos, a la perpetración de crímenes aberrantes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad es esencial para evitar en el futuro que tales actos no se reproduzcan.

Principio 2. El deber de la memoria.

El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión pertenece a su patrimonio y, como tal, debe ser preservado por medidas apropiadas en el nombre del deber a la memoria que incumbe al Estado. Esas medidas tienen por objeto la finalidad de preservar del olvido la memoria colectiva, principalmente para prevenir el desarrollo de tesis revisionistas y negacionistas.

Principio 3. El derecho de saber de las víctimas.

Independientemente de toda acción en Justicia, las familias de las víctimas tienen el derecho de conocer la verdad en lo que concierne la suerte que fue reservada a sus parientes. En caso de desaparición forzada o de secuestro de niños este derecho es imprescriptible.

Principio 4. Garantías destinadas a hacer efectivo el derecho de saber.

Corresponde a los Estados el tomar las medidas apropiadas para hacer efectivo el derecho de saber. Cuando las instituciones judiciales fallan, la prioridad debe ser, en una primera etapa, las medidas tendentes, por una parte, a la creación de comisiones no judiciales de investigación y, de otra parte, a la preservación y al acceso a los archivos.

(...)

Principio 18. Deberes de los Estados en el ámbito de la administración de la justicia.

La impunidad constituye una inobservancia de las obligaciones que tienen los estados de investigar sobre las violaciones, de tomar las medidas adecuadas para detener a sus autores, principalmente en el ámbito de la justicia, para que estos sean perseguidos, juzgados y condenados a penas apropiadas, de asegurar a sus víctimas las vías de recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos, y de tomar todas las medidas destinadas a evitar la repetición de tales violaciones.

Si la iniciativa de perseguirlos es una misión que compete, en primer lugar, al Estado, se deben adoptar una serie de reglas complementarias para permitir que todas las víctimas puedan tomar la iniciativa por sí mismas, individual o colectivamente, en caso de carencia de poderes públicos, principalmente para que se puedan constituir en parte civil. Esta facultad debería ser extendida a las Organizaciones No Gubernamentales que justifiquen una acción reconocida en favor de la defensa de las víctimas concernidas.

(...)

Principio 24. Restricción a la prescripción.

La prescripción penal, tanto en lo que se refiere a la persecución del delito como a la pena, no puede correr durante el período en el que no existe posibilidad de un recurso eficaz.

No es aplicable a los crímenes graves según el derecho internacional que son por naturaleza imprescriptibles.

Cuando es aplicada, no se puede oponer a las acciones civiles o administrativas ejercidas por las víctimas en reparación de los perjuicios sufridos.

Principio 25. Restricción y otras medidas relativas a la amnistía.

Comprende las destinadas a crear las condiciones propicias a un acuerdo de paz o a favorecer la reconciliación nacional, la amnistía y las otras medidas de clemencia deben verse limitadas por los principios siguientes:

a) Los autores de crímenes graves según el derecho internacional no se pueden beneficiar de tales medidas mientras el Estado no haya satisfecho las obligaciones enumeradas en el principio 18;

b) Carecen de efecto alguno sobre el derecho a reparación de las víctimas previsto en los principios 33 a 36;

c) En tanto pueda ser interpretada como un reconocimiento de culpabilidad, la amnistía no puede ser impuesta a las personas perseguidas o condenadas por los

hechos sobrevenidos con ocasión del ejercicio pacífico del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Puesto que estas personas no han hecho más que ejercer su derecho legítimo, tal como está garantizado por los artículos 18 a 20 de la Declaración universal de los derechos del hombre, y el 18, 19, 21 y 22 del Pacto Internacional relativo a los derechos civiles y políticos, una ley debe reputar nula y no avenida a derecho toda decisión de la justicia u otra que les concierna; y se debe poner fin sin condiciones ni demoras a su detención;

d) Toda persona condenada por infracciones distintas de las previstas en el parágrafo c) del presente principio y que sea objeto de aplicación de una amnistía, puede rechazarla y demandar la revisión de su proceso si estima que ha sido juzgada sin tener en cuenta su derecho a un proceso justo garantizado por los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como por los artículos 9, 14 y 15 del Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos, o si ha sido sometida, en particular, a tortura, o a interrogatorios inhumanos o degradantes.

(...)

Principio 29. Restricciones a las justificaciones relacionadas con la obediencia debida.

a) El argumento, por parte del autor de las violaciones, de haber actuado bajo orden de su gobierno o de un superior jerárquico, no le exonerá de su responsabilidad, principalmente penal, pero puede ser considerado como un motivo de disminución de la pena si es conforme a la justicia.

b) El hecho de que las violaciones hayan sido cometidas por un subordinado no exonerá a sus superiores de su responsabilidad, principalmente penal, si ellos sabían o tenían razones para saber, en las circunstancias del momento, que su subordinado cometía, o debería cometer, tales violaciones y ellos no tomaron todas las medidas necesarias para impedir o reprimir el crimen. La calidad oficial del autor de un crimen según el derecho internacional, incluso en el caso de que actúe como jefe de Estado o de Gobierno, no le exonerá de su responsabilidad y no es motivo de disminución de la pena.

Principio 30. Restricciones a los efectos de las leyes sobre arrepentidos relacionadas con procesos de restablecimiento de la democracia y/o de la paz o de transiciones hacia ellas.

El hecho de que el autor, posteriormente al período de persecución, revele sus propias violaciones o las cometidas por otros, con vistas a beneficiarse de las disposiciones favorables de la legislación relativa a los arrepentidos, no le puede exonerar

de su responsabilidad, principalmente penal. Esta revelación puede ser solo causa de disminución de la pena con la finalidad de favorecer la manifestación de la verdad.

Cuando las revelaciones han sido hechas durante el período de las persecuciones, esta atenuación puede llegar incluso a la medida de la dispensa de la pena en razón de los riesgos corridos por el interesado. En esta hipótesis y por derogación del principio 26, podría acordarse el asilo, y no el estatuto de refugiado, al autor de las revelaciones, con la finalidad de facilitar la manifestación de la verdad.

Principio 31. Restricciones a la competencia de los tribunales militares.

Con el fin de evitar que, en los países donde no hayan sido derogados, los tribunales militares no contribuyan al mantenimiento de la impunidad en razón de su insuficiente independencia debido a la subordinación jerárquica a que son sometidos todos o parte de sus miembros, sus competencias deben ser limitadas a las solas infracciones específicamente militares cometidas por militares, con la exclusión de las violaciones de los derechos humanos, que serán solo de la competencia de las jurisdicciones ordinarias internas o, en el caso de que se trate de crímenes graves según el derecho internacional, de una jurisdicción penal internacional.

Principio 32. Restricción al principio de inamovilidad de los jueces.

El principio de inamovilidad, garantía esencial de la independencia de los jueces, debe ser respetado a los magistrados que hayan sido nombrados según los procedimientos acordes a un estado de derecho. Por el contrario, aquellos que hayan sido designados ilegítimamente o hayan subordinado su poder jurisdiccional, pueden ser destituidos de sus funciones por la ley en aplicación del principio de paralelismo de las formas. Siempre pueden solicitar beneficiarse de las garantías fijadas en los principios 41 y 42, principalmente con vistas a solicitar, en caso oportuno, su reincorporación.

Principio 33. Derechos y deberes nacidos de la obligación de reparar.

Toda violación de los derechos humanos hace nacer un derecho a la reparación en favor de la víctima, de sus parientes o compañeros que implica, por parte del Estado, el deber de reparar y la facultad de dirigirse contra el autor.

Principio 34. Procedimiento del recurso de reparación.

Sea por la vía penal, civil, administrativa o disciplinaria, toda víctima debe tener la posibilidad de ejercer un recurso accesible, rápido y eficaz, conforme a las restricciones previstas por el principio 24; las víctimas han de poder, en el ejercicio de ese recurso, beneficiarse de protección contra la intimidación y las represalias.

El ejercicio del derecho a reparación incluye el acceso a los procedimientos internacionales aplicables.

(...)

Principio 36. Campo de aplicación del derecho a reparación.

El derecho a reparación debe cubrir la integralidad de los perjuicios sufridos por la víctima; estos comprenden, de una parte, las medidas individuales relativas al derecho a restitución, a indemnización y a readaptación y, de otra parte, las medidas de satisfacción de sentido general, tales como las previstas por el conjunto de principios y directivas fundamentales concernientes al derecho a reparación (ver el parágrafo 41 del presente documento).

En el caso de desapariciones forzadas, una vez dilucidada la suerte de la persona desaparecida, su familia tiene el derecho imprescriptible de ser informada y, en caso de muerte, el cuerpo le debe ser restituido después de su identificación y de que los autores hayan sido identificados, perseguidos o juzgados.

Principio 37. Ámbitos incluídos en las garantías de no repetición.

El Estado debe tomar las medidas apropiadas a fin de que las víctimas no puedan ser de nuevo confrontadas a violaciones que afecten a su dignidad. Deben ser consideradas con prioridad:

- a) Las medidas destinadas a disolver los grupos armados paramilitares;
- b) Las medidas derogando las disposiciones de excepción, legislativas u otras, que favorezcan las violaciones.
- c) Las medidas administrativas o de otro tipo encaminadas a destituir a los agentes del Estado implicados en los procesos de violaciones graves de los derechos humanos.



