

CARLOS BARRERA MARTINEZ¹.

*EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO, TRATADOS
INTERNACIONALES Y DERECHO INTERNO COLOMBIANO*

¹ Abogado de la Universidad de Caldas, especializado en Derecho Administrativo en la Universidad del Rosario; Polítologo, especializado en Ciencia Política en UNIBOYACA; especializado en Derecho Procesal en la Fundación Universitaria de Boyacá, Juez de la República y profesor universitario en la Universidad de Boyaca.

“El día de América latina solo llegará cuando
se integre en una sona nación”.

Simón Bolívar

Introducción.

En el mundo cambiante del cual somos actores, en el que ocurren hechos de gran relevancia, casi de manera permanente en nuestra vida cotidiana, de suyo significativos; por los que la sociedad global reinventa nuevas condiciones de índole económicas, sociales y jurídicas y a las cuales debe reacomodarse en los conocidos órdenes internacionales, trayendo consigo repercusiones hacia los Estados que cohabitan en ese amplio espacio como actores de la vida internacional, para conformar esa nueva comunidad internacional; así que los Estados son quienes a su vez deben buscar hacia su interior reacomodar su modelo de Estado a tales exigencias impuestas y sin exigir mayor colaboración, cuando se trata de países económicamente débiles.

Así que esas nuevas condiciones surgidas casi siempre se concretan en procesos de negociación traducidas a normas jurídicas con las cuales se pretenden conciliar las aspiraciones de los Estados, de las personas jurídicas de derecho internacional en una sana y pacífica convivencia entre el derecho internacional, y relaciones internacionales y el derecho interno.

Entonces cuando pretendemos analizar conceptos como los de Estado Social de Derecho, Tratados Internacionales y derecho interno trae de hecho el exámen de conceptos que sean común denominador a tales figuras que imponga la vinculación del Estado con la comunidad internacional y su atadura con el derecho interno. Así que desde la perspectiva de los derechos humanos, tema de enlace pretendemos abordar el tema propuesto: ESTADO SOCIAL DE DERECHO, TRATADOS INTERNACIONALES Y DERECHO INTERNO EN COLOMBIA.

La presencia de los Derechos Humanos, en la vida cotidiana ha trascendido los nuevos órdenes económicos desarrollados después de la

segunda guerra mundial han dado una nueva dimensión del hombre sin importar que éste se encuentre en un mundo de dependencia o en mundo de gran civilidad o de desarrollo, circunscrito en la odiosa discriminación entre primer mundo y países subdesarrollados o tercer mundo, quizá por eso con más auge la comunidad internacional reclama su desarrollo y observancia después de haber superado la confrontación este-oeste y los confines de la guerra fría.

Pero lo que se percibe en la práctica es que a pesar de esos esfuerzos por democratizar los derechos humanos nos encontramos con un Estado, cada vez más distante y menos participativo en la solución de los problemas cotidianos de sus asociados.

1. Estado social de derecho y derecho internacional.

Encontramos en la comunidad internacional la existencia de varios modelos de Estado, en los cuales se ve con mayor o menor grado el cumplimiento de normas elementales del ejercicio de la democracia y con ella el desarrollo de los derechos humanos.

Entonces se conocen los estados llamados: **particularistas** que son aquellos que ejecutan toda su actividad y ejercicio democrático en el manejo de conductas anómalas bajo una red de influencias que controlan las palancas del poder, la corrupción, los incentivos, los vínculos políticos, el dinero y toda suerte de corruptelas en el ejercicio de la democracia, como el clientelismo, el gamolanismo etc.; en cambio de lograr que su actividad se encamine al desarrollo de políticas programas y proyectos exclusivamente bajo el imperio del derecho en el cumplimiento de sus compromisos internacionales y en los pactos logrados bajo una premisa democrática con sus asociados a nivel interno. En este Estado Particularista, se ve con claridad que el desarrollo de los derechos humanos es escaso y nulo.

Y en el **Estado óptimo** se busca conseguir la construcción de una democracia en la cual se pueda concebir la noción de fraternidad y en donde la miseria, la exclusión social y la negación de los derechos humanos sean ajenos al desarrollo social de los asociados, ya que de persistir estas

exclusiones en esa sociedad no habrá fraternidad.

Hoy se discute como prioritario la posibilidad de una participación ciudadana en los asuntos del Estado, en el ejercicio democrático por los individuos del ejercicio de sus derechos civiles y políticos como también de los económicos y culturales, de los cuales son titulares dentro del marco de un estado de derecho.

El concepto Estado de Derecho comprende: gobierno por leyes, gobierno bajo la ley, de ahí surge el concepto de legitimación del cual emana el sistema de garantías².

El Estado de Derecho es uno de esos conceptos amplios y genéricos que tienen múltiples y variadas ascendencias en la historia del pensamiento político: la idea se remonta a Platón y a Aristóteles, cuando hablan del gobierno de las leyes contrapuesto al gobierno de los hombres.

Entonces la noción de Estado de Derecho puede ser analizada históricamente cuando menos en tres momentos.

1°.- Inicialmente, la que surge como reacción contra el absolutismo regio, cuando se estructura un poder absoluto, plenario, omnímodo y soberano, a costa de los señores feudales, conjugado con el poder inmenso de la iglesia. En él el Soberano no está atado al derecho sino suelto o “absuelto” del imperio de éste, pues es aquel su fuente y razón de ser; el que lo hace y lo deshace, el que lo otorga y lo declara abolido, por su sola y suprema voluntad³.

2°.- Después, la doctrina medieval del fundamento jurídico de la soberanía, es rebasada por el pensamiento liberal sobre los límites de la actividad del Estado y sobre el Estado mínimo, la doctrina iusnaturalista del respeto de las libertades fundamentales por parte del derecho positivo, el

² BOBBIO Norberto. ESTADO, GOBIERNO Y SOCIEDAD. Por una teoría General de la Política. Fondo de Cultura Económica, México, 1985, ISBN 968-16-3142-6, Pág 130

³ GAONA CRUZ Manuel. CONTROL Y REFORMA DE LA CONSTITUCION EN COLOMBIA. Tomo II. Ministerio de Justicia. Superintendencia de Notariado y Registro, Bogotá, 1988, pág 8.

constitucionalismo inglés y estadounidense, el demoliberalismo sobre las libertades y la igualdad y luego la teoría jurídica del estado elaborada por los alemanes en el siglo pasado y posteriormente surge el normativismo kelsiano; denotan estas doctrinas que existe una subordinación a la ley cualquiera que sea su origen⁴.

En esta fase se fortalece la noción kelsiana del Estado de Derecho, según el cual el Estado y el Derecho son un mismo fenómeno visto desde ángulos opuestos, en donde la actividad del Estado se traduce en la creación de normas jurídicas.

3º.- En tercera instancia, la que considera que el Estado de Derecho es aquel que aún cuando potencialmente es absoluto, crea límites a su actuación, se autolimita y lo define como la realización del derecho que es su limitante, razón por la cual no puede rebosar el límite que le marca la ley ni atentar contra sus derechos civiles.

Allí el Estado de Derecho sólo estaba limitado por ciertas prohibiciones en ejercicio de los derechos del individuo. Los poderes del Estado estaban al servicio de las garantías de los derechos fundamentales de los ciudadanos y la incorporación limitada en los textos constitucionales de las prohibiciones de lesionar los derechos y libertades, recogido en el conocido sistema de garantías y amparado por el principio de legalidad.

Desde entonces, el Estado de Derecho, ha evolucionado desde su misma aparición a comienzos del siglo pasado y suelen distinguirse dos formas del mismo: Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho.

El Estado Liberal de Derecho cumple funciones básicamente de garantía, lo que significa que ha de intervenir lo menos posible en el desarrollo de la sociedad.

En cambio el Estado Social de Derecho por el contrario, tiene un carácter intervencionista y benefactor trata de guiar la sociedad y la obligación de dar satisfacción a los derechos sociales,⁵ como desarrollo de

⁴ FERRAIOLI Luigi. DERECHO Y RAZON, Pág 855.

⁵ ATIENZA Manuel. TRAS LA JUSTICIA. Pág 154.

los llamados derechos fundamentales.

Entonces se ha dicho que la teoría de los derechos fundamentales del Estado Social de Derecho tiene su punto de partida en la liberal-burguesía, pero no concibe al hombre como sujeto aislado (individuo-libre) sino como miembro activo de una sociedad plural en la cual ha de ser todos igualmente libres⁶.

No todo Estado es un Estado de Derecho, sino únicamente el que cumple determinados requisitos:

1. Imperio de la ley, entendida ésta como expresión de voluntad popular.
2. División de poderes, con primacía del legislativo.
3. Legalidad de la administración.
4. Garantía de los derechos y libertades fundamentales.

Y a su turno se caracteriza por poseer las siguientes instituciones⁷:

a.- Una Constitución con una serie de principios inviolables, preordenados para salvaguardar los derechos individuales.

b.- Separación del poder público en ramas, competencia restrictiva, control constitucional, origen popular de una de las ramas del poder público, independencia y autonomía de los jueces.

c.- Opinión pública libre y multipartidismo, entre otras.

Estado Social de Derecho al que desde el punto de vista social, se

⁶ OSUNA PATIÑO Nestor Iván. APUNTES SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES. Instituto de Estudios Constitucionales. Carlos Restrepo Piedrahita. Temas de Derecho 37, Universidad Externado de Colombia, ISBN 958-616-242-7, Bogotá, 1995, pág 16.

⁷ HOYOS ZAPATA Luis Evelio. CONSTITUCIONAL I, Politécnico Marco Fidel Suárez, 3ra edición, Bello, Antioquia, 1996, págs 32 y 33.

pueden atribuir unas características, dentro de las cuales pueden enunciarse: Un Estado Distribuidor; un Estado Director; un Estado Democrático; un Estado de Derecho. Cumpliendo esencialmente los siguientes fines: a.- “La procura existencial”, por la cual deben propiciarse unas condiciones para que se desarrollen las potencialidades del individuo emanadas de su capacidad creadora y su inventiva que parece el soporte del individuo en su autodeterminación. b.- Hacer posible una condiciones existenciales mínimas que faciliten su materialización real. c.- Logro de unas prestaciones sociales. d.- Fijación de un salario vital mínimo. e.- Atención de las personas incapacitadas para trabajar mediante un acuerdo y un sistema eficaz de seguridad social⁸.

Es decir con estos elementos se busca una nueva concepción del hombre, por el derecho, el cual pretende el reconocimiento de sus derechos subjetivos que le asisten e infundiéndole el Estado un contenido social de deber, y que el cumplimiento de esos deberes por el ciudadano va garantizando la posibilidad al Estado de tomar medidas de protección al colectivo como las de la expropiación forzosa en procura del beneficio social, la socialización, la asistencia social etc; así el orden social impone obligaciones a los asociados y a estos deberes; reconocidos por primera vez en la Constitución de Weimar.

La idea central del derecho social se orienta no a la idea de la igualdad de las personas sino en la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen, la igualdad deja de ser punto de partida para convertirse en meta o aspiración de éste nuevo orden social⁹.

La anterior concepción histórica, social, filosófica y política se pudo

⁸ PARRA QUIJANO Jairo, en: EL FUTURO DEL PROCESO CIVIL. XV JORNADAS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Santa Fe de Bogotá, 1996, ISBN 958-616-289-3, Pág 448.

⁹ RADBRUCH Gustav. INTRODUCCION A LA FILOSOFIA DEL DERECHO. Breviarios del Fondo de Cultura Económica, número 42, México, 1993, quinta reimpresión, ISBN 968-16-0061-4, pág 162

consolidar a través de los tiempos y luego de superar grandes crisis originadas en conflictos de diversa índole, que sufrió la humanidad, hasta cuando reconoció ella misma, el valor de la persona como individuo.

Sólo hasta después, al acoger la comunidad internacional: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en 1948, el Pacto sobre los Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Protocolo facultativo como también el Pacto sobre los Derechos económicos, sociales y culturales de 1966, fue posible concebir un nuevo modelo de sociedad y de Estado, lo único que los textos reseñados exigen es observar un mínimo de preceptos referidos a las relaciones entre la comunidad y el Estado: respeto a ciertos derechos humanos esenciales, a ciertas libertades esenciales y al derecho del autogobierno,¹⁰ pero siempre el respeto por la dignidad humana.

Siempre se ha dicho que el Estado Social de Derecho, tiene su origen en la cultura de los Derechos Humanos y sobre la premisa de resaltar la protección de la dignidad de la persona como individuo, ya que ella representa el núcleo de todos los derechos humanos¹¹.

Pero entonces la incidencia del Estado Social de Derecho debe esquematizarse desde dos puntos de vista, desde el punto de vista del Estado de Bienestar o Estado Providencia, y también desde el punto de vista del Estado Constitucional democrático. Cada una de estas tendencias tiene como denominador los derechos humanos.

Así el Estado de Bienestar surge a principios de siglo y desde europa se interpretan los problemas sociales; la política no es ajena a esta efervescencia y se nota a través de los movimientos sociales producto de las reivindicaciones que hace el movimiento obrero; y que son el resultado de esas primeras conquistas colectivas que mostraban al mundo las revoluciones sociales tales como la mexicana y la bolchevique en los años

¹⁰ CASSESE Antonio. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MUNDO CONTEMPORANEO. Editorial Ariel S.A., Barcelona, ISBN: 84-344-1097-4, 1993, pág 59.

¹¹ SANCHEZ FERRIZ Remedio, y JIMENA QUESADA Luis. LA ENSEÑANZA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Editorial Ariel, S.A, Barcelona, ISBN: 84-344-1134-2, 1995, pág 30.

diez y siete a inicios del presente siglo, que reclaman para el colectivo y las novedosas innovaciones que fueron elevados a textos constitucionales; tal como ocurrió en México con el establecimiento de la propiedad común sobre bienes ejidales, la propiedad privada limitada a un contexto social y la propiedad estatal sobre los recursos naturales, alejados de los criterios jurídicos imperantes en la época; otro tanto ocurrió con los conceptos introducidos en la Constitución de Weimar de 1919 que imponía un nuevo rumbo a la soberanía popular. Introducía los primeros derechos a la mujer reconociéndoles el derecho al voto; y para todos los ciudadanos el ejercicio de sus derechos y libertades, el derecho de la propiedad con obligaciones colectivas y sociales; que van jalonar toda la dinámica social y que orientaron derechos como salario, salud, vivienda, educación, derechos de índole individual.

A su turno el Estado Constitucional Democrático ha sido la respuesta a unas aspiraciones jurídico-sociales tendientes a garantizar los derechos humanos historiográficamente considerados de segunda y tercera generación. Se manifiesta institucionalmente en el establecimiento de una serie de instrumentos que garanticen los mecanismos de la democracia participativa pero ante todo el control político y jurídico del ejercicio del poder y la consagración de una serie de valores, principios, y derechos fundamentales¹² que orienten y aseguren para los ciudadanos la idea del estado y del derecho, en términos de igualdad¹³.

2. El estado social de derecho en Colombia.

Al establecer la Constitución Política de 1991, que Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana,

¹² LORCA NAVARRETE José. TEMAS DE TEORIA Y FILOSOFIA DEL DERECHO. Ediciones Piramide, S.A. Madrid, ISBN 84-368-0838-X, 1994, pág 437.

¹³ ARAGON REYES Manuel. CONSTITUCION Y DEMOCRACIA. Tecnos, Madrid, 1989.

con el fin de garantizar la efectividad de los principios derechos y deberes: tales como: la vida, la libertad, la igualdad, la justicia, la convivencia, el trabajo, y la paz dentro de un orden social justo, con esto no esta haciendo otra cosa la Carta Política que colocar a la persona humana en el centro del orden jurídico.

Desde el punto de vista político se ha dicho que un Estado Social de Derecho como el colombiano se considera organizado bajo los siguientes aspectos: Una Constitución y unas leyes aprobadas por el pueblo o sus legítimos representantes; poder político distribuido en diferentes órganos; autoridades políticas elegidas democráticamente por el pueblo; autoridades que respeten la Constitución y las leyes, en caso contrario, sus decisiones no tienen valor; control de lo que hacen unas autoridades por parte de otras. Por encima de lo anterior, control ciudadano sobre las instituciones y los gobernantes¹⁴.

Así por ejemplo el principio de legalidad, que alguna vez fuera garantía suficiente contra la arbitrariedad del monarca, se revela insuficiente en los tiempos modernos para brindar protección efectiva a los derechos y libertades fundamentales.

El Constituyente consiente de esta realidad, dio énfasis apreciable a la consagración de un extenso catálogo de derechos y al establecimiento de mecanismos constitucionales para su protección¹⁵. Al punto que la Constitución de 1991, ha dado un cambio en torno al valor jurídico asignado a la ley, al considerar que si antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales¹⁶.

¹⁴ DEMOCRACIA PARA JOVENES. ¡Tu Construyes la democracia!. ORGANIZACION ELECTORAL. Consejo Nacional Electoral. Registraduría Nacional del Estado Civil, Santa Fé de Bogotá. D.C, 1996, pág 10.

¹⁵ CEPEDA E. José Manuel. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCION DE 1991. Temis, Consejería Presidencial para el Desarrollo de la Constitución. ISBN 84-8272-547-5, Santa Fe de Bogotá, 1992, pág 1.

¹⁶ CIFUENTES M Eduardo, en: DERECHOS FUNDAMENTALES E INTERPRETACION. Revista FORO No 21, Bogotá, septiembre de 1993, ISSN: 0121-2559, pág 14.

El concepto de individuo como epicentro jurídico, ha sido reconocido por la Corte Constitucional desde sus primeros pronunciamientos; al establecer que el sujeto, razón y fin de la Constitución de 1991 es la persona humana, no es pues el individuo en abstracto, aisladamente considerado, sino precisamente el ser humano en su dimensión social, visto en la tensión individuo-comunidad, la razón última de la Carta Política.

Entonces los derechos constitucionales fundamentales no deben ser analizados aisladamente, sino a través de todo el sistema de derechos que tiene como sujeto a la persona. Es a partir del ser humano, su dignidad, su personalidad jurídica y su desarrollo (artículos 14 y 16 de la Constitución), que adquieren sentido los derechos, garantías y deberes, la organización y funcionamiento de las ramas y poderes públicos¹⁷. Y que el Estado Social de Derecho pretende proteger cada vez más las diferentes aristas de la dignidad humana. De acuerdo con los criterios: principales y auxiliares; desde los cuales es posible establecer los derechos fundamentales tutelables y que la Corte Constitucional tiene establecidos, con ese propósito:¹⁸

A. CRITERIOS PRINCIPALES.

1. La persona humana.(arts. 1, 5, 94, C. Pol.)
2. El reconocimiento expreso.(art.44 C. Pol.)

B. CRITERIOS AUXILIARES.

1. Tratados Internacionales.(arts. 93, 94, C. P.)
2. Derechos de aplicación inmediatas.(art.85 C.P)
3. La existencia de una “supergarantía” en su reforma. (art.377 C. Pol.)
4. Derechos fundamentales por su ubicación.

¹⁷ SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL T-002 de 1992 del 8 de mayo de 1992. Sala Cuarta de Revisión, Mag Ponente Alejandro Martínez Caballero. Gaceta Constitucional de la Corte Constitucional. Tomo I, 1992, pág 187.

¹⁸ SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL T-002 de 1992 del 8 de mayo de 1992. Sala Cuarta de Revisión, Mag Ponente Alejandro Martínez Caballero. Gaceta Constitucional de la Corte Constitucional. Tomo I, 1992, pág 187.

Por eso a lo largo de las tres partes en que se divide la Constitución colombiana de 1991:

El Preámbulo, que contiene la filosofía del Estado Social de Derecho, reafirmado en los valores fundamentales del Estado; la dogmática que consagra los principios que se adoptan y se impone, para regular las relaciones entre los ciudadanos y el Estado el respeto y desarrollo de los derechos individuales y las garantías sociales; y la Orgánica que se ocupa de la parte funcional y dinámica del Estado; se consagran los derechos fundamentales a partir de los cuales se pretende lograr el respeto a la dignidad humana y la convivencia pacífica de los asociados, los cuales se encuentran diseminados a lo largo de la Carta, y no como se creía hasta hace algún tiempo en ese título Segundo.

3. El juez frente al Estado social de derecho, como operador del derecho.

Carnelutti considera que el juez es uno de los muchos operadores del derecho,¹⁹ es tal vez el más importante de todos, pues es quien también crea derecho como en último lugar aplica la ley.

El ejercicio de esta función no tendría dificultad si los casos propuestos a él se resuelven con la confrontación de normas, ya que la solución sería el simple contraste de los hechos planteados con los supuestos del derecho sustancial y aquí estaría frente a la aplicación mecánica de la ley.

La función judicial, se dificulta cuando el operador del derecho no encuentra respuesta correcta, se encuentra frente a formulaciones normativas ambiguas, el derecho es incompleto o inconsistente, no existe consenso en la comunidad de juristas acerca de la solución, es decir el operador del

¹⁹ CARNELUTTI Francesco. COMO NACE EL DERECHO, Monografías Jurídicas Temis número 56, Editorial Temis S.A. Bogotá, 1989.

derecho esta frente a los llamados casos de solución difícil o axiológicamente llamados casos críticos o lagunas jurídicas.

En Colombia, el juez no puede substraerse a tomar decisiones pretestando ambigüedad de la ley oscuridad en la misma o simplemente inexistencia de norma que aplicar, pues en nuestro derecho no hay lagunas (Ley 153 de 1887, art. 48), pues ante todo hay jueces hay operadores del derecho, pues ninguna conducta puede escapar a su valoración jurídica concreta.

Entonces frente a casos críticos o difíciles, el juez en su deber primordial de restablecer el equilibrio jurídico con la pronta y eficaz decisión a través de la función pública esencial de administrar justicia debe lograr dentro del imperio de la ley (art. 230 de la C.N.), tener en cuenta sólo la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales del derecho, las reglas generales del derecho, la equidad y el derecho natural entre otros. Como también los criterios enunciados para encontrar los derechos fundamentales que dentro del Estado Social de Derecho buscando la máxima aplicación y ejercicio de los derechos fundamentales constitucionales y que sirvan de garantía a los derechos y deberes de que es titular el ciudadano, logrando que sus decisiones interpreten la filosofía que señala el Estado Social de Derecho.

Las Altas Cortes, han empleado los criterios expuestos, desde los cuales dio prevalecencia a los derechos fundamentales como rectores del Estado Social de Derecho, muchos de los cuales no están enunciados en la Constitución ni en la ley, por ejemplo, lo hizo la Corte Constitucional al ampliar el derecho a la subsistencia, no consagrado en la Constitución y deducido del derecho a la vida, al trabajo, a la subsistencia y a la seguridad social (T-426/92), o cuando reconoció la recreación como conexo al desarrollo de la libre personalidad (C-005/93 y T-466/92). También se ha dicho lo mismo en el debido proceso seguido a los menores al consagrar la segunda instancia para las sanciones que imponen los jueces de Familia o Promiscuos de Familia a título de formación impuestas a los niños (menores de 18 años) no consagrada en la Ley, al interpretar los Derechos del Niño y el debido proceso (C-019 de 1993), desde este Tratado Internacional (Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1989),

incorporada al derecho interno nacional por la ley 12 de 1991.

Lo mismo ha hecho la Corte Suprema de Justicia cuando reconoció alimentos a los hijos mayores de edad que realizan estudios y no han logrado su independencia económica, o cuando permite a un menor de edad en sede de tutela interponer recurso de alzada a sentencia ya ejecutoriada para que este pueda discutir ser reconocido como hijo extramatrimonial y con ello acceder al patrimonio de su difunto padre, reconociendo los atributos de su personalidad, ante la inercia en el proceso de su mandatario.

También lo ha hecho el Consejo de Estado al tratar el derecho a la salud, como un integral componente de la vida y a la igualdad, como un todo indisoluble que encuentran su base en el reconocimiento de la persona humana, al decidir una tutela de un enfermo de sida tendiente a recibir asistencia gratuita de un hospital público de Cali, modificando su posición frente a los derechos fundamentales y su ubicación en la Carta de 1991²⁰. Estos son apenas algunos de los múltiples ejemplos del papel del juez como operador del derecho, frente al Estado Social de Derecho.

Por ahora se dirá, que éste es un simple reconocimiento individual, cuya aplicación es inter partes, pero que la decisión de los jueces a través de su jurisprudencia ha servido para resolver casos análogos, que se irá con el tiempo depurando de manera colectiva, seguramente y por que no con efectos erga omnes.

Para concluir podemos decir que nos encontramos frente a un nuevo Estado, el Social de Derecho y que éste nos muestra un universo jurídico que apenas comenzamos a explorar; en el cual los derechos humanos son la brújula y el ciudadano el gran beneficiado.

4. Los tratados internacionales y derecho interno.

Una vez confluyen las voluntades de los Estados, y de los actores internacionales, amplía el objeto del derecho internacional y comienza una

²⁰ CEPEDA E. José Manuel. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCION DE 1991. Ob. Cit, pág 2.

convergencia de normas entre ambos órdenes jurídicos, el derecho interno y el derecho internacional. Ello obliga a los Estados como partes en litigio y al juez nacional a conocer y a saber aplicar, cuando fuese pertinente, las cláusulas de las convenciones en vigor y a resolver arduos problemas de interpretación, armonización y preeminencia entre estos dos órdenes jurídicos.

Para que los tratados internacionales y las normas del derecho internacional alcancen a los nacionales o a los individuos que en él conviven deben ser transformadas en disposiciones de derecho interno.

Esos mecanismos previstos son dispares en los procedimientos constitucionales para la ratificación de los tratados. Así hay Constituciones que sólo admiten la ratificación de los tratados previa aprobación por el Parlamento, en cambio otros Estados conocen la posibilidad de diversas modalidades de simplificación de las etapas internas.

Si bien muchas de estas etapas tienen que ver exclusivamente, con el orden jurídico interno de cada Estado, constituyendo un proceso que va desde la firma hasta la ratificación de los acuerdos y su posterior cumplimiento en la aplicación y el desarrollo de tales convenios.

En ese proceso de incorporación deberá tenerse en cuenta también las decisiones de los jueces, pues tal jurisprudencia es vital para entender la solución al conflicto que pueda surgir entre una norma internacional y una norma interna.

Alrededor de los procesos de incorporación y transformación del derecho internacional en derecho interno han subsistido dos posiciones doctrinales: el monismo jurídico y el dualismo jurídico.

Por lo cual es preciso analizar el alcance del monismo y el dualismo como doctrinas en las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, su interconexión o independencia y si se quiere entre ambos sistemas jurídicos.

El dualismo como doctrina fundada por el jurista alemán Triepel, sostiene que las personas nunca pueden ser obligadas ni beneficiadas por las normas del derecho internacional, sólo puede ser obligado o favorecido por ellos con los otros Estados.

Para Triepel “el derecho internacional y el derecho interno no sólo

son partes diferentes del Derecho, sino sistemas jurídicos diferentes. Son dos círculos que están en contacto íntimo, pero que no se superponen nunca”²¹.

La oposición por razones de las fuentes y del contenido entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional, calificada como dualismo o pluralismo hace convivir al Derecho internacional con tantos ordenamientos jurídicos como Estados conviven en las relaciones internacionales.

La Doctrina monista sostiene que el derecho internacional preside una concepción unitaria de todo el derecho, del cual forman parte en un plano de subordinación los ordenamientos jurídicos internos de los estados. Esta concepción fue desarrollada por Hans Kelsen, Alfred Verdross y Joseph Kunz; quienes tienen posiciones en relación al monismo.

Verdross, autocalifica a su doctrina de monismo moderado, ya que la primacía del derecho internacional que sostiene no produce la nulidad de las leyes internas de un Estado opuesto a él, pero ante el derecho internacional tiene la consideración de meros hechos, que pueden ser conformes o contrarios al Derecho Internacional, y, el caso de que sean contrarios a este último, dan lugar a una responsabilidad del estado que los estableció²².

Para Kunz, la unidad entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno no elimina la posibilidad de contradicciones, sino que ella implica una posibilidad de superar el conflicto por normas superiores. “En el derecho internacional general no hay un procedimiento para invalidar una norma del derecho nacional que este en contradicción con una norma del derecho internacional supraordenado. Pero esta violación constituye un delito internacional, hace responsable al Estado y le expone a las sanciones del Derecho Internacional General”²³.

²¹ TRIEPEL Heinrich. *Droit international et Droit interne*. Paris-Oxford, 1920, p. 110.

²² VERDROSS. *DROIT INTERNATIONAL PUBLIC ET DROIT INTERNE*. *Revue de droit international et des sciences diplomatiques et politiques*. 1952, pp. 219-230.

²³ KUNZ. *TEORIA DEL DERECHO INTERNACIONAL*. Vol. II, La Habana, Academia de Derecho Comparado e Internacional. 1954, pág 361.

La doctrina monista establece la incorporación automática de las normas internacionales al Derecho Interno.

Para los monistas pero especialmente para Verdross, la Regla Pacta sunt servanda es la regla fundamental del derecho internacional y esta regla es superior a la voluntad de los Estados, y también lo son aquellas normas que deriven de ella, es decir, el derecho de Gentes.

Es de anotar que la práctica y la jurisprudencia internacional no consagran el dualismo ni el monismo. La jurisprudencia de la jurisdicción de reparación y no de anulación. Si una norma interna es contraria a una norma internacional, el Estado responsable podrá recibir sanciones de distinto tipo; diplomáticas, económicas, obligación de indemnización o de proporcionar una satisfacción adecuada, pero no produce la anulación de la norma afectada, sino que sólo pone en juego la responsabilidad internacional del Estado afectado.

Así mismo, la práctica y la jurisprudencia se niegan a admitir que el derecho interno y el derecho internacional sean sistemas jurídicos separados, sino integraciones entre ellos.

A su vez existe una tendencia generalizada en el derecho constitucional comparado a admitir la incorporación automática de las normas internacionales en su orden interno.

Así tenemos que el Derecho Constitucional de cada Estado determina la jerarquía de los tratados internacionales dentro de su ordenamiento jurídico y entonces encontramos los siguientes sistemas:²⁴

1. Los sistemas que colocan en un mismo plano jerárquico a los tratados y a las leyes internas (Austria, Bélgica, Estados Unidos, Argentina, etc.).
2. Los sistemas que establecen la superioridad del tratado respecto de la ley. (Francia, Perú, Costa Rica, Alemania.).

²⁴ NOGUERA ALCALA Humberto. DERECHOS HUMANOS Y DESCENTRALIZACION EN CHILE. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, págs. 16 y 17.

3. Los sistemas que establecen a los tratados internacionales con rango constitucional, (Perú).

4. Los sistemas que establecen los tratados con rango supraconstitucional. (Holanda, Guatemala).

Es entonces la Constitución de cada Estado la que resuelve el tema de la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico nacional.

4.1 La jerarquía de los tratados en el derecho interno colombiano.

Se puede afirmar que en Colombia y con ocasión de la expedición de la Constitución Política en 1991, subsiste la siguiente jerarquización:

4.1.1 Por el cual los principios generales del derecho internacional son aceptados por Colombia.

Pues el artículo 9º de la Constitución Política, al establecer que las relaciones exteriores del Estado colombiano se fundamentan en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional; reconocidas generalmente dentro de los conceptos del *Ius Cogens*, La Carta Magna, está señalando que tales principios son aceptados por el simple proceso de recepción, por el cual en este proceso de incorporación, estos principios pasan automáticamente a formar parte del derecho interno.

Que para el caso del derecho de los tratados son entre otros:

4.1.1.1 El Pacta Sunt Servanda.

Esta norma, es el axioma y postulado e imperativo categórico de la ciencia del derecho internacional, que la norma constituya un uso establecido por los Estados y su aceptación por los países civilizados y en la conciencia jurídica de los pueblos, constituye un principio general de derecho internacional típico.

Es evidente que la norma según la cual: “los tratados deben ser

cumplidos”, trasladada del derecho romano al derecho natural de la Edad Media y convertida en norma consuetudinaria de derecho internacional, constituye sino la norma fundamental de todo el derecho internacional, sí la del derecho de los tratados²⁵.

Esta norma como principio absoluto se ha contemplado en la Convención de Viena de 1969 llamado también del Derecho de Los Tratados, la cual fue incorporada en el derecho interno colombiano por la ley 32 de 1985.

4.1.1.2 La bona fide.

Constituye un principio general de derecho que rige el comportamiento general de los Estados y, en el caso concreto de los tratados, su formación, cumplimiento interpretación y terminación. La Comisión de Derecho Internacional (CDI) sostiene que el principio de la buena fe se aplica a todas las relaciones internacionales, y que en el derecho de los tratados adquiere especial relevancia.

Cormelius Van Bykershock decía que si se retira el tapete de la buena fe al Derecho Internacional, este orden jurídico caería por su propio peso.

Este principio de igual forma, lo recoge la Convención de Viena en su artículo 26, al establecer que los tratados entrados en vigor “deben ser cumplidos de buena fe”.

Y los principios generales típicos del derecho de los tratados²⁶:

4.1.1.3 Ex consensu advenit vinculum.

(del consentimiento deviene la obligación).

Solamente a través del consentimiento, los Estados se comprometen en obligaciones jurídicas contractuales.

²⁵ NIETO NAVIA Rafael. ESTUDIOS SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Colección profesores, número 11, pág 10.

²⁶ VERGARA MOLANO Alberto. DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. Ediciones Librería-Edición La Constitución Ltda, 2da edición, Bogotá, 1995, pág 123.

4.1.1.4. Rex inter alios acta.

Los tratados solo obligan a los Estados partes, pues sólo crean obligaciones entre ellas, aunque excepcionalmente vinculan a terceros estados.

4.1.2 La de los Tratados Internacionales simples y su transformación en Derecho interno.

Ese procedimiento de recepción, se produce cuando las normas internacionales se transforman en nacionales por disposición del Derecho Interno, al exigir éste a sus órganos la sola aplicación de normas internas excluyendo a las de carácter internacional; casi siempre ese proceso lo establecen las constituciones de los Estados.

El procedimiento tradicional para la conclusión de los tratados, aplicado en principio, a los tratados bilaterales comprende: la negociación; por parte del ejecutivo, la firma por plenipotenciarios (*Ius repraesentationis*); la ratificación y el canje de ratificaciones. En los Estados de Derecho y modernamente la aprobación del tratado se encomienda al órgano legislativo luego viene la ratificación, que es un acto soberano del ejecutivo. En el caso de los tratados multilaterales el procedimiento incluye además, la posibilidad de la adhesión al tratado por parte de los Estados que no han sido originalmente signatarios del mismo. En cuanto a la ratificación o a la adhesión, su régimen jurídico se inspira en un principio fundamental: la autoridad competente para hacerlo es generalmente señalada por el derecho público interno del Estado interesado.

La práctica internacional contemporánea es muy clara a este respecto y los propios tratados multilaterales, con leves diferencias de forma afirman el principio de que la ratificación se realice de acuerdo con los procedimientos constitucionales vigentes en cada uno de los Estados signatarios.

En Colombia ha establecido el derecho interno un mecanismo por el cual el Tratado Internacional debe convertirse en un acto jurídico formal sujeto a procedimientos regulados por la constitución y la ley del Estado. El procedimiento comienza con la celebración o conclusión de un tratado que puede ser definida como el acto único o conjunto de actos a través del cual

o de los cuales un sujeto de derecho internacional manifiesta su consentimiento para obligarse por un tratado.

Dicho procedimiento esta consagrado en la Constitución Política de Colombia vigente desde el 4 de julio, adoptada a instancia de una Asamblea Nacional Constituyente elegida popularmente; se pueden señalar como normas que se refieren a los tratados internacionales y que consagran tal proceso:

El artículo 189 al establecer que es el Presidente de la República el Jefe de Estado y Jefe de Gobierno y director de las relaciones internacionales y con autorización para celebrar con entidades de derecho internacional, tratados y convenios (art. 189-2) que deben someterse a la aprobación del congreso. Es decir que esta éste funcionario investido por el derecho interno por vía general del *ius repraesentationis*, por la cual no requiere autorización expresa y especial ni plenos poderes para actuar a nombre del Estado en las distintas etapas previas y concomitantes a la negociación y firma de los tratados. *Ius repraesentationis* extendido al ministro de relaciones exteriores en virtud de lo preceptuado en la Convención de Viena de 1969 en su artículo 7 numeral 2o (aprobada por el Congreso mediante la Ley 32 de 1985), y que entro en vigor para Colombia el 10 de mayo de 1985; sometidos los compromisos que estos contraigan a la confirmación presidencial²⁷.

Los tratados internacionales suscritos por Colombia deben someterse a la aprobación del Congreso mediante proyectos de ley y deben comenzar su trámite por el Senado de la República, Comisión Segunda Constitucional Permanente tal como lo impone el artículo 154 inciso final. Para que finalmente sea aprobado por el Congreso como función constitucional que le impone a esta corporación el artículo 150 numeral 16 la Carta Fundamental, o en su defecto improbarlo.

Concluida esta segunda etapa de control de celebración de los tratados

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencias C-477 de 1992 y C-204 de 1993, sintetizadas por esa misma Corporación, en sentencia C-045 de 1994 del 10 de febrero de 1994.

internacionales, pues en la primera el presidente negocia los tratados, el Congreso los aprueba o imprueba por medio de leyes y luego se ingresa a una tercera fase por la cual la Corte Constitucional somete a control de constitucionalidad las leyes aprobatorias de tratados públicos internacionales.

Una vez sancionada por el presidente de la República el proyecto de ley aprobatorio de un tratado público internacional, deberá remitirlos a la Corte Constitucional dentro de los seis días siguientes a la sanción para que decida definitivamente sobre su exequibilidad. Si la Corte los declara constitucionales, el gobierno deberá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva, preceptúa el artículo 241 numeral 10 de la Constitución Política²⁸.

Cabe recordar que la Constitución de 1991, mediante la norma reseñada, estableció, por primera vez en Colombia, este tipo de control, con lo cual se excluye cualquier otra forma de control posterior, sobre tratados ya perfeccionados, particularmente el control por vía de acción pública o popular de inconstitucionalidad, esto es por demanda de un ciudadano; abriéndose paso la revisión automática por parte de la Corte Constitucional, paso este que es previo a la ratificación y perfeccionamiento del tratado.

A su vez la Corte Constitucional ha dicho, con relación a la revisión previa de los tratados internacionales: “que el artículo 241 de la Constitución al asignarle a la Corte Constitucional la guarda de su integridad y supremacía en los precisos términos de este artículo, le confiere en el numeral 10 la función “decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los apruebe”. Es por ello que el gobierno los debe remitir a la Corte dentro de los seis días siguientes, a la sanción de

²⁸ REY CANTOR Ernesto. INTRODUCCION AL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. Controles De constitucionalidad y legalidad. Universidad Libre Seccional Cali, ISBN 958-95870-1-1, SEGUNDA reimpresión 1996, Cali, pág 103.

la ley para que, si la Corporación los declara constitucionales el gobierno pueda efectuar el canje de notas o, en caso contrario si los declara inconstitucionales no podrán ser ratificados. Obsérvese que la consecuencia atribuida por la Constitución al fallo de la Corte tiene por destinatario específico al ejecutivo, en cuanto éste, para poder actuar en el plano del Derecho Internacional, ratificando el tratado o absteniéndose de hacerlo, según el caso depende del fallo proferido por la Corte.”.

“...En virtud de aquella disposición, se establece pues el **control previo sobre los tratados y sus leyes aprobatorias**, es decir que el control debe ser posterior a la sanción en todo caso previo a la ratificación del tratado internacional.

“La razón por la cual el control debe ser previo radica en la oportunidad de adecuar el contenido y forma del tratado y de la ley que lo aprueba, al espíritu de la norma fundamental”²⁹.

Se ha entendido que éste control previo tiene la facultad de recomendar la Corte Constitucional al Ejecutivo sobre la guarda de reservas de aquellos apartes que violen el orden jurídico nacional sobre todo cuando aquellos apartes vulneren o desconozcan o menoscaven derechos humanos, para no ratificar esas normas que controviertan los preceptos amparados por la Carta Superior. Ya que el exámen que se hace no sólo sobre el trámite del proyecto de ley en el Congreso sino sobre la correlación y conformidad entre el derecho sustancial internacional y el derecho interno colombiano.

Entre otras normas de estirpe constitucional que se refieren a tratados internacionales están:

El artículo 101, que se refiere a la soberanía territorial, el cual deja a los tratados internacionales el señalamiento de límites del Estado o su modificación lo mismo que los derechos que le asisten a Colombia en el segmento de órbita geoestacionaria; como también lo relativo al mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental y la zona económica exclusiva, alusivos como se ve al derecho del mar.

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-276 de 1993. Gaceta de la Corte Constitucional 1993 Tomo 7, julio, págs 237 y 238, Imprenta Nacional de Colombia, 1993.

El artículo 170 inciso tercero que le da el carácter de supralegalidad a los tratados internacionales cuando prohíbe el referendo respecto de las leyes aprobatorias de tratados internacionales.

El artículo 189 prescribe como función presidencial para el Jefe de Estado y Jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa, proveer a la seguridad exterior de la República, defendiendo la independencia, la inviolabilidad de su territorio; declarar la guerra con permiso del Senado de la República o hacerla sin tal autorización para repeler ataque inminente de nación extranjera y convenir y ratificar los tratados de Paz, dando cuenta inmediata de todo ello al Congreso.

El artículo 224 por el cual señala que los tratados internacionales para su validez deben ser aprobados por el Congreso previo el cumplimiento del resto del procedimiento señalado por el artículo 241-10.

Lo mismo prevee que de manera provisional el Presidente de la República podrá dar aplicación a los tratados de naturaleza económica y comercial que lo exija, para someterlo a trámite de aprobación del Congreso, pero que si no lo aprueba se suspenderá su ejecución.

El artículo 235-5 establece como juez natural para los asuntos contenciosos de agentes diplomáticos de acuerdo a las normas del derecho internacional y que desarrolla la Convención de Viena de Inmunidades Diplomáticas y Consulares de 1961, aprobada e incorporada al derecho interno por las leyes 17 de 1971 y 6 de 1972.

Y las relativas al derecho comunitario y de la integración cuyos temas son previstos por los artículos 9o que como principio fundamental señalada para el Estado colombiano, la integración latinoamericana y del caribe; el art. 150 numeral 16 como función atribuida al Congreso; para aprobar o improbar los tratados que celebre el gobierno que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica de los Estados; el artículo 227 por el cual el Estado promoverá la integración económica, social y política con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de Tratados sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. Atribuyendo facultad a la ley para establecer elecciones directas para designar delegatarios al Parlamento Andino y del Parlamento

Latinoamericano.

4.1.3 De los Tratados Internacionales calificados, relativos a derechos humanos.

Antecedentes históricos. Se hace necesario entrar a referir lo que ocurría antes de la Segunda Guerra Mundial, la idea era que los asuntos internos de los Estados estaban exclusivamente atribuidos a la convivencia cotidiana de los Estados y no podía un Estado intervenir en los asuntos de otro pretestando por ejemplo violación o desconocimiento de los derechos de la persona. La masacre nazi hizo cambiar tal concepción al punto de considerar que tal desconocimiento de los derechos humanos en un Estado se puede convertir en un problema de seguridad internacional, es decir que no solo hay un sentido humanista sino que se presenta una correlación entre el respeto a la dignidad del ciudadano por el Estado y la exigencia de la paz internacional por la comunidad internacional.

Pero hasta ese entonces la realidad histórica palpable de los Derechos Humanos en el Siglo XX estaba circunscrita a que los Estados hicieran muchas declaraciones en favor de los derechos del hombre, pero de manera vaga, abstracta y confusa, siempre orientados con matices religiosos, políticos o ideológicos, y cada vez que se presentaban situaciones de paz o de guerra, en defensa de las minorías étnicas, o de los vencidos en combate, y con el propósito de sacudir a la conciencia internacional.

De esta manera surgieron fórmulas como: “Leyes Humanitarias”, “principios reconocidos por las naciones civilizadas”, “Intervenciones Humanitarias”, en otras como “Principios de los Pueblos Cristianos”, “exigencias de la conciencia pública europea”, o defensa de la minorías israelitas en los países europeos, tutela de las minorías cristianas en el mundo árabe, de los negros del Africa vendidos en América, de los presos de las poblaciones civiles durante los conflictos bélicos, etc³⁰.

³⁰ PANEBIANCO Massimo. HISTORIA Y TEORIA DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL. Traducción de Luis Eduardo Rozo Acuña. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986, pág 59.

En el siglo pasado bajo el influjo de las revoluciones demo-liberales (en América del Norte y Francia), se empiezan a reconocer una gama de derechos, libertades y garantías sociales, cuya tutela se confió más a la fuerza de las ideas que a las normas de carácter interno o al derecho internacional.

Se tuvo que esperar a las primeras formas de agrupación de la comunidad internacional cuando surge la Sociedad de la Naciones, para empezar una política de protección de y amparo de ciertas libertades, y derechos de los ciudadanos sometidos a colonización, la defensa de minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, discriminadas o desplazadas como consecuencia del expansionismo civilizador europeo.

Cuando la ideología liberal democrática, empieza a ser desplazada por nuevas tendencias políticas como el marxismo y el nazismo, generando ésta última un expansionismo a ultranza de imponer una selectiva forma de organizar el mundo, sometiendo a las minorías, sin importar los procedimientos, generando el exterminio y holocausto de millones de seres, ante la mirada impotente de sus semejantes, y con la colaboración del Nazi-fascismo en Europa.

Así que la Segunda Guerra Mundial, no solo sirvió para la agrupar a la Comunidad Internacional, en la Organización de Las Naciones Unidas, que tuvo que hacer la guerra para salvaguardar a la humanidad sino para emprender un nuevo orden democrático, bajo las premisas de paz y seguridad, y con el ánimo de la tutela de los derechos humanos.

De esta forma vemos como los derechos humanos han sido catálogos, codificados y difundidos por la Organización de Naciones Unidas,; que incluyen no sólo los de carácter, civiles, políticos, económicos y sociales, sino también los que garantizan las libertades y los derechos fundamentales. Y cuya inclusión obedece a la tarea del derecho Constitucional Internacional, disciplina del Derecho Internacional encargada de que los miembros de la comunidad internacional las incluyan en sus Códigos Políticos, para la protección de sus nacionales.

Fue hasta mediados del presente siglo, cuando la Organización de Naciones Unidas (ONU), establece la llamada Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General, el 10 de Diciembre de 1948, recogiendo e incorporando unos nuevos derechos

fundamentales, que enriqueció a la llamada primera generación. Dando origen así a la Segunda Generación De Derechos Humanos.

Sin embargo la evolución de los Derechos Humanos, no se detiene, ya que se habla de una tercera generación de derechos humanos, en los que se encuentran; el ambiente sano, los derechos ecológicos, la protección a la contaminación ambiental, la protección de los recursos naturales su uso racional.

Entonces despues de la Segunda Guerra Mundial surge la idea de que si bien los derechos humanos son una responsabilidad esencial de los Estados es algo demasiado serio para dejarselo a los Estados exclusivamente, por que lo que se vivió con el régimen fascista era que precisamente los primeros violadores de tales derechos eran los mismos estados. Por eso surge la idea de proteger los derechos humanos con mecanismos internacionales brindando la posibilidad de una doble garantía a la persona; una la que le brindan los mecanismos internacionales de protección y otra el que le da el orden jurídico nacional a través del Estado Social de Derecho.

Esto hizo que se considerara una autentica revolución jurídica desde el punto de vista de las relaciones del Derecho interno y el derecho Internacional, por el cual el Estado no podía invocar su soberanía nacional cuando se le endilgaba la violación de derechos humanos sino que se atendía a razones jurídicas internacionales de protección, pues jurídicamente despues de la segunda guerra mundial, hace parte de una preocupación internacional legitima de las organizaciones nacionales y del derecho internacional.

4.1.3.1 En el Derecho Interno Colombiano.

La Constitución Política de 1991, le da un reconocimiento al valor específico de las normas de carácter internacional relativas a derechos humanos.

Así: el artículo 93, señala: "... que los tratados internacionales y convenios internacionales ratificados (sic) 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”.

Se ha dicho de este artículo que es copia casi textual del décimo de la constitución española a su vez reproducción casi textual de la portuguesa.

Sobre el mismo opera una fuerza irradiadora de la jurisprudencia internacional al reconocer explícitamente el art. 93 los derechos humanos lo mismo al prohibir su limitación en los estados de excepción (art. 214-2 C.P.), que en caso de darse exige un procedimiento privilegiado, cual es el referendo para los Actos Legislativos que pretendan reformarlos, tal como lo prescribe el artículo 377 de la Carta Magna. También extendida a los derechos y deberes consagrados por la Constitución al prescribir que su interpretación deberá efectuarse de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos. Es lo que han llamado los comentaristas la autovinculación del estado colombiano a la jurisprudencia de las instancias internacionales.

Algunas decisiones de la Corte Constitucional han tenido en cuenta los tratados internacionales al fallar asuntos sometidos a su consideración relativos a derechos humanos, como cuando intepretando los Derechos del Niño en procesos seguidos a los menores como infractores a la ley penal (Código del Menor; Decreto 2737 de 1989, art. 167), reconoce la doble instancia para las sanciones, que estos funcionarios imponen, como medidas resocializadoras, y que restringen el derecho fundamental a la libertad, Sentencia C-019 de 1993.

Lo mismo ocurrió cuando interpretó el alcance el desarrollo del derecho de libertad de pensamiento y expresión, por medios las ondas radio-eléctricas o de televisión, y los controles por parte del Estado, que señala el artículo 75 del Estatuto superior para el espectro electromagnético; pues esos controles estan limitados por la Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 1969, artículo 13 numeral tercero, el cual debe observar Colombia, al tenerlo adoptado e incorporado en el derecho interno por la ley 16 de 1972 vigente desde el 31 de julio de 1973, en decisión de Tutela T-081 de 1993.

Igual fue el proceder de la Corte Constitucional, interpretando jurisprudencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos, concluye que el hábeas Corpus debe tener doble instancia cuando la decisión, es con-

traría al recurrente.

Para algunos tratadistas el art. 93 de la C.P. estableció un criterio de supraconstitucionalidad de los tratados internacionales relativos a derechos humanos porque si prevalecen en el orden interno quería decir que eran incluso superiores a la Constitución; otros por el contrario afirman que tenían el mismo raigambre constitucional para colocarlos al mismo nivel, en cambio para otros eran leyes intermedias entre la ley y la constitución pero en todo caso con un valor de supralegalidad.

4.1.3.2 En el Derecho Internacional Humanitario.

El artículo 214-2 se refiere a normas de Derecho Internacional Humanitario establece éste canon que en los estados de excepción: “No se podrán suspender los Derechos Humanos. En caso de se hacerse se respetaran las reglas del derecho internacional humanitario.”.

Por lo que esta relacionado estrechamente, con el comentado artículo 93 del Estatuto Superior al prescribir éste, que no pueden limitarse los derechos humanos en estados de excepción, pues los tratados aprobados por el Congreso prevalecen el orden interno y por tratarse los estados de excepción a medidas de corte militar, no pueden estas suspender los derechos humanos, ni las libertades fundamentales, pero en el evento de sobrepasar estas precisas instrucciones deben entrar a respetarse las reglas del Derecho Internacional Humanitario.

Es preciso señalar que el Derecho Internacional Humanitario, conocido con el nombre de los conflictos armados, es definido como el cuerpo de normas internacionales de origen convencional o consuetudinario (ius cogens), especialmente destinado a ser aplicado en los conflictos armados internacionales o no internacionales y que limita por razones humanitarias el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y medios de guerra utilizados en la guerra o que protege a las personas y a los bienes afectados o que pueden ser afectados por el conflicto.

Este derecho esta comprendido por: El Derecho Internacional Consuetudinarios de los conflictos armados; Los Convenios de La Haya de 1899 y 1907; Los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (incorporados al derecho interno colombiano por la ley 5 de 1960); los dos protocolos

adicionales de 1977, que hacen parte del derecho colombiano, al incorporarse: el protocolo I mediante disposición de la Comisión Especial (congresito), creada por el artículo 6 transitorio de la Constitución Política de 1991, Protocolo I que recibió doble control previo de constitucionalidad, inicialmente por la sentencia C-574 de la Corte Constitucional y luego cuando equivocadamente volvió a incorporarse por la ley 11 de 1992, declarara inexecutable por sentencia C-088 de 1993. A su turno el Protocolo II, mediante la Ley 171 de diciembre de 1994, revisada previamente a su ratificación por la misma Corporación mediante sentencia C-225 de 1995 y cuya vigencia sería seis meses después de realizarse el depósito de notas e instrumentos en el Consejo Suizo, es decir rige desde el 16 de febrero de 1996³¹.

De las decisiones de la Corte Constitucional se concluye; que el alcance de las normas contenidas en los estatutos del Derecho Internacional Humanitario están orientadas hacia la humanización de la guerra para que a través de su perspectiva se vea un mecanismo para restringir la violencia y recuperar la dignidad humana.

Esa misma Corporación, ha dicho de manera reiterada que: “en Colombia no sólo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo, sino que además opera de manera automática del mismo al “ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás es lo congruente con carácter imperativo que ...caracteriza a los principios axiológicos que hacen que éste cuerpo integre el *Ius Cogens*...”, en sentencias C-574 de 1992 y C-225 de 1995, al interpretar que las normas de derecho internacional humanitario se integran en un bloque de constitucionalidad y por esto, hacen parte del cuerpo 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...”. Explica la Corte que la noción de “bloque de

³¹ BARRERA MARTINEZ Carlos Helver, en: DERECHOS HUMANOS Y VIDA COTIDIANA EN BOYACA. Elementos para una Cultura de Derechos Humanos en Colombia. ICBA, ISBN 958-95985-3-6, Tunja, 1996, pág 39.

constitucionalidad”, proveniente del derecho constitucional francés, pero de amplia aplicación en el derecho constitucional comparado, por el cual es posible armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción, como podría entenderse en los canones 4 y 93 de la Carta Política.

Así que ese 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. Son verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto, es, normas de valor constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos a las demás normas de la Constitución.

5. La protección de los derechos humanos.

La progresiva incorporación de los derechos del hombre en los ordenamientos jurídicos estatales fue la más novedosa e importante conquista del derecho moderno, cuando derribando el absolutismo monárquico por las revoluciones de Inglaterra, Estados Unidos, Francia y posteriormente América Latina, los nuevos Estados liberales consagraron en sus Cartas Supremas, un buen número de derechos civiles y políticos para sus nacionales³².

Por esto es preciso señalar los dos niveles de protección de derechos humanos.

5.1 A nivel del derecho interno de los estados.

La doctrina especializada ha considerado que esta protección interna se ha establecido con el ánimo de agotar mecanismos jurídicos al interior

³² AGUDELO RAMÍREZ Luis E. REALIDAD JURIDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Introducción al derecho internacional de los derechos humanos. Editorial Nueva América. ISBN 958-9039-006, Bogotá, 1984, pág 55.

del Estado antes de acudir a los procedimientos internacionales previstos para la protección de los derechos humanos. Por lo que se considera que la jurisdicción internacional es subsidiaria.

El autor español Hector Fix Zamudio., señala en relación con los mecanismos de protección de derechos humanos a nivel de derecho interno que existen entre otros:³³

- Remedios procesales indirectos, por los cuales a través del derecho ordinario o de agotamiento de actuaciones administrativas, se efectúa un juzgamiento civil sin que directamente sea un proceso de protección a los derechos humanos.

- Instrumentos complementarios, destinados a la represión y reparación de los perjuicios ocasionados por los funcionarios públicos en donde prevalece el ámbito de responsabilidad del Estado.

- Medios procesales específicos, dirigidos específicamente a la protección de los derechos humanos y generalmente a detener su vulneración.

En Colombia, todos los derechos humanos constitucionalizados o no, en virtud del artículo 85 de la Carta Política, son de aplicación inmediata un buen número de los derechos fundamentales que señala ese mismo precepto; y se dice que es de aplicación inmediata un derecho fundamental cuando no requiere desarrollo legal para ser objeto de garantía y respeto; pero que tengan el carácter de aplicación inmediata o no vinculan a las ramas y órganos del poder público y el recurso autónomo del Habeas Corpus del artículo 30 como garantía procesal contra la privación ilegal de la libertad.

Esos mecanismos son protegidos de manera especial por la Carta Política.

La Constitución señala, los mecanismos por los cuales es posible hacer efectivos esos derechos fundamentales: de los cuales se puede invocar protección de manera individual, mediante la acción de tutela o derecho de amparo (art. 86 de la C.P, desarrollados por los Decretos 2591 de 1991 y

³³ THOMPSON J. José. En: DERECHOS HUMANOS. Nociones introductorias. ESAP. Instituto de Derechos Humanos. Guillermo Cano. Documentos Esap, Santa Fe de Bogotá, noviembre de 1994, pág 36.

306 de 1992; las acciones populares aunque no nuevas dentro del ordenamiento jurídico colombiano pues ya las consagraba el Código Civil de 1887 y en otras normas sustanciales y adjetivas son las que establece el artículo 88 del Estatuto Superior; la Acción de cumplimiento de la que se ocupa el art. 87 de la C.P.desarrollada de manera reciente por el legislador por la ley 393 de 1997 y frente a actuaciones de la administración pública, para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de ley o de actos administrativos; o contra particulares que por acción u omisión de esos mismos preceptos jurídicos actúen en ejercicio de funciones públicas, pero sólo para que los cumpla.

Sin embargo entre los derechos reconocidos por la Carta Política el propio constituyente delegado, estableció una jerarquización, los cuales deben ser objeto de protección inmediata mediante procedimientos especiales y preferentes, como se vió; creados unos por el propio constituyente (arts: 86, 87, 88,) otras por el legislador según el artículo 89³⁴.

5.2 A nivel internacional.

La protección de la persona humana y de sus derechos fundamentales para asegurar la paz, la seguridad y la convivencia internacional parece haber sido la máxima lección dejada por la mas cruenta y desoladora guerra que ha vivido la humanidad y por la orgía de terror que le precedió con el desbordamiento de sistemas totalitarios.

El desarrollo de protección internacional de los Derecho Humanos es, sin duda, más reciente que la protección interna, y su justificación a menudo ha resultado combatida en tanto se ha alegado por su lado, que tal es una materia reservada a la jurisdicción doméstica y por otro que choca con el bien establecido principio de la no intervención en los asuntos internos de los Estados.

Sin embargo la protección internacional, con desarrollo y peculiaridades propias de los derechos humanos, encuentra sus sustento,

³⁴ MADRID MALO-GARIZABAL Mario. DERECHOS FUNDAMENTALES. ESAP. Instituto de Derechos Humanos. Guillermo Cano. Santa Fe de Bogotá, 1992, pág 34.

primero, en el carácter internacional de los instrumentos que consagran los derechos humanos y segundo, en la creencia de que por constituir una normativa inderogable y por derivar obligaciones internacionales no puede esta materia dejarse librada a la voluntad de los Estados³⁵.

Existen además organismos especializados que guardan relación con los Derechos Humanos y que tienen su propio sistema de control.

Sin embargo existen dos sistemas de protección de los derechos humanos.

Uno conocido como **sistema universal de protección de los derechos humanos**, calificación que se le da por su alcance dado que abarca un número bien significativo de países que integran a Naciones Unidas.

La protección internacional halla sus orígenes, en los mismos instrumentos que dieron origen a los derechos humanos, si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos, no contiene disposiciones para poner en práctica los derechos que ella contiene

Sí lo hacen; los Pactos Internacionales de 1966, dan vida al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, por medio del protocolo facultativo anexo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos. [(aprobado por Colombia a través de la Ley 74 de 1966 y vigente desde el 23 de enero de 1976), {el Protocolo Facultativo, por la misma ley pero vigente en cambio desde el 23 de marzo de 1976}].

El segundo por **sistemas de control regionales**, circunscritos en su punto a la organización y jurisdicción de determinada zona geográfica.

A nosotros (Colombia) nos involucra como organización regional, la O.E.A y el Sistema Interamericano, que la Convención Americana detalla las funciones de los dos órganos básicos relativos a la protección de los derechos humanos, cuales son La Comisión y la Corte Interamericana de derechos humanos, resultado de los acuerdos y decisiones se adoptado por los miembros de la Organización de Estados Americanos.

Así que Colombia esta vinculada a esta doble jurisdicción internacional; en una de las cuales ha recibido sanciones mediante Resolución

³⁵ THOMPSON J. José. ob cit, pág 49.

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (creada en 1959), en el caso de los profesores Isidro Caballero y María del Carmen Santana, ocurridos el 7 de febrero de 1987, en el municipio de San Alberto (Cesar), por el cual recomendó indemnizar a los familiares de las víctimas. El gobierno colombiano solicitó reconsideración la cual fue desestimada y se ordenó remitir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aún pendiente de decisión definitiva.

Conclusiones.

Podemos sintetizar que el Estado Social de Derecho esta construido sobre la base de la cultura de los derechos humanos.

Que el monismo y el dualismo jurídico aunque no son principios obligatorios si señalan unas pautas para la incorporación del derecho internacional en el derecho interno de los estados.

El monismo jurídico parece tener más aceptación para las normas convencionales que estructuran los principios generales del derecho internacional y del derecho consuetudinario internacional (*Ius Cogens*), que se incorporan de manera automática y global y con primacia sobre el derecho interno.

En tanto que el dualismo orienta el proceso de transformación del derecho internacional en derecho interno, proceso que señala el Derecho Constitucional Colombiano.

Los derechos humanos en el derecho internacional están contenidos en instrumentos de diversa índole. Así lo constituyen el derecho sustantivo internacional; los principios generales del derecho internacional o *Ius Cogens*; y que la Carta Constitucional colombiana les da el tratamiento de situarlas en la órbita de la supralegalidad para colocarlos al mismo nivel de la Constitución y así prevalecer en el derecho interno.

Que la jurisdicción internacional puede afectar la soberanía nacional si al Estado se le prueba que viola los derechos humanos; recibiendo sanciones y esto por el criterio del origen de las normas de los derechos humanos.

En conclusión la Constitución Política de Colombia es rica en normas relativas a derecho internacional, al establecer materias de diversa índole específicas a esta disciplina lo que constituye un logro para el desarrollo del Estado frente a las nuevas exigencias de la economía global y de los sistemas de integración.

Los derechos humanos ocupan lugar privilegiado en la Carta Política, pues según un estudio realizado por el tratadista y catedrático, Alejandro Martínez Caballero,³⁶ a la sazón Magistrado de la Corte Constitucional, más de 75 artículos de la Constitución colombiana es decir el 20%, están relacionados con tratados internacionales relativos a derechos humanos.

³⁶ MARTINEZ CABALLERO Alejandro. En: Constitución y concordancias con los Pactos Internacionales. CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Temas Fundamentales. Presentación y Compilación, Jorge Mario Eastman. Ministerio de Justicia y del Derecho. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 3ra edición, Imprenta Nacional, 1994, págs 121 a 125.