

El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional

Fecha de recepción: 3 de diciembre de 2007

Fecha de aceptación: 18 de marzo de 2008

Marco Gerardo Monroy Cabra*

Resumen: El presente trabajo trata de demostrar que el Derecho Internacional ha llegado a constituirse en fuente del Derecho Constitucional. Para este efecto, se analizan las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno haciendo un breve resumen de las teorías dualista y monista y la jurisprudencia internacional. Luego se indaga la recepción del Derecho Internacional consuetudinario y Derecho Internacional convencional en los ordenamientos internos, lo cual se estudia a la luz del Derecho comparado, concluyendo que se incorporan de distinta manera de acuerdo con la Constitución respectiva. A continuación se analiza la jerarquía del Derecho Internacional consuetudinario y convencional respecto a las normas nacionales, para lo cual se hace un bosquejo del Derecho Constitucional comparado. Luego se estudia la recepción, jerarquía y normatividad constitucional del Derecho Internacional en derecho colombiano. Por último, se deducen conclusiones del análisis jurídico realizado.

Las dos conclusiones principales son estas: la primera, que la recepción y jerarquía del Derecho Internacional (consuetudinario o convencional) respecto del Derecho doméstico o Nacional se resuelve de acuerdo con lo previsto en la Constitución de cada Estado. La segunda, que un Estado no puede alegar disposiciones de su Constitución para negarse a cumplir un tratado, pues si lo incumple incurre en responsabilidad internacional.

Palabras clave: recepción, jerarquía, Constitución, Derecho Internacional.

Abstract: This article has the purpose to prove that the Customary International Law and the Conventional International Law are sources of Constitutional Law. First, it analyses the matter of the relations between International Law and National or Domestic law according with the theories dualism and monist and international decisions. Then, it studies the reception and the hierarchy of International Customary and Conventional Law to Domestic Law including Constitution. This matter has been studied according with several Constitutions

* Expresidente y magistrado de la Corte Constitucional, presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, profesor emérito y honorario de la Universidad del Rosario, expresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Dirección electrónica: mgonroy@cable.net.co

and the international doctrine. Then, it considers the constitutional regulations about international law in the Constitution of the Republic of Colombia.

The general conclusion is that International Law is incorporated in domestic law according with the Constitution of each country. But every state has the duty to carry out in good faith its obligations arising from treaties and other sources of International Law, and it may not invoke provisions in its Constitutions or its Laws as an excuse for failure to perform this duty. Accordingly, state practice and decided cases have established this provision, and the same rule is established in articles 27 and 46 of the Vienna Convention on Law of Treaties of 1969.

Key Words: International Law, reception, hierarchy, Constitution.

1. Introducción

El objeto del presente estudio es demostrar que el Derecho Internacional ha llegado a ser una fuente del Derecho Constitucional. Esta nueva fuente se inscribe dentro los conceptos de globalización e interdependencia que caracterizan el mundo actual. Este hecho ha conducido a que las modernas Constituciones regulen normativamente no sólo la incorporación del Derecho Internacional en el Derecho interno, sino la jerarquía y la forma de resolver los conflictos entre los dos ordenamientos jurídicos.

Para tratar el tema, se analiza la controversia doctrinal respecto de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno que se ha puesto de presente en las concepciones dualista, monista y monista moderada.

Las anteriores concepciones han conducido a que las Constituciones adopten diversos criterios para interpretar dicha relación que son los de la transformación, la incorporación y el de la ejecución.

Asimismo, se indaga la posición de la jurisprudencia internacional y arbitral respecto a las relaciones entre los dos ordenamientos jurídicos que sostiene la prevalencia del Derecho Internacional sobre el Derecho interno, incluida la Constitución.

De igual manera, se hace referencia a lo previsto en las Convenciones de Viena de 1969 y 1985 que adoptan la concepción monista moderada con preeminencia del Derecho Internacional.

Del análisis doctrinal, jurisprudencial y lo previsto en las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados se deduce que un Estado no puede alegar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Igualmente, se deduce que el incumplimiento de un tratado genera responsabilidad internacional para el Estado respectivo.

Luego se hace una relación de la regulación normativa que contienen las distintas Constituciones para concluir con un análisis de lo previsto en el derecho colombiano al respecto.

El trabajo termina con las conclusiones que son fundamentalmente dos: a) La recepción del Derecho Internacional tanto convencional como consuetudinario en el Derecho interno se regula en la forma prevista por cada Constitución; y b) Un Estado no puede alegar como causa de incumplimiento de un tratado la violación de su Constitución o de su ordenamiento interno.

2. Fuentes del Derecho Constitucional

La doctrina ha distinguido entre fuentes materiales y fuentes formales. Las fuentes materiales están constituidas por los factores económicos, sociales, políticos, religiosos, históricos, que han dado lugar a los preceptos constitucionales y que constituyen lo que Pablo Lucas Verdú denomina “realidad constitucional”.¹

La fuente del Derecho más importante es la Constitución, la norma jurídica suprema que implica que tanto los ciudadanos como los poderes públicos se encuentran sujetos a la misma. Actualmente, se reconoce en la doctrina la fuerza normativa de la Constitución y su eficacia directa.²

Las fuentes formales están formadas por la Constitución y las distintas categorías de leyes, incluyendo las orgánicas, las estatutarias, las marco etc. De igual manera, en este estudio se afirma que el Derecho Internacional ha llegado a ser una fuente del Derecho Constitucional. Las fuentes no formales están constituidas por la costumbre constitucional, los principios y valores constitucionales.

Por otra parte, cabe anotar que se suele mencionar como fuente auxiliar la doctrina constitucional. En cuanto a la jurisprudencia constitucional, se ha considerado como fuente principal por gran parte de la doctrina.³

El objeto de este trabajo es demostrar que el Derecho Internacional, ya sea consuetudinario o convencional, ha llegado a ser fuente del Derecho Constitucional, aunque con distinto valor y con diferentes modalidades, según lo previsto en el ordenamiento jurídico respectivo.

3. Planteamiento del problema

La relación entre el Derecho Internacional y el Derecho interno es uno de los aspectos básicos del Derecho Internacional. Pero, debería serlo del Derecho Constitucional, por lo cual la teoría de las fuentes de este Derecho debe considerar como una de ellas el Derecho Internacional.

El análisis del tema se puede hacer desde el punto de vista teórico como desde el aspecto del Derecho positivo vigente en cada Estado.

1 Verdú, P., *Curso de Derecho Político*, vol. IV, Madrid, Edit. Tecnos, 1984, p. 78.

2 Monroy, M., “La Constitución como fuente de Derecho: Sistema de fuentes” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2002, p. 13.

3 De Otto, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel Derecho, 1998; García, E. y Predieri, A., *La Constitución Española de 1978. Estudio Sistemático*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1984; Díez-Picazo, L., “La Jurisprudencia”, en Vives, A. (comp.), *El Poder Judicial*, vol. 1, Madrid, Civitas, 1983, p. 267 y ss.

Expresa el tratadista Santiago Sánchez González⁴ que “la mayoría de nuestros constitucionalistas más preclaros no han prestado la atención que viene reclamando el Derecho Internacional como fuente de producción de normas, quizás porque todavía lo siguen considerando, de manera inconsciente, periférico respecto del ordenamiento interno.” Sin embargo, hay estudios sobre la materia.⁵

El tratadista Néstor Pedro Sagüés⁶ dice que “El derecho internacional es fuente del derecho constitucional, en cuanto sus preceptos regulen asuntos fundamentales concernientes a la estructura y funcionalidad del Estado. En el siglo XIX, el cupo de temas constitucionales captado por el derecho internacional era relativamente reducido por la sencilla razón de que el derecho internacional tenía en ese momento un desarrollo discreto. Actualmente, la situación ha cambiado drásticamente y por varios motivos.” Enumera luego como motivos la aceptación de la idea de bien común internacional como objetivo de la comunidad internacional, la incorporación del tema de los derechos humanos, y la aceptación de la idea de supranacionalidad como idea fuerza del Derecho comunitario. Luego, agrega que: “Una muestra del crecimiento del derecho internacional es su actual cotización por el derecho constitucional. Tal revalorización se refleja, por ejemplo, en el mayor espacio que varias constituciones dedican tanto al tratamiento de la política internacional del Estado (Irán de 1979, arts. 152 y 155); Albania de 1976, art. 34), como a la regulación de las competencias nacionales para producir normas de derecho internacional (treaty making power), o su puesta en funcionamiento (power to perform), y asimismo en el tratamiento constitucional del contenido de esos tratados o convenciones. Así, por ejemplo, las constituciones de España de 1978, arts. 93 a 96, y de la República Federal de Alemania, arts. 24 a 26 y 59.”

Este mismo autor⁷ dice que las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional no han sido pacíficas. Dice que hay desconfianza del Derecho Constitucional local hacia el Derecho Internacional especialmente en el tercer mundo, que considera que el Derecho Internacional clásico obedece a las reglas dictadas por las potencias dominantes. A su vez las naciones del primer mundo consideran que “el derecho internacional actual tiende a ser cada vez más confuso y peligroso, especialmente por el peso numérico que tienen en las organizaciones internacionales las nuevas naciones subdesarrolladas, con frecuencia de factura ideológica anticapitalista.”

La supremacía de la Constitución no se desvirtúa por la existencia del Derecho Internacional o del Derecho comunitario porque los tratados sólo son

4 Sánchez, S. y Mellado, P., *La Constitución democrática española y sus fuentes*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A, 2003, p. 217.

5 Rodríguez, J., “Derecho Internacional y sistema de fuentes del derecho: la Constitución española”, en *La Constitución Española de 1978. Estudio Sistemático*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 573-611. Igualmente, Cassese, A., “Modern Constitutions and International Law”, en *Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, t. 192, 1985-III-441 a 442.

6 Sagüés, N., *Teoría de la Constitución*, 1ª reimpresión, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2004, p. 367.

7 *Ibidem*, p. 379.

válidos si se sujetan a lo que la Constitución dispone. Tan cierto es esto que si un tratado internacional contiene estipulaciones que sean contrarias a la Constitución se exige la previa revisión constitucional. De igual manera, muchas Constituciones consagran una norma que autoriza al Gobierno para la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución.

Como no hay uniformidad en las Constituciones respecto tanto a la incorporación del Derecho Internacional como a su jerarquía y a la forma de resolver los conflictos entre los dos ordenamientos jurídicos, se hace necesario hacer no sólo un análisis de Derecho Constitucional comparado como lo sostenido por la doctrina y la jurisprudencia internacional. Este estudio permitirá concluir en que afirmación de que el Derecho Internacional es fuente del Derecho Constitucional.

4. Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno

4.1. Introducción

Existen dos dimensiones para afrontar las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno: la dimensión positivista, que es el análisis de la respuesta que ofrece cada uno de los ordenamientos jurídicos acerca de cómo se integran las normas internacionales en el ordenamiento interno, y cuál es la posición de estas normas en el sistema jurídico estatal. La segunda dimensión es doctrinal.⁸

Las dos principales teorías son la dualista y la monista. La polémica se ha suscitado desde 1899, cuando aparece la obra de Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht* (Derecho Internacional y Derecho Interno).⁹

4.2. Concepción dualista

En la concepción dualista hay dos ordenamientos jurídicos distintos y separados: el nacional y el internacional. Ambos ordenamientos tienen fuentes distintas, pues el Derecho Internacional regula las relaciones entre Estados y el Derecho interno las que se presentan entre personas o entre el Estado y sus súbditos. Por tanto, como el Estado es soberano la validez del orden constitucional es independiente de su conformidad o no con el Derecho Internacional. La consecuencia del incumplimiento de un tratado es hacer al Estado respectivo responsable internacionalmente. Además, tratándose de dos sistemas autónomos, entre los cuales no existe relación de dependencia o subordinación, la norma internacional para recibir aplicación en el orden interno necesita ser transformada o incorporada a éste, mediante acto de voluntad del legislador nacional.

⁸ González J. et al., *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, Civitas S.A., 1998, p. 257 y ss.

⁹ Triepel, H., "Les rapports entre le droit interne et le droit international" en Cassese, A. (trad.), *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Natinus Nijhoff Publishers, vol. 1, 1923.

4.3. Concepción monista

La concepción monista sostiene que hay “un sistema normativo universal” (Kelsen). Esta unidad del ordenamiento jurídico conlleva la prevalencia del Derecho Internacional, que delega en los órganos nacionales la facultad para dictar el ordenamiento nacional. Según Kelsen, las normas jurídicas derivan su validez y su fuerza obligatoria de otras normas superiores desde el punto de vista jerárquico hasta llegar a la norma fundamental o *grundnorm*.¹⁰

El monismo con primacía del Derecho interno es consecuencia de la soberanía estatal absoluta, lo que conduce a la negación del Derecho Internacional. En cambio, el monismo con primacía del Derecho Internacional sostiene que este Derecho es un orden superior del cual dependen los sistemas jurídicos de los Estados. Esta teoría ha sido sostenida por Kelsen, Verdross y Kunz y por la escuela sociológica francesa (Scelle).

4.4. Convenciones de Viena de 1969 y 1985 sobre Derecho de los Tratados entre Estados, entre Estados y Organizaciones Internacionales, o entre Organizaciones Internacionales entre sí

Hay variantes de estas teorías monista y dualista que no podemos analizar en este momento.¹¹

Las normas pertinentes de las dos Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados son los artículos 26, 27 y 46.

El artículo 26 dice: “*Pacta sunt Servanda*”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

El artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados dispone lo siguiente: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma reentenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

El artículo 46 dice: “Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es

10 Kelsen, H., “Les rapports de système entre le Droit interne et le Droit International”, en *Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1926. IV, vol. 14, p. 227 y ss.

11 Un análisis de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno se encuentra en nuestra obra *Derecho Internacional Público*, 5ª ed., Bogotá, Temis, 2002, p. 134 y ss. Ver igualmente Vanossi, J., *Régimen constitucional de los tratados*, Buenos Aires, Edit. El Coloquio, 1969; Verdross, A., *Derecho internacional público*, Aguilar, Madrid, 1967; Truyol, A., *Fundamentos del derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1977; Jiménez, E., “Introducción al problema de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno” en *Separata de la Revista Jurídica*, Buenos Aires, 1962.

manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.”

Estos tres artículos permiten concluir que las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados adoptaron una concepción monista con preeminencia del Derecho Internacional con excepción de una violación manifiesta de una norma fundamental de su Derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados. Estas Convenciones reflejan el Derecho Internacional existente en esta materia.¹²

4.5. Jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de los Tribunales arbitrales

La jurisprudencia internacional se inclina por darle primacía al Derecho Internacional sobre el Derecho interno.¹³

En efecto, la tesis monista fue sostenida por la Corte Internacional de Justicia en los casos Camerún v. Nigeria,¹⁴ Polish Nationals en Danzig,¹⁵ Applicability of the Obligation to Arbitrate,¹⁶ Lockerbie,¹⁷ Serbian Loans of 1929,¹⁸ Certain German Interests in Polish Upper Silesia.¹⁹

Como lo expresa Malcolm N. Shaw,²⁰ “A pesar de las múltiples funciones que el derecho nacional cumple en la esfera del Derecho Internacional, se debe enfatizar que la presencia o ausencia de una norma dentro del orden interno del Estado, incluyendo la Constitución, no pueden ser aplicadas para evadir una obligación internacional. Cualquier otra solución deja al Derecho Internacional con carácter precario.”

El TPJI en el asunto del intercambio de poblaciones griegas y turcas expresó: “Un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones que sean necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos asumidos”.²¹

La CPJI, por su parte, expresó: “Un Estado no puede invocar respecto de otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le impone el Derecho Internacional (consuetudinario) o los tratados en vigor”.²²

12 Vanossi, J. y Dalla, A., *Régimen constitucional de los Tratados*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.

13 Lo anterior se puede ver en CPJI, Serie B, núm. 10, p. 20; CPJI, Serie A/B, núm. 44, p. 24; CPJI, Serie A, núm. 1, p. 29; CPJI, Serie B, núm. 17, p. 32; CIJ, *Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 34.

14 *ICJ Reports*, 2002, para. 265.

15 PCIJ, Series A/B, núm. 44, pp. 21, 24.

16 *ICJ Reports*, 1988, pp. 12, 34.

17 *ICJ Reports*, 1992, pp. 3, 32.

18 PCIJ, Series A, núm. 20.

19 PCIJ, Series A, núm. 7, p. 19; 3 AD, p. 5.

20 Shaw, M., *Internacional Law*, 5ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 127.

21 CPJI, Serie B, núm. 10, p. 20.

22 CPJI, Serie A/B, núm. 44, p. 24.

En el asunto de las Comunidades greco-búlgaras el Tribunal Permanente dijo: “es un principio generalmente reconocido del Derecho de gentes que, en las relaciones entre las Potencias contratantes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre las del tratado”.²³

En la Opinión Consultiva dada por la Corte Permanente de Justicia Internacional²⁴ en el caso de los empleados ferroviarios de Dantzig que habían pasado en este mismo carácter a Polonia, respecto a un acuerdo celebrado entre dos sujetos de Derecho Internacional, afirmó: “... puede fácilmente admitirse que, según un principio bien establecido de Derecho Internacional, el acuerdo, siendo un tratado internacional, no puede, como tal, crear directamente derechos y obligaciones para particulares. Pero no puede negarse que el objeto mismo de un acuerdo internacional, conforme a la intención de las partes contratantes, puede ser la adopción por las partes contratantes, de algunas reglas definidas que creen derechos y obligaciones para los individuos y sean susceptibles de ser aplicadas por los tribunales nacionales.” Además, agregó: “Un Estado no puede invocar contra otro su propia Constitución con miras a evadir obligaciones que le incumba por el Derecho Internacional”.²⁵

En el caso de las Zonas Francas²⁶ la Corte dijo lo siguiente: “Francia no puede apoyarse en su propia legislación para limitar el alcance de sus obligaciones internacionales”.

En el caso del estatuto jurídico de Groenlandia Oriental la CPJI juzgó una declaración hecha por el ministro de Relaciones Exteriores al ministro de Dinamarca. La Corte dijo que dicha declaración obligaba a Noruega, a pesar de que este Estado aducía que su ministro había sobrepasado sus poderes constitucionales.²⁷

En las sentencias arbitrales internacionales prevalece la tesis monista. En los asuntos Montijo (26/7/1875), Cleveland (1888) Georges Pinson (19/1928), régimen aduaneros franco-suizo (1912) y Del Río Martín (1924) los árbitros se negaron a considerar las infracciones constitucionales y sostuvieron la validez del protocolo y del canje de notas.²⁸

De acuerdo con lo anterior hay que concluir que la jurisprudencia internacional acepta que un Estado no puede alegar incumplimiento de sus disposiciones de Derecho interno, incluida su Constitución para negarse a cumplir un tratado y que si lo incumple incurre en responsabilidad internacional.

23 CPJI, Serie B, núm. 17, p. 32; CIJ, *Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 35.

24 CPJI, Serie B, núm. 15, p. 17.

25 CPJI, Serie A/B núm. 44, p. 24.

26 CPJI, Serie A/B, núm. 46, p. 167.

27 CPJI, Serie A/B, núm. 46, p. 170.

28 Moore, J. B., *International Arbitrations*, vol. II, Nueva York, 1946; *Reports of International Arbitral Awards*, vol. V, p. 327. *Recueil des Sentences Arbitrales (R.I.I.A/R.S.A.)*.

5. Recepción de las normas internacionales en el orden jurídico interno

5.1. Recepción del Derecho Internacional General de naturaleza consuetudinaria

En relación con la aplicación del Derecho Internacional General de naturaleza consuetudinaria en el Derecho interno, Paul de Vischer²⁹ señala que existen cuatro grupos de cláusulas constitucionales, a saber:

1. Cláusulas que conllevan la adopción obligatoria, aunque no automática, de las reglas de Derecho Internacional General;
2. Cláusulas que consagran la adopción automática en el orden interno de las reglas de Derecho Internacional General;
3. Cláusulas que establecen la adopción automática, la superioridad del Derecho Internacional sobre el Derecho interno, e instaurando un procedimiento para controlar la conformidad de este con el primero; y,
4. Cláusulas que enuncian de manera formal e individualizada ciertas reglas del Derecho internacional General.³⁰

El primer grupo implica la obligación de incorporar al Derecho Interno las reglas del Derecho Internacional General. Se pone como ejemplo el artículo 7 de la Constitución republicana española de 1931 conforme a la cual “el Estado español acatará las normas universales del Derecho Internacional General, incorporándolas a su Derecho Interno.”

El segundo grupo es la de los Estados que adoptan la norma consuetudinaria inglesa: “International Law is a part of the Law of the Land”. Es decir, se hace la incorporación automática del Derecho internacional General como parte del Derecho interno. Es la fórmula de la Constitución de Estados Unidos de América, y adoptada por el artículo 10 de la Constitución italiana de 1948, el artículo 5 de la Constitución de la antigua República Democrática Alemana de 1968, el artículo 28 de la Constitución de Grecia de 9 de junio de 1975, el artículo 8 de la Constitución de Portugal de 2 de abril de 1976, la Constitución de 1993 del Principado de Andorra y otras Constituciones.

El tratadista José A. Pastor Ridruejo³¹ dice al respecto: “En realidad, este sistema es seguido por la casi totalidad de Estados, cuyos tribunales aplican, sin necesidad de acto especial alguno de recepción, el Derecho

29 De Vischer, P, “Les tendances internationales des constitutions modernes”, en *Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, London, Martinus Nijhoff Publishers, s. f., vol. 8, p. 520. Cita de Ridruejo, J., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2003, p. 172 y ss.

30 En esta exposición hemos seguido a José A. Pastor Ridruejo, *ibíd.*, p. 172 y ss. Este tratadista resume la clasificación de Paul de Vischer citada.

31 Ridruejo, J., *op. cit.*, p. 173.

Internacional Consuetudinario. Respecto a la cuestión de la jerarquía de la costumbre internacional en el interior de los ordenamientos jurídicos internos, hay constituciones que la equiparan a la ley (las de Austria y Portugal), con la consecuencia de que puede ser derogada por una ley posterior en aplicación al principio “lex posterior derogat priori”, mientras que otras constituciones (Italia, Japón, República Federal de Alemania, Grecia) dan a las normas consuetudinarias internacionales un rango superior a la ley interna lo que implica que una de estas leyes nunca puede derogar a una costumbre internacional.”

El tercer grupo está constituido por el artículo 25 de la Constitución de la República Federal de Alemania de 1949; esta disposición incorpora como Derecho federal todo el Derecho Internacional General, haciéndolo prevalecer sobre las leyes y asignándole el efecto de producir inmediatamente derechos y deberes para los habitantes del territorio. En cuanto al Derecho Federal, queda sometido al control del Tribunal Constitucional, que puede verificar así la conformidad del Derecho interno con el Derecho Internacional.

El cuarto grupo de cláusulas constitucionales enuncian ciertas reglas de Derecho Internacional General como algunos o todos los principios de Derecho Internacional como lo prevé el artículo 7 de la Constitución portuguesa de 1976.

Expresa Kelsen que el Derecho Internacional no hace depender su validez del reconocimiento de un Estado, pues cualquier Estado, por el hecho de serlo, asume las obligaciones y adquiere los derechos que el orden internacional le impone.³² Sin embargo, es útil realizar un bosquejo de lo que establecen algunas Constituciones sobre la recepción del Derecho Internacional general en el ordenamiento interno respectivo.

Pero se pregunta: ¿Qué sucede en los Estados cuyas constituciones guardan silencio respecto de la integración en el Derecho interno del Derecho Internacional consuetudinario? La respuesta es afirmativa en el sentido de que la recepción del Derecho consuetudinario internacional en el orden interno es automática. Por ejemplo, en el caso colombiano ello se deduce del artículo 9 de la Constitución que consagra el respeto a los “principios del derecho internacional aceptados por Colombia”.

La integración del Derecho consuetudinario internacional en el orden interno se hace en forma automática en el entendido de que el Estado respectivo haya consentido en la formación de la costumbre por no haber adoptado una conducta contraria u objetado la constitución de dicha costumbre.

Esto ha sido admitido por la jurisprudencia española en los casos de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 6) de 6 de marzo de 1982, que acepta expresamente que las normas contenidas en “las costumbres internacionales” resultan aptas para limitar directamente las normas españolas sobre competencia judicial internacional. Igualmente, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3) de 13 de junio de 1991 fundamenta el reconocimiento a los extranjeros del derecho a la tutela judicial efectiva ante los tribunales españoles en “una norma

32 Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, 3ª ed., García, E. (trad.), México, UNAM, 1969.

de derecho internacional general”.³³

5.2. Recepción del Derecho convencional internacional en el Derecho interno

Expresa Paul de Vischer³⁴ que en la mayoría de Constituciones, el Derecho Constitucional no establece la adopción automática del tratado, sino que dispone de un acto de recepción en el Derecho interno. Dice este autor que “Este acto de recepción puede ser, bien la mera publicación del tratado –sistema francés–, bien la orden de ejecución –sistema italiano–, que en los distintos Estados puede adoptar la forma de ley, decreto u orden, bien entendido que tal acto de recepción es independiente de la manifestación del Estado en obligarse internacionalmente por el tratado. Ambos sistemas son dualistas porque en los dos es menester la recepción del tratado en el Derecho interno; tal recepción no se produce sin más porque el tratado esté en vigor. Ahora bien, la simple publicación supone un dualismo templado, moderado; la orden de ejecución comporta un dualismo fuerte o radical”.

Otro de los problemas que existen es la aplicabilidad directa de los tratados internacionales. En algunos Estados se sigue la concepción monista y por ende los tratados son directamente aplicables. En Estados Unidos el tratado debe ser auto-ejecutable (self-executing) y crear un Derecho exigible individualmente. Sin embargo, en la práctica no se aplican los tratados por la inexistencia de una acción o de un procedimiento interno.³⁵

La Corte Internacional de Justicia en 2001 y luego en 2004 consideró que la ausencia de información a los extranjeros de su derecho a tener contacto con las autoridades consulares viola el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963.

En 1998 la Corte Suprema de Estados Unidos rehusó aplicar directamente esta disposición que establece la comunicación de los cónsules con los nacionales del Estado que los envía, alegando la falta de procedimiento.³⁶

Hay que observar que si la aplicación interna de un tratado es regida por las normas de derecho interno, sea constitucional o legal de cada Estado, su aplicabilidad directa condiciona su justiciabilidad, o sea su invocación directa por las personas interesadas.

En algunos Estados como Estados Unidos y Francia para que una norma internacional se aplique directamente es necesario que en el tratado se confiera un derecho subjetivo a una persona, y que no se exija la aplicación de una acción o procedimiento legal para su ejecución.

33 González, J. et al., *Curso de Derecho Internacional Público*, 6ª ed., Madrid, Civitas, 1998, p. 267.

34 De Vischer, P., op. cit., p. 520.

35 Este tema ha sido analizado por Taxil, B., “Les critères de l’applicabilité directe des traités internationaux aux États-Unis et en France”, en *Revue Internationale de droit comparé*, núm. 1, enero-marzo, 2007, p. 157 y ss.

36 *Broard v. Greene*, 14 April 1998, 118 S.Ct 1332. Ver igualmente el fallo del 29 de junio, 2006, caso *Hamdan v. Rumsfeld*.

En Derecho comparado como analizaremos adelante, existen dos posiciones: los Estados que exigen un acto legislativo para la incorporación del tratado en el orden interno del otro, y los que requieren la simple publicación del texto del tratado internacional sin necesidad de acto legal alguno.

5.3. Derecho Institucional

Se trata de resoluciones emanadas de organizaciones internacionales que, según el tratado constitutivo, son obligatorias para los Estados miembros.

Las cláusulas constitucionales son pocas en esta materia. El artículo 67 de la Constitución de los Países Bajos dice que los artículos relativos a la fuerza interna de los tratados tendrán aplicación análoga respecto a las decisiones de las organizaciones que dependen del Derecho Internacional.

El artículo 8 párrafo 3 de la Constitución de Portugal de 2 de abril de 1976 dispone que “Las normas emanadas de los órganos competentes de las organizaciones internacionales de las que Portugal sea parte registrarán directamente en el orden interno, si así se encuentra expresamente establecido en los tratados constitutivos.”

Respecto a la recepción de resoluciones que contengan actos internos de la Organización cada Estado determina la forma como las incorpora en su derecho interno. Sin embargo, hay que excepcionar los actos de las organizaciones internacionales que tengan carácter obligatorio como las resoluciones del Consejo de Seguridad o las decisiones de los órganos de integración económica.

No es el momento de estudiar la posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento Comunitario que ha sido analizado por la doctrina.³⁷

6. Jerarquía y relaciones del Derecho Internacional en el orden jurídico interno, según el Derecho Constitucional comparado

Las interrelaciones normativas deben resolverse conforme a lo dispuesto por cada Constitución. Se observa que el Derecho comparado ofrece distintas soluciones.

Algunas Constituciones carecen de una norma constitucional que proclame la vigencia del Derecho Internacional en su ordenamiento jurídico. Sin embargo, un gran número de Constituciones hacen alguna referencia general o restringida al Derecho Internacional.

6.1. Alemania

La Constitución alemana regula las relaciones entre el Derecho Interna-

³⁷ Díez-Hochleitner, J., *La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento Comunitario*, Madrid, McGraw Hill, 1998.

cional y el Derecho interno en los artículos 1, 2, 24, 25 y 59.2 de la Ley Fundamental de Bonn.

El artículo 25 dice que: “Las normas generales del Derecho Internacional Público son parte integrante del Derecho federal. Estas³⁸ normas tienen primacía sobre las leyes y constituyen fuentes directas de derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal.”

El artículo 59.2 dice:” Los tratados internacionales que regulen las relaciones políticas de la Federación o que afecten a materias de legislación federal necesitan la aprobación o participación de los órganos legislativos competentes federales, prestada en forma de ley. De modo análogo se aplican las normas administrativas federales para los acuerdos de naturaleza administrativa.”

En Alemania, como se expresó anteriormente, se aceptan las reglas generales de Derecho Internacional que incluyen los principios generales de Derecho Internacional a que alude el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia por ser complemento de las reglas generales. Estas reglas son parte integrante del Derecho federal y crean derechos y deberes, de modo inmediato, en los habitantes del territorio de la Federación.

En relación con el artículo 25 se han sostenido dos tesis. La primera afirma que se requiere acto de transformación mediante ley. La segunda adopta la tesis de la incorporación o del acto de ejecución. La norma internacional se conserva como tal y en modo alguno sería una regla jurídica interna alemana.³⁹

La regla del artículo 59.2 exige la participación del órgano legislativo en la conclusión de un tratado internacional en dos supuestos: cuando el acuerdo internacional afecta las relaciones políticas de la Federación y cuando la materia del tratado se refiere a cuestiones que son de competencia legislativa federal.

Las disposiciones de un tratado deben estar conformes con la Constitución, puesto que si no lo están se incurre en vicio de inconstitucionalidad. Además, se acepta la aplicación preferente del Derecho comunitario, pero si se desconocen derechos fundamentales se abre la competencia del Tribunal Constitucional Federal (Caso Solange-Beschluss).

6.2. España

La Constitución republicana española de 1931 decía que: “El Estado español acatará las normas universales del Derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo”. La Constitución española de 1978 contiene referencias indirectas al Derecho Internacional general como el artículo 96, párrafo 1, in fine, y párrafo 2 del artículo 10.

38 Cassese, A., *Modern Constitutions and International Law*, en *Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, London, Martinus Nijhoff Publishers, s. f., t. 192, 1985-III-379, pp. 382 y 389.

39 Puente, J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, vol. 1, Madrid, Dykinson, 1992, p. 84 y ss.

La armonía entre la norma interna y la internacional se garantiza por dos vías:

a) Ordinaria. Según el artículo 96 se garantiza por la publicación en que se incorpora automáticamente al sistema jurídico interno las reglas contenidas en el tratado internacional válidamente concertado, así como su inderogabilidad por ley interna posterior mientras subsista la obligación convencional internacional; y,

b) Extraordinaria. Cuando el tratado transfiera competencia prevista en la Constitución a favor de una Organización Internacional se requiere de autorización mediante ley orgánica (art. 93). Igualmente, los tratados que contengan disposiciones contrarias a la Constitución no pueden ser ratificados sin previa revisión constitucional (art. 95.1). Conforme al artículo 95.2 el Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede acudir al Tribunal Constitucional a fin de que se declare la compatibilidad o incompatibilidad entre la Constitución y el proyectado tratado internacional.

Se requiere la Publicación para que el tratado forme parte del ordenamiento jurídico español (art. 96 Constitución y 15 del Código Civil). Sin embargo, los acuerdos de Derecho comunitario europeo son acuerdos directamente aplicables en España sin necesidad de publicación.

Según parte de la doctrina, de los artículos 93 y 94.1 se deduce que el tratado tiene superior jerarquía a la ley, por ejemplo en materias de extradición y aplicación de la ley penal en el espacio.⁴⁰

6.3. Austria

La Constitución de Austria dice en su artículo 9: “Las reglas generalmente reconocidas del derecho internacional tendrán validez como parte integrante del ordenamiento federal.” Esta disposición es igualmente adoptada en Constituciones como las de Irlanda (art. 29-3), Italia (art. 10-1), Portugal (art. 8-1), la de la ex-Unión Soviética de 1977 (art. 29) y la de la ex-Yugoslavia (art. VII, título preliminar).

6.4. Hungría

La Constitución de Hungría (art. 7) adopta una fórmula intermedia, puesto que afirma que respeta las reglas del Derecho Internacional y, al mismo tiempo, se compromete a asegurar la armonización entre sus obligaciones inter-

⁴⁰ Puente, J., *ibíd.*, p. 110 y ss.

nacionales y el Derecho interno.

6.5. Reino Unido

Las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno se fundamentan en la soberanía del Parlamento inglés en la constitución o modificación de normas que afecten directamente a derechos subjetivos de los ciudadanos, y conclusión de los tratados por el Gobierno inglés.

El principio básico es que las reglas generales de Derecho Internacional forman parte del Derecho del país y son aplicables en tanto no se opongan a una ley del Parlamento o alguna decisión del Tribunal Supremo. Es el principio que viene del siglo XVIII, “International law is a part of the law of the land”.

En cuanto al Derecho convencional, si un tratado modifica los derechos y deberes de los particulares afecta a las cargas públicas y sistema impositivo o exige modificación del common law o del Derecho escrito, la Corona necesita previa aprobación parlamentaria antes de ser ratificado por el Gobierno. En caso de conflicto entre el tratado y una ley posterior prevalece esta.

6.6. Estados Unidos de América

En cuanto a las reglas generales de Derecho Internacional, estas forman parte del Derecho norteamericano y como tales pueden ser aplicadas de oficio por los tribunales (art. 2 C.P).

En cuanto al Derecho Internacional convencional el artículo 6.2 de la Constitución dice: “Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que la desarrollan, así como los tratados que hayan sido concluidos o que se concluyan por el Presidente de los Estados Unidos, serán ley suprema del país.”

El artículo 2.2. de la Constitución establece que la facultad de concluir tratados corresponde al Presidente, debidamente autorizado por una mayoría de dos tercios en el Senado.

La condición de ley suprema del país que se otorga a los tratados debe entenderse como una equiparación a las leyes federales respecto de los cuales se sitúa en relación con la ley posterior. La superior jerarquía que se atribuye a los tratados es respecto de la legislación de los Estados miembros.

Los tratados pueden ser self executing, es decir, susceptibles de producir efecto directo y afectar a los derechos subjetivos de carácter individual, pero por regla general requieren de legislación interna que los haga susceptibles de ejecución.

6.7. Francia

El sistema francés se fundamenta respecto de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno francés en el principio de la separación de

poderes y la preponderancia de la ley como manifestación de la soberanía popular.

El artículo 55 de la Constitución actual dice: “Los tratados y acuerdos regularmente ratificados o aprobados poseen, desde su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, bajo reserva para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra Parte”.

La publicación oficial interna francesa es el acto de recepción de la norma convencional en el Derecho francés.

Al tratado se otorga valor superior a la Ley, y se exige la reciprocidad.

No acepta la jurisprudencia la prevalencia de las reglas generales de Derecho Internacional.

En cuanto al Derecho Internacional convencional hay que distinguir tres aspectos: a) Aplicabilidad. Se exige la publicación, la reciprocidad, y el carácter self-executing de la regla internacional. b) Interpretación. Se sostiene la incompetencia para interpretar tratados. La doctrina es resumida por J. Puente Egido⁴¹ así: “En todo caso hay que diferenciar entre la jurisprudencia de los tribunales administrativos y la de los tribunales ordinarios. En los primeros la inhibición es total y es el Ministerio de Asuntos Exteriores quien por la vía de la cuestión prejudicial realiza una interpretación gubernamental de los acuerdos internacionales a la que se someten los tribunales administrativos. La misma posición adoptan los tribunales penales. En cambio los tribunales civiles y, particularmente, la Sala Civil de la Cour de Cassation distinguen entre cuestiones de carácter privado para las que se reserva una interpretación judicial, y asuntos de orden público internacional o de derecho internacional público, que ésta remite al Ministerio de Asuntos Exteriores y el Ministerio interpreta”.

Hay controversia en las relaciones entre el Derecho Internacional convencional y la Ley interna. Sin embargo, recientemente el Consejo de Estado ha aceptado su competencia para controlar la conformidad de una norma interna francesa con una regla de Derecho Internacional convencional (asunto Nicolo).

Según el artículo 55 de la Constitución se permite el control de la constitucionalidad de un proyecto de tratado internacional con el texto constitucional. En caso de oposición, la ratificación del tratado se condiciona a la necesidad de una reforma constitucional para poner en armonía el tratado con la Constitución.

Otra posibilidad es la aplicación del artículo 61 que se refiere a la constitucionalidad de la Ley pero que el Consejo Constitucional ha extendido a los tratados sobre la base del decreto ley que autoriza la ratificación o aprobación de éste.

7. Modalidades de aceptación del Derecho Internacional en algunas Constituciones

Expresa Cassese⁴² que varios Estados han restringido por diversos medios su declaración de aceptación del Derecho Internacional:

41 Puente, J., *ibíd.*, p. 81.

42 Cassese, A., *op. cit.*, p. 381.

1) Se declara la recepción del Derecho Internacional en el Derecho Nacional, pero en relación a ciertas materias únicamente. El art. 15 de la Constitución de Honduras dice que el Estado “hace suyos los principios y prácticas del derecho internacional que propenden a la solidaridad humana, al respeto de la autodeterminación de los pueblos, a la no intervención y al afianzamiento de la paz y la democracia universales”. El art. 3 de la Constitución de la República Dominicana limita el reconocimiento a las reglas “del Derecho Internacional y americano, en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado.”

2) Otra forma es hacer referencia a tratados constitutivos de organizaciones internacionales. El art. 86 de la primera Constitución de Argelia decía que el Estado se somete a “los principios y objetivos reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Organización de la Unidad Africana y la Liga Árabe”.

Entre los Estados que hacen referencia a la Carta de las Naciones Unidas se encuentran la República Democrática de Yemen (1970), Qatar (1970), Bangladesh (1975) y Afganistán (1980). Esta referencia implica remisión a los principios generales de Derecho Internacional que están consagrados en la Carta de las Naciones Unidas.

Realmente muy pocas Constituciones establecen la obligatoriedad de cumplir el Derecho Internacional general, algunos restringen dicha aplicación y otros hacen referencia a principios de Derecho Internacional o a la Carta de las Naciones Unidas, a la Organización de la Unidad Africana y a la Liga Árabe, con lo cual implícitamente aceptan los principios de Derecho Internacional proclamados en dichas Cartas.

Ahora bien, la aceptación del Derecho Internacional comprende tanto el Derecho convencional como el consuetudinario y los principios como fueron precisados por la resolución 2625 de 1970 de las Naciones Unidas.

Según Cassese⁴³, hay cuatro grupos de Constituciones:

a) Aquellas que guardan silencio sobre la implementación de los tratados internacionales. Como ejemplo pueden mencionarse las Constituciones de Alemania de 1919 y de Italia de 1947. Sin embargo, la gran mayoría de la doctrina y la jurisprudencia han aceptado en estos casos el principio “Pacta sunt Servanda” como costumbre internacional, y la prevalencia del tratado sobre la ley interna. Sin embargo, el silencio constitucional puede dar lugar a controversias al respecto.

b) Las Constituciones que establecen la obligatoriedad para los ciudadanos y las autoridades de cumplir los tratados, pero no le otorgan una jerarquía mayor que la legislación ordinaria. Es decir, se les otorga igual valor a los tratados que a la Ley interna ya sea porque la norma lo dice o porque se interpreta de esta manera.

43 Cassese, A., op. cit., p. 394.

Como ejemplos se pueden mencionar el art. 108 de la Constitución de Congo-Brazzaville de 1979 que dice: “Los tratados regularmente ratificados tienen fuerza de ley bajo reserva para cada tratado de su aplicación por la otra parte.” Cabe mencionar el artículo VI de la Constitución de Estados Unidos que dice: “Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del país.” Según Cassese, esta misma situación se presenta en las Constituciones de Kuwait de 1962, Argelia de 1976, República de Corea de 1976, Madagascar de 1975, Portugal de 1976, Egipto de 1980 y Turquía de 1982. Según Néstor Pedro Sagüés⁴⁴, las consecuencias de la adopción de esta tesis son las siguientes: “1) Si el tratado vale tanto como la ley común, deroga a las leyes previas que se opongan a él; 2) A su vez, puede ser modificado por una ley posterior (*lex posterior derogat priori*), y 3) también se deduce que el tratado no puede válidamente ir contra o modificar la constitución, ya que, como ley ordinaria, está subordinado a aquella, atento al principio de supremacía constitucional.” Estamos de acuerdo con esta argumentación que es la consecuencia de la equiparación entre el tratado y la Ley.

c) Constituciones que le otorgan al tratado rango cuasiconstitucional, o supralegal pero infraconstitucional. Como ejemplos de esta situación, menciona este tratadista, los casos de Costa Rica que otorga a los tratados, convenios internacionales y concordatos “autoridad superior a las leyes” (art. 7), Honduras (art. 18), que dice que en caso de conflicto entre el tratado o convención y la Ley, prevalecerá el primero. Esta misma disposición en parecidos términos se encuentra prevista en el art. 25 de la Constitución de Alemania ya citado y el art. 144 de la Constitución de El Salvador, que agrega que una ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente.

A. Cassese⁴⁵ dice que algunas Constituciones le otorgan rango de jerarquía superior a los tratados, con lo cual les concede rango “cuasi-constitucional”.

La superioridad de los tratados sobre la legislación interna fue establecida en la Constitución francesa de 1946 y luego en la de 1958, aunque sobre la base de reciprocidad: “Los tratados y acuerdos debidamente aprobados desde su publicación tienen autoridad superior a las leyes, sujeto para cada tratado a su aplicación por la otra parte.” Esta misma disposición fue consagrada en la Constitución griega de 1975, artículo 28, parágrafo 1: “Las reglas reconocidas de derecho internacional así como los tratados internacionales como están debidamente sancionados por la ley y han llegado a ser ejecutables de acuerdo con las condiciones allí previstas son parte integrante de la ley griega y deben prevalecer sobre cualquier disposición contraria de la ley. La ejecución de las reglas de derecho internacional y las convenciones internacionales relativas a extranjeros dependen de la condición de reciprocidad.”

Ninguna condición es puesta por la Constitución española de 1978. El artículo 96, parágrafo 1, dice: “1. Los tratados internacionales válidamente

44 Sagüés, N., op. cit., p. 384.

45 Cassese, A., op. cit., p. 402.

celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.”

Esta norma estatuye la superioridad del tratado sobre la ley interna, y expresa que las disposiciones de un tratado sólo pueden ser modificadas, suspendidas o derogadas en la forma prevista en el mismo tratado o conforme al Derecho Internacional general.

Por otra parte, el artículo 10, p. 2 de la misma Constitución dice: “2. 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.” Los tratados se constituyen así en pauta de interpretación para la aplicación de la normatividad interna y permite la expansión de los derechos humanos así como para la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

Según Cassese, muchos Estados africanos consagran en sus Constituciones provisiones similares al artículo 55 de la Constitución francesa de 1958 y menciona las de Túnez (1959), Nigeria (1960, luego enmendada), Costa de Marfil (1960), Senegal (1963), Congo Brazzaville (1963 y 1979), Zaire (1964 y 1978), Malí (1974), Comoros (1975 y 1978), Gabón (1975), Benin (1970), Alto Volga (1960 y 1977), Mauritania (1978), Togo (1979) y la República Central africana (1981).

Explica Cassese⁴⁶ que hay Constituciones que permiten a los tratados que enmiendan la misma Constitución. Cita como ejemplos la Constitución de Holanda, enmendada en 1953, luego en 1956 y 1983, y la Constitución de Surinam de 1975, si bien esta fue modificada por la Carta de 1982 que no contiene la citada cláusula. Sin embargo, en la Constitución de 1983 el artículo 91, párrafo 3, modifica la cláusula que permitía a los tratados estar por encima de la Constitución, y en su lugar establece que: “Cualquier provisión de un tratado que entre en conflicto con la Constitución o que pueda entrar en conflicto con la misma, puede ser aprobada por la Cámara General de Estados sólo si obtiene por lo menos dos terceras partes de votos en su favor.” En la relación entre los tratados y la legislación holandesa el artículo 94 estipula: “Las regulaciones de derecho estatutario en vigor dentro del Reino no serán aplicables si tal aplicación entra en conflicto con tratados que son obligatorios sobre todas las personas o sobre resoluciones de organizaciones internacionales”.

En conclusión: si bien existen Constituciones que establecen la jerarquía del tratado sobre la ley interna, algunas Constituciones agregan la cláusula de reciprocidad que reduce o puede crear conflictos en la aplicación de los tratados. En cuanto a la doctrina, buena parte de autores sostiene el valor supralegal de los tratados, pero infraconstitucional.

46 Cassese, A., op. cit., p. 409.

No hay problema si la ley es anterior porque se reputa derogada por el tratado posterior. Si la ley posterior es contraria al tratado anterior, algunos (De Vischer) la consideran inconstitucional y otros, inválida o inaplicable. Lo cierto es que si un Estado aprueba una ley contraria a un tratado en vigor internacional incurre en responsabilidad internacional.

Ahora bien, la Constitución posterior no deroga el tratado anterior. El tratadista Néstor Pedro Sagüés⁴⁷ sostiene la tesis de que “la limitación del poder constituyente nacional por el derecho internacional”. Esta opinión es compartida por Bidart Campos y Sperdutti,⁴⁸ quienes dicen que los principios “pacta sunt servanda” y “bona fidei” obligan a los Estados a respetar las obligaciones internacionales asumidas y por ende no puede violar dichos tratados mediante ley o aun mediante reforma constitucional.

El tratado posterior no deroga la Constitución. La doctrina ha sostenido que debe buscarse la armonización entre la Constitución y el Derecho Internacional. Sin embargo, Cassese⁴⁹ dice que diversos juristas alemanes sostienen que el artículo 25 de la Constitución alemana que establece la supremacía del Derecho Internacional sobre las leyes nacionales permite que ciertas cláusulas constitucionales puedan ser derogadas por las reglas del Derecho Internacional consuetudinario, siempre que reflejen clara e indiscutiblemente el pensamiento de la mayoría de Estados que integran la comunidad internacional.

d) Igual valor del tratado con la Constitución.

Esta posibilidad fue adoptada por el artículo 75, inciso 22, de la Reforma de la Constitución de Argentina de 1994 que dice lo siguiente:

Inciso 22. 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 los 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 Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, 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. Sólo podrán ser denunciados, en su caso por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación

47 Sagüés, N., op. cit., p. 388.

48 Campos, B., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo I, vols. A y B, Buenos Aires, Ediar, 1999-2000, t.1, p. 103; Sperdutti, “Le principe de souveraineté”, en *Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, London, Martinus Nijhoff Publishers, s. f., t. 159, 1976-V-338.

49 Cassese, A., op. cit., pp. 376-404.

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 del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional.

e) Transferencia de competencias nacionales a organismos internacionales

Algunas Constituciones autorizan la transferencia de competencias legislativas y judiciales a organismos supranacionales.

Esta autorización se da en forma expresa en algunos casos. El artículo 93 de la Constitución española de 1978 dice: “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional en ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.” Se pueden citar además el artículo 28-3 de la Constitución de Grecia y el artículo 20 de la Constitución de Dinamarca.

El inciso 24 del artículo 75 de la Reforma Constitucional de Argentina dice que corresponde al Congreso:

Aprobar los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Según Sagués⁵⁰, un conducto paralelo consiste en la admisión constitucional de la cesión por ley de “los derechos de soberanía” a las instituciones internacionales (Alemania, art. 24), o consentir limitaciones del ejercicio de la soberanía nacional en pro de un interés importante siempre que no se lesionen los derechos humanos y se atiendan los principios de legalidad y de reciprocidad, mediante ley votada por la mayoría absoluta de los diputados (art. 28, inc. 2, Constitución griega).

Otra forma de resolver el problema de que un tratado de integración sea contrario a la Constitución consiste en la reforma de la Constitución como lo establecen el artículo 95 de la Constitución de España, el artículo 54 de la Constitución de Francia o la aprobación del tratado por el mismo procedimiento que

50 Sagués, N., op. cit., p. 391; Cassese, A., op. cit., p. 411.

rige la reforma constitucional, como lo preceptúa el artículo 17 de la Constitución de Honduras.

En la práctica las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho comunitario no han sido pacíficas, como lo explica el tratadista Néstor Pedro Sagüés:⁵¹ “En Italia, por ejemplo, mientras que su Corte Constitucional ha sostenido que conforme al principio de la sucesión de las leyes en el tiempo, una ley local podía alterar un compromiso sentado en un tratado anterior (Caso “Costa c/Enel”), la Corte de Justicia de las Comunidades ha afirmado en cambio que, a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el tratado que instituyó el Mercado Común Europeo ha creado “un orden jurídico propio integrado al sistema jurídico de los Estados miembros, que desde la entrada en vigor del Tratado se impone en sus jurisdicciones”, cosa que entraña “una limitación efectiva de los derechos soberanos (de los Estados) contra la cual no prevalecería la invocación de disposiciones de derecho interno, de cualquier naturaleza que sean” (casos “Costa c/Enel” y “Comisión c/República Italiana”). En “Simenthal”, la Corte europea puntualizó que los jueces locales deben garantizar el derecho comunitario, contra toda disposición en contrario que hubiera en la legislación estatal, aun posterior al tratado comunitario. Y en Alemania, su Corte Constitucional ha reconocido a menudo que los actos emanados de los órganos comunitarios son “actos de soberanía”, provenientes de una soberanía superior a la estatal, que priman sobre el derecho nacional contrario y lo sustituyen.⁵²

8. Control constitucional sobre los tratados

En algunos Estados europeos, los tratados internacionales pueden servir de parámetro para que los Tribunales Constitucionales juzguen la constitucionalidad de las leyes.

Dominique Rousseau⁵³ cita una sentencia de 1985 en Austria en que el Tribunal se fundamentó en el Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos para declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones de una ley relativa a las prohibiciones de residencia que no aportasen las garantías suficientes al respeto de los derechos fundamentales de los individuos.

En Eslovenia, la Constitución otorga una competencia expresa al Tribunal constitucional para controlar la conformidad de las leyes y otros actos reglamentarios con los tratados internacionales y con los principios generales de Derecho Internacional.

En España⁵⁴ se menciona por Dominique Rousseau la sentencia del Tribunal constitucional de 15 de junio de 1981. En este caso, un oficial del ejército víctima de una medida disciplinaria alegó la falta de garantías de defensa en el

51 Sagüés, N., op. cit., p. 391.

52 Sperduti, “Le principe de souveraineté”, en *Recueil des Cours, Collected courses of the Hague Academie of International Law*, London, Martinus Nijhoff Publishers, s. f., t. 159, 1979-V-354, 355 y 363.

53 Rousseau, D., *La justicia constitucional en Europa, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, Civitas, 2002, p. 68.

54 Citas de Rousseau, D., op. cit., p. 69.

régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas. España alegó una reserva que hizo al Convenio Europeo de Derechos Humanos en el sentido de excluir el régimen disciplinario de las fuerzas armadas de la aplicación del citado Convenio. El Tribunal decidió que

es imposible ignorar que los derechos fundamentales corresponden a un sistema de valores de alcance general que comprenden la Declaración Universal y los diferentes convenios internacionales relativos a los derechos humanos ratificados por España y que entendidos como principio constitucional de base, deben inspirar nuestro ordenamiento jurídico en su conjunto; y en consecuencia, una vez aprobada la Constitución tanto el régimen disciplinario que comprenda una privación de libertad como el procedimiento disciplinario legalmente establecido deben adaptarse a los principios que determinan en el ámbito penal el contenido fundamental del derecho a la defensa.

Por tanto, el Tribunal resolvió a favor del oficial sancionado, al tiempo que privó de efecto útil la reserva del Gobierno, dando prioridad a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia Ángel, de 8 de junio de 1976).

En Bélgica, según el mismo autor, la Cour d'arbitrage, en su decisión de 23 de mayo de 1990, expresó que entre los derechos y libertades “garantizados a los belgas por el artículo 6 bis de la Constitución, figuran los derechos y libertades que resultan de las disposiciones convencionales internacionales suscritas por Bélgica y aplicables en el orden jurídico interno por un acto de asentimiento”. Así, la Corte integró el artículo 6 bis de la Constitución belga con los tratados internacionales que consagran derechos y libertades. Si bien formalmente no hay control de las leyes belgas con los tratados internacionales, “materialmente el Tribunal se refiere a los derechos y libertades reconocidos por estos tratados y subsumidos en el artículo 6 bis para ejercer su examen de constitucionalidad”.⁵⁵

En Hungría, según Dominique Rousseau, el Tribunal constitucional en una decisión de 19 de marzo de 1996 utilizó el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos para controlar la constitucionalidad de las disposiciones de la ley de prensa que permitían a un tribunal prohibir o suspender una publicación.

El Consejo Constitucional francés consideró que no le correspondía examinar la conformidad de una ley con las estipulaciones de un tratado o acuerdo internacional en decisión de 15 de enero de 1975.

La Constitución Política de Colombia de 1991 establece como atribución de la Corte Constitucional la de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueban. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley (art. 241, numeral 10 CP). El control de la Corte es respecto de la ley y del tratado y su conformidad con la Constitución. Se trata de un control preventivo posterior a la

55 Rousseau, D., op. cit., p. 29. Ver Delpérée F y Rasson-Roland, A., *Annuaire international de justice constitutionnelle*, París, Dalloz, 1990, p. 491.

ley aprobatoria pero anterior a la manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado mediante las formas previstas por el Derecho Internacional.

9. Las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno en la Constitución colombiana de 1991

9.1. Normas Constitucionales

La Constitución Política de 1991 regula las relaciones entre el Derecho Internacional y el derecho interno en los artículos 4, 9, 53, 93, 94, 214, 224, 227, 101 de la Constitución.

9.2. Jerarquía de los tratados de derechos humanos en el ordenamiento jurídico colombiano

Esta materia está tratada en los artículos 93 y 94 de la Carta en concordancia con los artículos 4, 9, 53 y 214 de la Constitución.

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

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

El artículo 93 se adicionó por el Acto Legislativo 02 de 2001, así:

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materiales sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

El artículo 94 preceptúa: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”

Al interpretar conjuntamente estos artículos, junto con el artículo 4 de la Constitución que consagra la supremacía constitucional, es posible deducir las siguientes observaciones:

- a) Ni en estos artículos ni en ninguno en la Constitución se establece en forma clara y precisa la prevalencia del Derecho Internacional sobre la Constitución Política. Por el contrario, el artículo 4 de la Carta consagra la supremacía constitucional: “La Constitución es normas de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.
- b) Si bien no hay norma sobre la aplicación de las reglas generales de Derecho Internacional, según el artículo 9 de la Constitución es posible aplicar los principios generales de Derecho Internacional como han sido enunciados en la Carta de Naciones Unidas y en la Resolución 2625 de 1970.
- c) Los principios “*Pacta sunt Servanda*” y “*Buena Fe*”, que establecen el cumplimiento de los tratados de buena fe están reconocidos por Colombia en el artículo 9 de la Carta por cuanto se trata de principios reconocidos en la Carta de Naciones Unidas. Asimismo, están expresamente enunciados en la Resolución 2625 de 1970 de Naciones Unidas. Igualmente, fueron expresamente consagrados en los artículos 26,27 y 46 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, e iguales normas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y las Organizaciones Internacionales, o entre las Organizaciones Internacionales de 1986. Colombia es Estado Parte en las dos Convenciones de Viena y por tanto son Derecho positivo vigente y aplicable por todos los operadores jurídicos.
- d) En caso de conflicto entre un tratado internacional y una ley interna prevalece el tratado porque el Estado colombiano se comprometió a cumplir dicho acuerdo internacional, con la excepción de si la ley interna es más favorable que el tratado.
- e) Se puede realizar una interpretación que concilie el artículo 4 de la Constitución Política que establece que la “Constitución es norma de normas” con lo previsto en el artículo 93 de dicha Carta. La supremacía consagrada en el artículo 4 de la Constitución hace relación a la validez de las normas, en cambio el artículo 93 establece una regla de conflicto en el sentido que se da la preeminencia del tratado sobre el orden interno siempre que se reúnan estas condiciones: a) Que se trata de un tratado sobre derechos humanos del cual Colombia sea Estado Parte; y b) Que se trate de tratados que reconozcan derechos humanos y prohíban su limitación en estados de excepción. Para estos efectos hay que tener en cuenta lo previsto en el artículo 85 de la Constitución y lo previsto en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de los cuales Colombia es Estado Parte. Pero la prevalencia sobre el orden interno no alcanza a la Constitución porque nuestra Carta no reconoció la preeminencia del Derecho Internacional general o consuetudinario sobre la Constitución que es norma suprema en el ordenamiento jurídico colombiano.

- f) Lo anterior significa que en el Derecho Constitucional colombiano los tratados no tienen valor supraconstitucional, ni tampoco se les reconoce valor constitucional como sí lo hizo la Reforma Constitucional de Argentina de 1994 a los 11 tratados allí enumerados y a los que se les reconozca tal carácter con la mayoría cualificada estatuida en la Constitución. Sin embargo, se les otorga valor supralegal pero infraconstitucional. Un tratado vigente para Colombia no puede derogar ni modificar la Constitución porque se estaría aceptando que se puede reformar la Constitución por medios distintos de los previstos en el artículo 374 de la Carta, o sea por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo.
- g) Si una ley interna desconoce un tratado internacional vigente internacionalmente e internamente para Colombia la Corte Constitucional no puede declarar la inconstitucionalidad de la ley porque no puede hacer confrontación entre la ley y el tratado, debe hacerla entre la ley y la Constitución. Lo que sucede es que si una ley interna desconoce un tratado internacional el Estado incurre en responsabilidad internacional por hacer incumplido una obligación internacional convencional.
- h) Los derechos y deberes contenidos en la Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes para Colombia. Para estos efectos, se debe atender la interpretación dada por órganos internacionales de protección de los derechos humanos como la Comisión y la Corte Interamericanas sobre Derechos Humanos en el sistema interamericano al cual pertenece Colombia. El artículo 93 de la Constitución es pauta interpretativa de obligado cumplimiento porque así se deduce del texto del citado artículo constitucional y porque la protección de los derechos humanos quedaría desvirtuada si no fuera obligatoria la interpretación sino potestativa. La interpretación conforme a lo previsto en los tratados internacionales conlleva el que los derechos constitucionales no deben ser interpretados en contradicción con la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la cual Colombia es Estado Parte.

9.3. Teoría del Bloque de constitucionalidad

La Corte Constitucional ha creado la doctrina del bloque de constitucionalidad con fundamento en los artículos 4, 9, 93, 94, 214 (numeral 2), 53 y 102 de la Constitución Política. La Corte Constitucional ha distinguido entre el bloque de constitucionalidad en stricto sensu formado “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 (artículo 93, C.P). En cuanto al bloque de constitucionalidad lato sensu, el mismo

incluye “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”.⁵⁶

El bloque de constitucionalidad en sentido estricto es el previsto en el artículo 93 de la Constitución y significa que los tratados constituyen fundamento para el control de constitucionalidad y pauta para interpretar los derechos y garantías constitucionales. Pero, en ningún caso dichos tratados tienen valor supra-constitucional o nivel constitucional, por lo cual la confrontación no puede hacerse entre el tratado y la norma interna para deducir la inconstitucionalidad por desconocimiento de un tratado internacional. Sin embargo, se podría sostener que la violación de un tratado infringe el artículo 9 de la Constitución que acepta como principio de Derecho Internacional el respeto a los tratados que se encuentren en vigor para Colombia. Esta interpretación no ha sido todavía aceptada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Por tanto, no basta alegar la sola contradicción entre una ley y el tratado, es necesario además invocar una norma constitucional como transgredida que unida al desconocimiento de los tratados puede servir como soporte de una demanda de inconstitucionalidad.

Los tratados sobre derechos humanos sirven para determinar la existencia de un Derecho Constitucional (art. 94), así no esté expresamente previsto en la Constitución Política.

Conforme al artículo 214 de la Constitución, en estados de excepción no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del Derecho Internacional humanitario tanto consuetudinario como el contenido en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos de 1977.

El artículo 53 de la Constitución establece que: “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”, con lo cual los incorporó automáticamente a la normatividad interna.

La teoría del bloque de constitucionalidad fue creada por la Corte Constitucional en Tutela T-409 de 1992 (M.P. José Gegorio Hernández) y luego desarrollada en Sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero). Se fundamentó en la doctrina del Consejo Superior Francés, que consideró que como el Preámbulo de la Constitución hace referencia al Preámbulo de la Constitución de 1946 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, estos textos son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las normas. Al interpretar los artículos 4 y 93, consideró que las normas de Derecho Internacional humanitario (art. 214, numeral 2) y los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia que prohíben su limitación

56 Colombia, Corte Constitucional, *Sentencias*, “Sentencia C-191”, M.P.: Cifuentes, E., Bogotá, 1998.

en estados de excepción (art. 93) forman un bloque de constitucionalidad que pueden ser utilizados como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes. Luego, la Sentencia C-191 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) definió el bloque de constitucionalidad en sentido estricto y en sentido lato a que se ha hecho referencia anteriormente.

Posteriormente, la Corte fue precisando la noción en numerosas sentencias (C-1001 de 2005, T-568 de 1999, C-191 de 1998, C-774-2001, C-195 de 1993, C-179 de 1994, C-200 de 2002, C-129 de 2004, SU-058 de 2003, C-1056 de 2004, C-401 de 2005, C-047 de 2006, C-567 de 2000, T-1303 de 2001, C-035 de 2005 y C-177 de 2005, entre otras sentencias de constitucionalidad y de tutelas).

A título de ejemplo, se ha considerado que forman parte del bloque de constitucionalidad el Protocolo 11 de Ginebra de 1977 (C-225 de 1995), los artículos 27.2 y 8 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos (C-200 de 2002), los artículos 4 y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (C-200 de 2002), la Convención sobre derechos del niño y la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores (C-1068 de 2002 y C-170 de 2004), y los tratados de límites (C-1022 de 1999 y C-067 de 2003).

En relación con los Convenios de la OIT se han incorporado al bloque de constitucionalidad en sentido estricto el Convenio 87 sobre libertad sindical y el derecho de sindicación (C-567 de 2000, T-408 de 1992, C-225 de 1995 y T-568 de 1999); el Convenio 98 sobre aplicación de los principios de derecho de sindicación y de negociación colectiva; el 138 sobre edad mínima de admisión de empleo (C-325 de 2000 y C-170 de 2004); el Convenio 182 relativo a las peores formas de trabajo infantil; y el Convenio 169 sobre derecho de participación de las comunidades indígenas (C-620 de 2003, SU 039 de 1997, T-652 de 1998, C-418 de 2002 y C-891 de 2002).

Se han excluido del bloque de constitucionalidad los Convenios de cooperación internacional; comercio internacional (C-582 de 1999); relaciones diplomáticas y consulares (C-358 de 1997); integración económica y específicamente la Decisión Andina 436 (C-988 de 2004), así como el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional (C-129 de 2004). En cambio, se consideró integrante del bloque de constitucionalidad la Decisión 351 de 1993 sobre Régimen Común sobre derecho de autor y conexos (C-1490 de 2000).

La Corte determina en cada caso si el tratado respectivo integra el bloque de constitucionalidad, lo cual le permite otorgarle el valor de parámetro de constitucionalidad, fijar la interpretación conforme a dichos tratados, precisar la existencia de derechos fundamentales no establecidos en la Constitución, integrar la normatividad en caso de vacío, orientar las funciones del operador jurídico y servir de criterio para su aplicación preferente en caso de conflicto con las normas internas.

En ningún caso esta noción sirve para hacer una confrontación directa entre la ley interna y el tratado para declarar si la norma es constitucional o no porque dicha análisis se realiza entre la ley interna frente a las normas constitucionales.

Conclusiones

Del anterior trabajo se pueden deducir las siguientes conclusiones:

1. El Derecho Internacional general y el Derecho Internacional convencional se incorporan en los ordenamientos internos de acuerdo con lo previsto en su respectiva Constitución, o en su jurisprudencia, o en su práctica internacional.
2. La jurisprudencia internacional es uniforme en que el Derecho Internacional prevalece sobre el Derecho interno, y en que no es posible alegar el incumplimiento del Derecho interno, incluida la Constitución, como justificación para no cumplir una norma de Derecho Internacional, sea convencional o consuetudinaria.
3. La doctrina no es uniforme, por lo cual subsiste el enfrentamiento entre las concepciones dualista y monista, aunque se observa la tendencia hacia una tesis monista moderada.
4. En materia de tratados muchos Estados proclaman en sus Constituciones que prevalecen sobre el ordenamiento jurídico nacional. Pero, otros Estados subordinan esta preeminencia a la “reciprocidad”. Sin embargo, hay Estados que en sus constituciones recientes han abandonado dicha superioridad.
5. Si bien algunos Estados en sus Constituciones son favorables al Derecho Internacional, otros prefieren hacer referencia a la Carta de las Naciones Unidas, a Organizaciones Regionales o a principios de Derecho Internacional elaborados por Naciones Unidas.
6. La perspectiva hacia el futuro puede ser más favorable al Derecho Internacional debido a la globalización y a la internacionalización del Derecho.
7. En Colombia la jurisprudencia de la Corte ha adoptado la teoría del bloque de constitucionalidad que sirve para considerar los tratados sobre derechos humanos que prohíben su limitación en estados de excepción como parámetro de constitucionalidad de las leyes como pauta interpretativa de los derechos y deberes constitucionales, para verificar la existencia de un Derecho Constitucional, y como forma de prevalencia de dichos tratados sobre el ordenamiento interno. En todo caso, la Corte Constitucional no ha reconocido el carácter supra-constitucional de los tratados ni ha aceptado que se pueda instaurar una demanda de inconstitucionalidad alegando únicamente la oposición de una ley con un tratado internacional si además no se alega la violación específica de una norma constitucional. Sin embargo, es indudable que al tenor del artículo 9 de la Constitución se acepta en forma unánime

que los tratados internacionales deben ser cumplidos de buena fe (*Pacta sunt Servanda*).

8. Los artículos 93 y 94 de la Carta no convierten a los tratados internacionales en cánones autónomos de validez de las leyes. Esta es la interpretación que ha hecho el Tribunal Constitucional español respecto al artículo 10.2, en el cual se inspiró la Constitución colombiana de 1991 (STC 36/1991, FJ 5; STC 254/1993, FJ 6; STC 233/1993, FJ 1). Lo que es indudable es que el artículo 93 de la Constitución es pauta interpretativa de obligatorio cumplimiento porque así se deduce del texto de la norma y porque la protección quedaría desvirtuada si fuera un criterio simplemente potestativo. Los derechos constitucionales no deben ser interpretados en contradicción con los tratados de Derechos Humanos de los cuales Colombia es Estado Parte que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción. Esto implica que dichos tratados constituyen un modelo para fundamentar la decisión interpretativa y el razonamiento judicial.

9. Hay acuerdo en la doctrina, en la jurisprudencia internacional y en la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados (arts. 27 y 46) de que un Estado no puede justificar la violación de una obligación internacional alegando la existencia de normas de Derecho interno, incluyendo las normas constitucionales. Los Estados deben actuar en conformidad con el Derecho Internacional y son responsables internacionalmente por la violación de una obligación internacional por cualesquiera de sus ramas ejecutiva, legislativa y judicial y aun del poder constituyente.

10. En cuanto a la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional americano compartimos la conclusión de Pablo Luis Manili⁵⁷, quien luego de estudiar el bloque de constitucionalidad en Derecho comparado concluye lo siguiente:

La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en derecho comparado, especialmente el iberoamericano, no llegan al grado de avance a que llega el sistema argentino, ya que, se inclinan por alguna de estas posturas: i) Referirse a la interpretación conforme del derecho constitucional en relación al derecho internacional de los derechos humanos. ii) Referirse al derecho internacional de los derechos humanos a los efectos de completar la nómina de derechos constitucionalmente reconocidos. iii) Otorgar al derecho internacional de los derechos humanos una jerarquía superior al derecho interno, pero sin mayores precisiones y sin especificar cuáles instrumentos. Encontramos un caso excepcional, como es la República de Costa Rica, cuya jurisprudencia consagró la superioridad jerárquica del derecho internacional de los derechos humanos pese a un escueta base normativa.

11. Del estudio de la doctrina, la jurisprudencia internacional, el Derecho Constitucional comparado y la práctica internacional se deduce, sin lugar a dudas, que el Derecho Internacional constituye una verdadera fuente del Derecho Constitucional.

⁵⁷ Manili, P., *El Bloque de Constitucionalidad*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 336.

Bibliografía

- Campos, B., Tratado elemental de derecho constitucional argentino, tomo1, Buenos Aires, Ediar, 1999-2000.
- Cassese, A., “Modern Constitutions and International Law”, en *Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, T.192. 1985-11-441 a 442.
- De la Guardia, E., Derecho de los tratados internacionales, Buenos Aires, Edit. Abaco de Rodolfo Depalma, 1997.
- De la Guardia, E., y Delpech, M., El derecho de los tratados y la convención de Viena de 1969, Buenos Aires, La Ley, 1971.
- De Otto, I., Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, Barcelona, Ariel Derecho, 1998.
- Díez-Hochleitzner, J., La posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento Comunitario, Madrid, McGraw Hill, 1998.
- González, J. et al., Curso de Derecho Internacional Público, Madrid, Edit. Civitas S.A., 1998.
- Jiménez, E., “Introducción al problema de las relaciones entre el Derecho Internacional y el derecho interno”, en *Separata de la Revista Jurídica*, Buenos Aires, 1962.
- Kelsen, H. “Les rapports de système entre le droit interne et le Droit international”, en *Recueil des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, London, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 14, 1926.
- Kelsen H., Teoría general del derecho y del Estado, 3ª ed., México, UNAM, 1969.
- Principles of international Law, Rinchart, Co, Inc, N.Y., 1952/1956.
- Manili, P., El Bloque de Constitucionalidad, Buenos Aires, La Ley, 2003.
- Monroy, M., Derecho de los Tratados, 2ª ed., Bogotá, Editorial Leyer, 1995.
- Monroy M, Derecho Internacional Público, 5ª ed., Bogotá, Temis, 2002.
- Oppenheim, L., International Law, Londres, 1905-1906, 2 vols.
- Puente, J., Lecciones de Derecho Internacional Público, vol. I, Dykinson, Madrid, 1992.
- Reuter, P., Introducción al Derecho de los Tratados, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Ridruejo, J., Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2003.
- Rodríguez, J., “Derecho Internacional y sistema de fuentes de derecho”, en La constitución española de 1978. Estudio sistemático, Madrid, Civitas, 1980.
- Rousseau, C., Droit international public, París, Sirey, 1953 y 3ª ed., Barcelona, Ariel, 1966.
- Rousseau, D., La justicia constitucional en Europa, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- Sagués, N., Teoría de la Constitución, Buenos Aires, Edit. Astrea, 2004.
- Shaw, M., International Law, 5ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

Sánchez, S. y Mellado, P., *La Constitución democrática española y sus fuentes*, Madrid, Editorial Centro de Estudio Ramón Cáceres S.A., 2003.

Triepel, H., “Droit international et droit interne”. Editorial Bibl. Francaise du Droit des Gens, París, Pedone Oxford, 1920.

Triepel, H., “Les rapports entre le droit interne et le droit international”, en Cassese, A. (trad.), *Collected Courses*, vol. I, 1923.

Truyol, A., *Fundamentos del derecho internacional público*, Madrid, Edit. Tecnos, 1977.

Vanossi, J. y Dalla, A., *Régimen constitucional de los tratados*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.

Vanossi, J., y Dalla, R., *Régimen Constitucional de los tratados*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.

Verdú, P., *Curso de Derecho Político*, vol. 4, Madrid, Tecnos, 1984.

Verdross, A., *Derecho Internacional Público*, 5ª ed., Madrid, Aguilar, 1967. p. 157.