

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos como fuente principal del Derecho Colombiano¹

***International Law of Human Rights
as the Main Source of the Colombian law***

***Le droit international des droits de l'homme
comme source principale du droit colombien***

***O Direito Internacional dos Direitos Humanos
como fonte principal do Direito colombiano***

Luis Andrés Fajardo Arturo²

Resumen:

A partir de la “crisis de las fuentes” del Derecho Colombiano, fruto de la evolución de la cultura jurídica nacional hacia el neopositivismo, el derecho constitucional se ha convertido en la base fundante y la esencia irrigadora de todo el ordenamiento, sobre ello parece haber un acuerdo tácito entre los actores del derecho. El presente artículo desarrolla, a través del análisis de

1 Este artículo es resultado de investigación del proyecto sobre *implementación del derecho interamericano en Colombia* liderado por el autor y desarrollado por el Grupo De las Casas. Financiado en su totalidad por la Universidad Sergio Arboleda.

2 Director del Grupo de Investigaciones De las Casas, de la Universidad Sergio Arboleda. Abogado, magíster en Derecho Internacional Público de la Universidad París 2, magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, especialista en DD. HH. y DIH de la Universidad Alcalá de Henares. Correo electrónico: andres.fajardo@usa.edu.co

Este artículo fue recibido el día 28 de febrero de 20103 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria N°. 16 del 23 de abril de 2013.

la jurisprudencia de la Corte Constitucional la transformación de las fuentes del derecho en Colombia con el fin de determinar la nueva estructura normativa del país y de establecer el rol que, dentro de esa estructura, tiene el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, es posible concluir que la inexistencia de un esfuerzo legislativo por desarrollar el contenido de los derechos fundamentales en Colombia, permitió que la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia llenara los vacíos en la materia y diera al bloque de constitucionalidad un papel protagónico en el derecho nacional, a tal punto, que es posible afirmar que el DIDH se ha convertido en la base de la pirámide jurídica en Colombia.

Palabras clave: fuentes del derecho, derechos humanos, bloque de constitucionalidad.

Abstract:

From the “crisis of sources” Colombian law, the result of the evolution of national legal culture to the neo-positivism, constitutional law has become the foundational basis and essence irrigating the entire order on this appears to have a tacit agreement among the actors of the Law. However, the main change has happened just right in constitutional law, and specifically through the jurisprudence of the Constitutional Court which has become the classic sources of interpretation in real legal standards. Thus, constitutional principles and constitutional jurisprudence became legal source, but what is even more interesting is that under Article 93 (and going beyond its borders) opened the door for international human rights law, became the main source mediate substantive constitutional law in the country. Thus, the current Colombian law, sits on international law of human rights, with all the consequences that implies.

Key words: sources of Law, human rights, constitutional bloc.

Résumé:

Depuis la “crise des sources” du droit colombien, fruit de l'évolution de la culture juridique nationale vers le nouveau positivisme, le droit constitutionnel est devenu la base fondamentale et l'essence qui irrigue tout l'ordonnement, sur ce point il semble y avoir un accord tacite entre les acteurs du droit. Le présent article traite, à travers l'analyse de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, de la transformation des sources du droit en Colombie afin de déterminer la nouvelle structure normative du pays et d'établir le rôle qu'à, au sein de cette structure, le droit international des droits de l'homme. En effet, on peut conclure que l'inexistence d'un effort législatif visant à développer le contenu des droits fondamentaux en Colombie a permis à la Cour constitutionnelle de combler au travers de sa jurisprudence les carences en la ma-

tière et a donné au bloc de constitutionnalité une place dans le droit national à tel point qu'il est possible d'affirmer que le DIDH est devenu la base de la pyramide juridique en Colombie.

Mots clés : Sources du droit, droits de l'homme, bloc de constitutionnalité.

Resumo:

A partir da “crise das fontes” do Direito colombiano, consequência da evolução da cultura jurídica para o neopositivismo, o direito constitucional tornou-se base fundacional e essência irrigadora de todo o sistema. Sobre isso parece existir um acordo entre os atores do Direito. Este artigo desenvolve, por meio da análise da jurisprudência da Corte Constitucional, a transformação das fontes do direito na Colômbia para determinar a nova estrutura normativa do país, e estabelecer o papel que, dentro dessa estrutura, tem o Direito Internacional dos Direitos Humanos. De fato, é possível concluir que a ausência de um esforço legislativo por desenvolver o conteúdo dos direitos fundamentais na Colômbia, permitiu que a Corte Constitucional, através de sua jurisprudência, preenchesse as lacunas na matéria e desse ao bloco de constitucionalidade um papel principal no direito nacional, a tal ponto que é possível dizer que o DIDH tornou-se base da pirâmide jurídica na Colômbia.

Palavras-chave: fontes do direito, Direitos Humanos, bloco de constitucionalidade.

Sumario

Introducción. 1. El Marco teórico del actual Derecho Colombiano. 2. La rigidez formal y material de la Constitución. 3. La variación de las fuentes del Derecho Constitucional. 3.1. Los principios constitucionales. 3.2. La jurisprudencia. 3.3. El Bloque de constitucionalidad. 4. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el DIH como fuente principal del derecho colombiano. 5. Epílogo: el bloqueo legal como origen del cambio jurídico. Referencias.

Introducción

El presente artículo es el resultado de una investigación que se adelanta en el Grupo de investigación en Derechos Humanos “De las Casas” y es financiada en su totalidad por la Universidad Sergio Arboleda. Hace parte de los resultados del proyecto titulado “Implementación del SIDH en Colombia”, liderado por el autor de este texto.

A partir de la Constitución del 91, se ha venido generando en Colombia una variación de la cultura jurídica, cuyo énfasis fundamental es la reivindicación de la Constitución como norma imperativa en el derecho colombiano, con capacidad de irrigación de todo el sistema jurídico nacional y, sobre todo, con aplicabilidad directa y exigibilidad a manos de todos los ciudadanos.

Ese énfasis se acompaña perfectamente con la teoría del neo constitucionalismo sostenida por algunos autores, tanto en la práctica misma del derecho como desde la teoría, entendiéndola como una nueva perspectiva del orden jurídico nacional.

Así pues, existe una variación fundamental en el derecho nacional, especialmente en la cultura jurídica constitucional, lo que implica de plano la

necesidad de adecuar las formas de aprendizaje y ejercicio del derecho, pero de la misma manera, y para que ello tenga sentido, se hace indispensable entender la dinámica de metamorfosis del derecho colombiano, adentrarse en los elementos principales de esa variación y de esa forma, anticipar los giros que el sistema va a tomar, a fin de preparar a los actores del derecho para las eventuales problemáticas que surjan y finalmente, para el correcto funcionamiento del sistema.

La transformación del sistema jurídico nacional se ha dado de forma paulatina, y la discusión doctrinal se ha centrado en aspectos que bien pueden resultar coyunturales (como la capacidad de las Cortes o la irrigación del derecho) sin dedicarse a analizar, a profundidad, los elementos más estructurales del cambio, en particular las fuentes mediatas e inmediatas y sus efectos en este nuevo sistema.

El presente texto intenta determinar cuál es el efecto de la transformación de la cultura jurídica en las fuentes del derecho colombiano. Para lo cual se hace un análisis del concepto genérico de neo constitucionalismo, luego el texto se adentra en el análisis de fuentes emergentes del derecho constitucional y, finalmente, a partir del análisis anterior, construye una respuesta que confirma la siguiente hipótesis: El derecho internacional de los derechos humanos se ha convertido en la fuente principal y piedra angular del derecho colombiano.

Para llegar a este resultado, el proyecto se fundamentó en un análisis jurisprudencial–doctrinal, la metodología utilizada se enmarca dentro de lo que anteriormente denominaban investigación jurídico-pura (Sánchez, 2010b; 2010c pp. 302-306) y que actualmente se denomina investigación jurídico doctrinal (Sánchez, 2011).

Se trata de una lectura del derecho desde el derecho, alejado de otras materias (como la moral o la ética) y concentrado en fuentes que dan cuenta

del conocimiento del derecho para buscar una teoría a partir del estudio de temas puntuales, por lo que se trata de una forma de investigación epistemológica inductiva.

El estudio se concentró fundamentalmente en la jurisprudencia constitucional, pero no con un enfoque descriptivo sino prescriptivo.

1. El Marco Teórico del actual Derecho Colombiano

Autores como Santiago Alfonso (2008) consideran el neo constitucionalismo como un proceso histórico, como una teoría o concepción acerca de la realidad jurídica y como una postura doctrinaria e institucional, e incluso ideológica, acerca de la función de los jueces en la realización de la democracia constitucional.

Esta evolución del sistema jurídico, con tan importantes repercusiones en la Europa Continental y en Latinoamérica, (y que dicho sea de paso, no ha tenido ningún efecto en el mundo anglosajón) tiene su origen en el pensamiento jurídico de la segunda posguerra, que vislumbra “una serie de fenómenos evolutivos que han tenido evidentes impactos en lo que se ha llamado el paradigma del Estado Constitucional” (Carbonell, 2003).

Es importante no confundir el neo constitucionalismo con un nuevo constitucionalismo, pues tal como lo explica Eduardo Aldunate (2010),

[...] el constitucionalismo, como fenómeno social, político y jurídico originado a finales del siglo XVIII y primer tercio del siglo XIX, tiene unos contornos bien precisos; se trata, en primera línea, de un movimiento político, con inspiración filosófica ilustrada que, sobre la base del cuestionamiento de los criterios de legitimización tradicional, busca dotar al poder de un fundamento de legitimidad racional, tanto desde el punto de vista de su forma, la ordenación

articulada y sistemática de los fundamentos de la organización política en un solo instrumento, como desde el punto de vista de su origen, una ordenación objeto de una decisión consciente y deliberada del cuerpo político o sus representantes, así como desde la perspectiva de su contenido, la consagración de un régimen de limitación del poder a través de la sujeción de las autoridades a la Constitución y a la ley. Dicho de otra manera el constitucionalismo persigue que los Estados se doten de constituciones entendidas de la manera señalada.

En Colombia el neo constitucionalismo se fue abriendo puerta en la cultura jurídica nacional a través de la llegada de ideas que reivindican los derechos fundamentales y el rol de los jueces en la cultura democrática. Lo que sirvió para avanzar sobre el legalismo a ultranza que había dejado la escuela *ius* positivista e ir en camino a un sistema jurídico más apto para el marco constitucional del 91.

En efecto, la Constitución colombiana empezó a irradiar todo el sistema jurídico nacional, pasando de ser un simple preámbulo de las normas legales, para convertirse en la principal fuente de todo el derecho nacional. Robert Alexy (1993) afirma que el problema interno de la disputa acerca del concepto de derecho radica en la relación entre el derecho y la moral, y emplea el término de “irradiación de la Constitución” para hacer referencia a la constitucionalización del derecho. Alexy (1994) plantea que la Carta Política es una norma autónoma y a razón de ello independiente a las demás, lo cual implica que a partir de su primacía puede llegar a ser aplicada a todo el sistema jurídico a partir de sí misma y por ende esto conlleva a una transformación de las instituciones que compone el Estado, lo que genera las bases sólidas del neo constitucionalismo.

Otro aspecto fundamental de la transformación cultural jurídica colombiana, se da a través del rol preponderante de los jueces en la creación del derecho. Se trata de una aplicación del desarrollo doctrinario de Dworkin (2009), y en especial de sus investigaciones sobre la naturaleza de las nor-

mas constitucionales dedicadas a la protección de los Derechos Humanos como “normas principio”, que al enfrentarse en un juicio complejo, no se destruyen entre sí, sino que deben ponderarse, tarea que corresponde al juez y que lo convierte por lo tanto en un actor fundamental a la hora de interpretar, aplicar e incluso modular las normas relativas a la protección de Derechos Humanos, o aquellas que en un juicio determinado se enfrenten con un derecho fundamental.

Los juicios de ponderación se convirtieron en la herramienta *sine qua non* que utilizan los jueces constitucionales para hacer valer los derechos fundamentales. Las más importantes sentencias de tutela de la Corte Constitucional (Vgr T-025/04; C-370/06), no son otra cosa que un ejercicio de ponderación de derechos fundamentales respecto de elementos de interés general y en ocasiones, de trascendental importancia. Los grandes debates jurídicos pasaron de ser aquellos que se resolvían con la regla sistémica de validez jerárquica entre reglas confrontadas, para convertirse en debates en los que aspectos propios de la sociedad, como los valores y los principios, no solamente son tenidos en cuenta, sino que son la clave fundamental para la toma de decisiones en virtud de la naturaleza de normas principio o postulados de perfeccionamiento de los derechos fundamentales.

Este quizá es el giro más trascendental del derecho colombiano: la inclinación para preferir lo humano sobre lo legal, la preponderancia del contenido sobre las formas, o en otras palabras, la búsqueda del cumplimiento de los objetivos del Estado delineados, según nuestra propia Constitución, en la protección de los derechos de los particulares. Esta transformación, que necesariamente implica dejar la rigidez del derecho y alejarse de las formas, bien puede entenderse como una negación al formalismo puro (López, 2004) o, mejor aún, como el abordaje de un nuevo sistema jurídico capaz de dirigirse de elementos que en principio son ajenos a sus formas estructurales, pero que en virtud de la necesaria imbricación de disciplinas a la hora de la protección efectiva de ciertos derechos, termina convirtiéndose

en una herramienta vital para el orden jurídico. En el fondo es la traducción de la teoría del derecho dúctil, que sostiene, en la pluma del profesor Zagrebelsky (2003), que “la idea de derecho solo se puede conocer desde el interior, participando en la práctica social llamada derecho, en la que junto a las normas aparecen los hechos y los valores”.

El derecho no es la simple concepción legalista, pues de esa forma no responde a las necesidades sociales, es, en su estado actual, una creación plural, abierta y carente de rigidez, dúctil en el sentido en que puede moldearse y adaptarse a la evolución social, a sus dinámicas y carencias.

La teoría de Zagrebelsky (2003) y su juicioso estudio sobre el derecho constitucional moderno, visto desde el punto de vista del juez constitucional, es quizá, la reivindicación más importante del juez como “Señor del Derecho”, no como un ejercicio de propiedad, sino como el resultado de un protagonismo que convierte al juez, y ya no al legislador, en el verdadero creador de unas formas jurídicas adaptadas a las necesidades sociales, al acompasar con prudencia (*iuris prudentia*) el respeto por la Ley, la protección de los derechos y la constante búsqueda de la Justicia (Martínez, 2005).

Así se fue transformando el derecho colombiano, convirtiendo a los jueces en los señores del derecho y, por ende, al decir de Diego López (2006), al derecho colombiano en el “Derecho de los Jueces”, puesto que su desarrollo empezó a centrarse en la decisión judicial, al menos siempre que se trate del ejercicio de competencias de juez constitucional, en relación directa con la protección de derechos fundamentales.

Justamente, una de las diferencias importantes entre el neo constitucionalismo y el constitucionalismo, es que el neo constitucionalismo tiene un carácter parcial. Señala al respecto (Martínez, 2005) que “el neo constitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista, ya que pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder

estatal, que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales”.

Las arduas discusiones entre constitucionalismo y neo constitucionalismo adelantadas principalmente por autores europeos (ver, por ejemplo, la discusión Pietro Sanchís & García Amado) en el fondo no han tenido gran repercusión en el derecho colombiano ni en la doctrina nacional, excepto en aquellos sectores en los que se discute el neo constitucionalismo desde el punto de vista más teórico filosófico que práctico. Por lo demás, independientemente del nombre que se le ponga, la práctica jurídica nacional se ha visto abocada a una transformación del rol de los jueces en virtud de la reivindicación de la búsqueda de los derechos fundamentales y su protección por encima de los formalismos jurídicos, así como la utilización de principios y valores meta jurídicos, como elementos propios de la decisión judicial.

2. La rigidez formal y material de la Constitución

Si el neo constitucionalismo implica que la Constitución se convierte en una norma de aplicabilidad directa con especial relevancia de los derechos fundamentales, uno de los problemas que se puede generar es la determinación concreta del contenido material de la Constitución. Ricardo Guastini (2001) identifica siete características de la constitucionalización de un sistema jurídico, la primera de ellas es la incorporación de una Constitución rígida que incluye derechos fundamentales.

El problema que muchos analizarían respecto de la Constitución colombiana de 1991 es que tiene una rigidez discutible, puesto que su reforma resulta tan fácil como la creación de cualquier Ley, y por otra parte, ni siquiera es fácil determinar con claridad cuál es su contenido.

Respecto del primer problema, la solución podría encontrarse en la teoría de la reforma versus la sustitución de la Constitución, desarrollada por la Corte Constitucional en su jurisprudencia a partir de la sentencia C-551 de 2003, en que la Corte Constitucional establece que el control de la reforma de la Constitución por vicios de procedimiento en la formación del acto reformativo incluye la revisión de los vicios de competencia.

Así entendido, el control de sustitución de la Constitución implica un test que se fundamenta en dos elementos: a) un juicio sobre la competencia del órgano encargado de adelantar la reforma; b) un juicio a cargo de la Corte Constitucional que implica identificar los aspectos estructurales de la identidad de la Constitución que podrían verse en riesgo de sustitución por el acto reformativo.

En la Sentencia C-141 de 2010 al estudiar el proyecto de reforma constitucional que permitiría implementar una segunda reelección presidencial, la Corte Constitucional se pronunció respecto del concepto de sustitución de la Constitución explicando que es un concepto inacabado, puesto que aún la Corte no ha tenido oportunidad de desarrollar todas las hipótesis posibles, pero tuvo lugar, en cambio, de explicar, en qué consistía el juicio de sustitución de la siguiente forma:

Las diferencias fundamentales que distinguen al juicio de sustitución del juicio de intangibilidad y del juicio de violación de un contenido material de la Constitución, consiste en que la premisa mayor del juicio de sustitución no está específicamente plasmada en un artículo de la Constitución, sino que es toda la Constitución entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad. Además, el juicio de sustitución no tiene por objeto constatar una contradicción entre normas como sucede típicamente con el control material ordinario, ni se verifica si se presenta la violación de un principio o regla intocable como sucede con el juicio de intangibilidad, sino que mediante sustitución se aprecia si la reforma introduce un nuevo

elemento esencial a la Constitución, se analiza si es que reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, luego, se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre era, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles (Corte Constitucional, 2010).

Así, pues, si bien es posible hacer múltiples reformas a la Constitución y el trámite de reforma no comprende necesariamente complejidades exageradas, existe un límite material a la capacidad de reforma determinado por la propia Constitución e interpretado por la Corte Constitucional. Ese límite a la capacidad de reforma convierte la Constitución en una Constitución rígida, al menos en su estructura fundamental, determinada por el constituyente primario y frente a la cual el constituyente secundario no tendría ninguna competencia (Corte Constitucional, 2010).

Con ello se supera la primera cuestión respecto del tipo de Constitución que se tiene, pero se genera igualmente una respuesta sobre otro punto más controversial: ¿fue la Constitución de 1991 la que inició el cambio de la cultura jurídica al sistema neo constitucional? La respuesta que inicialmente se puede dar es NO.

En efecto, la Constitución de 1991 estableció una Carta de Derechos, y con ella una serie de garantías que generaban una implementación directa de la Constitución, pero al mismo tiempo, mantuvo un sistema de constitución flexible y, como veremos a continuación, perpetuó un sistema de fuentes jurídicas propias del positivismo normativo, al punto que negaba en sus propios artículos (Art. 230) la aplicación directa de las normas constitucionales.

En realidad el cambio del derecho constitucional no surge directamente de la Constitución, sino del ejercicio interpretativo a manos de los Jueces de la Corte Constitucional, que son quienes, como en el caso de la teoría de la sustitución, se encargan de generar cambios que trascienden el texto de la Carta.

3. La variación de las fuentes del Derecho Constitucional

Hablar de transformación de la cultura jurídica, implica necesariamente una transformación de los roles de los actores del derecho, como consecuencia directa de una transformación de las fuentes jurídicas con las que el juez realiza sus labores.

En primer lugar, se ha dicho que la Constitución se ha convertido en una norma aplicable en forma directa y que irriga todo el sistema jurídico. Ello significa que normas cuya redacción no se asemejan a las típicas normas regla, deben convertirse en las premisas mayores de los silogismos judiciales con las dificultades que ello entraña. La primera dificultad yace en la naturaleza normativa, como mandatos de perfeccionamiento o normas principio de las disposiciones constitucionales. La primera discusión, por lo tanto, consiste en establecer exactamente cuál es el valor jurídico que tienen los “principios” en el ordenamiento nacional.

3.1. Los principios constitucionales

Al respecto el profesor Pórtela (2009) explica con claridad, como en la actualidad existen diversos sentidos del término principios jurídicos, trayendo a colación a Otero Parra, dice que el término es entendido: 1. Como una norma muy general, 2. Como una norma redactada en términos particularmente vagos, 3. Como norma pragmática o directriz, 4. Como norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico, y 5. Como norma sobre la solución y la interpretación de la norma aplicable.

La importancia de los principios en el neo constitucionalismo, es que justamente esta nueva teoría propende por una aplicación de principios constitucionales por encima de las reglas legales. No se trata entonces de los mismos principios jurídicos establecidos en el clásico derecho romano y en el *ius* positivismo. Robert Alexy (1993) los define como mandatos de

optimización cuya característica fundamental es que su cumplimiento puede ser gradual, puesto que depende tanto de posibilidades fácticas como de posibilidades jurídicas y por ende permiten su ponderación, pero finalmente son normas que ordenan la realización de algo en la mayor medida posible con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas.

Prieto Sanchís (1998) reitera esta idea, en su libro titulado justamente *Ley, Principios, Derechos*, con la siguiente afirmación:

Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos (p. 55).

Por otra parte, se trata, según Zagrebelsky (2003), de principios plurales que permiten la existencia de un “derecho dúctil” en la medida en que ningún principio prevalece sobre el otro, puesto que una Constitución pluralista (como resulta por ejemplo ser la Constitución colombiana) presenta la estructura de un pacto en el que cada una de las partes implicadas introduce aquellos principios que se corresponde con sus ideas de justicia.

En el derecho colombiano los principios jurídicos se han convertido en una fuente primordial del derecho, puesto que no solamente son fuente normativa para la decisión judicial, sino que llegan a tener tal importancia que incluso la Corte Constitucional (C-203/11) los ha establecido como un límite a la potestad de configuración legislativa del Congreso.

La libre configuración legislativa como prerrogativa esencial al constitucionalismo democrático, no está concebida empero como apareció en un principio, bajo la fórmula del estado de derecho y de la soberanía nacional, para un *legibus solutus*. Porque el legislador bajo el estado constitucional, aún con el poder que le he reconocido y que el juez constitucional está llamado a preservar, se encuentra

sometido el cumplimiento de los valores y principios constitucionales de la organización político institucional, tales como la dignidad humana, la solidaridad, la prevalencia del interés general, la justicia, la igualdad y el orden justo.

Esta es la primera acepción del término “principios jurídicos” entendidos como los valores guías de la Constitución Política, cuya utilización se adapta perfectamente a las teorías neo constitucionalistas, en especial a lo dicho por Prieto Sanchís (1998) al dar importancia al valor normativo y regulador a los principios.

La Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha ido decantando aquellos principios que considera como valores fundamentales de la Constitución de 1991 y que por lo tanto son el límite a la exigibilidad de cualquier norma de inferior jerarquía, lo que significa que son también el límite a la libertad de configuración legislativa. Dichos principios pueden enumerarse según la jurisprudencia constitucional: principios de proporcionalidad y razonabilidad frente al fin para el cual fueron concebidas (las normas), con el objeto de asegurar precisamente la primacía del derecho sustancial, la prevalencia del interés general, la justicia, la igualdad y el orden justo, el ejercicio más completo posible del derecho de acceso a la administración de justicia, el debido proceso, el cumplimiento del postulado de la buena fe de las actuaciones de los particulares y el principio de imparcialidad.

Pero la posición técnica sobre la naturaleza exacta de los principios jurídicos ha sido resuelta por la Corte Constitucional desde su jurisprudencia temprana. Específicamente en la sentencia C- 126 /98, la Corte Constitucional responde a la cuestión, a través de la solución de un problema jurídico preciso. La Corte había determinado que para analizar la constitucionalidad de una norma legal, ya sea total o parcial, había que definir si existe una oposición objetiva y verificable entre lo que dispone el precepto acusado y lo que manda la Constitución. En otras palabras, no es posible declarar la inexecutable de una disposición legal, únicamente por una percepción

subjetiva de contradicción de manera genérica, “de la filosofía que subyace a la carta”, pues se trata “de un cargo demasiado ambiguo, que no permite verdaderamente que se desarrolle la controversia constitucional en la materia” (Corte Constitucional, 1998). En esos casos la Corte debe inadmitir la demanda o inhibirse de pronunciarse de fondo, pues entiende que el actor no cumplió el requisito señalado por el artículo 2 del decreto 2067 de 1991, según el cual corresponde a los demandantes señalar las normas constitucionales vulneradas y las razones por las cuales las estima infringidas.

Sin embargo, la Corte considera diferente aquel evento en “que los cargos son ambiguos y abstractos, y por ende no permiten que se desarrolle una controversia constitucional” (Corte Constitucional, 1998), de los casos en que se alega la vulneración de los principios contenidos en la Carta, pues en este caso “la acusación es concreta y específica, ya que se estaría señalando que las disposiciones acusadas violan una norma constitucional particular”.

El párrafo más expreso en que la Corte cambia el valor jurídico de los principios, al reconocerlos como normas es el siguiente:

En efecto, los principios constitucionales a pesar de tener una forma, interpretación y aplicación diversa a las reglas, pues están sujetos a un principio de ponderación, no por ello dejan de ser normas constitucionales, por lo cual deben ser respetados por la ley. Por ende, una disposición legal incompatible con un principio constitucional debe ser declarada inexecutable, en caso de que no admita una interpretación conforme a la Carta (Corte Constitucional, 1998).

En efecto, la Corte Constitucional ha hecho énfasis en que los principios y valores constitucionales son normas y “gozan de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura, por tanto, toda norma, sea de índole legislativa o de otro nivel, que desconozca cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios” (Corte Constitucional, 1998).

En ese sentido, el primer cambio de las fuentes jurídicas del derecho colombiano consiste justamente en que los principios dejan de ser una fuente auxiliar de derecho y se convierten en verdaderas normas imperativas de un valor fundamental, tratándose de principios constitucionales capaces no solo de generar la inexecutable a las normas de valor infra constitucional que los contraríen, sino también de limitar, incluso, la libertad de configuración legislativa del Congreso de la República. Su utilización, en tanto que norma jurídica, no genera inseguridad, puesto que los mismos jueces y en especial la Corte Constitucional, se han dado a la tarea de establecer cuáles son los principios constitucionales y en qué medida deben interpretarse para efectos de su aplicación.

Ahora bien, ello no genera de ninguna forma una ambigüedad o una inclinación a la inseguridad jurídica, pues es la misma Corte Constitucional la que se ha encargado de darles unos límites precisos y un contenido a los principios constitucionales. Los principios entendidos como normas, tienen y deben tener una significación concreta, que si bien no es estrictamente rígida, al menos sí abordable desde una serie de parámetros de interpretación válidos.

3.2. La jurisprudencia

Si bien la utilización de los principios como norma jurídica imperativa genera una transformación en las fuentes del derecho colombiano, quizá lo que más ha llamado la atención de los juristas en Colombia ha sido el advenimiento del precedente jurisprudencial obligatorio (cf. Pérez, 2007; Bernal, 2005; Moreno, 2002).

Al igual que los principios, la jurisprudencia en el derecho colombiano fue siempre considerada como una fuente auxiliar, capaz de guiar la interpretación de las normas legales, pero incapaz de crear *per se*, una nueva regla jurídica de obligatorio cumplimiento para las autoridades administrativas.

De hecho, no solo tuvo la figura como fuente auxiliar en la Ley 153 de 1887 (Art. 4) sino que mantuvo incluso en la actual Constitución, cuyo artículo 230, reza: “Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Como criterio auxiliar de interpretación, la jurisprudencia llegó a ser considerada, incluso, con el cumplimiento de algunos requisitos, como doctrina probable, caso en el cual tenía la capacidad de sujetar a los jueces de inferior jerarquía en una misma línea de interpretación, determinada por la jurisprudencia repetida de la Corte Suprema de Justicia. Se trataba entonces de unificar la forma en la que los jueces de la República interpretaban las leyes, pero de ninguna manera, de crear nuevas normas a través de la jurisprudencia (Ley 153/1887, Art. 10).

Cosa distinta sucede en la actualidad. En Colombia se ha venido construyendo, a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, una nueva estructura jurídica, en la cual las sentencias no solo tienen un valor *inter partes*, sino que además tienen la capacidad de crear derecho y constituir su *ratio decidendi* en verdaderas normas obligatorias, tanto para los jueces de inferior jerarquía como para las autoridades administrativas del país.

La obligatoriedad del presente jurisprudencial en Colombia debe analizarse por separado en dos situaciones concretas. La primera de ellas es la obligatoriedad del presente jurisprudencial en las sentencias de constitucionalidad, en cuyo caso la dificultad es menos grande, puesto que al decidirse sobre la validez de una norma, los efectos *erga omnes* de la decisión son indiscutibles. En cualquier caso, tal como lo explica Suárez (2012), es a partir de la sentencia C- 083 de 1995, cuando la Corte empieza a tratar la obligatoriedad de la doctrina constitucional, en caso de que no existiera norma aplicable al caso concreto.

En dicha providencia la Corte reitera su doctrina según la cual “los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guardan relación directa con la parte resolutive, son también obligatorios y deben ser observados por las autoridades” (Corte Constitucional, 1995). En otras palabras, la Corte extiende la obligatoriedad de sus decisiones no simplemente a la parte resolutive, como era de esperarse en una decisión de constitucionalidad, sino que da a la parte motiva la naturaleza de norma supletiva, para llenar los vacíos que dejare la ley.

Pero la discusión real empezó a darse cuando la Corte Constitucional dio a sus sentencias de tutela, y específicamente a la *ratio decidendi* en ella contenida, el valor de norma jurídica obligatoria ante las autoridades administrativas, que en casos similares estarían obligados a cumplir con la decisión judicial.

La corte concedió carácter vinculante a la *ratio decidendi* de las sentencias de tutela, principalmente con el argumento de proteger el derecho a la igualdad. En la sentencia T-566 de 1998, la Corte concluyó que en los casos de las sentencias de tutela, actúa como tribunal de unificación, razón por la cual, sería impensable que cada juez del Estado pudiera apartarse de la sentencia de unificación, haciendo que la aplicación, tanto de la ley como de la Constitución, dependieran del “capricho del juez”. Con ello la Corte Constitucional estableció la obligatoriedad del presente jurisprudencial en tutelas. Más adelante, en la sentencia T-569 de 2001, la Corte se pronunció sobre el alcance de las sentencias de tutela de la siguiente forma:

Si bien es cierto que la solución (parte resolutive) de una sentencia de tutela únicamente tiene efectos *inter partes*, no puede sostenerse lo mismo de la *ratio decidendi* del fallo. En la medida en que la *ratio decidendi* constituye una norma, [...] necesariamente adquiere alcance general, pues es obligatoria su aplicación en todos los casos que se subsuman dentro de la hipótesis prevista por la regla judicial, como lo exige el respeto por el derecho a la igualdad. [...]

La obligatoriedad del precedente es usualmente una problemática estrictamente judicial, en razón a la garantía constitucional de la autonomía, lo que justifica que existan mecanismos para que el juez pueda apartarse [...] Este principio no se aplica frente a las autoridades administrativas, pues ellas están obligadas a aplicar el derecho vigente (y las reglas judiciales lo son), y únicamente están autorizadas, más que ello, obligadas, a apartarse de las normas, frente a disposiciones clara y abiertamente inconstitucionales. De ahí que su sometimiento a las líneas doctrinales de la Corte Constitucional sea estricto (Corte Constitucional, 2001).

Aquí se genera la verdadera transformación del derecho colombiano, al convertir a las sentencias judiciales en una fuente principal de derecho y generar, en consecuencia, la necesidad de que los actores del arte jurídico deban someterse a las reglas de un precedente judicial obligatorio. Ello trae como consecuencia la transformación indiscutible de la cultura jurídica, indicando ajustes en la enseñanza del derecho, en la técnica del ejercicio y en la valoración de los problemas jurídicos en las instancias judiciales. El abogado que antes estaba preparado para manejar las leyes y basaba su habilidad en el conocimiento de las normas, debe adaptarse al conocimiento de la jurisprudencia, manejar con eficiencia los conceptos de *ratio decidendi* y sobre todo, conocer las reglas de analogía aplicables en el sistema de precedente obligatorio. El reconocimiento de esta fuente ha llegado a tal punto que incluso se ha trasladado a otras materias, como sucede en el caso del derecho contencioso administrativo, que según la nueva legislación, también se acoge a las fórmulas del precedente obligatorio.

3.3. El bloque de constitucionalidad

Ahora bien, si las dos anteriores fuentes se habían contemplado clásicamente como fuentes auxiliares en el derecho colombiano, en realidad lo que sucedió fue que se varió la funcionalidad de las fuentes, pasando de elementos de interpretación a reglas normativas, pero, en general no se inventó una nueva fuente del derecho para Colombia.

Caso distinto ocurre con el llamado bloque de Constitucionalidad, el cual surgió de la interpretación de la Corte Constitucional y poco a poco pasó a convertirse en quizá la más importante de las fuentes del derecho, al menos en lo que respecto del derecho constitucional sustantivo se trata. Esta es una fuente nueva, una innovación práctica que va a generar cambios rotundos en el avance del derecho colombiano.

El bloque de Constitucionalidad desarrollado por la jurisprudencia de la corte constitucional a partir de la sentencia C-225 de 1995 y analizado por la doctrina de diferentes puntos de vista, se fue transformando poco a poco desde las estrictas reglas del artículo 93, hasta convertirse en una amalgama de instrumentos internacionales y nacionales, referidos a distintas materias y que finalmente tienen valor constitucional. El bloque fue definido en la citada sentencia, como “aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución (Corte Constitucional, 1995).

Posteriormente, en 2003, de forma más específica en cuanto a la finalidad del Bloque de Constitucionalidad, la Corte dijo que:

[...] las normas del bloque operan como disposiciones básicas que reflejan los valores y principios fundacionales del Estado y también regulan la producción de las demás normas del ordenamiento doméstico. Dado el rango constitucional que les confiere la carta, las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad que les asigna Bobbio, a saber, servir de i) regla de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas. (Corte Constitucional, Sentencia C-067/03, p.18)

Ello indica, como se ha dicho anteriormente (Fajardo, 2010) que la noción inicialmente restringida de Bloque, se ha venido ampliando de forma que “[...] en Colombia la noción de Bloque de Constitucionalidad sobrepasa la visión clásica de una herramienta de control de normas, busca unificar el sistema normativo nacional y afecta el alcance de los recursos constitucionales sobre derechos humanos. La acción de Tutela, por ejemplo, si bien no puede invocar directamente la violación del Bloque, sí puede acudir a la interpretación más amplia de los derechos fundamentales a través del Bloque”.

Así entendido, el bloque de constitucionalidad es una herramienta que amplía el contenido material de la Constitución, permitiendo a la Corte tomar en consideración, para los juicios de constitucionalidad y para la interpretación de los derechos fundamentales, una serie de instrumentos internacionales (al menos en primera medida) cuya relación con la Constitución no es directa (Bernal, 2005).

La importancia del bloque de constitucionalidad para el derecho colombiano ha ido *in crescendo*, acompasado con el creciente ritmo de participación de la Corte Constitucional en los debates socio jurídicos del país. Por una parte, la composición del bloque se amplió desde una etapa inicial, de forma que la Corte puede incluir distintos elementos con diferente valor normativo (Fajardo, 2008).

Por una parte, el primer inciso “permite incorporar ciertos derechos y principios al bloque de constitucionalidad, incluso cuando estos no han sido reconocidos por el articulado constitucional, pero para ello se requiere que sean derechos no limitables en estados de excepción”, mientras que en el segundo inciso “tiene otra finalidad, pues esa norma completa y dinamiza el contenido protegido de un derecho que ya está consagrado en la Carta, puesto que, conforme a ese inciso, tal derecho debe ser interpretado de conformidad con los tratados ratificados por Colombia” (Corte Constitucional, Sentencia T-1318/01).

Esta tesis, sostenida en la sentencia T-1319 de 2001 y reiterada por la Corte en sentencias de unificación como 058/03 y 067/03, se traduce en que por una parte, el art. 93 permite la inclusión de nuevos derechos en el corpus iuris constitucional y, por otra, para los derechos reconocidos en la Carta, hace necesaria una valoración a la luz de los tratados firmados por Colombia. Dice la Corte:

El inciso segundo, por su parte, ordena que los derechos y deberes previstos en la Constitución se interpreten de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Así, esta vía de incorporación está sujeta a que el derecho humano o el deber, tengan su par en la Constitución, pero no requiere que el tratado haga referencia a un derecho no suspendible en estados de excepción (Corte Constitucional, Sentencia T-1319/01, p.17).

Pero la posición más interesante sostenida en la T-1319/01, que se reitera en varias sentencias, es aquella según la cual, el inciso 2 del Art. 93 establece una forma de incorporación vía interpretación “en que ha de fundirse la norma nacional con la internacional y acogerse la interpretación que las autoridades competentes hacen de las normas internacionales e integrar dicha interpretación al ejercicio hermenéutico de la Corte” (cf. Corte Constitucional, Sentencias T-666/04 y C-148/05).

Esto es lo que la Corte inicialmente denominó Bloque lato y stricto sensu, y que posteriormente se amplió. Según la Corte, al llamado bloque de constitucionalidad *latissimo sensu* (ProFis, 2009), dentro del cual están, entre otras, las interpretaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas el Pacto de San José y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Corte Constitucional, Sentencia T-1319 de 2001).

Por otra parte, la importancia del bloque ha variado al convertirse en la premisa mayor en las decisiones trascendentales en materia de derechos

humanos y de internacional humanitario en Colombia (cf. Corte Constitucional, Sentencias C-370/06, T-045 /10; y los autos de seguimiento a la T-025 /04; entre otras).

Al mismo tiempo, el Bloque de constitucionalidad ha pasado de ser una materia útil exclusivamente para las decisiones de exequibilidad de las normas Infra legales, para convertirse en una variable constante de validez interna de las normas del derecho colombiano. El bloque de constitucionalidad no solo ha entrado a hacer parte de la política pública en materias relacionadas con los derechos humanos, sino que ha llegado a colarse en temas específicos y técnicos del derecho, como el derecho procesal penal (Uprimny, 2009), o el derecho contencioso administrativo.

En realidad, quizá la más importante transformación del Bloque es que en virtud de la incorporación de instrumentos que no son verdaderas normas (en ocasiones ni siquiera en el ámbito internacional, como sucede con los principios *Joinet*, o los principios de *Beiging*) la Corte ha convertido al Bloque en una nueva fuente de derecho constitucional. Las reglas, decisiones o interpretaciones –además de las normas internacionales– que la Corte Constitucional trae al bloque de constitucionalidad para aplicar en el derecho interno, se convierten en verdaderas normas jurídicas de carácter supra legal.

Incluso la doctrina empieza a entender el Bloque como fuente, no solo del derecho constitucional sino de otras ramas del derecho colombiano. Así, por ejemplo, Serna (2010) sostiene que el bloque es fuente del derecho administrativo en el siguiente sentido:

Es posible afirmar que el bloque de constitucionalidad es una fuente del derecho administrativo, ya que existen diversos instrumentos de carácter internacional que limitan el ejercicio del poder del Estado y que a su vez constituyen su fuente, caso concreto los descritos en este artículo como lo son el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio 169 de la OIT, por lo que la jurisprudencia de la Corte

Constitucional debería desarrollar ampliamente este criterio para conciliar el sometimiento de la administración pública a la figura del Bloque de Constitucionalidad.

Así pues, dada de la importancia que el bloque ha ganado en el derecho colombiano, pareciera indispensable la existencia de un marco bien delimitado para establecer las normas e instrumentos que pertenecen a dicho bloque. Sin embargo, lo cierto es que el bloque de constitucionalidad es completamente indefinido, y pareciera ser que su naturaleza misma exige esta característica.

Ha llegado a tal grado la importancia del derecho internacional de los derechos humanos en Colombia, que bien podría pensarse, sin temor a equivocaciones, que en la actualidad es prácticamente imposible abordar un problema jurídico relativo a derechos fundamentales sin adentrarse en el estudio del derecho internacional de los derechos humanos.

En ese sentido, la exigencia e interpretación actual de los derechos fundamentales en Colombia tiene como fundamento el derecho internacional de los derechos humanos. Ello de ninguna forma es una exclusión de la regla general que siguen los países de la región, pero hay que reconocer que Colombia es un país pionero en la materia, al punto que su jurisprudencia (la de la Corte Constitucional) se ha convertido en un faro guía del quehacer de las Cortes de la Región.

4. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el DIH como fuente principal del Derecho Colombiano

La “crisis de las Fuentes del Derecho” como ha sido llamada por algunos autores (García, 2010) para referirse al cambio brusco que ha sufrido el derecho colombiano a ese respecto –y desde una visión crítica, las posibles dificultades que ello presenta- no se refiere únicamente a la emergencia de

nuevas fuentes, sino, al mismo tiempo, al desvanecimiento de la fuerza e importancia de otras.

En ese punto es importante recalcar lo siguiente: la variación de las fuentes en el derecho colombiano no fue el resultado directo de la adopción e implementación de la Constitución de 1991. De hecho, la Constitución del 91 consagra un sistema de fuentes jurídicas exactamente igual a la que mantenía la Constitución anterior. En efecto, tanto el Art. 230 de la Carta del 91 como el Art. 160 de la Constitución de 1886, consagran la Ley como fuente primordial e incluso exclusiva del derecho colombiano.

En materia de Derechos Humanos, si bien la Constitución del 91 implementó la acción de tutela generando una protección directa y una forma de aplicabilidad amplia de los derechos contenidos en la Constitución, lo cierto es que el contenido de esos derechos fue encargado al legislador, de forma que, de haber cumplido su tarea —el legislador— los jueces de tutela no tenían otra misión distinta a la de hacer cumplir la Ley.

En otras palabras, la Constitución del 91 no se dio a sí misma las herramientas suficientes para que el neoconstitucionalismo colombiano surgiera de forma automática. De hecho, es más fácil sostener que la Constitución del 91 no es una Constitución neo constitucionalista a decir que sí lo es. En realidad el neo constitucionalismo no surge de las disposiciones constitucionales, sino del rol de los jueces en el ejercicio del derecho.

Pero, lo cierto es que ese rol de los jueces se dio, entre otras, porque la tarea dada al legislador de regular y desarrollar el contenido de los derechos fundamentales, fue a tal punto escasa, que si los jueces se hubieran limitado a hacer cumplir la Constitución y las leyes en la materia, la protección de los derechos fundamentales en Colombia sería prácticamente nula.

El ejemplo más simple para sustentar la anterior afirmación se encuentra contenido en el Art. 11 de la Carta Constitucional. “El derecho a la vida es inviolable, en Colombia no habrá pena de muerte” –dice la Carta- y con eso tiene la típica norma principio, con una estructura tan mínima que es imposible saber, a ciencia cierta, cuál es el mandato exacto para la protección del derecho a la vida.

La obligación de desarrollar cuál es el contenido del derecho a la vida, es decir, qué es lo que no se debe violar, correspondía al legislador, sin embargo, hasta el día de hoy no existe ninguna Ley que regule específicamente este derecho, que determine cuál es su contenido, y por ende las obligaciones del Estado o los particulares en la materia.

En cambio de ello, la Corte Constitucional ha desarrollado una nutrida y progresiva jurisprudencia en la materia, que no solo ha dado cabida a la protección de otros derechos como la salud o la vivienda en la protección del derecho a la vida, sino que ha resuelto graves y complejos problemas relacionados con este derecho como el mínimo vital, el aborto, la eutanasia, el proyecto de vida, entre otros. Con ello la Corte, a través de su jurisprudencia, ha ido llenando de contenido ese cajón vacío que es el Art. 11, haciendo realidad, por una parte, la protección de ese derecho y al mismo tiempo permitiendo que haya un avance progresivo en la protección del mismo.

Para hacerlo, la Corte Constitucional no se ha servido de la Ley, como se lo exige la Constitución, sino que a defecto de ella, ha tenido que recurrir a fuentes externas, que en materia de Derechos Humanos no son otra cosa que los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos, de forma tal, que al entrar en su interpretación jurisprudencial, y esta a su vez convertirse en norma, los derechos fundamentales en Colombia terminan teniendo el contenido que en el Derecho Internacional se exige que tengan. Ello, evidentemente, en beneficio de los principios de universalidad e interpretación progresiva de los Derechos Humanos.

La ley se convirtió en fuente de segundo orden, puesto que en materia de derechos humanos es ahora la misma Constitución –vista desde el punto de vista del bloque- quien se encarga de llenar los contenidos. Pero no es necesariamente así como se había diseñado la arquitectura constitucional, sino que ello resulta de, en primer lugar, el rol proactivo de la Corte Constitucional y en segundo lugar, el abandono de los temas de derechos humanos por parte del legislador. A falta de leyes, la jurisprudencia terminó convirtiéndose en el medio idóneo para regular los derechos fundamentales.

Por otra parte, la Ley perdió fuerza porque con el avance de la Jurisprudencia en materia de interpretación imperativa de los derechos fundamentales, el bloque de constitucionalidad (en sentido más amplio) empezó a tomar un ámbito de cubrimiento que finalmente toca con todas o la mayor parte de las materias de la vida social. Siendo el bloque de constitucionalidad la premisa mayor del examen de exequibilidad de las normas infralegales, y al haberse ampliado de tal forma, el ámbito de configuración legislativa se restringe y es por ello que la Corte interviene en la formación de la ley de forma permanente, modificando o excluyendo los productos del Congreso.

La respuesta a la limitación de configuración legal vía control de constitucionalidad empezó entonces a darse por la vía de la reforma constitucional, a tal punto que los proyectos de reforma empezaron a generarse en igual o superior número que los proyectos de leyes ordinarias. Nuevamente entonces, la Corte Constitucional desarrolla una doctrina que permite examinar la producción del Congreso, ahora como constituyente secundario, desde sus contenidos materiales.

La Ley está limitada a la Constitución, y, en lo que concierne a derechos fundamentales, a una Constitución muy amplia, compuesta principalmente por las interpretaciones desarrolladas a través del Derecho Internacional.

En efecto, a través del bloque, se ha convertido al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al DIH en la fuente primordial del derecho en Colombia, no solo porque son de obligatorio cumplimiento, sino porque ninguna norma puede contrariarlos. Toda la jurisprudencia constitucional en materia de Tutela e incluso la de inconstitucionalidad referida a Derechos Humanos da cuenta de ello.

5. Epílogo: el bloqueo legal como origen del cambio jurídico

La Crisis de las Fuentes del Derecho en Colombia, y el neo constitucionalismo colombiano, tienen exactamente el mismo origen y la misma consecuencia.

El origen no es la Constitución del 91, es cierto que ella implementó una Carta de Derechos y les dio garantías que, generaban una aplicación directa de la Constitución, pero finalmente, la misma Constitución guardó la fórmula por la cual los jueces solo estaban sometidos a la Ley y le dejó al legislador la tarea de desarrollar los derechos y las disposiciones constitucionales.

Fue a partir de la abstención del Congreso por regular los derechos fundamentales y de la necesidad imperante de interpretarlos y dar seguridad a esa interpretación creciente, que la Corte fue ganando un rol principal en el derecho colombiano y el derecho constitucional de los derechos fundamentales se convirtió en un derecho que irriga a todo el derecho nacional.

La crisis de las fuentes se dio por la necesidad de avanzar en la regulación y protección de los derechos fundamentales y, finalmente, el neo constitucionalismo colombiano cumple con todas sus características en lo que se refiere a derechos fundamentales.

Son esos derechos los que irrigan todo el sistema jurídico, son esos derechos los que se aplican de forma directa, se exigen de forma directa e imperan en el derecho colombiano. La parte estructural de la Constitución sigue siendo tan estática como en la Constitución del 86, mientras que la parte sustantiva, y específicamente la que trata de derechos fundamentales, es una norma jurídica activa, principal fuente del derecho nacional.

Lo interesante es que, en ese nuevo orden de las fuentes jurídicas, en que los derechos fundamentales ocupan el papel principal, buena parte de esos derechos han sido implementación del derecho internacional en el derecho interno.

Así pues, no cabe duda de que el sismo de la cultura jurídica nacional tiene su origen en la revolución de los Derechos Fundamentales. Al haber dotado a la Constitución del 91 de una Carta de Derechos, el constituyente sembró una semilla transformadora, que al desarrollarse, estremecería con sus raíces el anquilosado y rígido suelo de un sistema positivista y legalista que, traído de Francia en el Siglo XVIII, había resistido toda clase de embates y se había mantenido incólume ante las transformaciones sociales que tuvo el país.

Con los Derechos Fundamentales como locomotora, el derecho Colombiano ha pasado de tener su centro de gravedad en el legislador para pasar, en el sentido de Zagrebelsky (2003) a dar a los Jueces el nombre de Señores del Derecho.

Pero lo más interesante es que, lejos del renovado constitucionalismo europeo de la posguerra, e incluso de los modelos neo constitucionalistas de países vecinos, el derecho Colombiano está logrando algo que durante toda su historia no había logrado y es la madurez suficiente para formarse según su propio modelo. El derecho Colombiano actual está por fin adquiriendo un sentido de sistema, capaz de amoldarse con sus propias reglas y dinámicas, con las implicaciones de crisis que ello tiene.

Lo difícil es la transformación, y el paso entre uno y otro sistema no se da de forma pacífica, como tampoco se da de forma homogénea. Uno es el derecho progresista de la Corte Constitucional, otro el de los jueces de instancia y otro el que siguen y aplican las autoridades administrativas. Las dificultades de un cambio de modelo, nacen justamente, de la dificultad de implementación efectiva del modelo en un país complejo y plural como Colombia.

Referencias

- Aldunate, E. (2010). Aproximación conceptual y crítica al Neoconstitucionalismo. *Revista de Derecho*, XXIII (1), pág. 79-102.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- _____. (1994). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- _____. (2002). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alfonso, S. (2008). Neoconstitucionalismo. Sesión privada del Instituto de política constitucional del 3 abril 2008. *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*.
- Arango, M. (2004) El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. *Precedente*, pp. 79-102. Recuperado de <http://dspace.icesi.edu.co/dspace/handle/item/949>.
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado.
- Botero, M. (2001). *Las fuentes del derecho*. México: Universidad Autónoma del Estado de México.
- Carbonell, M. (2003). *El paradigma del estado constitucional*. *Revista ex Lege electrónica*.
- República de Colombia. (1886). *Constitución política de Colombia*. (Editado en Junio de 1986 en el Departamento de Publicaciones de la universidad Externado de Colombia). Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- República de Colombia. (1991). *Constitución política de Colombia*. (Vigésimaquinta edición). Bogotá: Leyer.
- Dworkin, R. (2009). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Fajardo, L. (2008). Contenido y alcance del Bloque de Constitucionalidad en Colombia. *Revista Civilizar*, (13), pág. 15
- _____. (2010). *Implementación del Derecho Interamericano a través del Bloque de Constitucionalidad en Colombia*. Bogotá: Dikaion.
- García, E. (2010). *La crisis de las fuentes del derecho*. Bogotá, Fondo de publicaciones Universidad Sergio Arboleda.

- Guastini, R. (2001). La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano. En GUASTINI, R. (Comp.), *Estudios de Teoría Constitucional*. Ciudad de México: UNAM.
- López, D. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis.
- _____. (2006). *El derecho de los Jueces*. Bogotá: Legis.
- Martínez, F. (2005). *La protección de los derechos y la constante búsqueda de la Justicia*. Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado.
- Moreno, F. (2002). *La Jurisprudencia Constitucional como fuente del Derecho*. Bogotá: Legis.
- Pérez, R. (2007). La jurisprudencia vinculante como norma jurídica. *Justicia Juris*, 7, pág. 30-39.
- Portela, J. (2009). Los principios jurídicos y el neo constitucionalismo. *Dikaion*, (18), pág. 165.
- Prieto, L. (1998). *Ley, Principios, Derechos*. Madrid: Dikynson.
- Prieto, L. y GARCÍA, J. (2006). *El Neoconstitucionalismo a debate, vol. 1*.
- Profis. (2009). *Manual de procedimientos para la Ley de justicia y Paz*. Bogotá: Milla Ltda.
- Serna, A. (2010). El bloque de constitucionalidad como fuente del derecho administrativo. *Revista Electrónica Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (4).
- Suárez, M. P. (2012). *Trabajo de investigación*. Sin publicar. Universidad Sergio Arboleda.
- Uprimny, R. (2009). *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y nuevo procedimiento penal*. Recuperado de http://www.djs.org.co/equipo/publicaciones.php?aut_id=8
- Zagrebelsky, G. (1999). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, Madrid.
- _____. (2003). El Derecho Dúctil. *Ley, Derechos, Justicia*. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (27), Pág. 156.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional. (1992). Sentencia C-574/92. Magistrado ponente: Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional. (1993). Sentencia C-295/93. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. (1993). Sentencia C-337/93. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. (1994). Sentencia C-179/94. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. (1995). Sentencia C-225/95. Magistrado ponente: Alejandro Martínez.
- Corte Constitucional. (1995). Sentencia C-578/95. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-135/96. Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional. (1997). Sentencia C-032/97. Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional. (1997). Sentencia C-251/97. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (1997). Sentencia C-287/97. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (1997). Sentencia C-327/97. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. (1997). Sentencia C-358/97. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (1997). Sentencia C-658/97. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. (1998). Sentencia C-191/98. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

- Corte Constitucional. (1999). Auto 078/99. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. (1999). Sentencia SU-256/99. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández.
- Corte Constitucional. (1999). Sentencia T-260/99. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. (1999). Sentencia C-708/99. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. (1999). Sentencia T-568/99. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. (1999). Sentencia C-582/99. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (1999). Sentencia C-708/99. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. (1999). Sentencia C-1022/99. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (2000). Sentencia T-256/00. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández.
- Corte Constitucional. (2000). Sentencia C-385/00. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (2000). Sentencia C-567/00. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional. (2000). Sentencia C-797/00. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional. (2000). Sentencia T-1211/00. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (2000). Sentencia C-1490/00. Magistrado ponente: Luis Eduardo Mejía Jiménez.
- Corte Constitucional. (2000). Sentencia C-1491/00. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. (2000). Sentencia C-1635/00. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-053/01. Magistrado ponente: Cristina Pardo.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-177/01. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-327/01. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-501/01. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-505/01. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-606/01. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia C-774/01. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia T-1303/01. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. (2001). Sentencia T-1319/01. Magistrado ponente: Rodrigo Uprimny.
- Corte Constitucional. (2002). Sentencia T-048/02. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-200/02. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-317/02. Magistrado ponente: Clara Inés Vargas.
- Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-580/02. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-802/02. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. (2002). Sentencia T-1064/02. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional. (2002). Sentencia T-1068/02. Magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-1076/02. Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-067/03. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. (2002). Sentencia SU-058/03. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre.
- Corte Constitucional. (2003). Sentencia T-268/03. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. (2003). Sentencia T-419/03. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional. (2003). Sentencia T-558/03. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas.
- Corte Constitucional. (2003). Sentencia T-602/03. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

- Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-692/03. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. (2003). Sentencia T-786/03. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. (2003). Sentencia T-955/03. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-962/03. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional. (2004). Sentencia C-038/04. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. (2004). Sentencia C-129/04. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. (2004). Sentencia T-642/04. Magistrado ponente: Rodrigo Uprimny Yepes.
- Corte Constitucional. (2004). Sentencia T-666/04. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. (2004). Sentencia T-697/04. Magistrado ponente: Rodrigo Uprimny Yepes.
- Corte Constitucional. (2004). Sentencia T-891/04. Magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional. (2004). Sentencia C-988/04. Magistrado ponente: Humberto Sierra Porto.
- Corte Constitucional. (2004). Sentencia C-993/04. Magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional. (2004). Sentencia C-997/04. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. (2004). Sentencia C-1056/04. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-035/05. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-148/05. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-177/05. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda.
- Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-203/05. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-401/05. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-592/05. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-782/05. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-820/05. Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-1001/05. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. (2005). Sentencia T-1015/05. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-1118/05. Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-1153/05. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-1154/05. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-1188/05. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-1194/05. Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-1197/05. Magistrado ponente: Humberto Sierra Porto.
- Corte Constitucional. (2006). Sentencia C-028/06. Magistrado ponente: Humberto Sierra Porto.
- Corte Constitucional. (2006). Sentencia C-043/06. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. (2006). Sentencia C-046/06. Magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional. (2006). Sentencia C-118/06. Magistrado ponente: Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional. (2006). Sentencia C-123/06. Magistrado ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. (2006). Sentencia T-285/06. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. (2006). Sentencia C-339/06. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño.
- Corte Constitucional. (2006). Sentencia C-575/06. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. (2006). Sentencia T-578/06. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Hernández.