

El sentido y alcance del *ius cogens* en el marco de las funciones jurisdiccionales en el sistema  
jurídico colombiano

Monografía jurídica

José Alberto Vanegas Ardila y Paula Andrea Posada Rugeles

Facultad de Derecho, Universidad Cooperativa de Colombia Sede Barrancabermeja

2021.

El sentido y alcance del *ius cogens* en el marco de las funciones jurisdiccionales en el sistema jurídico colombiano

José Alberto Vanegas Ardila y Paula Andrea Posada Rugeles



**Nota:**

Monografía Jurídica para optar al título de abogados. Asesor: Freddy Fernando Fayad, Universidad Cooperativa de Colombia, Facultad de Derecho, Barrancabermeja (Santander). La correspondencia relacionada con este proyecto debe dirigirse a:

[jose.vanegasa@campusucc.edu.co](mailto:jose.vanegasa@campusucc.edu.co) o [paula.posadaru@campusucc.edu.co](mailto:paula.posadaru@campusucc.edu.co)

## **Dedicatoria**

Primero a Dios que sin su bendición esto no hubiese sido posible, a mis padres por ser ese apoyo incondicional en mi realización como persona y profesional, todo el resultado del sacrificio y esfuerzo es para ustedes, a los buenos compañeros y amigos, que en este tiempo fueron ayuda en este proceso que llega a su fin y por ultimo a mi querido abuelo Carlos Jesús Ardila Martínez (QEPD) que, a pesar de no estar en este mundo terrenal, fue y será pilar en mi formación como persona.

**José Alberto Vanegas Ardila**

A mis maravillosos Padawans, Juanito, Manù, Josecito, el pilar y motor de mi vida, a los que con el tiempo les he enseñado que no hay imposibles; que para llegar al éxito se requiere de sacrificios, tiempo, dedicación, inspiración, pasión, ahínco, amor y así concluir que el que persevera alcanza. Gracias por enseñarme que “los sueños se hacen realidad”

A mi súper héroe maestro Yoda; Félix Lesmez Peralta, a quien me inculco que se enseña con el ejemplo, que no se es pobre por falta de dinero; si no por falta de conocimiento; donde siempre de antemano el significado de compromiso es lo que me identifica en lo que hago y en la huella que dejare. Gracias maestro por tan sabias palabras “que la sabiduría me acompañe”

A mis lindas princesas Leías; Llily Hernandez de Rugeles (QEPD) y María del Pilar Rugeles Hernández, pilotos de mi vida y las que siempre creyeron que sería la mejor en lo que me propusiera.

A tatoonine, galaxia en la cual tiene su luna, quien fue testigo fiel de mis trasnochos, alegrías, tristezas, desistimientos y siempre estuvo ahí para decirme “eres la mejor” solo basta con mirarla para tener el mejor recuerdo.

**Paula Andrea Posada Rugeles**

## **Agradecimientos**

A mí, porque soy el reto más grande que me propuse en mi vida, en demostrarme que no hay imposibles, que soy capaz y que siempre me destacare por ser la mejor.

A mis padawans, Maestro Yoda, princesas Leias, Tatooine, por ser lo mejor que hay en mi vida.

A mis Jedi's; Fredy Fayad, Angélica Morales y Alberto Prada, por compartir el conocimiento que hoy en día los identifica.

“Cuando te rindes al temor, puedes proyectarte al futuro, o... Revivir el pasado. Mejor, vive el presente” F.L.P

**Paula Andrea Posada Rugeles**

A la Universidad Cooperativa de Colombia por abrirme sus puertas y acompañar mi proceso de formación académica.

**José Alberto Vanegas Ardila**

## Índice de contenido

|                            | <b>Pág.</b> |
|----------------------------|-------------|
| <b>Resumen</b> .....       | 1           |
| <b>Abstract</b> .....      | 3           |
| <b>Introducción</b> .....  | 5           |
| <b>Justificación</b> ..... | 8           |

### Marco referencial

|                                                          |    |
|----------------------------------------------------------|----|
| <b>Planteamiento del Problema de Investigación</b> ..... | 11 |
| <b>Objetivos</b> .....                                   | 14 |
| <b>Metodología</b> .....                                 | 15 |

### Marco Teórico

|                                                                                              |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. <b>El Estado de Derecho y la función jurisdiccional</b> .....                             | 17 |
| 2. <b>El bloque de constitucionalidad como fuente de derecho</b> .....                       | 24 |
| 3. <b><i>Ius cogens</i>, concepto y características</b> .....                                | 33 |
| 4. <b>El juez y el <i>ius cogens</i></b> .....                                               | 41 |
| 5. <b>El sentido y alcance del <i>ius cogens</i> en el sistema jurídico colombiano</b> ..... | 61 |
| <b>Conclusiones</b> .....                                                                    | 72 |
| <b>Bibliografía</b> .....                                                                    | 79 |

## Resumen

El trabajo mancomunado entre países a través del entendimiento mutuo, la creación de organismos multinacionales de cooperación y la suscripción de tratados de derecho, han sentado las bases para el reconocimiento y respeto de las normas imperativas en el marco de sistemas internacionales de justicia. Normas básicas e imprescindibles para el logro de un estado de cosas que permite y hace posible convivencia en paz a pesar de la diversidad y las diferencias culturales.

No obstante, la falta de claridad en la determinación de cuál o cuáles son estas normas, así como la ausencia de mecanismos unificados que contribuyan a su efectividad, además del papel difuso de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), ha trasladado a cada país el debate jurídico acerca de si tienen o no, carácter vinculante de este conjunto de normas. Desarrollándose al respecto abundante literatura jurídica, que fue recopilada y analizada para el desarrollo de este trabajo.

Debido al desarrollo del sentido y alcance que en sede judicial se ha dado al concepto del *ius cogens*, así como el papel que los órganos jurisdiccionales en su interpretación, el objetivo de este trabajo es analizar su incorporación y desarrollo en el sistema jurídico de nuestro país para definir ostenta o no, carácter vinculante. Para ello se hizo necesario; abordar el estudio del concepto de Estado de Derecho, analizar sus repercusiones en la función jurisdiccional, así como el carácter de fuente de derecho del denominado bloque de constitucionalidad, para construir una definición para *ius cogens* a partir de la identificación de sus características más relevantes y deducir de esta manera qué papel juega en el desarrollo de la labor judicial. Dando de esta manera respuesta al problema que se planteó, concluyéndose con una reflexión final.

**Palabras clave:** *ius cogens*, bloque de constitucionalidad, función jurisdiccional, sistema judicial, derecho interno y derecho internacional.

## Abstract

The joint work between countries through mutual understanding, the creation of multinational cooperation organizations and the signing of legal treaties, have laid the foundations for the recognition and respect of peremptory norms within the framework of international justice systems. Basic and essential rules for the achievement of a state of affairs that allows and makes possible peaceful coexistence despite diversity and cultural differences.

However, the lack of clarity in determining which or which are these rules, as well as the absence of unified mechanisms that contribute to their effectiveness, in addition to the diffuse role of the International Court of Justice (ICJ), has transferred each country the legal debate about whether or not they are binding on this set of rules. Developing abundant legal literature in this regard, which was compiled and analyzed for the development of this work.

Due to the development of the meaning and scope that the concept of jus cogens has been given in court, as well as the role that jurisdictional bodies have in their interpretation, the objective of this work is to analyze its incorporation and development in the legal system of our country to define whether or not it is binding. For this it became necessary; address the study of the concept of the rule of law, analyze its repercussions on the jurisdictional function, as well as the nature of the source of law of the so-called constitutionality block, to build a definition for jus cogens based on the identification of its most relevant characteristics and deduce in this way what role it plays in the development of judicial work. Giving in this way an answer to the problem that was raised, concluding with a final reflection.



**Keywords:** ius cogens, constitutionality block, jurisdictional function, judicial system, domestic law and international law.

## Introducción

La retórica nazi expuesta a lo largo de los denominados juicios de Núremberg para justificar jurídicamente su proyecto político, ambientó el debate respecto de la necesidad de cuestionar al positivismo jurídico, a sus excesivos y rígidos formalismos, así como de replantear la figura del juez y sus facultades. En la medida que su rol como operador judicial, carente de facultades de corrección, se limitaba a la aplicación sistemática y metodológicamente de silogismos jurídicos para resolver casos. Así, en la medida que las normas dictadas por el parlamento alemán del Tercer Reich (periodo comprendido entre 1933 y 1945), constituían la premisa mayor y las conductas bajo examen, la menor, las sentencias dictadas por los Tribunales de Justicia bajo este esquema; avalaban, autorizaban y permitían las violación masiva y sistemática de derechos humanos. Constituyéndose el derecho en una herramienta de opresión que legalizaba los horrores de la vividos en la Segunda Guerra Mundial.

Sin embargo, hoy la humanidad goza, indistintamente de su nacionalidad, edad, ideología política, género o raza, de un catálogo amplio de prerrogativas universales e inalienables inspiradas en su dignidad que buscan garantizarle la satisfacción de unos mínimos en términos de acceso a bienes y servicios que los Estados están en la obligación de ofertar. Razón por la cual se crearon organismos internacionales encargados de la promoción, determinación de estándares y verificación de cumplimiento de estas condiciones denominadas como derechos humanos. Este conjunto de principio, estándares y garantías componen lo que la doctrina y la jurisprudencia especializada han identificado bajo la denominación de *ius cogens*. Ahora bien, el presente trabajo indagó sobre si este criterio del derecho internacional, que compila y recoge una serie de conocimientos, costumbres y principios del derecho natural, es o no vinculante para los

jueces encargados de dirimir en el orden interno, las controversias de diversa índole que dadas sus facultades y competencias jurisdiccionales, conocen y resuelven. Concretamente; en caso de contradicción entre una norma nacional, a cuyo imperio están sometidos en virtud de los mandatos constitucionales en la materia, y las normas del *ius cogens*, cuando ambas son aplicables a un caso específico, ¿Cuál debe prevalecer?

En términos generales, irrelevantemente de su naturaleza, las reglas y principios deben servir de medios para alcanzar niveles justicia en la medida que esta sea posible, sin embargo, no siempre existe consenso acerca de cuál debería ser el tratamiento a determinada situación, máxime si se tiene en cuenta que cada país es autónomo y soberano en virtud del principio de autodeterminación, que los faculta a adoptar, según sus necesidades, un régimen jurídico autóctono.

A pesar de lo anterior, los organismos de derecho internacional en procura de la universalización y unificación de criterios al respecto de los derechos humanos y los mecanismos para su protección, dictan resoluciones que contienen estándares mínimos en la materia que los países miembros están en libertad de ratificar e incorporar en sus legislaciones internas en la medida que esto le sea posible. Ya que la evaluación de acogimiento de dichos estándares no es sólo de carácter jurídico, sino que también incorpora reflexiones en lo político (juicios de conveniencias e inconveniencias) y en lo económico presupuestal (impacto y sostenibilidad fiscal).

¿Puede entonces exigírsele al Estado a través de sentencias judiciales el cumplimiento de compromisos no adquiridos formalmente por hecho contemplarse determinado asunto como parte del *ius cogens*? O lo que es lo mismo, ¿pueden los jueces inaplicar normas internas para cumplir los estándares internacionales relacionados con el *ius cogens*? Y más concretamente; ¿es

el ius cogens y las normas que lo integran, una fuente válida de derecho? Cuestionamientos que fueron abordados en este trabajo para desarrollar el contenido teórico que nos permitió dar respuesta al problema que se planteó.

Como objetivos se plantearon; la definición de las circunstancias que validan la inaplicación del derecho interno para autorizar por vía de interpretación judicial la exigibilidad de los estándares de las normas que integran el denominado ius cogens, así como el estudio del concepto de Estado de Derecho, el análisis de la función jurisdiccional y el carácter de fuente de derecho del denominado bloque de constitucionalidad. Para luego, construir apoyados en la jurisprudencia internacional en la materia, tratados y convenios de derecho internacional, resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas, así como en la jurisprudencia nacional de la Corte Constitucional, una definición para ius cogens a partir de la identificación de sus características más relevantes y establecer de esta manera el papel que juega en el desarrollo de la labor judicial. Y como resultado de la revisión documental de material bibliográfico y webgráfico recopilado, planteamos como hipótesis el carácter vinculante del ius cogens de ahí que le reconozcamos en las conclusiones del presente trabajo su condición de fuente material y formal de derecho, en la medida que sirve de insumo tanto a legisladores como a jueces para desarrollar tanto el contenido de las leyes, como la forma en la que se resuelven las controversias judicialmente.

## Justificación

La pertinencia de tema de esta investigación está determinada por la necesidad de articular y ajustar la legislación interna de Colombia respecto de los estándares internacionales en materia de derechos, acceso a la justicia y actividad judicial, dados los altos niveles de impunidad y mora judicial de nuestro sistema de administración de justicia, que ciernen una atmósfera de desconfianza en las instituciones jurídico políticas y respecto de sus funcionarios, que les resta credibilidad y autoridad frente a una sociedad superada por los índices de tensión y conflicto, propiciados en la mayoría de los casos, por la falta de atención del Estado y sus agentes en la asunción de sus deberes para la consecución de sus fines esenciales.

Así mismo, porque respecto del conjunto de normas que integran el *ius cogens* existe polémica respecto del reconocimiento de su carácter de norma imperativa dada su ambigüedad sustancial lo que dificulta determinar con precisión su contenido y esclarecer claramente sus consecuencias jurídicas. De ahí que no exista unidad de criterios al respecto de si ostenta o no, la condición de fuente formal de derecho. Y en virtud de esto, tampoco exista consenso sobre su carácter vinculante.

Es importante que a través de las reflexiones y los análisis de los temas que integran el contenido del presente trabajo se hagan aportes que enriquezcan el debate al tiempo que se ofrecen argumentos en alguno de los sentidos de las propuestas que se encuentran en tensión a propósito del sentido y el alcance que tiene el *ius cogens* en el ordenamiento jurídico interno.

Al abordar esta temática, el presente trabajo adopta la postura respecto de la cual, las normas del *ius cogens* a pesar de su falta de reconocimiento positivo, son vinculantes tanto para quienes, de acuerdo con el régimen jurídico vigente, redactan y confeccionan las leyes, como para quienes, conforme a sus funciones y competencias, las aplican.

Por lo que ante la complejidad que conlleva la cabal comprensión del concepto del ius cogens, decidimos adentrarnos en el análisis del mismo para poder determinar su sentido y su alcance. Por lo anterior, en el presente trabajo nos limitamos al estudio de las normas de ius cogens a la luz de los aportes que al respecto hace la Corte Constitucional de Colombia, tomado partido a propósito de la discusión de si se trata de una fuente del derecho internacional con relevancia nacional o si, por el contrario, se trata de un mero criterio sin injerencia o capacidad vinculante respecto de la actividad judicial.

## **Marco referencial**

## **Planteamiento del Problema de Investigación**

De acuerdo el artículo 1 de la Constitución de 1991, “Colombia es un Estado social de derecho (...)”, acepción que se refiere al hecho que la actividad del Estado y en especial la de los jueces de la República, está regida por las normas jurídicas. Criterio refrendado en el canon 230 ibídem al afirmarse que: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”. Lo cual implica que la actividad jurisdiccional debe realizarse dentro del marco jurídico que previamente le ha definido el legislador.

A pesar de esto, la actividad de jueces y magistrados se realiza dentro de las posibilidades que su discrecionalidad, entendida como; la prudencia, sensatez o buen juicio que debe acompañar a una decisión y el arbitrio o la voluntad admisible en ella. Le permite un amplio margen de operación que se expresa desde la posibilidad de interpretar desde su ideología al derecho positivo vigente, como las de escoger la de escoger libremente de un catálogo de posibilidades y opciones, las fuentes con las que construirá sus argumentos para explicar la forma en la que resolverá su caso.

Sin embargo, la elección entre fuentes potenciales no puede estar desprovista de criterios de necesidad, pertinencia y congruencia, respecto del caso que intenta resolver. De ahí que el valor de una fuente no este determinada por ser precisamente considerada como tal, sino por el aporte que, en términos resolutivos, ofrece para desatar y dar respuesta a la problemática abordada funcionalmente por el operador judicial.

Es así que la escogencia de una fuente de derecho no formal en un sistema jurídico positivo, se justifica en la medida que los hechos del caso le planteen al juez, circunstancias inéditas y/o atípicas, o que la aplicación de las reglas vigentes, se tornan insuficientes por arcaicas y obsoletas, por haber sido promulgadas en otrora bajo contextos históricos diferentes.



Sin embargo, el juicio de valor que excluye entre opciones de fuente y realizar una selección en un sentido u otro, no se encuentra reglado por el ordenamiento jurídico, dejando al arbitrio judicial, en ultimas la decisión de optar por esta o aquella norma, siempre que las hipótesis de atipicidad e insuficiencia se cumplan.

En este punto la cuestión problemática surge en la medida que los jueces han ido abandonando el análisis reflexivo de la norma positiva – que debería ser su principal insumo –, para conformarse con la transcripción caprichosa de fragmentos de piezas jurisprudenciales, cuyo valor se reconoce por el hecho de emanar de un órgano jurisdiccional de superior jerarquía, y no por la calidad en el abordaje, tratamiento y resolución del caso, negándose a la idea de asumir la posibilidad de falibilidad de los Altos Tribunales de la rama judicial del poder público y por ende de asumir, según corresponda, una postura intelectual crítica respecto de su trabajo y posturas jurisprudenciales.

Esta especie de resignación crítica de los jueces frente a sus superiores, que los vuelve incapaces de tomar decisiones efectivas, aliena la actividad judicial supeditándola al trabajo jurisprudencial, la cual, sin desconocer su valor conceptual y teórico, es incapaz de dar respuesta puntual a las problemáticas de la cotidianidad. Al fin y al cabo, de que le sirve a un ciudadano del común saber que tiene derecho a que se le garantice el acceso a un mínimo vital de agua<sup>1</sup>, si un juez del municipio donde tiene su domicilio es incapaz de garantizarle cabalmente su derecho

---

<sup>1</sup> Por ejemplo, en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana T-578 de 1992 y T-413 de 1995, se dijo que el agua es derecho fundamental cuando se destina para el consumo humano en cuanto contribuye a la salud y salubridad pública. Mientras que en las sentencias T-578 de 1992 y T-881 de 2002, se estableció que el agua es indispensable para el desarrollo de otros derechos fundamentales como la salud y la vida en condiciones dignas. Y que no se puede suspender el servicio público de acueducto cuando se afectan personas en estado de debilidad manifiesta, de acuerdo con la sentencia C-150 de 2003.

ante los intereses económicos de una empresa privada que presta el servicio público. Situación que se repite con el derecho a la salud, el cual, aunque se encuentre amparado por vía de acción de tutela, no encuentra respaldo en la judicatura para su prestación real y efectiva. Los medios de comunicación dan cuenta diariamente de situaciones de vulneración y desconocimiento de derechos, en los que a pesar de existir pronunciamientos judiciales, ejecutoriados y en firme, no generan respuesta alguna por parte del accionado, en la medida que las herramientas con las que cuenta el juez para hacer cumplir sus decisiones, son limitadas e ineficaces.

Ante este panorama, el *ius cogens* y los principios, derechos, valores, reglas, directrices y recomendaciones que lo integran, se constituyen en una alternativa razonable para dotar principalmente a los jueces municipales y de circuito, de los medios indispensables para reforzar su actividad brindándoles instrumentos que garanticen la utilidad y eficacia de sus sentencias. Aunque esta posibilidad, plantee simultáneamente el desconocimiento del ordenamiento interno para adoptar en sus decisiones estándares internacionales reforzados por sistemas internacionales de justicia.

Así las cosas, surge el cuestionamiento de cómo armonizar entonces el mandato del artículo 93 de la Constitución, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con su artículo 4 que establece la supremacía, no de los tratados sino de la Constitución. Por lo que para resolver tal cuestión es menester preguntarnos por el sentido del concepto de *ius cogens* y su alcance como fuente de derecho, en los siguientes términos: ¿Bajo qué circunstancias pueden los jueces de la república apelar al uso del *ius cogens* como fuente de derecho?

## Objetivos

### General:

- Establecer el sentido del concepto de *ius cogens* y su alcance como fuente de derecho.

### Específicos:

- Identificar una serie de criterios objetivos de necesidad, pertinencia y congruencia, que orienten la elección judicial idónea de fuentes de derecho.
- Resolver la antinomia que se suscita entre los artículos 4 y 93 de la Constitución Política, respecto de la jerarquía entre las fuentes de derecho en el ordenamiento jurídico colombiano y su prevalencia.
- Analizar jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de *ius cogens* y bloque de constitucionalidad.

## Metodología

Para abordar el estudio del tema de esta investigación y cumplir con los objetivos propuestos, así como de resolver el problema planteado, se hizo una recopilación de literatura jurídica especializada en la materia, principalmente de una serie de pronunciamientos de la Corte Constitucional en temas como: la discrecionalidad judicial, las fuentes del derecho, el bloque de constitucionalidad y el ius cogens. También se realizó una revisión tanto bibliográfica como web grafica para consolidar de esta de esta forma nuestro marco teórico. Posteriormente se hizo el análisis jurídico para construir definiciones que sirvieron de sustento teórico a nuestras conclusiones.

Es una investigación que apeló al método empírico deductivo, en la medida que metodológicamente se trata de la construcción conceptual de criterios mediante el análisis del discurso judicial para construir los argumentos que identifican las circunstancias que eventualmente habilitarían a los jueces a acudir al ius cogens como fuente de derecho.

Así las cosas, se trata de un trabajo cualitativo con enfoque documental, que permite la reflexión teórica en aras de sentar o fijar una posición académica al respecto del problema propuesto. Por lo que esta investigación se realizó con el propósito de aportar al conocimiento existente sobre el ius cogens, como conjunto de criterios, reglas, derechos y principios, que pueden emplearse con la connotación de fuente de derecho, para participar del debate alrededor de su carácter vinculante para tomar partido sentando una posición académica al respecto.

## **Marco Teórico**

## **1. El Estado de Derecho y la función jurisdiccional**

Por Estado de Derecho se debe entender el sistema de principios y reglas procesales según los cuales se crea y perfecciona el ordenamiento jurídico, y a través de las cuales se limita y controla el ejercicio del poder estatal y se protegen y realizan los derechos del individuo. En ese orden de ideas, Colombia, como Estado de Derecho, se caracteriza porque todas las competencias y funciones de las autoridades públicas están regladas mediante leyes (artículos 3, 6, 121 y 123 de la Constitución). Luego ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley. Por consiguiente, para que dichas autoridades puedan ejercer una función, la misma debe estar atribuida de manera expresa. Por esta misma razón, en un Estado de Derecho no pueden existir competencias implícitas, por analogía o por extensión, porque ello permitiría que la autoridad pública se atribuya competencias según su voluntad y capricho, trazándose los límites de su propia actividad, invadiendo la órbita de actuación de las otras autoridades, abusando de su poder o cercenando los derechos y libertades públicas. La exigencia de que en un Estado de Derecho las competencias tengan que ser expresas se fundamenta en la necesidad de establecer reglas de juego claras entre las autoridades y los gobernados, con el fin de salvaguardar y proteger las libertades y demás derechos y bienes de las personas y, en últimas, evitar la arbitrariedad de los gobernantes.

Así lo explicó la Corte Constitucional: “La acepción Estado de derecho se refiere a que la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, es decir que se ciñe al derecho. La norma jurídica fundamental es la Constitución, lo cual implica que toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de la última. En esta situación se habla entonces de Estado constitucional de derecho.” (1998, Sentencia SU-747).

Esta circunscripción de la acción del Estado a la norma, que expresa la principal característica de un Estado de Derecho, se funda en el principio de legalidad según el cual no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas.

Sin embargo, tal garantía no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley, sino que además convoca a la reflexión acerca de la función judicial, la cual no se ejerce de manera independiente o aislada de las más funciones públicas en la medida que la aplicación judicial del ordenamiento es el momento en el que se prueba asimismo el Estado de Derecho en cuanto que sus normas cobijan por igual a gobernantes y gobernados. El juez, como órgano autónomo e imparcial, debe apelar únicamente al ordenamiento – desligado de toda injerencia de los demás poderes – para definir la causa si lo que se quiere es que el Estado de Derecho adquiera en verdad el sentido de garantía y de objetividad que lo justifican históricamente.

Ahora, en el marco de los límites que la norma fija a la actividad de los servidores públicos, merece especial atención la función judicial dado que, de acuerdo con el principio de separación de poderes, los órganos del Estado se hallan separados funcionalmente pero deben colaborar de forma armónica para realizar los fines del Estado, lo que confiere plena autonomía e independencia a quienes administran justicia. A propósito, dijo la Corte Constitucional: “La actividad judicial o la administración de justicia, cuyo principal objetivo es la pacífica resolución de los conflictos generados dentro de la vida en sociedad, es una de las tareas básicas del Estado, según lo advirtieron desde tiempos remotos los pensadores de las distintas civilizaciones, y se

acepta sin discusión en las sociedades contemporáneas, o al menos en todas aquellas que pudieran considerarse democráticas. La sin igual importancia de esta función es tal que las personas o funcionarios a cuyo cargo se encuentra constituyen una de las tres ramas del poder público que históricamente, pero sobre todo en las épocas más recientes, conforman los Estados. Según se ha reconocido también, la autonomía e independencia de la Rama Judicial respecto de las otras ramas, así como la de cada uno de los funcionarios que la conforman, es condición esencial y necesaria para el correcto cumplimiento de su misión. Estas elementales consideraciones se encuentran presentes en la Constitución de 1991, desde su preámbulo y sus primeros artículos, en los que repetidamente se invoca la justicia como una de las finalidades del Estado y se alude a la intención de alcanzar y asegurar la vigencia de un orden social justo. Para ello, más adelante, el Título VIII de la carta política determina entonces el diseño institucional de la Rama Judicial y establece las funciones de los distintos órganos que la integran. Sobre estas bases, en años recientes esta función ha sido definida por el legislador (estatutario) en los siguientes términos: [La administración de Justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional] (art. 1 Ley 270 de 1996)". (2011, sentencia T-238).

Entonces, siendo uno de los presupuestos esenciales de todo Estado, y en especial del Estado social de derecho, la debida administración de justicia comprende, por un lado, la protección efectiva de los derechos, las libertades y las garantías de la población entera, y por el otro, se definen igualmente las obligaciones y los deberes que le asisten a la administración y a los asociados. Se trata pues del compromiso general en alcanzar la convivencia social y pacífica,



de mantener la concordia nacional y de asegurar la integridad de un orden político, económico y social justo para el logro de esos cometidos, no sobra aclararlo, resulta indispensable la colaboración y la confianza de los particulares en sus instituciones y, por lo mismo, la demostración de parte de éstas de que pueden estar a la altura de su compromiso con la sociedad.

En ese orden de ideas, la gran importancia de la función judicial, e incluso la celosa protección del derecho de acceder a ella resultan vacíos e inútiles, si no se garantizan de igual manera la autonomía e independencia de los jueces, reconocidas y relevadas también por varios preceptos constitucionales y por los tratados internacionales sobre la materia. Entre los primeros deben destacarse particularmente el artículo 228 superior, según el cual las decisiones de la administración de justicia son independientes y el 230 ibídem, que señala que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley. Y dentro de los segundos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 8 establece que “toda persona tiene derecho a ser oída (...) por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial”. La trascendencia de estos mandatos fue también reconocida por el legislador que en el artículo 5 de la Ley 270 de 1996 incluyó como uno de los principios de la administración de justicia la autonomía e independencia de la Rama Judicial, precisando además que en desarrollo del mismo “Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias”.

En conclusión, los operadores judiciales deben ser autónomos e independientes, pues sólo así los casos puestos a su conocimiento podrán ser resueltos de manera imparcial, aplicando a ellos los mandatos abstractamente definidos por el legislador, de tal modo que verdaderamente se cumpla la esencia de la misión constitucional de administrar justicia. Aunque tal independencia

no los exonera del deber de motivar sus decisiones, toda vez que, a través de esta labor específica, el juez explica, no sólo a las partes, sino a la sociedad en general, las razones que en derecho justifican el sentido de su fallo.

En este sentido, explicó la Corte Constitucional: “La motivación de los fallos judiciales es un deber de los jueces y un derecho fundamental de los ciudadanos, como posición jurídica concreta derivada del debido proceso. Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia. La incidencia de los derechos fundamentales en todas las áreas del derecho y la obligación de los jueces y operadores jurídicos de aplicar las reglas legales y/o reglamentarias sólo en la medida en que sean conformes con la Carta Política (aspectos conocidos en la doctrina constitucional como efecto irradiación, interpretación conforme y carácter normativo de la Constitución) exigen del juez un ejercicio interpretativo calificado que dé cuenta del ajuste entre su interpretación y los mandatos superiores, y que le permita, mediante el despliegue de una argumentación que tome en cuenta todos los factores relevantes, administrar el pluralismo de los principios constitucionales.” (2012, Sentencia T-214).

Lo anterior explica porque sólo mediante la motivación pueden excluirse decisiones arbitrarias por parte de los poderes públicos, y porque sólo cuando la persona conoce las razones de una decisión puede controvertirla y ejercer así su derecho de defensa. En el caso de los jueces de última instancia, la motivación es, también, su fuente de legitimación democrática, y el

control ciudadano se convierte en un valioso medio para corregir posturas adoptadas en el pasado y eventualmente injustas o poco adecuadas para nuevas circunstancias jurídicas y sociales.

En el marco del Estado Derecho, la motivación adquiere mayor importancia dada su incidencia en la forma como se garantizan los derechos, de ahí que sea obligación de los jueces de aplicar las reglas legales y/o reglamentarias sólo en la medida en que sean conformes con la Carta Política (dinámica conocida como el proceso de constitucionalidad del derecho), que exigen del juez un ejercicio interpretativo calificado que dé cuenta del ajuste entre su interpretación y los mandatos superiores, que le permitan, mediante el despliegue de una argumentación que tome en cuenta todos los factores relevantes, administrar el pluralismo de los principios constitucionales integrándolos en su decisión.

La motivación es entonces el momento en que el juez explica y expone la escogencia de las fuentes que robustecen y justifican su argumentación – con las que se pueden estar o no, en acuerdo – sin embargo, su validez no está determinada por emanar de un funcionario judicial, sino por su congruencia respecto del tema de aborda y resuelve, y por estar autorizado funcionalmente, como característica del Estado de Derecho, para su uso. La Corte Suprema de Justicia en sede de tutela, sobre los vicios de la motivación, expuso: “Para la Corte, cuatro son las situaciones que pueden dar lugar a la nulidad de la sentencia por violación del deber de motivación: (1) Ausencia absoluta de motivación. (2) Motivación incompleta o deficiente. (3) Motivación equívoca, ambigua, dilógica o ambivalente. Y (4) motivación sofisticada, aparente o falsa. En relación con esta última debe ser precisado que solo vino a ser incluida en forma expresa como fenómeno generador de nulidad por defectos de motivación en la referida providencia, pero que la Corte ya venía aceptando sus implicaciones invalidatorias de tiempo atrás (...) La primera (ausencia de motivación) se presenta cuando el juzgador omite precisar los

fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión. La segunda (motivación incompleta) cuando omite analizar uno cualquiera de estos dos aspectos, o lo hace en forma tan precaria que no es posible determinar su fundamento. La tercera (equívoca) cuando los argumentos que sirven de sustento a la decisión se excluyen recíprocamente impidiendo conocer el contenido de la motivación, o cuando las razones que se aducen contrastan con la decisión tomada en la parte resolutive. Y la cuarta (sofística), cuando la motivación contradice en forma grotesca la verdad probada.” (2016, Sentencia CSJ SP16171).

De igual manera, precisó la Corte Suprema que “la ausencia de decisión sobre un problema jurídico fundamental para la resolución del caso o la motivación ambivalente, conduce al fenómeno de la falsa motivación. Entendida como aquella que es inteligible, pero equivocada debido a errores relevantes en la apreciación de las pruebas, porque las supone, las ignora, las distorsiona o desborda los límites de racionalidad en su valoración, debe invocarse por la vía de la causal primera cuerpo segundo.” (ibídem).

Tal situación en términos de la Corte Constitucional, recibe el nombre de defecto sustantivo por insuficiencia y/o ausencia de motivación de la decisión judicial, la cual se explica así: “Defecto material o sustantivo, que se presenta cuando se decide con base en normas inexistentes, inconstitucionales o claramente inaplicables al caso concreto. Esta misma falencia concurre cuando se presenta una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. Así, el defecto material o sustantivo apela a la necesidad de que la sentencia judicial tenga un soporte racional argumentativo mínimo, esto es, que (i) se soporte en las normas constitucionales y legales que resulten aplicables; (ii) acredite consonancia entre la motivación, que da cuenta del reconocimiento de esos preceptos de derecho positivo y su contraste con el material probatorio legal y debidamente recaudado durante el trámite, y la decisión que adopta el

juez del conocimiento. (...) Sentencia sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales del deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, pues precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional. Este tipo de falencia se distingue del defecto fáctico, en cuanto no se estructura a partir de la disconformidad entre la motivación de la sentencia y su parte resolutive, sino en la ausencia de razonamientos que sustenten lo decidido. Es evidente que una exigencia de racionalidad mínima de toda actuación judicial es que exprese los argumentos que hacen inferir la decisión correspondiente. Cuando este ineludible presupuesto no puede verificarse, la sentencia contradice aspectos que hacen parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso.” (2002, sentencia SU-159).

En ese sentido la función jurisdiccional y su condición de mecanismo indispensable para la vigencia de los derechos ciudadanos es también relevada por los principales tratados internacionales de derechos humanos, que por la vía del artículo 93 superior hacen parte del bloque de constitucionalidad.

## **2. El bloque de constitucionalidad como fuente de derecho**

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito por el Estado colombiano e incorporado al derecho interno mediante la Ley 74 de 1968, contiene importantes disposiciones que resaltan la trascendencia de la función judicial y su necesidad dentro de los Estados de Derecho, que atribuye a los jueces la responsabilidad de garantizar la efectividad de esos derechos y garantías. A pesar de esto, el artículo 94 de la Constitución plantea una cláusula que autoriza a las autoridades públicas y en especial a los funcionarios judiciales a tener en consideración para efectos elaborar su motivación, derechos y garantías, aunque no figuren

expresamente en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes. Lo que permite interpretar que el contenido constitucional es un compendio de reglas y principios inacabado, que admite la posibilidad permanente de ir incorporando e integrando en las reflexiones judiciales criterios que se vayan produciendo de las dinámicas culturales, económicas e históricas que se produzcan al seno de las realidades sociales y que tengan impacto e incidencia en las relaciones humanas, y por ende relevancia para el derecho, que le permiten al ordenamiento jurídico y al sistema jurídico en general, actualizado permitiéndole mejores niveles de eficacia y eficiencia. Así las cosas, nuestra norma constitucional en su artículo 93, nos explica que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción” y que estos instrumentos internacionales “prevalecen en el orden interno”. Además, que “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Conjunto de normas que se conoce como el bloque de constitucionalidad.

En la sentencia C-225 de 1995, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, la Corte Constitucional realizó el examen de constitucionalidad de la ley 171 de 1994, que aprobó el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, ocupándose de definir en qué consistía el mandato del artículo 93 de la Constitución, que establece la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales ratificados por el Congreso que reconocieran los derechos humanos y prohibieran su limitación en los estados de excepción. La cuestión era, entonces, ¿cómo armonizar el mandato del artículo 93, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios de derechos humanos, con su artículo 4 que establece la supremacía no de los tratados sino de la Constitución?

Para ello recurrió a la noción del bloque de constitucionalidad, originaria del derecho francés, en los siguientes términos: “Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.” (1995, Sentencia C-225).

La noción del bloque de constitucionalidad ha sido objeto de distintas precisiones y diferenciaciones por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. De esta forma, en la sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz se ocupó este tribunal de establecer diferenciaciones en torno a los tratados internacionales y el bloque de constitucionalidad, se expresó: “Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque son normas situadas en el nivel constitucional, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos. (...) La Corte ha señalado con claridad que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte

que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior. Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta.”

Es lo que precisamente ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar en su artículo 93, que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él. Situación neurálgica para el presente trabajo, en la medida que condensa el problema propuesta para su desarrollo teórico a saber; ¿pueden los jueces amparar sus decisiones en reglas y principios no expresadas textualmente en la constitución ni incorporadas vía de bloque de constitucionalidad al ordenamiento jurídico, el cual le define su catálogo de fuentes? Pero de esta cuestión nos ocuparemos más adelante.

Siguiendo en la construcción de la línea jurisprudencial sobre el concepto y noción de bloque de constitucionalidad, después de la sentencia C-358 de 1997, en la sentencia C-191 de 1998, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, se estableció la diferencia entre el bloque de constitucionalidad en sentido estricto y en sentido lato, con el objeto de incluir dentro de los parámetros para el examen de la constitucionalidad las leyes de categoría especial. En la providencia – que versó sobre una demanda contra la Ley 397 de 1997, referida al patrimonio



cultural y al fomento de la cultura - se expresó lo siguiente: “En reiterada jurisprudencia, la Corte ha considerado que una norma de carácter legal puede vulnerar la Carta Política no sólo por violar directamente unos de sus artículos sino, también, cuando conculca una serie de normas cuyo texto no forma parte del articulado constitucional, pero al que éste otorga, expresamente, un cierto carácter de supralegalidad. Lo anterior ocurre, particularmente, en el caso de los tratados internacionales de derechos humanos a que se refiere el artículo 93 del Estatuto Superior, de las leyes orgánicas (C.P., artículo 151), de las leyes estatutarias (C.P., artículo 152) (...). Podría afirmarse que el texto de la Constitución, junto con el conjunto de normas antes mencionadas, conforman lo que la jurisprudencia y la doctrina han denominado el bloque de constitucionalidad en sentido lato, es decir aquellas disposiciones que pese a no tener, todas ellas, rango constitucional, sirven de parámetro de control de constitucionalidad.”

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

En la sentencia T-483 de 1999, con ponencia del magistrado Antonio Barrera Carbonell la Corte Constitucional estableció que “Para que las disposiciones de un tratado internacional ratificado por Colombia, formen parte del bloque de constitucionalidad, es necesario el cumplimiento de dos requisitos, a saber: deben reconocer un derecho humano y dicho derecho no debe ser susceptible de limitación en los estados de excepción”. No obstante, la Constitución ordena en el inciso segundo del artículo 93 que, para la interpretación de los derechos consagrados en la Carta, debe estarse a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, y teniendo estos instrumentos internacionales jueces naturales, como ocurre con la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (documentos del sistema interamericano), cuyas sentencias, orientan su aplicación dada su idoneidad y funciones consultivas e interpretativas.

A pesar de esto, claro es entonces que los tratados y convenios internacionales en materia de derechos ratificados por el Estado Colombiano, hacen parte del bloque de constitucionalidad e integran el catálogo de fuentes judiciales que orientan la motivación de las sentencias judiciales. Sin embargo, ¿ocurre lo mismo con las sentencias de los tribunales internacionales de justicia? Nuestra hipótesis es que, en efecto, las decisiones de los tribunales internacionales de justicia, son vinculantes para los operados jurídicos en el ordenamiento interno, así como por ejemplo los precedentes sentados por los altos tribunales de la rama judicial del poder público, lo son para los demás órganos que integran la jurisdicción, no por cuestiones de jerarquía – que los tribunales internacionales de justicia no ostentan respecto de los internos – sino en virtud de pertenecer todos al mismo sistema. Tal y como lo sentenció la Corte Constitucional en sus sentencias: T-

568 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), C-010-00 (MP: Alejandro Martínez Caballero) y C-067 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). En los siguientes términos: “Las sentencias de la Corte IDH son precedentes vinculantes debido a que constituyen la doctrina autorizada para la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos –CADH–, y por tanto son exigibles a todas las autoridades internas de los Estados partes (como Colombia), lo que incluye por supuesto a la Corte Constitucional. Lo anterior, debido a que la Convención es el instrumento de Derechos Humanos más importante en el ámbito regional, cuyas cláusulas hacen parte del ordenamiento jurídico interno, con jerarquía constitucional, por vía del bloque de constitucionalidad.”

Ratificándose de esta manera la obligación que tienen los Estados parte de la Convención Americana de Derechos de velar porque los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Razón por la que “Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (2010, Corte IDH. Sentencia de 26 de noviembre).

En conclusión, el bloque de constitucionalidad define en el caso colombiano los parámetros del control de constitucionalidad, es decir, determina qué tratados de derechos humanos componen ese parámetro y cuáles son los nuevos derechos que amplían la interpretación constitucional. De acuerdo con ello, la interrelación e integración del derecho internacional, desde el punto de vista del derecho constitucional, pueden hacerse efectivas con los mecanismos de control de constitucionalidad y de amparo en los sistemas nacionales, estando facultados los jueces para integrar en su motivación fuentes de este talante, en la medida que una

de las características en los contenidos del bloque es la integración en una unidad normativa de diversos tipos de normas. Este conjunto normativo sirve de base para confrontar una norma del ordenamiento jurídico y determinar su validez. Así, en Francia, Louis Favoreu señaló que el juez constitucional había logrado “lo que dos siglos de historia no habían conseguido llevar a cabo: un conjunto constitucional suficientemente armonioso y coherente, que combina la modernidad y las tradiciones y en el que, sobre todo, los derechos fundamentales han sido finalmente integrados” (1995).

Por lo que siendo bloque de constitucionalidad una unidad jurídica compuesta por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados con el carácter de fuente de derecho como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional. No obstante, esa integración es excepcional pues de lo que se trata es de definir qué hace parte de nuestra Constitución. Cumpliendo entonces este concepto dos propósitos fundamentales. Por una parte, servir como mecanismo de coordinación normativa entre el ordenamiento jurídico internacional y el derecho interno, y, por otra, evitar que la Constitución se muestre inmóvil ante dinámicas sociales, jurídicas y políticas que exigen la incorporación de nuevos derechos que se adecuen a realidades cambiantes.

Pese a esto, la teoría del bloque también tiene riesgos que muchas veces son difíciles de solucionar. Como la composición de las fuentes formales en el contexto de integrar el “imperio de la ley” al que se refiere el artículo 230 superior, así como su validez interpretativa y capacidad vinculante – que como ya se explicó no debe depender de aspectos de jerarquía, sino de calidad argumentativa expuesta en la motivación –.

Acorde con lo anterior, “para que una norma internacional haga parte del bloque de constitucionalidad, se deben cumplir, al menos, con dos requisitos. Por una parte, (i) debe existir un reenvío normativo. Es decir, que en el articulado constitucional exista una remisión a un grupo de tratados o a uno en específico. Por ejemplo, la parte final del artículo 53 Superior sobre derechos laborales, establece que “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados” hacen parte de la legislación. De la misma forma, el artículo 93 sostiene que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

Por otra parte, por regla general, (ii) solamente hacen parte del bloque las normas internacionales que tratan sobre derechos humanos, derecho penal internacional y derecho internacional humanitario. Como las normas sobre límites territoriales de Colombia.” (2016, Corte Constitucional, sentencia T-280A). Normas que desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional tienen el carácter de *Ius Cogens* o derecho consuetudinario de los pueblos, en razón a que “constituyen un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de vulneración de derechos humanos.

En consecuencia, su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados en su conjunto le ha dado al adherir a esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario. No de su eventual codificación como normas de derecho internacional. De ahí que su respeto sea independiente de la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado de prestar los Estados a los instrumentos internacionales que recogen dichos principios.” (Sentencia, *ibíd.*)

### 3. *Ius cogens*, concepto y características

Como se explicó, la introducción del bloque de constitucionalidad supuso una nueva visión sobre la garantía de los derechos humanos en la legislación interna trayendo consigo la necesidad de coherencia entre la legislación interna y aquel compendio normativo para garantizar su protección. Por esta razón, y dada la importancia que adquiere como figura de interpretación y control constitucional, retomemos la cuestión acerca de si ¿pueden los jueces amparar sus decisiones en reglas y principios no expresadas textualmente en la constitución ni incorporadas vía de bloque de constitucionalidad al ordenamiento jurídico, el cual le define su catálogo de fuentes? O, en otros términos; ¿son vinculantes para los jueces las reglas y principios del *Ius Cogens*? Ahondemos entonces en el concepto y las características de esta figura del derecho internacional.

Con la entrada en vigencia de la Carta de las Naciones Unidas, a través de la Ley de 1945, se incorporaron al derecho interno las normas relativas a la protección de los derechos humanos fundamentales vigentes en ese momento. Acogiéndose la idea según la cual “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto se constituye en una norma que no admite acuerdo en contrario”. Con base en esta regla, el profesor Luigi Ferrajoli (2007, p. 135), define el *ius cogens* como: “aquellos principios que la conciencia jurídica de la humanidad, revelada por sus manifestaciones objetivas, considera como absolutamente indispensable para la coexistencia y la solidaridad de la comunidad internacional en un momento determinado de su desarrollo orgánico”.

En opinión del doctor José Joaquín Caicedo Perdomo (1975, p. 261), hacen parte del *ius cogens* las siguientes normas imperativas: “1) Normas relativas a los derechos soberanos de los Estados y de los pueblos (igualdad, integridad territorial, libre determinación etc.); 2) Normas

relativas al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales; 3) Normas sobre la libertad de la voluntad contractual y la inviolabilidad de los tratados; 4) Normas sobre reconocimiento y protección de los derechos humanos y 5) Normas relativas al uso del espacio terrestre y ultraterrestre perteneciente a la comunidad de Estados en su conjunto.”

En relación con el reconocimiento y protección de los derechos humanos es necesario hacer algunas precisiones. En primer lugar, se trata de un derecho ampliamente codificado: en la Declaración Universal de 1948 y los Pactos internacionales de 1966, la Declaración Americana de 1948 y en la Convención Americana de 1968. En segundo lugar, el derecho internacional humanitario constituye la aplicación esencial, mínima e inderogable de los principios consagrados en los textos jurídicos sobre derechos humanos. De ahí su carácter de legislación civilizadora y humanizadora, aplicable en situaciones de amenaza, inminente riesgo o peligro y vulneración de derechos humanos, en contra de Estados y en defensa de la población civil.

De otra parte, existe una estrecha conexión entre el derecho internacional humanitario y el *ius cogens*. Así lo reconoció la Corte Internacional de Justicia en fallo del 27 de junio de 1986 relativo al caso de las actividades militares y paramilitares emprendidas por los Estados Unidos contra Nicaragua. La Corte se refirió al *ius cogens*, así: “El hecho de que los principios de derecho consuetudinario –dice el tribunal internacional– estén o no codificados o incorporados en convenios multilaterales no significa que dejen de existir y de aplicarse como principios de derecho consuetudinario.” Los actos denunciados, según la Corte, se encontraban condenados por los principios generales del derecho humanitario, entendidos como consideraciones elementales de humanidad, como un mínimo aplicable en todas las circunstancias independientemente de las normas convencionales existentes.

Las ideas anteriores se encuentran reforzadas por la universal aceptación que la comunidad internacional hace de la capacidad vinculante, fuerza moral y jurídica de estándares mínimos de humanidad que buscan proteger y garantizar a la condición humana un estado de cosas que haga posible un reconocimiento y trato digno.

En síntesis, los principios del derecho internacional humanitario plasmados en los diferentes tratados, convenidos y protocolos, y aquellos cuyo contenido se reconocen como criterios esenciales que garantizan la dignidad humana – aunque no estén formalmente reconocidos, ni positivizados –, por el hecho de constituir un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones en la que se compromete la condición humana y su naturaleza inalienable, ampliamente aceptado por la comunidad internacional, hacen parte del *ius cogens* o derecho consuetudinario de los pueblos. En consecuencia, su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados en su conjunto le ha dado al adherir a esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario. No de su eventual codificación como normas de derecho internacional. De ahí que su respeto sea independiente de la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado de prestar los Estados a los instrumentos internacionales que recogen dichos principios.

Criterios que fueron recogidos por la Asamblea Nacional Constituyente al consagrar en los artículos 93, 94 y 214 de la Constitución, que aluden al reconocimiento de los derechos humanos como condiciones indispensables para asegurar la realización y el goce de otros derechos (factor de conexión). Así, por ejemplo, el Constituyente Diego Uribe Vargas señaló con toda claridad que: “Hay necesidad de reconocer la superioridad de esos convenios (sobre derechos humanos) celebrados en el campo internacional dentro de nuestra futura Carta Constitucional; es decir, (...) en materia de derechos humanos, yo diría que todo el orden jurídico debe merecer la supremacía



de las normas internacionales. Yo creo que la primera cosa es consagrar explícitamente la supremacía de las normas y convertirlas en normas vigentes en el ordenamiento interno y no solo alusiones teóricas a un orden internacional del cual formamos parte, pero que no cumplimos (...).” (1991, p. 7).

De su parte, el Constituyente Alfredo Vásquez Carrizosa manifestó su acuerdo con la propuesta del constituyente Uribe Vargas en el sentido de que: “es preciso enmarcar los derechos dentro del primado del derecho internacional, porque Colombia no está inventando el derecho internacional. Colombia es un Estado miembro de las instituciones internacionales y tiene el deber o de salirse de esas instituciones o de respetar lo que allí se dice con el voto de Colombia (...) El derecho internacional tiene prelación sobre el derecho interno en materia de derechos humanos. Me parece que el derecho internacional nos evita cambiar la constitución cada vez que cambia el derecho internacional, si aprobamos en gracia de discusión la Constitución, hay que cambiar la constitución cada vez que cambia el derecho internacional.” (ibíd., p. 8).

Es pertinente señalar que las anteriores opiniones pertenecen a delegados constituyentes y fueron expresadas en momentos en que culminaban las labores de la Asamblea, lo cual permite suponer que representan en buena medida la opinión dominante que tuvo en cuenta la Comisión codificadora para la redacción final de los artículos 93, 94 y 214 de la Carta vigente. En particular, dichas opiniones expresan un acuerdo fundamental acerca de la incidencia de los diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y derecho de los conflictos en nuestro ordenamiento.

Así las cosas, la Constitución de 1991 confirma y refuerza tanto la obligatoriedad del derecho internacional de los derechos humanos como la del derecho internacional humanitario. Por lo que en materia de derechos humanos la Constitución colombiana recoge toda la tradición del

constitucionalismo occidental, incluyendo sus más modernos postulados, en materia de derechos humanos y mecanismos de protección. Deduciéndose esto del texto de los artículos 93 y 94 de la Constitución Política.

En el primero de ellos, el Constituyente consagró la primacía del derecho internacional convencional relativo a los derechos humanos, al establecer la prevalencia de los tratados y convenios ratificados por Colombia y la obligación de interpretar la Carta de derechos de conformidad con dichos convenios y tratados. De cuyos enunciados además se construyó y desarrollo el concepto de Bloque de Constitucionalidad.

Mientras que en el artículo 94, se estableció la posibilidad de aplicar derechos no consagrados en el texto constitucional o incluso en los convenios y tratados ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos inherentes a la persona humana. De acuerdo con este texto constitucional, el valor inherente o fundamental no depende de la consagración expresa: es, pues, un valor normativo independiente de toda consagración en el ordenamiento positivo, tal como lo entendía el clásico derecho natural.

Por su parte, en numeral 2 del artículo 214 de la Constitución se consagró el valor supraconstitucional del derecho internacional humanitario cuando, al regular los parámetros a que se sujetan las atribuciones presidenciales durante los estados de excepción, dispuso que: “En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.” Como puede deducirse, no se exige, en tales condiciones, ratificación o adhesión al convenio o al tratado. En otros términos, con la incorporación de este principio los constituyentes quisieron ante todo proteger los valores humanitarios reconocidos universalmente por la comunidad internacional, abstracción hecha del derecho que los consagra. En consecuencia, se acogió la fórmula de la incorporación automática del derecho internacional humanitario al ordenamiento interno

nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el *ius cogens*.

El *ius cogens*, es entonces “un conjunto normativo cuya obligatoriedad y fuerza vinculante emana del respaldo universal que a sus preceptos da la comunidad internacional en su conjunto, la que además considera que sus normas no admiten acuerdo en contrario.” (1993, Corte Constitucional, sentencia C-088). Por ello los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, prescriben que todo tratado internacional que esté en contradicción con una norma de *Ius Cogens*, debe ser considerado nulo.

En efecto, dijo la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, que conforme a las reglas de interpretación de los tratados internacionales consagradas en la Convención de Viena de 1969, en vigor para Colombia desde el 10 de mayo de 1985, “los tratados internacionales constituyen los parámetros generales y mínimos de protección de derechos y de los principios de derecho internacional”, no obstante lo cual los estados pueden “ampliar el umbral de aplicación cuando, de forma general, se cumplen todos los requisitos que en dichos Tratados y Convenios se han determinado”. Además, se encuentran “las normas relativas a los Derechos Humanos hacen parte del gran grupo de disposiciones de Derecho Internacional General, las cuales son reconocidas como normas de *ius cogens*, razón por la cual, aquellas son inderogables, imperativas (no dispositivas) e indisponibles (...). En esa medida, colige que “la no adhesión al referido tratado por parte de un Estado no lo sustrae del cumplimiento de una norma internacional como compromiso *erga omnes* adquirido para prevenir y erradicar graves violaciones a los Derechos Humanos que desconocen la humanidad y su dignidad”. Y remata diciendo, “en atención a que la validez otorgada en nuestro derecho interno a los múltiples Tratados de Derecho Internacional de

los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, tanto en el sistema de reconocimiento, protección integral y garantía de los mismos, compromete obligatoriamente al Estado Colombiano y a sus órganos judiciales competentes a investigar y juzgar las graves formas de criminalidad contra la humanidad y desconocimiento de sus derechos inalienables.” (2009, Sentencia SC SCP 32022).

Ius cogens cuyas normas que se caracterizan entonces por ser inderogables, imperativas (no dispositivas) e indisponibles, además de imprescriptibles. Sobre su inderogabilidad, explica la profesora chilena, Regina Ingrid Díaz Tolosa (2014), que tal característica “implica como efecto necesario la imposibilidad de que ellas sean derogadas por costumbre o acuerdo entre los Estados o por normas de sus ordenamientos internos. Este efecto de inderogabilidad se desprende inmediata y necesariamente de la característica de imperatividad de estas normas, tanto así que para algunos juristas constituye un pleonasma referirse al ius cogens como una norma perentoria de derecho internacional general cuya derogación no está permitida. Así, en los sistemas legales derivados del derecho romano y del derecho francés, una norma imperativa es aquella que no puede ser derogada, pues es lo que la caracteriza en contraposición del derecho dispositivo”.

Debido a la inderogabilidad de las normas de ius cogens, cualquier tratado que fuera en contra de ellas sería nulo de pleno derecho, es decir, desde la celebración y entrada en vigor del respectivo tratado, retrayéndose sus efectos al momento en que se celebró o concluyó el acto (como si nunca hubiera existido), de manera tal que se habrá de eliminar las consecuencias que se hubiesen llegado a consolidar y reconstruir la situación al estado anterior al nacimiento del tratado, pues los efectos que normalmente habrían producido se suprimen, el tratado nunca existió.

Ahora bien, sobre el carácter imperativo o no dispositivo de las normas del *ius cogens*, explica el filósofo francés Michel Virally (1966, p. 29), que estas normas “destinadas a proteger los intereses de la comunidad internacional sobrepasan los intereses individuales de los Estados, por lo que es normal que estos no puedan disponer de ellas en sus relaciones entre sí.

Desconocerlas no sería simplemente una renunciación individual por parte de un Estado a sus propios intereses, sino constituiría, al mismo tiempo, un atentado a los intereses superiores de la comunidad internacional, los cuales han de ser respetados en toda circunstancia. Un Estado no puede descargarse de las obligaciones que le impone una norma de *ius cogens*, incluso si existe consentimiento de otro Estado, pues este no puede repudiar sus derechos originados en una norma de *ius cogens*.” Entonces, así como los Estados no ostentan facultades de disposición sobre estas, en el sentido de limitar su alcance, tampoco pueden tampoco fijar su alcance (indisponibilidad), toda vez que su vigencia no está determinada por un plazo de tiempo sino por el reconocimiento que de este conjunto de normas (materiales e inmateriales) haga la comunidad internacional universalmente. Situación de la que se desprende su última característica, la imprescriptibilidad.

Sobre la imprescriptibilidad, se ha sostenido que esta va en dos sentidos. El primero de ellos hace alusión a su vigencia en el tiempo dada la perpetuidad de sus efectos. Mientras que el segundo, a la consecuencia inherente a toda norma de *ius cogens*, en cuanto su vulneración no impide la persecución y castigo de los infractores por el paso del tiempo. Por ejemplo, respecto de los crímenes internacionales de *ius cogens* existe un interés de la comunidad internacional en que estas conductas incompatibles con la dignidad humana nunca se olviden ni se perdonen y que los culpables sean castigados siempre. “Su imprescriptibilidad es reconocida como un principio perteneciente al derecho internacional consuetudinario que encuentra su consagración

convencional en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, el cual señala en forma expresa que los delitos a que él se refiere están y quedan prohibidos: en cualquier tiempo y lugar.” (Bustos, 2000, p. 162).

Resulta claro que el carácter vinculante del *ius cogens* no depende de la voluntad de los Estados, ni de su reconocimiento en instrumentos formales, sino más bien de la conciencia humana y el sentido común. En lo que la doctrina ha denominado como la *opinio iuris communis* de todos los sujetos del derecho internacional (los Estados, las organizaciones internacionales y los seres humanos), asimilándose en este sentido con el derecho natural. En ese orden de ideas, al ser el *ius cogens*, ante todo, un catálogo axiológico cuya validez absoluta y universal no depende de su consagración en el ordenamiento positivo, su carácter de fuente como conjunto de criterios para sustentar y motivar sentencias recaerá exclusivamente en la actividad judicial, la cual, como se explicó, es autónoma y discrecional. De ahí que tengamos que ocuparnos ahora de estudiar la relación específica del juez como operador judicial y el *ius cogens* como fuente del derecho.

#### **4. El juez y el *ius cogens***

Luego de las atrocidades cometidas por el régimen nazi en la segunda guerra mundial, se intensificó la idea de adoptar bases fundamentales comunes a los Estados civilizados, y en especial que el derecho no puede consistir solo en mandatos legislativos sin considerar el contenido de sus normas, por tanto, la presencia de normas de *ius cogens* en el Derecho Internacionales reafirma la necesidad de entender al derecho en general como un proceso inacabado en constante producción, que se nutre de la realidad social que es dinámica y cambiante para fijar en determinados contextos históricos su contenido.

A pesar de lo anterior, existe en el derecho un conocimiento que es inmutable y universal que expresa el conocimiento a partir del cual se desarrolla y se construyen los regímenes legales. Tal conocimiento se recopila, condensa y expresa en forma de principios jurídicos, que son estándares de justicia desde la perspectiva del denominado derecho natural, escuela del pensamiento jurídico que plantea una inescindible relación entre la moral y el derecho.

La moral universal y generalmente aceptada, y por ende salvaguardada por el derecho, adopta la forma de *ius cogens* y a través de esta, debería dirigir la actividad judicial de interpretación de textos legales y los contextos en los que se desenvuelven las circunstancias cuyo conocimiento aborda para desatarlos precisamente en derecho. Luego tal encuadramiento de una realidad que desconoce, en unos hechos procesales que logró establecer mediante reglas procesales que rigen el juicio y la actividad probatoria, no puede estar desprovista de las necesarias reflexiones acerca de los mínimos que expresan garantías básicas que busca protegerse con la idea de un *ius cogens*.

El ordenamiento jurídico colombiano no ha sido ajeno a esta situación, desde la Ley 153 de 1887, que aún se encuentra vigente, se planteó en sus artículos 4 y 5, que: “Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes.” Y “Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la Crítica y la Hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes.” Lo que autoriza a Jueces y Magistrados a integrar en su labor, el conjunto de “principios de derecho natural”. Pero ¿hacen parte de estos principios el conjunto de estándares que integran el *ius cogens*?

Según el profesor Freddy Fayad, “Tanto la moral como el derecho, son sistemas normativos que se ocupan de la conducta humana y del establecimiento de reglas que delimitan su ejercicio como garantía de orden. Para el iusnaturalismo existe una moral fundada, primero; en creencias mitológicas y religiosas que, de acuerdo a una cosmología colectivamente asumida, le dicta intuitivamente al hombre un orden de cosas de las que deduce y distingue lo “bueno” y de lo “malo”, y, por ende, le dicta como debe actuar conforme este estándar. Y segundo; como manifestación de la pretensión humana por racionalizar y explicar los fenómenos, tanto del mundo que lo rodea, como los que tienen lugar y se producen en su fuero interno, identificando y denominando en un catálogo axiológico, una serie de principios en forma de leyes naturales que determinan la expectativa acerca del deber. Pasando así de una visión teológica de la cuestión moral, a una eminentemente metafísica y ética.” (2016, p. 19).

Sobre los principios y el lugar que ocupan en el desarrollo del contenido de las leyes y en la producción de decisiones judiciales, múltiples han sido los autores que se han referido al respecto. Destacando, unos y otros, el carácter de sistema normativo tanto de la moral como del derecho, cuya labor básicamente se encarga de la regulación de la conducta del hombre. Pero entre ellos existen diferencias que la filosofía jurídica contemporánea ha señalado: “la moral es unilateral, en tanto que el derecho es bilateral; la moral gobierna el ámbito interno, y el derecho es externo; la coercibilidad, es decir, la posibilidad de hacerlo cumplir mediante la fuerza, es propia del derecho, y falta, por el contrario, en la moral.” (Fayad, 2016). En igual sentido, Kelsen afirma que la coacción es un elemento esencial del derecho y al señalar las diferencias entre éste y la moral, dice: “La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está



compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria (...) Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.” (1983, p. 79 y 81).

Al contrario de lo que pudiera llegarse a pensar, no existe realmente una separación absoluta entre la moral y el derecho, pues la realidad es tal y como lo explica Josseland: “son innumerables los puntos de contacto entre estas dos disciplinas –puntos de contacto que se convierten a veces en puntos de razonamiento– emanan una y otra, de la conciencia humana; son ambos productos sociales; tratan igualmente de suministrar al hombre una dirección, una línea de conducta. Son incesantes los servicios que se prestan mutuamente; de una parte, las reglas del derecho son, en su casi totalidad, tomadas a préstamo de la moral, hasta el punto de que el derecho no es sino la moral en la medida en que ésta reviste carácter obligatorio; por otra parte, ocurre que la ley positiva ejerce una repercusión sobre las costumbres de un país; hay leyes que son moralmente saludables y otras que son perniciosas: la famosa frase: *quid leges sine moribus* (Leyes sin moral están vacías), es tan solo una verdad relativa. Entre el derecho y la moral, las afinidades son, pues, ciertas y su interpenetración es permanente y profunda.” (1952, p. 75).

Por ser la moral y el derecho órdenes sociales distintos, es posible calificar las normas jurídicas como ajustadas a la moral o contrarias a ella. Al respecto se lee en Kelsen: “De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe

calificarlo de bueno o malo (...) Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.” (ibíd. p. 56 y 57). En conclusión: la moral es una realidad social diferente al derecho, pero relacionada con éste. Y que, en algunos casos y dentro de ciertos límites, le sirve de sustento.

Vale la pena distinguir entre la moral que es reconocida universalmente como lo bueno o lo justo, que es válida para todos los pueblos, en todos los tiempos, y aquella moral vigente en un espacio y un tiempo histórico determinado, que ha sido positivizada en normas y que por esta condición es relativa. Entendiendo la primera de ellas como aquella aceptada por todos los hombres en todas las épocas, y la segunda como la de cada pueblo en el momento particular de su devenir histórico. Dicho, en otros términos: la moral es una, pero sus manifestaciones cambian en razón de la diversidad de las sociedades en el espacio y en el tiempo. “Toda la moral consiste en este proceso de sublimación, purificación o catarsis de la conciencia individual, merced al cual ésta se reúne a lo universal, y en esto concuerdan sustancialmente todos los preceptos morales de todos los pueblos y de todas las filosofías. Concordancia que es bien notable y bien significativa, cuando se piensa que se llega a las mismas conclusiones morales

partiendo de diversos criterios (por ejemplo, ateísmo o naturalismo), o usando métodos opuestos (por ejemplo, empírico o racional). No es otro el significado de la máxima cristiana: No hagas a los demás aquello que no querrías que te hicieran a ti. Idea expresada en forma más sofisticada y rigurosa en la obra del filósofo alemán Immanuel Kant: Obra de modo que la máxima de tu conducta pueda valer como un principio de una legislación universal.” (Del Vecchio, 1946, p. 591).

Hay pues, “una moral común, genérica, que incluye todos los hombres y que constituye el mínimo indispensable para todos”. Pero cada pueblo en un momento histórico, determinado por las circunstancias sociales, económicas y culturales, tiene una moral positiva, es decir, la manifestación de la moral universal e inmutable consignada en su propia legislación. Recasens Siches escribió: “Hay valores éticos y jurídicos que se refieren a la esencia de lo humano y, por tanto, fundan normas ideales de aplicación general para todos los hombres y todas las sociedades. Pero así mismo hay otros valores que (teniendo validez también objetiva) implican en su propia materia o contenido una indicación particular a la situación de una persona, de una nación o de un momento histórico. Hay, desde luego, una moral común, genérica que incluye a todos los hombres y que constituye el mínimo indispensable para todos. Pero además de los valores que fundan esas normas generales, hay una serie de morales vocacionales y de las situaciones concretas e individuales, que no contradicen ni menoscaban aquella moral general, pero que la complementan. La actualización de los deberes concretos de cada una de esas morales vocacionales y situacionales está determinada por la presencia de los hechos de vocación o de situación congruentes. De la misma manera que hay vocaciones individuales -las cuales son el resultado de la articulación de una persona concreta con un contorno también concreto-, así mismo hay vocaciones para las colectividades (...) Cada situación de un proceso

histórico determina la posibilidad de conocimiento y el deber de realización de tareas fundadas en valores singulares cuya ocasión quizá sea singular, intransferible y no se repite. Y así como desde el punto de vista moral podríamos decir que cada individuo tiene el deber de ser auténtico, fiel a sí mismo, fiel a su vocación, de igual manera podríamos decir que a cada época histórica y a cada pueblo le corresponde el cumplimiento de determinadas misiones; porque cada época, cada colectividad -lo mismo que cada individuo- ocupa una especial perspectiva en virtud de la cual puede y debe realizar valores singulares.” (1946, p. 667).

En resumen: No es posible negar la relación entre la moral y el derecho, y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta a la moral vigente, en un tiempo y espacios determinados coyunturalmente para deducir consecuencias sobre la validez de un acto de la voluntad humana y con ellos su licitud. Por esto, siempre hay siempre una moral social, que es la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia. Entendida así, la moral no es individual: lo individual es la valoración que cada uno hace de sus actos en relación con la moral social predominante. Pero ¿Cuál forma que esta moral adopta positivamente? Evidente resulta entonces, que estamos hablando de los denominados principios jurídicos.

Según el profesor Fayad; “Los principios jurídicos son las “ideas fundamentales” o básicas del Derecho, que lo definen y explican ontológicamente (lo que el derecho es), que tienen como función dentro del ordenamiento jurídico; determinar su naturaleza (normas morales o jurídicas), criterios que orientan la aplicación de las leyes y sirven para la resolución de controversias, porque pueden aplicarse directamente.” (2016, p. 35). Mientras que para Ronald Dworkin el término principio en sentido genérico, se refiere a todo “el conjunto de los estándares –que no son normas– que apuntan siempre a decisiones exigidas por la moralidad o impelentes de objetivos que han de ser alcanzados.” (2012, p.78).

Dworkin también explica que la norma positiva es insuficiente para la resolución de casos que atañen a derechos inalienables y en este sentido asegura: “cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como directrices políticas u otras pautas (...) Llamo “principio” a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.” (Ibíd. p. 136). Esto quiere decir que para Dworkin, los principios en sentido general, son el conjunto de los estándares que no son normas pero que sirven para nutrir o edificar una decisión judicial ante la insuficiencia del ordenamiento jurídico positivo en dar respuesta razonable a la controversia que se procura resolver.

Por su parte, el tratadista alemán Robert Alexy señala que los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las realidades jurídicas. En su *Teoría de los Derechos Fundamentales* (2014), parte de la idea de que tanto las reglas como los principios son normas; por ello, para él el problema sobre los principios se circunscribe a diferenciarlos de las reglas, pues finalmente ambos pertenecen al conjunto de normas, ambos son clases de mandatos y por ende fuentes válidas para la labor judicial. Por ello afirma: “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. 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 (...) en cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.” (p. 64).

Así para Alexy las normas como conjunto de mandatos comprenden dos clases: reglas y principios, siendo los segundos; mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, por lo tanto, 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. Correspondiéndole al juez no solo su identificación –tratándose del principio aplicable a la situación concreta que intenta resolver–, sino también su adecuación y ponderación para establecer su alcance interpretativo en su aplicación práctica.

Contrastados estos puntos de vista, tenemos que los principios son normas de carácter muy general que señalan la deseabilidad de alcanzar ciertos objetivos o exigencias de tipo moral. Cuyo alcance corresponde determinar al juez de instancia al momento de elaborar la motivación de su decisión, son desde esta perspectiva de mandatos, verdaderos criterios que integran el catálogo de fuentes con las que cuentan para decidir en derecho. Inclusive, aunque no estén positivizados en las normas que integran el ordenamiento legal de un país determinado.

Una vez concluido este necesario repaso conceptual sobre el tratamiento filosófico-jurídico del tema de los principios en el derecho. Abordaremos la cuestión de las fuentes del derecho para ubicar en su tratamiento legislativo y clasificación al *ius cogens*, y validar de esta forma su carácter de fuente.

En el sistema jurídico colombiano las fuentes del derecho se clasifican en fuentes materiales y fuentes formales. Las primeras hacen relación a los hechos y circunstancias que hacen producir el derecho, como los hechos sociales, económicos, y políticos. Mientras que las segundas hacen relación a las formas como se expresa el derecho, tal y como lo dispone el artículo 230 de la Constitución al indicar que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley” y que “La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.” Aquí la cuestión gira entorno a establecer: ¿En cuál de estas categorías encuadra el conjunto de normas que comprende el *ius cogens*?

Dentro del sistema normativo colombiano la fuente formal por excelencia es la Constitución, cuyo texto consagra un conjunto de valores y principios que apuntan a la conformación de un orden social justo, según se desprende del preámbulo, de los principios fundamentales y de la carta de derechos. Al respecto del artículo 230 de la Constitución y el sistema de fuentes en el ordenamiento constitucional, sostuvo la Corte Constitucional: “El Constituyente reguló el sistema de fuentes tomando como referente principal a las autoridades judiciales a quienes les corresponde definir, en última instancia, lo que se encuentra jurídicamente ordenado, prohibido o permitido. Es por ello que el artículo 230 inicia prescribiendo que “los jueces en sus providencias se encuentran sometidos al imperio de la ley” y señala que son criterios auxiliares de la actividad judicial la doctrina, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la equidad. La Carta, luego de declarar en el artículo 4 su condición de norma de normas y, por ello, vértice de todo el ordenamiento jurídico, fuente principal de reconocimiento de validez y límite sustantivo de las restantes normas del ordenamiento, adopta un sistema predominantemente legislativo al disponer que la actuación judicial se subordina a la ley. Esta expresión, contenida en el artículo 230 ha sido entendida en un sentido material de manera que comprende todas las normas (i) adoptadas

por las autoridades a quienes el ordenamiento jurídico les reconoce competencias para el efecto y (ii) siguiendo los procedimientos o las formas fijadas con ese propósito. En ese sentido la “ley” incluye no solo las normas dictadas por el Congreso de la República sino también –y entre otros cuerpos normativos– los Decretos expedidos por el Presidente de la República, así como las disposiciones adoptadas –en desarrollo de sus atribuciones constitucionales– por el Consejo Nacional Electoral (Art. 265), la Contraloría General de la República (Art. 268), el Banco de la República (Arts. 371 y 372) y el Consejo Superior de la Judicatura. (Art. 257). El amplio concepto de ley, necesario para comprender todas las formas de regulación que prevé la Carta, no implica que entre sus diferentes componentes no existan las relaciones jerárquicas propias de un ordenamiento escalonado. Esas relaciones –necesarias para definir la validez de las normas– se establecen a partir de criterios relativos (i) a su contenido dando lugar, por ejemplo, a que las leyes aprobatorias de tratados en materia de derechos humanos, las leyes estatutarias y las leyes orgánicas ostenten una especial posición en el ordenamiento jurídico; (ii) al órgano que la adopta de manera tal que, por ejemplo, una ley adoptada por el Congreso se superpone a un decreto reglamentario expedido por el Presidente de la República; o (iii) al procedimiento de aprobación conforme al cual normas con un procedimiento agravado de expedición tienen primacía respecto de otro tipo de leyes, lo que ocurre por ejemplo en la relación entre los actos legislativos y las leyes aprobadas por el Congreso.” (2015, C-284).

Al precisar el alcance de la expresión “ley” como fuente principal del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, la Corte Constitucional ha precisado que las soluciones que surgen en virtud de la aplicación de los principios jurídicos constituyen una genuina expresión del “imperio de la ley”, en la medida que la interpretación judicial lo que pretende es la adecuación del sentido de los principios, que es general, abstracto y ambiguo, a situaciones



prácticas en concreto. Explica la Corte: “el juez que apela al razonamiento mediante el ejercicio reflexivo de los principios axiológicos generales del derecho, no hace, pues, otra cosa que decidir cómo aplicar la ley en una determinada situación”. (1995, C-083). A su vez, aludiendo a la complejidad del proceso de abstracción y generalización que supone, ello “no escamotea (...) la base positiva del fallo” y, en consecuencia, “cuando el juez falla conforme al proceso descrito no ha rebasado, pues, el ámbito de la legislación.” (ibíd.). Entonces, en la medida que el fallo contemple los fundamentos y los motivos que tuvo el juez, se satisface el mandato del artículo 230.

A pesar de lo anterior, la validez de la costumbre internacional en materia de derechos humanos cuyos criterios integran el *ius cogens* en forma de principios inmutables y universales no queda subsumida en la categoría “ley” en los términos del artículo 230 ni en la asimilación que de las expresiones “sistema jurídico” y “ordenamiento jurídico”, sino dos razones constitucionales que justifican aceptarla como una de las formas de regulación que integran el derecho positivo colombiano. Explica la Corte: “En primer lugar (i) la referencia constitucional que hace el preámbulo a la existencia de un “marco jurídico” implica que, aunque la “ley” ocupa un lugar preferente en el ordenamiento, este no se agota en ella, de manera que entre “marco jurídico” y “ley” existe una relación de género a especie. En segundo lugar (ii) el valor constitucional de la costumbre –destacado ampliamente en la sentencia C-486 de 1993– en atención (a) a la referencia que a ella se hace al aludir a las formas del derecho internacional (art. 9, 44, 53, 93, 94, 101, etc.) y (b) a las exigencias adscritas a la soberanía popular, a la democracia participativa, al pluralismo y al Estado Social de Derecho (arts. 1, 3, 7 y 40), pone de presente que ella puede ser reconocida como norma cuando la Constitución o la ley la invoquen,

siempre y cuando no se oponga a lo que las normas imperativas de una y otra prescriban”. (1993, C-486).

Al lado de estas tres fuentes del derecho –Constitución, ley y costumbre– la Constitución prevé la existencia de cuatro criterios auxiliares de la actividad judicial; la doctrina, a la equidad, a la jurisprudencia y a los principios generales del derecho, recursos interpretativos que pueden contribuir a la fundamentación de las decisiones, pero nunca ser la razón de las mismas. En razón a que el señalamiento de esos criterios en el artículo 230 es, según lo precisó la Corte Constitucional, meramente enunciativo, de forma tal que no se encuentran excluidos “otros criterios que sean indispensables en relación con la materia sujeta a su decisión y que a este respecto revistan utilidad como apoyo de la misma.” (ibíd.). Con fundamento en esa consideración el Tribunal Constitucional admitió, que sin perjuicio de su condición de fuente del derecho, la costumbre en cualquiera de sus dimensiones también podría ser un criterio auxiliar de la actividad judicial.

Respecto de la equidad –criterio reconocido también en el derecho internacional–, la Corte Constitucional destacó “(i) que se trata de un concepto jurídico indeterminado objeto de constitucionalización; (ii) que su reconocimiento se constata en diferentes disposiciones de la Carta que aluden a ella (art. 20, 95 226, 230, 267 y 363); y (iii) que la equidad en materia de administración de justicia tiene su lugar “en los espacios dejados por el legislador” al paso que “su función es la de evitar una injusticia como resultado de la aplicación de la ley a un caso concreto.”(1993, C-486). Sobre ello precisó: “La injusticia puede surgir, primero, de la aplicación de la ley a un caso cuyas particularidades fácticas no fueron previstas por el legislador, dado que éste se funda para legislar en los casos usuales, no en los especiales y excepcionales. La omisión legislativa consiste en no haber contemplado un caso especial en el

cual aplicar la regla general produce un efecto injusto. Segundo, la injusticia puede surgir de la ausencia de un remedio legal, es decir, ante la existencia de un vacío. En esta segunda hipótesis, la equidad exige decidir cómo hubiera obrado el legislador. En la primera hipótesis la equidad corrige la ley, en la segunda integra sus vacíos. Así entendida, la equidad brinda justicia cuando de la aplicación de la ley resultaría una injusticia.”

Ahora bien, respecto de los principios generales del derecho, la Corte abordó su tratamiento desde cuatro tipos de problemas alrededor de esta materia a saber: (i) cuál es la definición de los principios generales del derecho; (ii) cuál es el razonamiento que debe seguirse para su identificación; (iii) cuál es la función que cumplen en el ordenamiento jurídico; y (iv) cuáles son los límites a su aplicación.

“La primera y la segunda cuestión, se refieren (a) a las reglas que se deducen del espíritu de la legislación y que la jurisprudencia ha identificado; (b) a las reglas o principios generales del derecho comparado, (c) a los principios de la equidad o del derecho natural de manera que este último se hace presente en nuestros días pero no como un código de leyes absolutas, sino más bien como un conjunto de direcciones críticas al derecho positivo, como un ideal de contenido variable que pretende una corrección y perfeccionamiento del derecho vigente (...).” (Valencia, 2001, p. 219). Pero sin lugar a dudas cuando nos referimos a los “principios” estamos aludiendo simultáneamente a los denominados como principios generales, entre los que se destacan: la prohibición de abusar de los derechos, la exclusión del enriquecimiento ilegítimo o la proscripción de alegar la propia inmoralidad ante la justicia. Como también al conjunto de aforismos que condensan el saber jurídico, tales como: la buena fe se presume y la mala hay de demostrarla, lo que no está expresamente prohibido esta entonces permitido, o donde la ley no distingue no es dado distinguir al hombre, etc. Así como aquellos mínimos universalmente

admitidos por el derecho y los que comprenden al derecho natural, entre los que se destacan: la norma inmoral es injusta, la vida es inviolable, todos somos iguales ante la ley y la presunción de inocencia, la libertad como garantía indispensable y fundamental para el desarrollo del proyecto de vida, el derecho a defenderse de acusaciones, etc. Al respecto Giorgio Del Vecchio concluye que es esta última la posición correcta, tal y como fuera indicando que cuando se afirma que tales principios corresponden a los del derecho natural “quiere decirse que, a falta de disposición formalmente válida, debe el juzgador formular un principio dotado de validez intrínseca, a fin de resolver la cuestión correcta sometida a su conocimiento” no siendo posible “que falle de acuerdo con sus opiniones personales”. (1946, p. 556). De este modo se logra redimensionar y potencializar una disposición legislativa permitiendo por esta vía dar mayor eficacia a las normas que comprenden el sistema jurídico.

Sobre la tercera y la cuarta cuestión una revisión de la literatura permite identificar que a los principios generales del derecho suelen atribuirse diferentes funciones. En algunos casos se advierte que ellos cumplen una función crítica de los ordenamientos. En este caso los principios actúan como la imagen de un derecho ideal al que deben apuntar los ordenamientos históricos. Otra perspectiva señala que los principios generales actúan como verdaderas normas jurídicas y cumplen por ello una función integradora. En estos casos, dicha función se activa a falta de ley y, en esa medida, aunque constituyen verdaderas fuentes, tienen una naturaleza subsidiaria. Finalmente, una tercera postura advierte que la tarea de los principios consiste en precisar el alcance de las fuentes del derecho, cumpliendo entonces una función interpretativa. En estos casos se acude a los principios únicamente con el propósito de aclarar dudas, o superar las ambigüedades y vaguedades propias de los enunciados jurídicos.

Los límites a la aplicación de los principios generales del derecho dependen, en buena medida, de la forma como ellos son reconocidos en los diferentes ordenamientos. En pronunciamiento reciente, de octubre 7 de 2009, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia analizó ampliamente la naturaleza y posición de los principios generales del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, a raíz de una decisión en la que debía determinar si un cargo fundado en la violación del principio según el cual “nadie puede alegar en su favor su propia culpa” podía abrirse paso en sede de casación.

La Corte planteó diferentes tesis alrededor de las cuestiones antes referidas. Sostuvo, entre otras cosas, “(i) que los principios, a diferencia de las reglas, se caracterizan por carecer de una estructura basada en un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica; (ii) que los principios no son promulgados por ninguna autoridad concreta, carecen de fuente legitimadora, lo que lleva a que no sea posible predicar de ellos validez formal, en el sentido de haber sido establecidos de conformidad con algunas reglas de producción o reconocimiento lo que implica que cuando el legislador o los jueces aplican el principio o este ha sido consagrado en fórmulas legales o constitucionales –es decir, se ha positivizado– se produce apenas la verificación de una existencia irrefutable, pero este acto de reconocimiento nada añade en su validez formal, pues su fuente y existencia es puramente axiológica; (iii) que en atención a su naturaleza la consagración legal o constitucional de un principio en nada altera su esencia dado que su existencia no puede quedar subordinada a ese reconocimiento y, en todo caso, ni el legislador, ni el propio constituyente, podrían simplemente aniquilarlos; (iv) que los principios generales del derecho en atención a su textura abierta dan lugar a una asociación explícita o implícita entre el derecho natural y el derecho por principios; (v) que el reconocimiento de lagunas en los diferentes ordenamientos suscita la pregunta por las formas de integración de los ordenamientos

acudiendo, en algunos casos, a los mismos recursos que en ellos se prevén –autointegración– y, en otros, a fuentes externas –heterointegración– como el derecho natural; (vi) que el ordenamiento jurídico ha previsto diferentes soluciones para enfrentar sus lagunas pasando por normas que remiten a los fundamentos tomados del derecho natural, de la justicia universal y de la razón (Ley 1 de 1834), a aquellos dos últimos (Código Civil del Magdalena) o a la analogía, a la doctrina constitucional y a las reglas generales del derecho (Ley 153 de 1887 art. 8); (vii) que también han sido previstas reglas para fijar el pensamiento del legislador tal y como ocurre con aquella que autoriza acudir a los principios del derecho natural para ilustrar la Constitución en casos dudosos; (viii) que la expresión reglas generales del derecho ha sido considerada equivalente a los principios generales del derecho; y (viii) que en Colombia se establece un modelo de heterointegración dado que el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, no limita las reglas generales del derecho a las previstas en el ordenamiento jurídico del Estado y, adicionalmente, el artículo 4 remite a los principios de derecho natural.” (2009, sentencia SC-20030016401).

Luego de estas consideraciones, la Corte dejó sentado que era posible la violación de los principios generales del derecho cuando A) dejaban de aplicarse, B) cuando se aplican indebidamente o C) cuando son interpretados de manera incorrecta. Así las cosas “tienen el carácter de normas de derecho sustancial en aquellos eventos en los cuales, por si mismos, poseen la idoneidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas concretas.” (Ibíd.). Esto implica que para ese Tribunal que la validez de los principios generales no depende de su vinculación o aceptación por el ordenamiento positivo en tanto le preexisten y, por ello, no se sujetan a las contingencias legislativas o constituyentes. Esta postura implica el reconocimiento de que los principios generales del derecho son, en verdad, derecho natural.

La categoría “principios generales del derecho” es, al igual que la “equidad”, ambos son conceptos jurídicos indeterminados en la medida que no tienen un alcance preciso, lo que permite a los jueces que en la delimitación de este alcance, dispongan de un margen de acción o apreciación para que interpreten y definan el contenido de esta expresión. Sin embargo, pese a la relativa indeterminación de la expresión estudiada, su interpretación se encuentra sometida a varios límites que se desprenden del texto de la Carta Constitucional. Sin embargo, puede ocurrir que un enunciado que originalmente era considerado como principio general del derecho, sea posteriormente incorporado mediante una disposición específica al ordenamiento jurídico, dejando de ser un criterio material abstracto para adquirir la categoría de fuente formal.

Al respecto, sostuvo la Corte Constitucional; “El uso de la expresión “principios” del artículo 230 no es equivalente al empleo que de la misma palabra se hace para distinguir, desde el punto de vista estructural, los diferentes tipos de normas (reglas y principios). En esa medida, el carácter abierto o indeterminado que se atribuye a las normas con estructura de principio no implica (i) que todas las normas con dicha estructura queden comprendidas por la expresión del artículo 230, tal y como ocurre en aquellos casos en los cuales la Corte refiriéndose a los artículos 29 o 53 emplea, respectivamente, las expresiones “principios generales del derecho penal” o “principios generales del derecho laboral. Tampoco supone (ii) que las proposiciones normativas que son reconocidas como principios generales del derecho no puedan tener una estructura de regla tal y como ocurre, por ejemplo, con el enunciado según el cual nadie puede alegar en su favor la propia culpa”. (1993, C-486).

Así las cosas, los principios generales del derecho y entre estos, aquellos que se consideran como parte del *ius cogens*, cumplen una función interpretativa en la labor judicial, ya que no están llamados a remplazar a las fuentes formales por excelencia; la Constitución Política y la

ley. Pero si redimensionan el alcance aplicativo de estas, manteniendo vigentes tales disposiciones en cualquier tiempo, asegurando además su concordancia con los estándares mínimos el derecho internacional universal, en pro de alcanzar mejores y mayores niveles de justicia.

Al margen de la postura que pueda asumirse respecto de la ubicación que pueden tener y la tarea que están llamados a cumplir los “principios del derecho natural” en un ordenamiento jurídico, su reconocimiento en la Ley 153 de 1887 suscita preguntas de enorme complejidad en tanto remite a una de las cuestiones más disputadas en la filosofía del derecho y en la teoría jurídica: el vínculo entre la moral y el derecho, en tanto instrumentos de regulación de la conducta humana. Que en el sistema jurídico colombiano se ha resuelto confiriéndole un margen de discrecionalidad al juez para su labor. La cual ejerce dentro de los límites de la ley, lo que lo dota de la facultad de tomar una decisión en el sentido que según sus convicciones le dicte siempre que se encuentre suficientemente motivada y no se incurra en alguna de las causales que estructuran vías de hecho, Diferenciándose de esta manera entre: las atribuciones que la discrecionalidad les confiere y una eventual arbitrariedad.

Sobre las causales generadores de vías de hechos mediante decisiones judiciales, explicó la Corte Constitucional que estas son: “i) Defecto orgánico: ocurre cuando el funcionario judicial que profirió la sentencia impugnada carece, en forma absoluta, de competencia, ii) Defecto procedimental absoluto: surge cuando el juez actuó totalmente al margen del procedimiento previsto por la ley, iii) Defecto fáctico: se presenta cuando la decisión impugnada carece del apoyo probatorio que permita aplicar la norma en que se sustenta la decisión, o cuando se desconocen pruebas que desconocen el sentido del fallo, iv) Defecto material o sustantivo: tiene lugar cuando la decisión se toma con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales,



cuando existe una contradicción evidente y grosera entre los fundamentos y la decisión, cuando se deja de aplicar una norma exigible en caso o cuando se otorga a la norma jurídica un sentido que no tiene, vi) El error inducido: acontece cuando la autoridad judicial fue objeto de engaños por parte de terceros, que la condujeron a adoptar una decisión que afecta derechos fundamentales, vii) Decisión sin motivación: se presenta cuando la sentencia atacada carece de legitimación, debido a que el servidor judicial incumplió su obligación de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos que la soportan, viii) Desconocimiento del precedente: se configura cuando por vía judicial se ha fijado un alcance sobre determinado tema, y el funcionario judicial, desconoce la regla jurisprudencial establecida y ix) Violación directa de la Constitución que se deriva del principio de supremacía de la Constitución, el cual reconoce a la Carta Política como un supuesto plenamente vinculante y con fuerza normativa”. (2015, sentencia SU-172).

Entonces, aunque como se ha explicado los jueces tienen amplias facultades para efectuar el análisis de la legislación aplicable en cada caso concreto, su evaluación puede apoyarse en los principios de justicia, entre los que se cuentan aquellos que integran al *ius cogens*, no como fuentes en sí mismo, sino como criterios auxiliares que dan amplitud interpretativa a las normas aplicables al caso. En razón a que, no obstante, del poder-facultad que ostentan, sus fallos deben atender necesariamente a criterios de objetividad, racionalidad, legalidad y motivación, además del deber de respetar la Constitución y la ley. De lo contrario, la discrecionalidad judicial sería entendida como arbitrariedad, hipótesis en la cual se configuraría una flagrante vía de hecho por no ajustarse al derecho vigente su decisión, y con la expresión “derecho vigente”, no sólo se hace referencia a las normas promulgadas y vigentes dentro de un país, sino al conjunto de normas que hace parte e integran supraconstitucionalmente su ordenamiento jurídico.

## 5. El sentido y alcance del *ius cogens* en el sistema jurídico colombiano

Como se ha establecido, las normas del *ius cogens* integran en su conjunto una categoría propia del derecho natural denominada como principios jurídicos. Los cuales integran el sistema jurídico como criterios auxiliares que le sirve al juez para interpretar las normas que le sirven para abordar y resolver un asunto bajo su examen. A pesar de lo anterior, cabe recordar que el sistema jurídico colombiano está inspirado en el modelo del denominado *civil law*, heredero de la tradición Romana-Germánica, caracterizado por normas positivas y jerarquizadas, una rama judicial regida por el imperio de la ley y el sometimiento del poder político en general al derecho (Estado de derecho). En el que la labor judicial debe ceñirse a los parámetros del positivismo jurídico para predicar la validez de sus actuaciones.

Sin embargo, el sistema jurídico colombiano tiene un antes y un después a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, en el que positivismo tradicional que parte de la base de la norma escrita emanada del legislador como fuente esencial para la solución de conflictos, que apela a la exegesis como la particular manera de interpretar la ley, a cargo del juez. Viene mutando en un sistema mixto en la medida que se afianza el proceso de constitucionalización del derecho o del ordenamiento jurídico.

De acuerdo con Riccardo Guastini, por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” podemos entender “un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales” (2001, p.

153). Siguiendo al propio Guastini, las condiciones que son necesarias para poder decir que un determinado ordenamiento jurídico está “constitucionalizado”, son las siguientes:

“A) Una Constitución rígida. La constitucionalización será más acentuada en aquellos ordenamientos en los que existan principios (tanto expresamente formulados como implícitos) que no puedan ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional. En otras palabras, a una Constitución más rígida corresponde un mayor efecto de “constitucionalización” de todo el ordenamiento.

B) La garantía jurisdiccional de la Constitución. Dicha garantía permite hacer de la rigidez algo más que un simple postulado de buenas intenciones. La rigidez, para ser tal, debe poder imponerse frente a las leyes y al resto del ordenamiento jurídico. Los modelos para llevar a cabo el control de constitucionalidad son muy variados y pueden analizarse a la vista de su mayor o menor efectividad. Guastini distingue el modelo americano del modelo francés y del modelo continental europeo (Italia, España, Alemania, etcétera)

C) La fuerza vinculante de la Constitución. Este punto se concreta a través de la idea de que las normas constitucionales (todas, con independencia de su estructura y de su contenido) son plenamente aplicables y que obligan a sus destinatarios. Tradicionalmente, no se consideraban como vinculantes las normas programáticas (entre ellas la doctrina tradicional solía ubicar a las relativas a los derechos sociales) o los principios. El proceso de constitucionalización supone dotar de contenido normativo a todas las disposiciones contenidas en la carta fundamental; desde luego, su fuerza normativa dependerá en mucho de la forma en que estén redactadas, de los alcances interpretativos que les haya dado la jurisdicción constitucional y de los ejercicios analíticos que hagan los teóricos, pero de lo que no debe quedar duda es que las normas

constitucionales son, ante todo y sobre todo, normas jurídicas aplicables y vinculantes, y no simples programas de acción políticas o catálogos de recomendaciones a los poderes públicos.

D) La “sobre interpretación” de la Constitución. Dicha sobreinterpretación se produce cuando los intérpretes constitucionales (que son tanto los encargados de desempeñar la jurisdicción constitucional como los jueces ordinarios, los demás órganos del Estado y los juristas en general no se limitan a llevar a cabo una interpretación literal de la Constitución, sino que adoptan una interpretación extensiva, utilizando cuando sea posible el argumento a símili. A través de este tipo de interpretación, a la que se refiere también Guastini en otros de sus trabajos se pueden extraer del texto constitucional innumerables normas implícitas, no explícitas, idóneas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y político, y por ende, idóneas también para condicionar de forma muy incisiva el contenido de una parte del ordenamiento jurídico. “Cuando la Constitución es sobreinterpretada (apunta Guastini) no quedan espacios vacíos de –o sea, “libres” del– derecho constitucional: toda decisión legislativa está pre-regulada (quizás aún, minuciosamente regulada) por una u otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional.

E) La aplicación directa de las normas constitucionales. Esta quinta condición para la constitucionalización del ordenamiento jurídico tiene que ver con dos cuestiones: a) el entendimiento de que la Constitución rige también a las relaciones entre particulares y no es un texto dirigido solamente a las autoridades u órganos públicos; b) que todos los jueces pueden aplicar la Constitución, incluso sus normas programáticas o normas de principio. Estos dos aspectos no se encontraban en el constitucionalismo clásico, pero se han ido conquistando de forma paulatina en los años recientes tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucionales.

F) La interpretación conforme de las leyes. Guastini apunta que esta condición no tiene que ver con la interpretación de la Constitución, sino con la interpretación de la ley. La interpretación conforme se da cuando, al tener la posibilidad un juez de aplicar a un caso concreto la interpretación X1 de una ley o la interpretación X2 opta por la que sea más favorable para cumplir de mejor forma (de manera más completa) con algún mandato constitucional.” (2001, p. 156 y 157).

A la luz de lo anterior, el proceso de constitucionalización del derecho será más acentuada en aquellos ordenamientos en los que existan principios (tanto expresamente formulados como implícitos) que en aquellos en los que los jueces recurren a la costumbre y a los precedentes históricos sentados por el aparato judicial mediante su jurisprudencia para resolver las cuestiones que en razón de sus funciones conocen y dirimen, tal y como ocurre en los países que integran el denominado sistema jurídico del *common law*.

En consecuencia, es apenas obvio entender que la constitucionalización del Derecho consiste básicamente en el criterio recogido en el artículo 4 superior, en el que se establece que ninguna norma puede contradecir, desmejorar o ignorar los enunciados normativos contenidos en la carta magna, ya que esta funge como criterio validador de todo el sistema normativo. En la medida que la jerarquización del texto constitucional busca dotar de seguridad jurídica al sistema jurídico.

Sobre la seguridad jurídica se consigna en la sentencia T-502 de 2002: “La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio ostenta rango constitucional y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta (...) La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone

una garantía de certeza. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. Así, la seguridad jurídica no puede invocarse de manera autónoma para desconocer la jerarquía normativa, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas (...) En materia de competencias, la seguridad jurídica opera en una doble dimensión. De una parte, estabiliza (sin lo cual no existe certeza) las competencias de la administración, el legislador o los jueces, de manera que los ciudadanos no se vean sorprendidos por cambios de competencia. Por otra parte, otorga certeza sobre el momento en el cual ocurrirá la solución del asunto sometido a consideración del Estado. En el plano constitucional ello se aprecia en la existencia de términos perentorios para adoptar decisiones legislativas (C.P. arts. 160, 162, 163, 166, entre otros) o constituyentes (C.P. Art. 375), para intentar ciertas acciones públicas (C.P. art. 242 numeral 3), para resolver los juicios de control constitucional abstracto (C.P. art. 242 numerales 4 y 5). En el ámbito legal, las normas de procedimiento establecen términos dentro de los cuales se deben producir las decisiones judiciales (Códigos de Procedimiento Civil, Laboral y de seguridad social, penal y Contencioso Administrativo) (...) La existencia de un término para decidir garantiza a los asociados que puedan prever el momento máximo en el cual una decisión será adoptada. Ello apareja, además, la certeza de que cambios normativos que ocurran con posterioridad a dicho término no afectará sus pretensiones. En otras palabras, que existe seguridad sobre las normas que regulan el conflicto jurídico o la situación jurídica respecto de la cual se solicita la decisión. Ello se resuelve en el principio según el cual las relaciones jurídicas se rigen por las normas vigentes al momento de configurarse dicha relación, que, en buena medida, se recoge en el principio de irretroactividad de la ley (...) Al considerarse, en el ámbito de la certeza y estabilidad jurídica

(seguridad jurídica), la existencia de precisos términos para que la administración o el juez adopten decisiones y el principio de conocimiento de las normas aplicables al caso concreto, se sigue que dichos términos fijan condiciones de estabilización respecto de los cambios normativos. De ahí que, durante el término existente para adoptar una decisión, la persona tiene derecho a que sean aplicadas las normas vigentes durante dicho término. No podría, salvo excepcionales circunstancias en las cuales opera la favorabilidad o por indiscutibles razones de igualdad, solicitar que se le aplicaran aquellas disposiciones que entren en vigencia una vez se ha adoptado la decisión. Es decir, una vez vencido el término fijado normativamente para adoptar una decisión opera una consolidación de las normas jurídicas aplicables al caso concreto. Consolidación que se torna derecho por razón del principio de seguridad jurídica y, además, constituye un elemento del principio de legalidad inscrito en el derecho al debido proceso.” (Corte Constitucional, MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

Pero ¿pueden validarse en el marco de un sistema predominantemente positivo actuaciones jurisdiccionales amparadas en principios inmateriales no positivizados? y siendo esto posible como ya se explicó; ¿se afecta el principio de seguridad jurídica cuando el juez recurre a principios inmateriales para motivar su decisión? Cabe aquí traer a colación la forma en la que el reconocido jurista Gustav Radbruch resuelve esta cuestión; “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser solucionado en el sentido de que el derecho positivo asegurado por su sanción y el poder tiene prioridad aun cuando su contenido sea injusto y disfuncional, a menos que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, en tanto derecho injusto, tenga que ceder ante la justicia.” (Citado por Alexy en 2004, p. 34).

Puede apreciarse que existe una jerarquización implícita entre norma positiva y los principios de justicia que, a pesar de carácter moral, por ser universalmente reconocidos, vinculan no solo

al legislativo en cuanto a la redacción de las leyes (fuente material), sino también a la rama judicial respecto de la administración de justicia (fuente formal). Así el alcance del derecho no depende de elementos morales, ni la validez de los ordenamientos de su concordancia con ellos, sino en la concordancia entre aquello que ordena el derecho y aquello que exige la moral, o entre el derecho que es y el derecho que debe ser.

Se trata de entender que, aunque la validez del sistema jurídico no se encuentra condicionada al reconocimiento de un estatuto moral determinado, la construcción de sentencias judiciales si refrenda la concordancia de este con los principios del *ius cogens* en la medida que estos son en términos generales, estándares de justicia reconocidos universalmente.

En consecuencia, podrá acudir a estos como criterios auxiliares de la actividad judicial: “(i) Cuando los elementos de derecho positivo previstos para resolver un problema –ley, analogía, doctrina constitucional, reglas generales del derecho o costumbre– se agotan sin que sea posible determinar una solución, el ordenamiento puede reconocer criterios extra-sistemáticos a los que puede acudir el juez para cumplir con su obligación de fallar. (ii) Tales criterios a pesar de estar referidos formalmente en algunas disposiciones constitucionales o legales como aquellas que aluden a la equidad o a los principios generales del derecho (art. 230 C.P.) o al derecho natural (art. 4 Ley 153 de 1887) no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la Constitución. (iii) Cuando el juez se enfrenta a varias posibilidades de interpretación, el ordenamiento lo autoriza – aunque no lo obliga– para acudir a dichos criterios extra-sistemáticos. En estos casos, como cuando se recurre a la equidad, el intérprete deberá entonces esmerarse en mostrar que su decisión está justificada por un principio ético o político (en todo caso extrajurídico), al que él adhiere y a cuya invocación lo autoriza expresamente el derecho positivo.” Ya que Según la



Corte “no será, pues, su determinación arbitraria la que informe el fallo, sino las ideas, genéricamente mentadas por el ordenamiento como derecho natural o equidad, esta última en el más riguroso sentido aristotélico del término. Uno y otra sirven pues al propósito de que el fallo resulte siempre razonable y proporcionado.” (2002, Sentencia T-502).

La argumentación expuesta por la Corte en esa oportunidad afirma entonces la posibilidad de aceptar el empleo de determinados criterios de interpretación que, pese a no constituir propiamente normas jurídicas en tanto no satisfacen los criterios fijados para ser reconocidos como tales, son invocados por normas ellas sí jurídicas. Se encuentran allí comprendidos, según el pronunciamiento de la Corte, los principios generales del derecho y el derecho natural.

A esta conclusión arriba también la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, al aceptar en su sentencia del 7 de octubre de 2009 que “la pertenencia del principio al ordenamiento no puede depender de un acto o de una autoridad contingente pues de ser ello así, la desaparición de uno u otro arrojaría al principio fuera del sistema, como si dejara de ser parte del espíritu general de la legislación. De acuerdo con ello, aunque se ampliara la parte dogmática de las constituciones modernas y se transformaran los principios en normas positivas, con ello no se agotaría el ordenamiento, no estaría completo de una vez para siempre”. (MP. Edgardo Villamil Portilla).

Con todo esto es claro que el conjunto de normas que integran al *ius cogens* y que hacen parte del derecho natural deben reconocerse como parte integral de nuestro sistema jurídico como criterios auxiliares de la actividad judicial. Esto tiene como efecto, destaca la Corte Constitucional, “(i) que su empleo solo resulta posible y es además facultativo, cuando después de acudir a los métodos de interpretación literal, sistemático, teleológico, histórico o aquellos otros acuñados por la jurisprudencia constitucional para fijar el sentido de la Carta, persisten dudas insuperables acerca de su interpretación. Adicionalmente, (ii) el uso de los principios del

derecho natural, en tanto solo tienen naturaleza auxiliar, no puede conducir, en ningún caso, al desconocimiento o infracción de ninguna norma directamente constitucional o integrada al bloque de constitucionalidad.” (1995, C-083).

Aunque son amplias las controversias que se suscitan alrededor de la identificación de aquellos que pueden ser los principios de derecho natural, su empleo impone al intérprete, una carga de argumentación especialmente exigente y que se traduce en el deber de demostrar con argumentos racionalmente “(a) que la existencia y pertinencia del principio puede ser fundamentada y (b) que ha sido reconocido de manera amplia por la doctrina y la jurisprudencia más autorizada en la materia. No basta entonces apoyarse en la intuición o en un análisis accidental de un autor, para invocar la existencia de un principio de derecho natural y emplearlo para ilustrar casos dudosos. (...) En esa medida, es posible identificar esa orientación (i) en el artículo 5 del Carta al aludir a la primacía de los derechos inalienables de la persona; (ii) en el artículo 94 al indicar que la enunciación de los derechos en la Constitución y en otros instrumentos no puede interpretarse como la negación de otros que siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella e incluso; (iii) en el literal c) de la Convención Americana de Derechos Humanos al prescribir que su interpretación no puede excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano. Estas disposiciones con valor constitucional, exigen fijar el alcance de locuciones tan complejas como inherencia e inalienabilidad, alrededor de las cuales gira una parte importante de los esfuerzos por fundamentar filosóficamente la existencia y reconocimiento de los derechos.”

La inherencia e inalienabilidad a la que aluden las disposiciones citadas, designan o se refieren al atributo que se predica de un derecho debido a su conexión inescindible con la naturaleza del ser humano. En ese contexto, determinar los derechos que le pertenecen a la

persona por el hecho de serlo y no por el reconocimiento que de ellos haga el ordenamiento jurídico, exige que el intérprete se remita a premisas normativas que pretenden para sí una validez intrínseca y que se justifican, al menos en principio, al margen del ordenamiento jurídico. De lo dicho se sigue que las disposiciones antes invocadas, reconocen que el ordenamiento no excluyó de manera absoluta, pese a la supremacía del derecho legislado, la posibilidad de apoyarse en el derecho natural para reconocer derechos y con fundamento en ello dar respuesta a diferentes cuestiones jurídico constitucionales, en la medida que el Estado debe procurar el cumplimiento de los deberes esenciales a su existencia y que son inaplazables, por cuanto la sociedad civil los requiere con urgencia. Estos deberes generan a su vez derechos proporcionados a su cumplimiento, pues, como manifestó Del Vecchio, “Aquello que es deber, es siempre derecho; y no puede ser deber, aquello que no sea derecho.” (1946, p. 597). Advirtiéndolo – continúa el autor citado–, advirtiéndolo que “si en un sistema dado una acción aparece como obligatoria para cierto sujeto, en el mismo sistema no debe ser posible el que se ponga impedimento a dicho acto por parte de los demás. Si un impedimento tal fuese legítimo, el sistema se disolverá en máximas incompatibles y por esto no valdría para dirigir el obrar; no sería, pues, un sistema ético. Por tanto, aquello que respecto a un sujeto es jurídicamente necesario, es en el orden objetivo, jurídicamente posible. O, dicho en otras palabras: “cada uno tiene siempre el derecho de cumplir con su deber.” En otras palabras, si existe un deber esencial e inaplazable, existe también el derecho a cumplir con ese deber. Luego los jueces cuyo deber les exige la correcta administración de la justicia, pueden realizar su labor integrando en su ejercicio interpretativo válidamente los principios del *ius cogens*.

Así las cosas, a través de la expresión “principios del derecho natural” contenida en el artículo 4 de la Ley 153 de 1887, y “principios generales del derecho” contenida en el artículo

230 de la Constitución, se integra al *ius cogens* al sistema jurídico colombiano con los límites propios del *civil law*: i) solo resulta posible su aplicación cuando después de acudir a los métodos de interpretación literal, sistemático, hermenéutico, teleológico, histórico o aquellos otros acuñados por la jurisprudencia constitucional para fijar el sentido de la Constitución, persisten dudas insuperables acerca de su interpretación; ii) no puede en ningún caso, al desconocimiento o infracción de ninguna norma formalmente incorporada a la constitución o integrada al bloque de constitucionalidad. Adicionalmente, la invocación de un principio del derecho natural impone una carga de argumentación especialmente exigente que se traduce iii) en el deber de demostrar con argumentos racionalmente controlables: a) que la existencia y pertinencia del principio puede ser fundamentada y b) que ha sido reconocido de manera amplia por la jurisprudencia más autorizada en la materia.

## Conclusiones

El presente trabajo abordó el interrogante; ¿cómo armonizar el mandato del artículo 93 de la Constitución, que confiere prevalencia y por ende supremacía en el orden interno a ciertos contenidos de los convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos, con su artículo 4, que establece la supremacía, no de estos convenios y tratados, sino del texto constitucional? Preguntándonos: ¿Bajo qué circunstancias pueden los jueces de la república apelar al uso del *ius cogens* como fuente de derecho? En la medida que tales disposiciones inmateriales comprenden una recopilación de los principios universales reconocidos internacionalmente en materia de derechos humanos no necesariamente implícitos en los convenios y tratados que integran el denominado bloque de constitucionalidad, y estando los jueces sometidos al “imperio de la ley” en términos del artículo 230 superior. Al resolver la pregunta planteada, se absuelve el interrogante del que emanó.

En ese orden de ideas, se analizó la noción de *ius cogens* y su carácter imperativo desde la perspectiva del derecho natural y el positivismo jurídico. Concretándose desde la perspectiva naturalista, que el concepto para *ius cogens* alude a la existencia de principios inmutables que son universalmente reconocidos como estándares mínimos de dignidad humana que garantizan mejores niveles de justicia. Así, el *ius cogens* tiene sus raíces en el iusnaturalismo sobre el que se edifica el derecho internacional, el cual reconoce la existencia de un orden superior que se materializa a través de la adopción de una Constitución Política, de ahí que su texto comprenda, tanto expresa como implícitamente estas directrices.

Sin embargo, la categoría de Estado de Derecho, propia del positivismo jurídico característico del sistema jurídico del *civil law*, inspirada en la idea de soberanía y autodeterminación de los Estados, aboga por el no reconocimiento de un ordenamiento jurídico

inmaterial que la Rama Legislativa del poder público no ha consentido. Tenemos así que con arreglo al enfoque positivista del *ius cogens*, las normas solo pueden adquirir este rango cuando han sido adoptadas a través del trámite legislativo de ratificación de tales contenidos, pero esta noción también está sujeta a críticas puesto a que tal exigencia iría en contra del ideal de un “cuerpo normativo de superior jerarquía que no admite derogación” con la que se ha reconocido la existencia del *ius cogens*, tal y como lo dispone el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, aprobada por Colombia mediante la ley 32 de 1985, instrumento internacional que reconoció e incorporó su idea por primera vez.

En ese orden de ideas, de acuerdo al artículo 53 de la Convención de Viena, el *ius cogens* posee tres elementos: 1) no admite acuerdo en contrario, 2) es una norma de derecho internacional general, y 3) es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional, por lo que no admite acuerdo en contrario. Además, como resultado de esta investigación añadiríamos: 4) son normas de aplicación universal dado que adoptan la forma de principios jurídicos, 5) poseen jerarquía respecto de las normas que comprenden al ordenamiento jurídico, 6) Protegen la dignidad humana de ahí su carácter de criterio auxiliar que orienta la labor judicial y de esta se desprende, 7) no es una fuente material ni formal de derecho, ya que en su aplicación no se restringe ni se limita el efecto práctico de las normas jurídicas, sino que se amplifica interpretativa su alcance en aras de garantizar un mejor estándar de justicia.

Su concepción como criterio auxiliar de la actividad judicial complementa al ordenamiento jurídico no lo restringe, haciéndolo compatible con las nuevas realidades de un mundo cambiante, evolucionando y dinamizando el alcance de las leyes para mantenerlo vigente en todo tiempo y en cualquier espacio territorial, toda vez que comprende una serie de criterios universalmente reconocidos.

Desde los aspectos formales del sistema jurídico colombiano, el *ius cogens* adopta la forma de principios generales del derecho integrados al bloque de constitucionalidad. Cuyo concepto la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Pueden consultarse las sentencias C-191 de 1998 y C-358 de 1997) ha precisado el alcance de esta categoría en los siguientes términos: “Es posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. El primero: *stricto sensu*, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario (arts. 93 y 103). De otro lado, la noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad que se refiere a aquellas disposiciones que tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional.”

En este contexto, podría decirse que, en principio, integran el bloque de constitucionalidad en sentido *lato*: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas (Sentencias C-600A de 1995, C-287 de 1997, C-337 de 1993) y, (v) las leyes estatutarias (Sentencias C-179 de 1994, C-578 de 1995). Por lo tanto, si una ley contradice lo dispuesto en cualquiera de las normas que integran el bloque de constitucionalidad la Corte Constitucional eventualmente por vía de acción la retiraría del ordenamiento jurídico declarándola inexecutable. Pero ¿Qué ocurre entonces con las sentencias judiciales incompatibles con el *ius cogens*? Que sin lugar a dudas hacen parte del bloque de constitucional *stricto sensu*.

Para abordar esta problemática la Corte Constitucional desarrollo su doctrina de las vías de hecho, la cual reconoce que existen casos en los que la ruptura del equilibrio procesal obedece

a una acción deliberada u omisión por ignorancia supina, haciendo que, una decisión judicial sea contraria a la Constitución y al ordenamiento legal vigente, quedando una de las partes de un proceso en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo criterios supralegales de raigambre internacional como es el caso del *ius cogens*, que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria. Ello comporta una ruptura grave de la imparcialidad del juez y distorsiona el fallo, el cual “no plasma un dictado de justicia, sino que, por el contrario, la quebranta.” (ver sentencias T-555 de 1999 y SU-090 de 2018).

Tal defecto en el deber de motivación judicial, ha sido denominado por la jurisprudencia como “defecto sustantivo” y en términos de la Corte Constitucional, se presenta cuando: “(i) la decisión cuestionada se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable al caso concreto, por ejemplo, ora porque la norma empleada no se ajusta al caso, no se encuentra vigente por haber sido derogada, o ha sido declarada inconstitucional; (ii) a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto, desconoce sentencias con efectos *erga omnes* que han definido su alcance; (iii) cuando se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso y que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática; (iv) cuando la norma pertinente es inobservada y, por ende, inaplicada; o finalmente, (v) en el evento en que, no obstante la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a ésta, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador”. (2011, T-781).



Claro es entonces, que la Constitución colombiana limita expresamente la competencia de las instancias creadoras y aplicadoras del derecho, en beneficio de la obligatoriedad plena de los principios generales del derecho, en especial aquellos que integran y hacen parte del *ius cogens*, en la medida que estas no limitan al derecho interno ni desconocen la soberanía nacional, sino que por el contrario, amplían y mejoran en términos de justicia, las garantías del ordenamiento jurídico positivo, al que no restringe sino que lo complementa dándole interpretativa un mayor alcance. Al respecto, dijo la Corte Constitucional: “la idea de soberanía nacional no puede ser entendida hoy bajo los estrictos y precisos límites concebidos por la teoría constitucional clásica. La interconexión económica y cultural, el surgimiento de problemas nacionales cuya solución sólo es posible en el ámbito planetario y la consolidación de una axiología internacional, han puesto en evidencia la imposibilidad de hacer practicable la idea decimonónica de soberanía nacional. En su lugar, ha sido necesario adoptar una concepción más flexible y más adecuada a los tiempos que corren, que proteja el núcleo de libertad estatal propio de la autodeterminación, sin que ello implique un desconocimiento de reglas y de principios de aceptación universal. Sólo de esta manera puede lograrse el respeto de una moral internacional mínima que mejore la convivencia y el entendimiento y que garantice el futuro inexorablemente común e interdependiente de la humanidad. La paz mundial y la subsistencia planetaria están en juego.” (1993, sentencia C-088).

De acuerdo con esto, la referencia constitucional a los principios generales del derecho y con ello aquellos que comprenden el *ius cogens*, contenida en el artículo 230 de la Constitución, comprende una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa vinculante.

Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. Dado que, a pesar de ser normas dotadas de valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto de una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos, correspondiéndoles a los jueces al satisfacer su deber de explicar y justificar los fundamentos de su decisión, dotarlos de sentido particular y concreto motivando el alcance interpretativo que les confiere. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la constitución, pero puede, en ciertos casos necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial.

En conclusión, su diferencia de las fuentes formales del derecho no proviene de su obligatoriedad jurídica sino de su forma de aplicación: mientras los primeros requieren ser consignados legislativamente de tal forma que se autorice su aplicación, las segundas son aplicables directamente vía fallo judicial. Este mayor alcance tiene lugar por el hecho de que los principios del *ius cogens* son la fuente de las fuentes del derecho y, en consecuencia, es válida su aplicación por parte de los jueces y magistrados como criterios orientadores de su actividad judicial.

A manera de conclusión planteamos las siguientes: Primera. La Constitución colombiana reconoce plenos efectos jurídicos a los tratados y convenios –debidamente ratificados– concernientes a los derechos humanos (art. 93) vía bloque de constitucionalidad. Esto indica que los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente no ignoraron la existencia de un conjunto de “principios que la conciencia jurídica de la humanidad, revelada por sus manifestaciones objetivas, considera como absolutamente indispensable para la coexistencia y la solidaridad de la comunidad internacional en un momento determinado de su desarrollo orgánico”.

Segunda. Asimismo, ella reconoce también plenos efectos jurídicos a las reglas del derecho internacional humanitario, particularmente durante la vigencia de los denominados Estados de Excepción (art. 214-2). Quedando claro su carácter prevalente y superior respecto de las demás normas positivizadas en el ordenamiento jurídico. Lo cual significa que, tales principios –por voluntad expresa del Constituyente–, son normas obligatorias per se sin ratificación alguna previa o sin expedición de norma reglamentaria. Y lo son “en todo caso” como lo señala el propio texto de la Constitución (art. 94), pudiendo ser considerados incorporados a los derechos y garantías en ella reconocidos, siempre que, sean inherentes a la dignidad humana. Constituyéndose en el más eficaz instrumento de protección de los derechos humanos, dada su condición de criterios amplificadores del alcance de los derechos.

Tercera. Tales principios ostentan identidad universal y complementaria del ordenamiento jurídico. Luego, son criterios auxiliares que orientan la aplicación e interpretación del régimen jurídico aplicable a una situación particular. Garantizándose con su aplicación más y mejores niveles de justicia que son concordantes con los estándares internacionales en la materia.

Cuarta. No son una fuente formal de derecho, sino la fuente en la que inspiran precisamente las fuentes del derecho, de tal forma que a este conocimiento que condesa los estándares mínimos para alcanzar niveles aceptables de justicia, pudiendo los jueces válidamente aplicarlos en las motivaciones de sus decisiones.

Quinta. La función sistemática de estos principios comprende su carácter universal de ahí que su capacidad vinculante no está determinada por estar reconocidos en la norma formalmente sino en las contingencias morales del ordenamiento jurídico, en la medida que determinan un orden de valores morales que es anterior a la Constitución, de ahí su naturaleza de fuente de las fuentes materiales y formales del derecho.

**Bibliografía:**

- CORTE CONSTITUCIONAL. (2 de diciembre de 1998), Sentencia SU-747. [Eduardo Cifuentes Muñoz].
- CORTE CONSTITUCIONAL. (1 de abril de 2011), Sentencia T-238. [Nilson Pinilla Pinilla].
- CORTE CONSTITUCIONAL. (16 de marzo de 2012), Sentencia T-214. [Luis Ernesto Vargas Silva].
- CORTE CONSTITUCIONAL. (6 de marzo de 2002), Sentencia SU-159. [Manuel José Cepeda Espinosa].
- CORTE CONSTITUCIONAL. (18 de mayo de 1995), Sentencia C-225. [Alejandro Martínez Caballero].
- CORTE CONSTITUCIONAL. (5 de agosto 1997), Sentencia C-358. [Eduardo Cifuentes Muñoz].
- CORTE CONSTITUCIONAL. (6 de mayo de 1998), Sentencia C-191. [Eduardo Cifuentes Muñoz].
- CORTE CONSTITUCIONAL. (8 de julio de 1999), Sentencia T-483. [Antonio Barrera Carbonell].
- CORTE CONSTITUCIONAL. (10 de agosto de 1999), Sentencia T-568. [Carlos Gaviria Díaz].
- CORTE CONSTITUCIONAL. (19 de enero de 2000), Sentencia C-010. [Alejandro Martínez Caballero].
- CORTE CONSTITUCIONAL. (4 de febrero de 2003), Sentencia C-067. [Marco Gerardo Monroy Cabra].
- CORTE CONSTITUCIONAL. (27 de mayo de 2016), Sentencia T-280A. [Luis Ernesto Vargas Silva].
- CORTE CONSTITUCIONAL. (26 de febrero de 1993), Sentencia C-088. [Ciro Angarita Barón].
- CORTE CONSTITUCIONAL. (13 de mayo de 2015), Sentencia C-284. [Mauricio González Cuervo].

- CORTE CONSTITUCIONAL. (1 de marzo de 1995), Sentencia C-083. [Carlos Gaviria Díaz].
- CORTE CONSTITUCIONAL. (28 de octubre 1993), Sentencia C-486. [Eduardo Cifuentes Muñoz].
- CORTE CONSTITUCIONAL. (16 de abril de 2015), Sentencia SU-172. [Gloria Stella Ortiz Delgado].
- CORTE CONSTITUCIONAL. (28 de marzo de 2012), Sentencia C-250. [Humberto Antonio Sierra Porto].
- CORTE CONSTITUCIONAL. (20 de octubre de 2011), Sentencia T-781. [Humberto Antonio Sierra Porto].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. (15 de septiembre de 2014), Sentencia SC 12449-2014. [Margarita Cabello Blanco].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (1 de junio de 2016), Sentencia SP16171 (T 99864) [Patricia Salazar Cuéllar].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. (28 mayo de 2005), Sentencia SP29560 [Augusto Ibáñez Guzmán].
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. (7 de octubre de 2009), Sentencia SC 00164-2003. [Edgardo Villamil Portilla].
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Caso Nicaragua contra los Estados Unidos de América. (27 de junio de 1986), [Presidente: Nagendra Singh; Vicepresidente: de Lacharriere; Magistrados: Lachs, Ruda, Elias, Oda, Ago, Sette Camara, Schwebel, Sir Robert Jennings, Mbaye, Bedjaoui, Ni y Evensen; Magistrado ad hoc: Colliard]. Ver en: <https://www.dipublico.org/cij/doc/79.pdf>
- CORTE IDH, Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 11, párr. 99. Obtenido de: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_15\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf)
- CORTE IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 225. Obtenido de: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_220\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_220_esp.pdf)

- CORTE IDH, Caso Castillo Páez Vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43. párr. 113. Obtenido de: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_43\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_43_esp.pdf)
- CORTE IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, Párr. 175. Obtenido de: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_144\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_144_esp.pdf)
- VALENCIA ZEA, A. (2011), *Derecho Civil*. Tomo I. Décima edición, Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- FAVOREU, L. & RUBIO-LLORENTE, F. (1995) *Bloque de constitucionalidad*, en Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid, España: Civitas.
- FERRAJOLI, L. (2007), *Principia iuris*. Volumen III. Madrid, España: Editorial Trotta.
- CAICEDO PERDOMO, J. (1975), *La teoría del Ius Cogens en el derecho internacional a la luz de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. En Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Enero-junio, pp. 261-274.
- DIARIO DE LA ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Actas de la Comisión I. Acta No. 4. Gaceta Constitucional No. 104, Junio 21 de 1991, p. 7 ss. en <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3850/>
- DÍAZ TOLOSA, R. (2014), *El reconocimiento del ius cogens en el ordenamiento jurídico chileno*. En: Revista chilena de derecho Vol. 41 No. 2. publicado en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718343720140002009](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718343720140002009)
- VIRALLY, M. (1966), *Reflexiones sobre el jus cogens*. Anuario de derecho internaciona. Paris, Francia: Vol. 12.
- BUSTOS VALDERRAMA, C. (2000), *Los crímenes de Derecho internacional y los conflictos armados no internacionales*, Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado No. 2: pp. 143 – 166.
- FAYAD, F. (2016), *La teoría amoral del derecho*. Bogotá, Colombia: LEYER.
- HANS, K. (1983), *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- JOSSERAND, J. (1952), *Derecho Civil*, Tomo I, vol. I. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa.
- DEL VECCHIO, G. (1946), *Filosofía del Derecho*, Tomo I. México, México: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana.

- SICHES, R. (1946), *Estudios de Filosofía del Derecho*, México, México: UTEHA.
- DWORKIN, R. (2012), *El imperio de la justicia*. Barcelona, España: Gedisa Editorial.
- GUASTINI, R. (2001), *Estudios de teoría constitucional*, México, México: Fontamara.
- ROBERT, A. (2004), *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, España: Gedisa Editorial.