

EDITORIAL

JULIÁN DANIEL LÓPEZ-MURCIA

Según las teorías generales de Jon Elster sobre los compromisos previos y el constitucionalismo:

... Dentro de ciertos límites, es más importante tener alguna constitución que no esté a merced de las mayorías fluctuantes que no tener ninguna constitución en particular. La planeación y la inversión tendrá [sic] un horizonte temporal más largo y dará [sic] más frutos si pueden estar razonablemente seguros de que se mantendrán ciertos derechos básicos.¹

Con esa idea, como la mayoría de los colombianos, estuve expectante en relación con la forma como la Corte Constitucional resolvería el análisis de la constitucionalidad de la ley por medio de la cual se convocaba a un referendo para dar viabilidad a una segunda reelección presidencial.

Y aunque la Corte decidió que esa ley era inexecutable y, por tanto, no hubo tal referendo, quedé con el temor sobre la suerte de nuestra Constitución, frente a una situación de “captura” —en términos de análisis económico de las instituciones— del Congreso e, incluso, de la Corte Constitucional, por parte de un Ejecutivo con amplia popularidad, que tenga un proyecto político distinto del que subyace en la Carta de 1991.

1 Jon Elster, *Ulises revisitado. Compromisos previos y constitucionalismo*, 35 *Análisis Político*, 90 (Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1998).

Mi temor no sólo se refería a la posibilidad de un tercer mandato, por el desajuste institucional que implicaría, si se tiene en cuenta que las autoridades colombianas todavía están organizadas partiendo de que un Presidente sólo ejercerá durante cuatro años, sino, ante todo, por su posible efecto sobre el contenido de los derechos consagrados en nuestra Constitución.

Por estas preocupaciones “muy pragmáticas” y, si se quiere “políticas”, en este editorial he decidido retomar un “reclamo” dirigido a la Corte Constitucional —urgente, en defensa de nuestra democracia—, referido a que este tribunal no ha querido desarrollar de manera completa y, por tanto, correcta, lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 93 de la Constitución,² pues no ha reconocido de forma inequívoca que dentro del “bloque de constitucionalidad” no sólo están los tratados sino también sus “interpretaciones autorizadas”, a las que ha tratado hasta ahora, simplemente, como “pauta relevante” y no como estándar mínimo “obligatorio”.

Reconozco, que se trata de un mecanismo que muchos teóricos, en especial los que critican el discurso de derechos humanos, catalogarían —con un tono poco favorable— como un instrumento para el desarrollo “colonialista” de los derechos en Colombia o para la construcción del Derecho “desde arriba”.³ Pero, debo “confesar”, no considero que ello, necesariamente, sea inconveniente e, incluso, considero que dados los vicios del sistema político y de las tradicionales prácticas jurídicas colombianas, no sólo es favorable, sino imprescindible.

En primer lugar, porque, por regla general, en mi búsqueda de lo “justo”, he sentido una mayor afinidad con la idea que de ello

2 Ese inciso dispone:

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

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

(...)

(Negrillas fuera de texto).

3 Me refiero a una construcción “desde arriba”, como una posible crítica de quienes defienden la construcción del Derecho Internacional “desde abajo” como Balakrishnan Rajagopal. Ver: Balakrishnan Rajagopal, *El derecho internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del tercer mundo*, 237-251 (Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos, ILSA, Bogotá, 2005).

subyace en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que con la idea de “justicia” de buena parte de la normatividad interna colombiana.

Por supuesto, cuando la noción de “justicia” de la normatividad interna sea superior, ésta deberá aplicarse. Este encauzamiento hacia lo “justo”, con el cual estoy de acuerdo, está consagrado en el Derecho Internacional y en nuestra Constitución por medio de la aplicación de la “cláusula de favorabilidad”, de acuerdo con la cual, si hay dos o más normas de origen internacional o una norma de este tipo y otra de origen interno aplicables a un caso, deberá preferirse aquella que sea más garantista.

Y en segundo lugar, porque considero que se trata de un importantísimo mecanismo para la protección de la estabilidad del contenido de los derechos consagrados en la Constitución, por cuanto enmarca su desarrollo dentro de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia —entendidos como unos “mínimos” concretos—, más allá de las vicisitudes de cualquier poder interno, incluso, de las que la Corte Constitucional afronte.

Ahora bien, de fondo, las “interpretaciones autorizadas” están dentro del bloque de constitucionalidad, en síntesis, por las siguientes razones:

En *primer lugar*, porque para “interpretar” los derechos y deberes constitucionales “de conformidad” con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, como dispone el inciso 2 del artículo 93, es preciso “interpretar” estos tratados.

Los tratados internacionales de derechos humanos son una “especie” dentro del género “tratados internacionales”, por tanto, deben interpretarse y aplicarse de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, ratificada por el Estado colombiano mediante la Ley 32 de 1985.

El artículo 26 de la Convención de Viena dispone: “*Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*” (negrilla fuera de texto).

Por su parte, el artículo 31.1 de ésta consagra: “*Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin*” (negritas fuera de texto).

Además, el artículo 27 de la Convención dispone: “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46*”.⁴

Por ejemplo, no corresponde con la “buena fe”, ni con el “contexto”, ni con el “objeto y fin” de los tratados internacionales sobre derechos humanos, que el Estado colombiano interprete la Convención Americana sobre Derechos Humanos por debajo del contenido señalado, en relación con cada derecho, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —su intérprete autorizado—, tanto en sus sentencias como en sus opiniones consultivas.

Si cada Estado Parte pudiera apartarse “hacia abajo” de la interpretación de los derechos señalada por la Corte Interamericana, la protección derivada de la Convención Americana sería mínima o, incluso, inexistente, pues cada Estado podría señalar a cada derecho el contenido que se le “antoje” con el fin de que no se declare el incumplimiento de la Convención y la correspondiente responsabilidad internacional.

Por tanto, dicho entendimiento (i) no corresponde con una interpretación de “buena fe”⁵ de la Convención (ii) ni con el “contexto” de ésta, que está inmersa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (iii) ni con su “objeto y fin”, que no es otro sino la garantía y respeto, a cargo de los Estados Parte, de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción.

Por supuesto, el incumplimiento del Derecho Internacional, por apartarse de las interpretaciones de la Corte

4 El artículo 46 de la Convención de Viena se refiere a las normas de origen interno sobre competencia para la celebración de tratados internacionales.

5 En una línea similar se pronunció la Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-568 de 1999, Magistrado ponente Carlos Gaviria-Díaz.

Interamericana, es aún más evidente, si se ha aceptado su competencia, como en el caso del Estado colombiano.⁶

En esta misma línea hermenéutica, de acuerdo con la cual las normas de origen interno deben interpretarse a partir de las normas de origen internacional según los términos de su “intérprete autorizado”, se encuentra la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se evidencia, entre otros, en el caso *Boyce y otros vs. Barbados*:

78. El análisis del CJCP [Comité Judicial del Consejo Privado] no debería haberse limitado a evaluar si la LDCP [Ley de Delitos contra la Persona] era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención. En este sentido, la Corte ha afirmado, en otras ocasiones, que: el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas [...] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (negritas fuera de texto).

Y en **segundo lugar**, porque el inciso 2 del artículo 93 de la Constitución debe interpretarse de acuerdo con el criterio hermenéutico del “efecto útil”, criterio aplicado por la Corte Constitucional —intérprete autorizado de la Constitución—, por el Consejo de Estado y por la Corte Suprema de Justicia⁷ de nuestro país, de acuerdo con el cual una norma debe interpretarse de manera que todo cuanto ella prescribe produzca consecuencias jurídicas.

Sin reconocer el carácter vinculante de las “interpretaciones autorizadas”, lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 93 tendría una utilidad muy baja y, en muchos casos, inexistente,

6 Colombia aceptó la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 21 de junio de 1985.

7 Por ejemplo, ver la sentencia C-1053 de 2001 de la Corte Constitucional, la providencia del 2 de febrero de 2001 expediente AG-017 del Consejo de Estado y sentencia del 7 de mayo de 1997, radicación 9389 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

porque estaría consagrando la remisión de un texto general a otro igual de amplio.

Por ejemplo, en el caso de la interpretación del artículo 51 de la Constitución que consagra el “derecho a una vivienda digna”, la remisión al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), sin las “interpretaciones autorizadas”, llevaría al intérprete a concluir que el “derecho a una vivienda digna” de la Constitución debe interpretarse en el sentido de que todos tenemos derecho a una “vivienda adecuada”, como está consagrado de manera general en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Es decir, seguiríamos en el mismo nivel de “indeterminación”, interpretación inaceptable si se parte de que el Constituyente era racional y no estaba interesado en consagrar disposiciones inútiles.

Pero si se atiende lo que he señalado, en el sentido de reconocer que las “interpretaciones autorizadas” están dentro del “bloque de constitucionalidad”, automáticamente, en este caso, en virtud de la aplicación de la Observación General No. 4 sobre el derecho a una vivienda adecuada del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, CESCR, de la ONU, el “derecho a una vivienda digna” adquiere un contenido “mínimo” muy específico⁸ y, a la vez, “dinámico”

8 De acuerdo con la mencionada Observación General, tendría este contenido:

8. *Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una “vivienda adecuada” a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes:*

a) **Seguridad jurídica de la tenencia.** *La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados.*

b) **Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura.** *Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la*

en la medida en que, sin importar la inactividad del Legislador, iría a la par con la evolución de las “interpretaciones autorizadas” del Derecho Internacional.

nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.

*c) **Gastos soportables.** Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de construcción de vivienda, los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar la disponibilidad de esos materiales.*

*d) **Habitabilidad.** Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda (5) preparados por la OMS [Organización Mundial de la Salud], que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas.*

*e) **Asequibilidad.** La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos. En muchos Estados Partes, el mayor acceso a la tierra por sectores desprovistos de tierra o empobrecidos de la sociedad, debería ser el centro del objetivo de la política. Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho.*

*f) **Lugar.** La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente cierto en ciudades grandes y zonas rurales donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver de ellos puede [sic] imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres. De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes.*

*g) **Adecuación cultural.** La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por que se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos.*

Es decir, la remisión al DIDH consagrada en el inciso 2 del artículo 93 de la Constitución sería útil; de modo que, ésta es la interpretación jurídicamente correcta.

Así las cosas, espero que se profundice en el debate sobre el alcance del “bloque de constitucionalidad” y que, como consecuencia de ello, éste sea reconocido por la Corte Constitucional en su correcta dimensión, es decir, incluyendo las “interpretaciones autorizadas” de los tratados.

Lo anterior, no sólo en aras de la estricta atención del Derecho sino de garantizar la existencia de unos estándares “mínimos” y “dinámicos” para el contenido de nuestros derechos constitucionales y, de manera determinante, para la mejor protección de nuestra democracia.

De otro lado, no quiero dejar pasar el reconocimiento oficial que a finales del año pasado hizo la Organización de Estados Americanos, OEA, al Concurso Iberoamericano de Derechos Humanos “Francisco Suárez, S.J.”, que organiza la Pontificia Universidad Javeriana, de Bogotá y que tengo el honor de presidir desde hace tres años, por su importante labor en pro de la vigencia de los derechos humanos en el continente americano. Se trata de una exaltación no sólo para la universidad organizadora, sino para las más de veinte universidades latinoamericanas que han venido apoyando el concurso como asiduas participantes, entre las cuales están la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM; la Universidad de Buenos Aires, UBA; la Universidad Católica Andrés Bello, de Venezuela, UCAB; la Universidad Francisco Marroquín, de Guatemala, UFM; la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, PUCE; la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, de El Salvador, UCA; y la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, de República Dominicana, PUCMM.