

CONSTITUCIÓN Y BLOQUE CONSTITUCIONAL

FABIO ENRIQUE PULIDO-ORTIZ

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN. 2.1 la supremacía de las normas constitucionales. 2.2 Disposiciones, normas y bloque constitucional. 3. BLOQUE CONSTITUCIONAL: PERTENENCIA Y APLICABILIDAD. 3.1 Pertenencia y aplicabilidad de las normas. 3.2 Bloque constitucional stricto y lato sensu. 4. CONCLUSIONES.

Fecha recepción: 17.09.2019
Fecha aceptación: 27.05.2020

CONSTITUCIÓN Y BLOQUE CONSTITUCIONAL

FABIO ENRIQUE PULIDO-ORTIZ¹

1. INTRODUCCIÓN

Las constituciones contemporáneas suelen incluir *cláusulas de remisión* que otorgan relevancia a normas que no son formuladas por el texto constitucional². Para explicar el funcionamiento de esas cláusulas, la dogmática y la jurisprudencia han desarrollado la doctrina del bloque constitucional³. No obstante, el término «bloque constitucional» es empleado en dos sentidos distintos. Por un lado, se usa para referirse a las normas que, sin aparecer formalmente en el texto de la constitución, tienen *jerarquía*

¹ Doctor en Derecho. Director de la Maestría en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. Dirección: campus del puente del común, Chía, Cundinamarca, Colombia. E-mail: fabio.pulido@unisabana.edu.co ORCID N°: orcid.org/0000-0002-1100-996. Este artículo es producto del proyecto de investigación «DERMSC-1-2018» financiado por la Universidad de La Sabana. Agradezco a Raquel Sarria, Valentina Guaba, Pablo Rivas y Sergio Morales por su asistencia al proyecto de investigación.

² Por ejemplo, el artículo 93 de la Constitución Colombiana («Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso (...) prevalecen en el orden interno» y el artículo 75 de la peruana («Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional»).

³ Favoreu, L., «El bloque de constitucionalidad», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 5, 1990, pp. 45-60. Von Bogdandy, A., «Ius Constitutionale Commune En América Latina: Una Mirada a Un Constitucionalismo Transformador», *Revista Derecho Del Estado*, núm. 34, 2015, pp. 3-50. Góngora Mera, M., «La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano», *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, Bogdandy, A, Fix-Fierro, H. y Morales Antoniazzi (coord.), UNAM, 2014, pp. 301-328. El bloque constitucional tiene un contenido diferente en cada ordenamiento jurídico y puede referirse a cuestiones distintas (identificación de condiciones de validez, caracterización de las normas con rango constitucional, determinación de las normas internacionales relevantes etc.). Sobre el particular véase Favoreu, L. y Rubio Llorente F., «El bloque de la constitucionalidad», *Symposium Franco-Español de Derecho Constitucional*. Sevilla: Universidad de Sevilla; Civitas, 1991, p. 817. Rubio Llorente, F., *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 99-126. El presente trabajo se limita a analizar uno de los problemas involucrados en esta doctrina, esto es a la caracterización de las *cláusulas de remisión*.

constitucional⁴. Por otro lado, se emplea para describir las normas que, aun cuando no tienen jerarquía constitucional, sirven de *parámetro* para resolver los asuntos constitucionales⁵. El objetivo de este artículo es analizar estos sentidos de bloque constitucional, precisando sus relaciones y diferencias conceptuales⁶.

Para ello se acudirá a los conceptos de pertenencia y de aplicabilidad constitucional. El concepto de *pertenencia* da cuenta de las condiciones que las constituciones definen para que determinadas normas formen parte de la constitución (esto es, las condiciones para poder afirmar que una norma tiene jerarquía constitucional). El concepto de *aplicabilidad* se refiere a las condiciones que las constituciones establecen para que ciertas normas resulten aplicables en la resolución de los casos constitucionales (esto es, las condiciones para poder afirmar que una norma debe o puede ser aplicada en un asunto constitucional). Se mostrará que la aplicabilidad constitucional de una norma no es una condición suficiente para su pertenencia a la constitución (es decir, la aplicabilidad de esa norma no implica su jerarquía constitucional).

⁴ Favoreu, L., «El bloque de constitucionalidad», p. 46. La doctrina del bloque de constitucionalidad en Latinoamérica ha servido particularmente para justificar la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos. Véase Góngora Mera, «La difusión del bloque de constitucionalidad» p. 303. Hakansson, C., *Curso de Derecho Constitucional*, Palestra, 2019, p. 169. Sin embargo, como se intentará demostrar a lo largo de este texto, la explicación de la relevancia constitucional de las normas no es una condición suficiente para afirmar que tienen jerarquía constitucional.

⁵ Gómez Fernández, I., «Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después». *Estudios de Deusto*, Vol. 54, Núm. 1, 2019, pp. 61-98. Incluso dentro de esta misma categoría (i.e. la de «bloque» como parámetro de constitucionalidad) puede identificarse una distinción adicional. En el derecho constitucional español se ha formulado la distinción entre bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad. El primero se refiere a las normas que determinan la estructura del sistema diseñado por la constitución en los casos en que no existen definiciones unívocas o sean incompletas. Estas normas infra-constitucionales que cierran el sistema constitucional se constituyen parámetro necesario de la constitucionalidad de las leyes. Por otro lado, el bloque de la constitucionalidad se refiere a normas que realizan concretizaciones de los contenidos constitucionales y que, por tanto, no generan novedades normativas que sí están presentes en el bloque constitucional. Las normas que integran el bloque de la constitucionalidad no son un parámetro necesario de constitucionalidad sino simplemente potestativo o complementario. Requejo Rodríguez, P., *Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad*. Universidad de Oviedo, Servicio de publicaciones, 1997, pp. 38-47.

⁶ La justificación de este objetivo no es exclusivamente conceptual. Un entendimiento más detallado del concepto de bloque constitucional mejorará la comprensión del concepto de constitución y sus relaciones con otros sistemas normativos. Además, precisar el contenido y límites de esta doctrina facilitará la forma como los operadores jurídicos articulan, por ejemplo, el derecho constitucional y el internacional. Sobre los problemas que la falta de precisión al respeto se han generado en la aplicación del derecho constitucional véase, por ejemplo, Acosta, J. y Arévalo, C., «Constitucionalización del Sistema Integral de Verdad, Justicia y Reparación en Colombia: algunos comentarios sobre la participación política y la responsabilidad del mando», *El posconflicto colombiano: una perspectiva transversal*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa de España, 2017, pp. 260-264 y Nogueira Alcalá, H., «El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia», *Estudios Constitucionales*, núm. 2, 2015, pp. 301-350.

En particular, se sostendrá que la pertenencia de una norma a una constitución rígida depende de dos tipos de condiciones (que son mutuamente excluyentes y colectivamente exhaustivas). En primer lugar, forman parte de la constitución las normas creadas en el acto constituyente original. En segundo lugar, pertenecen a la constitución las normas introducidas de conformidad con los mecanismos definidos en las cláusulas de reforma constitucional. A partir de lo anterior, se concluye que -en el contexto de una constitución rígida- la conformación del bloque constitucional (entendido como el conjunto de disposiciones y normas jurídicas con jerarquía constitucional) depende de que las cláusulas de remisión constituyan (o se refieran a) mecanismos de reforma constitucional o que hayan sido directamente integrados en el acto constituyente original. De lo contrario —es decir si las cláusulas de remisión no cumplen estas condiciones—, el bloque constitucional solo puede conformarse por un conjunto de normas aplicables que no son parte de la constitución (i.e a un conjunto de normas que no tienen jerarquía constitucional).

2. ANÁLISIS DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

El término «constitución» (incluso por fuera de las prácticas jurídicas) designa las partes o elementos fundamentales de un objeto y, en los contextos en que se emplea para referirse a una acción, designa la acción (o conjunto de acciones) destinada a producir un resultado determinado. Como fue señalado por Hanna Pitkin, esta distinción muestra dos aspectos relevantes del concepto jurídico de constitución: primero, que la constitución define los elementos fundamentales de los ordenamientos jurídicos y, segundo, que —aun cuando es cierto que la constitución es el resultado de un proceso de elaboración— esto no excluye que puedan identificarse presupuestos del concepto de constitución⁷. Veamos algunos de ellos.

2.1. La supremacía de las normas constitucionales

Existen tres sentidos de constitución: el lógico, el mínimo y el pleno. En sentido lógico, la constitución se refiere a la norma básica de los sistemas jurídicos. En este sentido, la constitución se caracteriza por las siguientes notas: 1) sus normas contemplan los criterios últimos de validez del sistema jurídico (y, por tanto, son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma que no pertenezca a la constitución) y 2)

⁷ Pitkin, H., «The Idea of a Constitution», *Journal of Legal Education*, 1987, vol. 37, no. 2, pp. 167–169. La idea de ese tipo de precondiciones ha sido desarrollada por Carlos Bernal Pulido quien argumenta que el concepto de constitución incluye elementos implícitos que hacen posible e inteligibles los actos constituyentes. Bernal Pulido, C., «Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional. Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una constitución», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 22, 2018, pp. 59-99.

esa norma es el elemento identificador y diferenciador del sistema jurídico (gracias a la constitución, es posible comprender que —por ejemplo— el ordenamiento jurídico colombiano es uno —y solo uno— diferente del ordenamiento jurídico español). El sentido lógico de constitución es formal (i.e no depende de la existencia de determinados contenidos normativos) y se presenta como un presupuesto necesario para la existencia del derecho como sistema normativo⁸.

El sentido mínimo de constitución se refiere al «conjunto de normas que dispone la organización básica del poder político y la relación entre el Estado y los individuos que implican determinadas restricciones sobre la actividad legislativa normal»⁹. Este sentido indica algo más que la norma que se constituye en un presupuesto lógico de la existencia de los sistemas jurídicos. Exige que la norma que denominamos constitución contemple la organización básica del poder público y defina las relaciones entre ese poder y los individuos. Pero no especifica el tipo de organización política, ni define las condiciones que deben existir en la regulación de las relaciones entre los individuos y las autoridades. En consecuencia, respecto de ordenamientos jurídicos tan disímiles como el colombiano, el estadounidense, el venezolano o el norcoreano, es posible afirmar que tienen constitución en sentido mínimo (y, claro está, en sentido lógico también).

Por último, en el sentido pleno de constitución la norma constitucional no se reduce a la definición de la regulación básica del poder y de las relaciones de los individuos con el Estado, sino que reconoce que la constitución debe concretar las condiciones en que las actuaciones de las autoridades públicas puedan considerarse legítimas (basándose fundamentalmente en el principio democrático) y exige que los derechos constitucionales implementen los derechos humanos. La constitución en sentido pleno supone, por tanto, que la democracia y los derechos humanos se constituyan en un presupuesto ineludible de la legitimidad de la actuación de las autoridades y de la regulación de las relaciones entre el Estado y los individuos (e incluso entre los mismos individuos)¹⁰.

Así las cosas, todo ordenamiento jurídico —con independencia de su contenido— cuenta con una constitución en sentido lógico. Para que una norma jurídica sea constitución (o parte de la constitución) en sentido pleno debe ser cierto que es o hace parte de la constitución en sentido lógico. En términos más simples, la constitución en sentido lógico es una condición necesaria (aun cuando no suficiente) tanto para una constitución en sentido mínimo como para una constitución en sentido pleno. Por ello, con independencia de los contenidos que tenga o deba tener una constitución, lo cierto es que una condición necesaria para considerar que un conjunto de normas son la constitución (o que una norma hace parte de la constitución), es que esas nor-

⁸ Nino, C., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Astrea, 1992, pp. 1-15.

⁹ *Ibíd.* p. 2. Sobre la noción de constitución como fundamento ultimo de validez de los sistemas jurídicos véase Orunesu, C., *Positivismo jurídico y sistemas constituciones*, Marcial Pons, 2012, p. 103-106.

¹⁰ Nino, C. «*Fundamentos de derecho constitucional*». p.4

mas sean supremas dentro del sistema, sirvan como elemento identificador del mismo y contemplen los criterios últimos de validez.

2.2. Disposiciones, normas y bloque constitucional.

Existen dos sentidos principales en el uso del término «norma¹¹»: disposición y norma¹². Por un lado, por disposición jurídica se entiende el conjunto de enunciados o símbolos lingüísticos gramaticalmente expresados por una autoridad jurídica para formular o reconocer normas. Por otro lado, las normas se refieren, o bien a la facultad, prohibición u obligación de realizar alguna conducta (normas primarias); o bien a la definición de los criterios de validez jurídica y a la determinación de las normas de competencia dentro del sistema jurídico (normas secundarias)¹³.

De forma análoga a la distinción entre norma y disposición jurídica, en las prácticas jurídicas (y por lo menos en aquellas que cuentan con una constitución escrita) es posible diferenciar entre las disposiciones constitucionales (o *constitución formal*) y las *normas constitucionales*. La constitución formal está conformada por la constitución histórica (esto es las disposiciones establecidas en el documento constitucional original) y cada una de sus reformas. Como consecuencia de la existencia de la constitución

¹¹ Debe precisarse que la distinción entre disposición y norma no es empelada para referirse a dos *especies* de normas sino de dos *sentidos* en los que es empleado el término «norma» en el discurso jurídico. Las normas y las disposiciones son dos conceptos que se refieren a realidades distintas. Las normas se refieren a los contenidos (normas primarias y secundarias) que en tanto tales tienen una existencia abstracta y normativa. Las disposiciones se refieren a los símbolos, enunciados y expresiones empleadas por las autoridades jurídicas, y, por tanto, su existencia es de naturaleza gramatical. Desde luego que existan importantes relaciones entre ellas: una característica de los ordenamientos jurídicos contemporáneos es que las normas jurídicas corresponden *en principio* a los contenidos formulados por las autoridades en las disposiciones jurídicas. Sin embargo, puede ocurrir, por un lado, que existan normas jurídicas no formuladas por autoridad alguna (v. gr. las normas consuetudinarias) y, por otro lado, que una autoridad jurídica no formule ningún contenido normativo en sus disposiciones (v. gr. un reconocimiento honorífico).

¹² Sobre estas distinciones, véase, Rodríguez, J., «Naturaleza y lógica de las proposiciones normativas: contribución en homenaje a G.H. von Wright», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 26, 2003, pp. 87-109. Navarro, P. y Rodríguez, J. *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge University Press, 2014. Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems*, Springer, 1971. Existen, en todo caso, posiciones que han querido superar esta distinción, en particular, porque consideran que no es adecuada para propósitos prácticos en la operación del derecho, en especial en la tarea de individualizar las normas, i.e definir las condiciones que hacen que una norma sea una y solo una norma. Véase Narváez Mora, M., «Expressing Norms. On Norm-Formulations and Other Entities in Legal Theory», *Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, núm. 25, 2015, pp. 43-70.

¹³ Hart, H. L. A., *The concept of law* (2a. Ed.) Bulloch, P. y Raz, J. (eds.), Clarendon Press. 1994, pp. 79-99. Debe anotarse que las críticas más notables a la distinción de Hart no discuten la existencia de diferente niveles y funciones de reglas sino la adecuada forma de caracterizar las reglas secundarias. Véase, por ejemplo, Raz, J., *The authority of law: Essays on Law and Morality*. Oxford University Press, 1979, pp. 92-93 y Coleman, J., *The practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2011, pp. 84-86

formal, es posible identificar un conjunto de *normas formuladas* por esas disposiciones y las *normas derivadas* de tales normas. Las *normas formuladas* se refieren a cada una de las normas creadas por las disposiciones constitucionales y las *derivadas* corresponden a la reconstrucción de las consecuencias lógicas de esas normas y de la reconstrucción de las relaciones con otras normas¹⁴. No es necesario recurrir a argumentación adicional para concluir que este subconjunto de normas (i.e las normas constitucionales formuladas en la constitución formal y sus derivadas) son parte de la constitución, es decir, son normas constitucionales.

Sin embargo, además de la constitución formal, es posible que en los ordenamientos jurídicos existan otras disposiciones que resultan relevantes para una adecuada comprensión del derecho constitucional. Como se señaló en la introducción de este artículo, la jurisprudencia y dogmática jurídica han empleado el concepto de bloque constitucional para dar cuenta del conjunto de disposiciones jurídicas que, aun cuando no hacen parte de la constitución formal, son fuentes de normas con relevancia constitucional. El bloque constitucional se refiere a las disposiciones jurídicas que no se reducen a la constitución formal y que comprenden textos jurídicos como –en el caso del derecho constitucional latinoamericano– los tratados internacionales de derechos humanos¹⁵. En consecuencia, un primer sentido de bloque constitucional puede ser definido en los siguientes términos:

Bloque constitucional: conjunto de disposiciones jurídicas (distintas de la constitución formal) que formulan normas jurídicas relevantes para dar respuesta a los problemas jurídicos constitucionales¹⁶

En la anterior definición se ha empleado el término «*normas jurídicas relevantes*», y no el término «*normas constitucionales*», para subrayar que no existe una equivalencia conceptual entre las normas que son formuladas en el bloque constitucional y el conjunto de normas que conforman la constitución de un sistema jurídico. En otras

¹⁴ Sobre las nociones de normas formuladas y normas derivadas véase Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Normative Systems*, p. 106. Existe, no obstante, una discusión en torno a si las normas derivadas pueden considerarse como pertenecientes al sistema. Sobre el particular véase Rodríguez, J. «La tensión entre dos concepciones de los sistemas jurídicos», *Análisis Filosófico*, volumen 26, núm. 2, 2006, pp. 242-276

¹⁵ Von Bogdandy, Armin. «Ius Constitutionale Commune En América Latina», pp. 3-50. Góngora Mera, M. «La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano», pp. 301-328. Reina García, O., «Las cláusulas de apertura o reenvío hacia fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad», *Revista Derecho Del Estado*, núm. 29, 2012, p. 177. Sueli Cook, V., «El Bloque De Constitucionalidad Como Mecanismo De Interpretación Constitucional. Aproximación a Los Contenidos Del Bloque En Derechos», *Vniuersitas*, Vol. 65, No. 133, 2016, pp. 301-382. García Jaramillo, L., «Desafíos de la interamericanización del Derecho: la contribución del Ius Constitutionale Commune», *Revista de Derecho Político*, núm. 97, p. 351.

¹⁶ Obsérvese que este sentido de bloque constitucional comprende tanto a las disposiciones (distintos del texto constitucional) como a las normas formuladas en ellas y sus derivadas (esto es, como se verá enseguida, las normas del bloque constitucional).

palabras, concluir que una norma forma parte del bloque constitucional no implica que esa norma necesariamente cuente con jerarquía constitucional. En todo caso, el bloque constitucional es fuente de un subconjunto de normas jurídicas con relevancia constitucional (lo que no significa, se reitera, que necesariamente sean normas constitucionales). Este subconjunto de normas está conformado por las normas formuladas por las disposiciones jurídicas del bloque constitucional y por las normas derivadas de aquellas. En adelante, se empleará el término «*normas del bloque constitucional*» para referirse a este subconjunto.

Normas del bloque constitucional: conjunto de normas conformadas por a) las normas formuladas en el bloque constitucional y b) las normas derivadas de aquellas.

En síntesis, existe una distinción entre la *constitución formal* y el conjunto de normas por ella formuladas y sus derivadas. No caben dudas acerca de que esas normas son normas constitucionales. Por otro lado, el *bloque constitucional* corresponde al conjunto de disposiciones jurídicas que —diferentes a la constitución formal— formulan normas jurídicas relevantes para dar respuesta a los problemas jurídicos constitucionales. Las *normas del bloque constitucional* corresponden a las normas formuladas en el bloque constitucional y sus derivadas. En estos términos, el conjunto de las *normas jurídicas constitucionalmente relevantes* está conformado por dos subconjuntos normativos: a) las normas constitucionales y b) las normas del bloque constitucional.

En esta caracterización subyacen dos problemas. Primero, no es del todo claro definir cuáles son los criterios para identificar las disposiciones jurídicas que forman parte del bloque constitucional, es decir, qué tipo de requisitos deben cumplir los documentos normativos que conforman el bloque constitucional. Segundo, existen serios cuestionamientos sobre la naturaleza de las normas del bloque constitucional, y en particular, definir la jerarquía normativa de esas normas.

3. BLOQUE CONSTITUCIONAL: PERTENENCIA Y APLICABILIDAD.

La teoría del derecho ha diferenciado entre pertenencia y aplicabilidad de las normas. Esta distinción, como pasa a verse, resulta fundamental para explicar la naturaleza de las normas del bloque constitucional.

3.1. Pertenencia y aplicabilidad de las normas.

Existen dos formas mediante las cuales las normas pueden ser jurídicamente relevantes: la validez (entendida como su pertenencia a un sistema jurídico) y la aplicabilidad (entendida como el deber o autorización de aplicarlas)¹⁷.

La validez es un concepto relacional entre la norma y el sistema jurídico: una norma es válida si cumple con las condiciones de *pertenencia* establecidas en el sistema jurídico¹⁸. Dentro de las condiciones de pertenencia de las normas a un sistema jurídico resultan fundamentales las normas de competencia. Estas normas definen los procedimientos, formas y demás requisitos para que un sujeto pueda crear o modificar normas jurídicas. Las normas de competencia —en otras palabras— establecen las condiciones para que ese sujeto pueda incorporar normas al sistema jurídico. Por ello, una norma creada de conformidad con las normas de competencia pertenece a un ordenamiento jurídico¹⁹.

Ahora bien, un sistema jurídico está conformado por diferentes subsistemas. Simplificando la exposición, los sistemas jurídicos están conformados -en primer lugar- por el conjunto de normas que integran el subsistema constitucional (conformado por las normas respecto de las cuales es posible afirmar que tienen jerarquía constitucional); y —en segundo lugar— por los subsistemas normativos infra-constitucionales. Una norma forma parte del subsistema constitucional siempre que se cumplan con una de dos condiciones: 1) que la norma haya sido creada en el acto constituyente original o 2) que la norma haya sido creada de conformidad con las normas de competencia que definen las condiciones para incorporar normas a la cons-

¹⁷ Navarro, P. y Rodríguez, J., *Deontic Logic and Legal Systems*, pp. 132-136. Debe dejarse anotado que el concepto de validez es objeto de innumerables discusiones. Véase Marmor, A., *Philosophy of Law*, Princeton University Press, 2011, pp. 2-5. El problema es aún mayor al observarse que el concepto de validez en realidad se emplea para referirse a problemas distintos como la existencia de las normas o la fuerza normativa de las normas. Este término también se emplea para discutir las propiedades del derecho como un todo (por ejemplo, cuando nos preguntamos qué condiciones son necesarias para considerar que determinado ordenamiento jurídico es válido), En todo caso, y teniendo en mente los límites de este trabajo, el concepto de validez se emplea para referirse a aquellas normas que *pertenecen* a un sistema jurídico.

¹⁸ Bulygin, E., «Validez y positivismo», *Análisis lógico y Derecho*, En Alchourrón, c. y Bulygin, E., Centro de Estudios Constitucionales, pp. 499-520.

¹⁹ La mayor parte de los filósofos del derecho piensan que las normas de competencia son normas conceptuales o constitutivas, esto es que no exigen conductas, sino que definen las condiciones necesarias para proferir actos válidos. Bulygin, E., «On Norms of Competence», *Law & Philosophy*, vol. 11, 1992, pp. 201-216. Ferrer-Beltrán, J., *Las normas de competencia un aspecto de la dinámica jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. No obstante, hay quienes piensan que las normas de competencia deben ser entendidas como normas que establecen deberes a las autoridades. Kelsen es, seguramente, el más famoso defensor de esta posición. Para una revisión crítica de la posición de Kelsen véase Bernal Pulido, C., *El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 370-379. La tesis de que las normas de competencia imponen deberes ha sido defendida también en Spaak, T., «Norms that Confer Competence», *Ratio Iris*, vol. 16, núm.1, pp. 2003, 89-104.

titución. Estas normas de competencia son denominadas por la dogmática constitucional con el término de *cláusulas de reforma constitucional*, a saber, normas que contienen las «previsiones acerca de los mecanismos a través de los cuales han de introducirse cambios» en la constitución²⁰.

La caracterización de esas cláusulas de reforma (en tanto normas de competencia) está en función de si el sistema constitucional es flexible o rígido. En los sistemas rígidos, la reforma de la constitución (i.e la creación, modificación o derogación de normas constitucionales) es definida de forma exhaustiva en las cláusulas de reforma, de manera que sólo es posible incorporar una nueva norma constitucional mediante los procedimientos definidos en esas cláusulas. La rigidez constitucional implica — además— que las cláusulas de reforma deben establecer un procedimiento para la incorporación (o derogación) de normas constitucionales más complejo que el procedimiento legislativo ordinario. Esto quiere decir que la incorporación de normas a la constitución en un sistema rígido está condicionada —como mínimo— al cumplimiento de las formas y procedimientos que son, de alguna manera, más complejos que los necesarios para la validez de las normas que conforman los subsistemas infra-constitucionales²¹.

Los sistemas constitucionales rígidos, por tanto, tienen dos características esenciales. Primero, sus cláusulas de reforma son normas de competencia que establecen las condiciones necesarias para la incorporación de normas constitucionales. Segundo, esas normas de competencia establecen como condición de validez de las normas constitucionales el cumplimiento de requisitos formales y procedimentales más complejos que los exigidos para las normas de otros subsistemas del sistema jurídico. Así, estas cláusulas tienen los siguientes elementos fundamentales: 1) la definición del órgano (O) que puede proferir las normas constitucionales; 2) ese órgano no puede delegar esa competencia; 3) ese órgano sólo puede hacer la reforma mediante el procedimiento (P) definido en la cláusula de reforma; y 4) ese procedimiento debe ser más complejo que cualquier otro procedimiento de creación de normas infra-consti-

²⁰ Pérez-Royo, J., «La reforma de la Constitución», *Revista de Derecho Político*, núm. 22, 1986, pp. 8. Las cláusulas de reforma son, en términos de Pedro de Vega, la regulación constitucional del poder de reforma. Según el citado autor, «a la hora de fijar la naturaleza del poder de reforma, no admite discusión posible...que se trata de un poder regulado y ordenado en el texto constitucional» a través de las cláusulas de reforma. Vega García, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, 1985, p. 236. Sobre la importancia de las cláusulas de reforma en el constitucionalismo véase también González-Quintero, R., «Procesos Constituyentes y Cortes Constitucionales: una perspectiva comparada», *Dikaion*, núm. 18, 2009, pp. 135-161. García-Atance, M., La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad, *Revista de Derecho Político*, vol. 37, 1993, pp. 373-384. Moreso, J., «Disposiciones de reforma constitucional», *Doxa*, núm. 10, 1991, pp. 201-222.

²¹ Fereres-Comella, V., «Una Defensa De La Rigidez Constitucional», *Doxa: Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, núm. 23, 2000, pp. 29-47. Vera Santos, J., «La reforma del procedimiento de reforma constitucional en España», *Revista de Derecho Político*, vol. 96, 2016, pp. 13-48. González Ricoy, I., «Participation, Deliberation, and Constitutional Rigidity», *Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 27, 2014, pp. 521-527.

tucionales. Los elementos 1), 2), 3) y 4) son condiciones necesarias para la existencia una constitución rígida²². Por lo tanto, en toda constitución rígida existe la siguiente norma implícita: una norma tiene jerarquía constitucional si y solo si es creada por O mediante P²³.

Por otro lado, la aplicabilidad de las normas jurídicas se refiere a la autorización o exigencia que establecen algunas normas pertenecientes al sistema jurídico de aplicar otras normas. Una norma es aplicable si existe una norma válida (esto es perteneciente al sistema jurídico) que autoriza o exige aplicarla. Así las cosas, una norma es aplicable siempre que exista —por lo menos— una norma que pertenece al sistema jurídico la cual autoriza o exige aplicarla (sin que sea necesario incorporarla, i.e sin que, necesariamente, esa norma aplicable sea una norma válida para el sistema)²⁴. Como se dijo antes, un sistema jurídico está conformado a su vez por diferentes subsistemas. Para que una norma pueda incorporarse al subsistema constitucional (con constitución rígida) es necesario que cumplan con las condiciones definidas en las cláusulas de reforma. Ahora bien, lo que si puede ocurrir es que una norma no cumpla con esas condiciones pero que resulte constitucionalmente aplicable -aun cuando no pertenezca a la constitución- siempre que una norma constitucional exija o autorice su aplicación. Pero afirmar que una norma es constitucionalmente aplicable no se constituye ni en una condición necesaria (pueden existir normas constitucionales que no son aplicables, como en los casos en los que se ha establecido un término de vacancia) ni en una condición suficiente para su jerarquía constitucional (i.e el solo hecho que una norma sea aplicable no implica su incorporación a la constitución).

²² Para una explicación similar de las cláusulas de reforma véase Moreso, J. «Disposiciones de reforma constitucional», p. 202.

²³ En general, se suelen identificar tres tipos de límites a las reformas constitucionales: a) los *límites implícitos (o conceptuales)* son aquellos que no provienen del contenido de las disposiciones constitucionales, sino que se derivan la estructura lógica del concepto de constitución adoptado. Un ejemplo específico de este tipo de límites es el de la imposibilidad de flexibilizar los procedimientos de reforma dentro de una constitución rígida. La tesis de los límites lógicos proviene del famoso artículo de Alf Ross, «Sobre la Autorreferencia y el Difícil Problema del Derecho Constitucional». *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. E. Bulygin y E. Garzón, Ediciones Fontamara. 1996. b) *límites formales* cuando se contemplan exigencias orgánicas o procedimentales específicas para la validez de las reformas. Y c) *límites materiales* cuando se prohíbe la modificación (o incorporación) de determinados contenidos. Sobre el particular véase, Bernal Pulido, C., *Derechos, Cambio Constitucional y Teoría Jurídica. Escritos de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 271-298.

²⁴ Navarro, P. y Rodríguez, J. *Deontic Logic and Legal Systems*, pp. 132-136. Bulygin E., «Validez y positivismo», pp. 499-520. En efecto, en los ordenamientos jurídicos es común encontrar diferentes ejemplos de normas que autorizan la aplicación de normas que no pertenecen a él. Este es el caso de las normas civiles que autorizan a los jueces a aplicar las normas que rigieron la configuración del negocio jurídico en otro país. Otro ejemplo es la aplicación de leyes penales derogadas (esto es expulsadas y por tanto no pertenecientes al sistema jurídico) en virtud del principio constitucional de favorabilidad. En estos casos, como puede verse, las normas no pertenecientes (v. gr. la ley extranjera o la ley penal derogada) resultan aplicables como consecuencia de la autorización (o exigencia) que hacen normas pertenecientes (v. gr. la legislación civil o la constitución)

Terminemos este apartado subrayando que los conceptos de pertenencia y aplicabilidad no son coextensivos, es decir, no todas las normas pertenecientes son aplicables ni todas las normas aplicables son pertenecientes. Puede ocurrir, por ejemplo, que una nueva norma pertenezca al subsistema constitucional pero no resulte aplicable como consecuencia del plazo definido en el término de la vacancia²⁵. Por otro lado, puede ocurrir que una reforma constitucional haya sido indebidamente aprobada y declarada inconstitucional (y por lo tanto inválida) por el tribunal constitucional. Imaginemos ahora que por una modulación de los efectos de la sentencia del tribunal constitucional continúe el deber aplicarla durante el periodo definido en la modulación. Esa norma, por tanto, no pertenece a la constitución (toda vez que no fue válidamente aprobada), pero es constitucionalmente aplicable como consecuencia de lo exigido por el tribunal²⁶.

3.2. *Bloque constitucional stricto y lato sensu*

Las *cláusulas de remisión* (también conocidas como cláusulas de apertura o reenvío) son normas constitucionales que otorgan relevancia a normas que no son formuladas por el texto constitucional, ni son derivadas de ellas²⁷. En Latinoamérica, la explicación de estas cláusulas (particularmente las que se refieren a tratados de derechos humanos) se ha desarrollado en torno a la doctrina del bloque constitucional²⁸. La

²⁵ La vacancia legal (*vacatio legis*) es el periodo de tiempo que una ley o una reforma constitucional pueden establecer entre la aprobación de la norma y su entrada en vigencia.

²⁶ Existe una compleja cuestión acerca de los efectos en el tiempo de las sentencias de constitucionalidad abstracta dictadas por los tribunales constitucionales. Como se sabe, estas sentencias tienen la capacidad de expulsar del sistema jurídico las normas que encuentren inconstitucionales. El problema es definir a partir de qué momento surten los efectos de esa expulsión. Dejando de lado la resolución a este problema (que no es el objeto de este trabajo), lo cierto es que los tribunales pueden modular los efectos en el tiempo de su sentencia y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de una norma (incluso de una reforma constitucional) pero mantener su aplicabilidad por cierto tiempo. Sobre el particular véase Hernández Valle, R., «La tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales». Revista española de derecho constitucional, Núm. 14, 1994, pp. 240-241 y en la jurisprudencia colombiana véase la sentencia C-297 de 2010 de la Corte Constitucional.

²⁷ Reina García, O. «Las cláusulas de apertura o reenvío hacia fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad», pp. 175-214. Ramelli Arteaga, A., «El derecho internacional humanitario ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario mexicano de derecho internacional*, 2009, núm. 9, p. 66.

²⁸ Von Bogdandy, A., «Jus Constitutionale Commune En América Latina: Una Mirada a Un Constitucionalismo Transformador». pp. 3-50. Góngora Mera, M. «La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano». pp. 301-328. Una revisión jurisprudencial del concepto de bloque constitucional puede verse en Uprimny, R., *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Curso de formación de promotores/as en derechos humanos, libertad sindical y trabajo decente., Universidad Nacional de Colombia, 2005. Reina García, O., «Las cláusulas de apertura o reenvío hacia fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad», p. 177. Sueli Cook, V.,

Corte Constitucional colombiana —por ejemplo— ha sostenido que la constitución contempla una serie de cláusulas de remisión²⁹ al derecho internacional que posibilitan la integración de un bloque constitucional «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»³⁰.

Sin embargo, se ha cometido el error de afirmar que la aplicabilidad de esas normas (como parámetro de constitucionalidad) implica (o depende de) su jerarquía constitucional. Según la Corte Constitucional, los tratados de derechos humanos «que no hacen parte del articulado superior, integran la Constitución». Estos tratados que «son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes han sido normativamente integrados a la Constitución»³¹. Según el citado tribunal, esa integración es una consecuencia necesaria de lo dispuesto en las cláusulas de remisión, es decir, toda vez que esas cláusulas remiten, por ejemplo, a los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia entonces esos tratados se incorporan a la constitución³².

«El Bloque De Constitucionalidad Como Mecanismo De Interpretación Constitucional. Aproximación a Los Contenidos Del Bloque En Derechos», pp. 301-382.

²⁹ Las cláusulas de remisión generalmente mencionadas por la Corte Constitucional son el artículo 53 de la constitución («los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación») y el 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»).

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995. Esta idea ha sido reiterada —entre muchas otras providencias— en las sentencias C-578 de 1995, C-358 de 1997, C-191 de 1998, C-067 de 2003 y T-280A de 2016.

³¹ Corte Constitucional, sentencias C-191 de 1998, C-067 de 2003 y T-280A de 2016. En un sentido similar, Requejo Pages sostiene las normas de derecho internacional sólo son «aplicables en el ordenamiento establecido por la Constitución si se integran en su estructura a través de los cauces constitucionalmente establecidos» (p. 50). Piensa —por tanto— que las normas del derecho internacional son aplicables porque la constitución las incorpora al sistema constitucional. La constitución, según este autor, no puede definir la validez de las normas internacionales, sino solo su aplicabilidad. Y agrega que «las normas internacionales son, desde el punto de vista positivo, normas que se integran en la Constitución a través de los preceptos de esta última que las dotan de aplicabilidad». En síntesis, la tesis de Requejo Pages es que cuando la constitución remite a normas internacionales (sobre los cuales no dispone de sus condiciones de validez) exigiendo su aplicabilidad, entonces esas normas son integradas a la constitución. Requejo Pagés, J., «Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, 1992, pp. 41-66. Esta tesis ha sido criticada argumentándose que, aun cuando se admita que solo integran un sistema jurídico aquellas que sean válidamente creadas, no es cierto que la aplicabilidad implique su validez ni que el conjunto de normas aplicables y válidas sean las que conforman un sistema jurídico. Rodríguez, J y Vicente, D., «Aplicabilidad y validez de las normas del Derecho internacional», *Doxa: Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, núm., 32, 2009, pp. 177-204

³² La Corte Constitucional entiende que una norma internacional tiene jerarquía constitucional porque existe «un reenvío normativo. Es decir, que en el articulado constitucional exista una remisión a un grupo de tratados o a uno en específico». Corte Constitucional, sentencia T-280A de 2016

En esta argumentación es posible identificar dos errores. El primero consiste en asumir que la aplicabilidad de una norma es una condición suficiente para su pertenencia. Como se explicó en el apartado anterior, de la existencia de normas aplicables en un sistema normativo (en nuestro caso el subsistema constitucional) no se sigue que esas normas sean necesariamente parte de él. En otras palabras, aun cuando se concluya que las cláusulas de remisión establecen que ciertas normas pueden o deben aplicarse, esta conclusión no es suficiente para sostener que esas normas se integran a la constitución. Desde luego que puede ocurrir que esas cláusulas de remisión solo autoricen o exijan recurrir a ciertas normas (como parámetros de constitucionalidad) pero que en ningún momento las incorporen a la constitución.

La doctrina del bloque constitucional puede evitar el *non sequitur* descrito distinguiendo adecuadamente entre la tesis de pertenencia y la tesis de la aplicabilidad. Es decir, habrá situaciones en las que las cláusulas de remisión posibilitan la integración de determinadas normas a la constitución y habrá otras en las que las cláusulas de remisión posibiliten la aplicación de esas normas, sin incorporarlas a la constitución. A partir de esta distinción, puede plantearse la diferencia entre bloque constitucional *stricto sensu* y bloque constitucional *lato sensu*³³. Por un lado, el bloque constitucional *stricto sensu* se conforma por el conjunto de normas incorporadas a la constitución como consecuencia de la existencia de una cláusula de remisión que posibilita esa incorporación. Por otro lado, el bloque constitucional *lato sensu* se conforma por el conjunto de normas que, aunque no tengan jerarquía constitucional, resultan aplicables en los juicios de control constitucional como consecuencia de una cláusula de remisión que autoriza o exige esa aplicación.

En otras palabras, la conformación del bloque constitucional *stricto sensu* depende de si las cláusulas de remisión se remiten a normas que cumplen con las condiciones para incorporarse a la constitución (esto es, como vimos, que cumplan con las condiciones definidas en las cláusulas de reforma constitucional). Es justamente en este punto en el que surge el segundo error. Como se dijo, el bloque constitucional *stricto sensu* se refiere a las normas constitucionales que hacen parte de la constitución (aun cuando no forman parte de la constitución formal). La Corte Constitucional -y buena parte de la doctrina- piensa que toda vez que en las constituciones existen cláusulas que remiten a disposiciones y normas del derecho internacional de los derechos huma-

³³ Suelt Cook, V. «El Bloque De Constitucionalidad Como Mecanismo De Interpretación Constitucional. Aproximación a Los Contenidos Del Bloque En Derechos». p. 327. Góngora Mera, M. (2014). «La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano», pp. 316-317. Ramelli, A., «Sistema de fuentes del derecho internacional público y bloque de constitucionalidad», *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, vol. 11, núm. 1, 2011, pp. 157-175. Suelt Cook, V., «El Bloque De Constitucionalidad Como Mecanismo De Interpretación Constitucional. Aproximación a Los Contenidos Del Bloque En Derechos». p. 306. Quinche Ramírez, M., *Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y sus Reformas*, Editorial Ibáñez, 2008, p. 97. Corte Constitucional, sentencias C-048 de 2017, C-327 de 2016 y C-582 de 1999

nos, entonces se integran al subsistema constitucional³⁴. En otras palabras, se sostiene que la existencia de cláusulas que remiten a ciertos tratados internacionales implica que son integrados a la constitución³⁵. Así, por ejemplo, se afirma que «el concepto de Constitución resulta ensanchado en tanto los artículos de la Carta son integrados con otros referentes normativos, en virtud de remisiones expresas que hace el propio texto constitucional»³⁶. En el mismo sentido, se sostiene que el bloque constitucional *stricto sensu* está 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 tiene rango constitucional»³⁷.

El problema es que en una constitución rígida la pertenencia de normas a la constitución depende de las cláusulas de reforma y no de las cláusulas de remisión³⁸. Por lo tanto, para poder sostener que las normas a las que se refieren las cláusulas de remisión se incorporan a la constitución es necesario que en su aprobación se cumplan con las condiciones definidas en las cláusulas de reforma constitucional. Si, por el

³⁴ La corte Constitucional ha señalado la existencia de estas cláusulas, entre otras, en las siguientes sentencias C-488 de 2009; C-988 de 2004 y C-018 de 2015. La Corte Constitucional ha identificado las siguientes normas de remisión: 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. Artículo 101. Los límites de Colombia son los establecidos en los tratados internacionales aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República, y los definidos por los laudos arbitrales en que sea parte la Nación. Artículo 53. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. Artículo 214. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.

³⁵ Este error puede verse en las sentencias C-225 de 1995, C-578 de 1995, C-358 de 1997, C-191 de 1998, C-067 de 2003, T-280A de 2016 y C-093-18. La dogmática jurídica suele emplear esa misma caracterización del bloque constitucional. Vanesa Sueli Cook sostiene que en la actualidad el derecho internacional es fuente de normas que resultan determinantes para la interpretación de la constitución, lo ha llevado a la «creación de un bloque de constitucionalidad en materia de derechos como parámetro de control de constitucionalidad que incorpora los tratados de derechos humanos». Sueli Cook, V., «El Bloque De Constitucionalidad Como Mecanismo De Interpretación Constitucional» p. 306. Se sostiene que como los tratados de derechos humanos son relevantes para el juez constitucional, entonces sus normas forman parte de la constitución. Sobre el particular véase Acosta Alvarado, P; Acosta-López, J; Huertas Cárdenas, J y Rivas-Ramírez, D., «Diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. El caso colombiano». *Estudios constitucionales.*, vol.16, n.2, 2018, pp.369-402.

³⁶ Quinche, M., *Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*, Editorial Ibáñez, 2008.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-191 de 1998. Este concepto ha sido aceptado por la doctrina jurídica colombiana. Véase, por ejemplo, Quinche, M., *El control de Convencionalidad*, Editorial Temis, 2014, p. 143. Fajardo, L., *Implementación del Sistema de Derechos Humanos en Colombia a través del Boque de constitucionalidad*, Biblioteca Jurídica Dike/Universidad Sergio Arboleda, 2010, p. 51

³⁸ De Vergottini, G., *Derecho constitucional comparado*, trad. Claudia Herrera, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 173. Fereres-Comella, V. «Una Defensa De La Rigidez Constitucional», pp. 29-47. Vera Santos, J., «La reforma del procedimiento de reforma constitucional en España», *Revista de Derecho Político*, vol. 96, 2016, pp. 13-48. González Ricoy, I., «Participation, Deliberation, and Constitutional Rigidity», pp. 521-527. Este argumento — y a pesar de las diferencias contextuales y las conclusiones diversas a las que arribaron esas decisiones— ha sido admitido por la Corte Constitucional en las sentencias C-1056 de 2012, C-699 de 2016 y C-332 y 2017

contrario, esas normas a las que se refieren las cláusulas de remisión no cumplen con las mencionadas condiciones entonces no pueden considerarse como normas constitucionales. Para demostrar que —por ejemplo— un tratado específico de derechos humanos hace parte del bloque constitucional *stricto sensu* (y por tanto integrante de la constitución) habrá que acreditar que ha sido aprobado según las cláusulas de reforma. Y teniendo en cuenta que —por ejemplo— en Colombia las leyes aprobatorias de tratados internacionales no constituyen una cláusula de reforma constitucional entonces las normas de ese tratado no pueden entenderse como parte del subsistema constitucional³⁹.

¿Esto significa que la remisión constitucional a, por ejemplo, los tratados internacionales de derechos humanos no tiene relevancia constitucional alguna? Desde luego que no. Una norma —como se dijo— puede ser constitucionalmente relevante porque pertenece a la constitución, o porque es una norma que la constitución autoriza (o incluso exige) aplicar. En el primer caso —en los sistemas jurídicos de constitución rígida— una norma pertenece a la constitución solo si ha sido aprobada según las cláusulas de reforma. Una norma es constitucionalmente aplicable siempre que exista una norma constitucional que autorice o exija su aplicación. La equivocación consiste en sostener que una norma se incorpora a la constitución solo por el hecho de que exista una cláusula de remisión hacia ella. Esto es particularmente importante en los sistemas constitucionales con constitución rígida, en tanto existe una exigencia conceptual de acuerdo con la cual la integración de normas a la constitución depende de las cláusulas de reforma y no de las cláusulas de remisión⁴⁰. Esto significa que para la incorporación de una norma a la constitución no es suficiente que se cumplan los requisitos establecidos en las cláusulas de remisión. Lo que es necesario para lograr esa incorporación es cumplir con las condiciones definidas en las cláusulas de reforma constitucional.

De acuerdo con lo dicho, al explicar el concepto de constitución hay que diferenciar entre la identificación de las normas constitucionales y la identificación de las normas que, sin pertenecer a la constitución, son aplicables. En este orden de ideas, y tomando como ejemplo el caso colombiano (toda vez que tiene una constitución rígida), solo pueden ser normas constitucionales las creadas según las cláusulas de reforma. Por lo tanto, para poder concluir que el artículo 93 de la constitución colombiana es fuente de normas pertenecientes al bloque constitucional en estricto sentido,

³⁹ Las leyes aprobatorias de tratados Internacionales son leyes ordinarias que se diferencian de otros tipos de leyes por su temática (aprobado o improbar tratados internacionales). Al igual que todas las leyes exige cuatro debates y mayoría simple en su trámite en el Congreso. Incluso puede afirmarse que el trámite es menos exigente en tanto el Congreso no puede incluir nuevas normas sino solo aprobar o desaprobado los contenidos de los tratados negociados por el gobierno. Véase Lancheros J. C; Mantilla, M; Pulido-Ortiz F. E. y Osma I. Suárez *Trámite Legislativo Ordinario y Especial*, Kornad Adenauer Stiftung, 2013.

⁴⁰ El Título XIII de la Constitución colombiana define las normas de competencia que constituyen las cláusulas de reforma. Señala los mecanismos mediante los cuales es posible modificar la constitución: i) el acto legislativo, ii) el referendo y iii) la asamblea nacional constituyente.

es necesario que el propio artículo 93 constituya —o remita a— una cláusula de reforma constitucional⁴¹. Pero lo cierto es que las leyes aprobatorias de tratados internacionales no constituyen —de acuerdo con la constitución colombiana— una cláusula de reforma constitucional. Esas leyes son fuente de legislación ordinaria por lo que no existen razones suficientes para pensar que esos tratados integran la constitución.

Es verdad que la relación del sistema constitucional con otros sistemas normativos (v. gr. el derecho internacional) puede plantearse tanto en términos de pertenencia (o incorporación) como de aplicabilidad⁴². No obstante, y teniendo en cuenta los presupuestos conceptuales de una constitución rígida, solo pueden considerarse como normas constitucionales (esto es, se reitera, normas que pertenecen a la constitución) aquellas que son aprobadas según las cláusulas de reforma.

En resumen, el bloque constitucional se refiere *stricto sensu* a las normas que pertenecen a la constitución, y *lato sensu* a las normas que son aplicables —sin pertenecer a la constitución— a los asuntos constitucionales. Para que una norma conforme el bloque constitucional *stricto sensu*, depende de que exista una cláusula de remisión a esa norma y que, además, se demuestre que esas cláusulas de remisión son constitutivas de cláusulas de reforma o que el mecanismo de incorporación de las normas es una cláusula de reforma. En el caso del derecho latinoamericano en general, y en el colombiano en particular, se ha interpretado que las cláusulas de remisión tienen la función de incorporar normas (especialmente del sistema interamericano de derechos humanos) a las constituciones. Pero lo cierto es que para poder fundamentar esa conclusión no se ha demostrado una premisa fundamental: que esas cláusulas de remisión sean —o se refieran a— cláusulas de reforma constitucional. Y este panorama es mucho más problemático cuando se concluye que en una constitución rígida, las cláusulas de reforma son exhaustivas en el sentido de que solo mediante esos mecanismos es posible reformar la constitución. Por lo tanto, solo es posible la existencia de un bloque *stricto sensu* cuando se acrediten dichas condiciones (i.e que la cláusula de remisión sea constitutiva de una cláusula de reforma o que el mecanismo de incorporación de las normas es una cláusula de reforma). De lo contrario, es decir si no se acreditan esas condiciones, entonces solo es posible la existencia de un bloque constitucional *lato sensu*, o sea, que las cláusulas de remisión solo se remiten a normas aplicables pero que no tienen jerarquía constitucional.

⁴¹ 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

⁴² Rodríguez, J y Vicente, D, sintetizaron este punto en los siguientes términos: en los estados «resultan aplicables ciertas normas». Algunas de esas normas son aplicables porque «pertenecen al sistema delimitado por la constitución del Estado». Las normas internacionales «son aplicables ya sea porque la constitución las integra como normas del sistema, ya sea porque las declara aplicables aunque no pertenezcan al sistema», Rodríguez, J y Vicente, D., «Aplicabilidad y validez de las normas del Derecho internacional», pp. 197-198.

4. CONCLUSIONES

A lo largo del texto se mostró que no existe una equivalencia conceptual entre las nociones de normas constitucionales y normas con relevancia constitucional. Además, se explicó que la relevancia constitucional de una norma no implica que forme parte de la Constitución.

Se señaló que la conformación del bloque constitucional depende de que alguna de las normas constitucionales (i.e las cláusulas de remisión) remitan a otras normas, bien sea para incorporarlas o bien para autorizar o exigir su aplicación. La interpretación tradicional de este asunto sostiene que las cláusulas de remisión —en especial las que remiten a tratados de derechos humanos— incorporan esas normas a la constitución. Esta interpretación es deficiente porque no ha demostrado que esas cláusulas de remisión sean —o se refieran a— cláusulas de reforma constitucional. Tomando como ejemplo el derecho colombiano, si no se logra demostrar que las cláusulas de remisión —por ejemplo, el artículo 93 de la constitución— son constitutivas de mecanismos de reforma constitucional, no es posible afirmar que esos tratados pertenezcan a la constitución colombiana.

La principal equivocación de la dogmática sobre el bloque constitucional es que no ha logrado articular un aspecto básico de las constituciones actuales: me refiero a la relación existente entre las cláusulas de remisión y las cláusulas de reforma constitucional. En otras palabras, si se pretende explicar a través de la doctrina del bloque constitucional la incorporación de normas jurídicas en las constituciones (característica esencial de esta doctrina en el derecho latinoamericano), entonces se debe reformular la teoría de forma tal que se dé cuenta de la manera en que operan las cláusulas de reforma constitucional y su interrelación con las cláusulas de remisión.

El análisis presentado en este trabajo deja abiertas diferentes preguntas ¿Cuál es el fundamento de las cláusulas de remisión? ¿Es posible que un sistema jurídico —en este caso el internacional— exija la existencia de determinadas cláusulas de remisión en otro sistema? En los casos en que las constituciones contemplen cláusulas de remisión ¿Pueden los conjuntos normativos designados por las cláusulas de remisión crear nuevas cláusulas de remisión? No era posible en este trabajo responder exhaustivamente todas estas cuestiones. Se espera que un desarrollo más detallado de los elementos presentados en este artículo sirva para ofrecer respuestas para estas cuestiones y, en consecuencia, lograr un abordaje más preciso y profundo de nuestro derecho constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ALVARADO, P; ACOSTA-LÓPEZ, J; HUERTAS CÁRDENAS, J Y RIVAS-RAMÍREZ, D., «Diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y

- el derecho interno. El caso colombiano», *Estudios constitucionales*, vol.16, n.2, 2018, pp.369-402.
- ACOSTA-LÓPEZ, J. y ARÉVALO-NARVÁEZ, C., «Constitucionalización del Sistema Integral de Verdad, Justicia y Reparación en Colombia: algunos comentarios sobre la participación política y la responsabilidad del mando», *El posconflicto colombiano: una perspectiva transversal*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa de España, 2017, pp. 233 – 264.
- ALCHOURRÓN, C. y Bulygin, E., *Normative Systems*, Springer, 1971
- BERNAL PULIDO, C., *El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- *Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional. Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una constitución*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 22, 2018, pp. 59-99.
- *Derechos, Cambio Constitucional y Teoría Jurídica. Escritos de Derecho Constitucional y Teoría del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, 2019.
- BULYGIN E., *Validez y positivismo*, Análisis lógico y Derecho, Alchourrón, C. y Bulygin, E., Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 499-520
- «ON NORMS OF COMPETENCE, Law & Philosophy», vol. 11, 1992, pp. 201–216.
- COLEMAN, J., *The practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2011.
- DE VERGOTTINI, G., *Derecho constitucional comparado*, trad. Claudia Herrera. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994,
- FAJARDO, L., *Implementación del Sistema de Derechos Humanos en Colombia a través del Boque de constitucionalidad*, Biblioteca Jurídica Dike/Universidad Sergio Arboleda, 2010.
- FAVOREU, L., «El bloque de constitucionalidad», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 5, 1990, pp. 45-60.
- FAVOREU, L. y RUBIO LORENTE F., «El bloque de la constitucionalidad», *Symposium Franco-Español de Derecho Constitucional*. Sevilla: Universidad de Sevilla; Civitas, 1991.
- FERRER-BELTRÁN, J., *Las normas de competencia un aspecto de la dinámica jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- FERERES-COMELLA, V., «Una Defensa De La Rigidez Constitucional», *Doxa: Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, 23, 2000, pp. 29-47
- GARCÍA-ATANCE, M., «La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad», *Revista de Derecho Político*, vol. 37, 1992, pp. 373-384.
- GARCÍA JARAMILLO, L., «Desafíos de la interamericanización del Derecho: la contribución del Ius Constitutionale Commune», *Revista de Derecho Político*, núm. 97, 2016, pp. 337-368.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después.» *Estudios de Deusto*, vol. 54, núm. 1, 2006, pp. 61-98

- GÓNGORA MERA, M., «La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano», *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, Bogdandy, A, Fix-Fierro, H. y Morales Antoniazzi (coords), UNAM, 2014, pp. 301-328
- GONZÁLEZ QUINTERO, R., «Procesos Constituyentes y Cortes Constitucionales: una perspectiva comparada», *Dikaion*. 18, 2009, 135-161. Disponible en <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1546/1868>
- GONZÁLEZ RICOY, I., «Participation, Deliberation, and Constitutional Rigidity», *Ratio Juris: An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 27, 2014, pp. 521-527.
- HAKANSSON, C., *Curso de Derecho Constitucional*, Palestra, 2019.
- HART, H. L. A., *The concept of law* (2a. Ed.) Bulloch, P. y Raz, J. (eds.), Clarendon Press. 1994.
- HERNÁNDEZ VALLE, R., «La tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales». *Revista española de derecho constitucional*, Núm. 14, 1994, pp. 225-245.
- MARMOR, A., *Philosophy of Law*, Princeton University Press, 2011.
- MORESO, J., «Disposiciones de reforma constitucional», *Doxa: Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, núm. 10, 1991, pp. 201-222.
- LANCHEROS J. C; MANTILLA, M; Pulido-Ortiz F. E. y Osma I. Suárez, Trámite Legislativo Ordinario y Especial, Kornad Adenauer Stiftung, 2013.
- NARVÁEZ MORA, M., «Expressing Norms. On Norm-Formulations and Other Entities in Legal Theory», *Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, núm. 25, 2015, pp. 43-70.
- NAVARRO, P. y Rodríguez, J., *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge University Press, 2014.
- NINO, C., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, 1992.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H., «El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia», *Estudios Constitucionales*, núm. 2, 2015, pp. 301-350
- ORUNESU, C., *Positivismo jurídico y sistemas constituciones*, Marcial Pons, 2012.
- PÉREZ-ROYO, J., «La reforma de la Constitución», *Revista de Derecho Político*, núm. 22, 1986, pp. 7- 60.
- PITKIN, H., «The Idea of a Constitution», *Journal of Legal Education*, 1987, vol. 37, no. 2, pp. 167-169.
- QUINCHE, M., *Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*, Editorial Ibáñez, 2008
- QUINCHE, M., *El control de Convencionalidad*, Editorial Temis, 2014
- RAMELLI ARTEAGA, A., «El derecho internacional humanitario ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario mexicano de derecho internacional*, 2009, núm. 9, pp. 35-68.

- RAMELLI, A., «Sistema de fuentes del derecho internacional público y bloque de constitucionalidad», *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, vol. 11, núm. 1, 2011, pp. 157-175
- RAZ, J., *The authority of law: Essays on Law and Morality*. Oxford University Press, 1979
- REINA GARCÍA, O., «Las cláusulas de apertura o reenvío hacia fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad», *Revista Derecho Del Estado*, núm. 29, 2012, pp.175-214.
- REQUEJO PAGÉS, J., «Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, 1992, pp. 41-66.
- REQUEJO RODRÍGUEZ, P., *Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad*. Universidad de Oviedo, Servicio de publicaciones, 1997.
- RODRÍGUEZ, J., «Naturaleza y lógica de las proposiciones normativas: contribución en homenaje a G.H. von Wright», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 26, 2003, pp. 87-109
- RODRÍGUEZ, J. «La tensión entre dos concepciones de los sistemas jurídicos», *Análisis Filosófico*, volumen 26, núm. 2, 2006, pp. 242-276.
- RODRÍGUEZ, J y VICENTE, D., «Aplicabilidad y validez de las normas del Derecho internacional», *Doxa: Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, núm., 32, 2009, pp. 177-204
- ALF ROSS, «Sobre la Autorreferencia y el Difícil Problema del Derecho Constitucional». *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. E. Bulygin y E. Garzón, Ediciones Fontamara. 1996.
- RUBIO LORENTE. F., *La forma del poder: estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- SPAAK, T., «Norms that Confer Competence», *Ratio Iris*, vol. 16, núm.1, pp. 2003, 89-104.
- SUELT COOK, V., «El Bloque De Constitucionalidad Como Mecanismo De Interpretación Constitucional. Aproximación a Los Contenidos Del Bloque En Derechos», *Vniversitas*, Vol. 65, No. 133, 2016, pp. 301-382.
- UPRIMNY, R., *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Curso de formación de promotores/as en derechos humanos, libertad sindical y trabajo decente., Universidad Nacional de Colombia, 2005.
- VEGA GARCÍA, P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, 1985.
- VERA SANTOS, J., «La reforma del procedimiento de reforma constitucional en España», *Revista de Derecho Político*, vol. 96, 2016, pp. 13-48.

VON BOGDANDY, A., «Ius Constitutionale Commune En América Latina: Una Mirada a Un Constitucionalismo Transformador», *Revista Derecho Del Estado*, núm. 34, 2015, pp. 3-50.

Title:

Constitution and the Constitutional Body of Law

Summary:

1. INTRODUCTION. 2. ANALYZING THE CONCEPT OF CONSTITUTION. 2.1 the supremacy of constitutional norms. 2.2. Provisions, rules and constitutional body of law. 3. CONSTITUTIONAL BLOCK: VALIDITY AND APPLICABILITY. 3.1. Membership and application of the rules. 3.2 *Stricto sensu* and *lato sensu* of constitutional block 4. CONCLUSIONS.

Resumen

Las constituciones contemporáneas suelen incluir cláusulas de remisión que otorgan relevancia constitucional a normas que no son formuladas por el texto constitucional. Para explicar el funcionamiento de estas cláusulas, la jurisprudencia y la dogmática han desarrollado la doctrina del bloque constitucional. No obstante, esta doctrina emplea el término «bloque constitucional» en dos sentidos distintos. Por un lado, el término se emplea para referirse a las normas que no son formuladas en el texto de la constitución pero que tienen jerarquía constitucional. Por otro lado, se usa para referirse a normas que, aun cuando no tienen jerarquía constitucional, son aplicadas para resolver asuntos constitucionales. El objetivo de este artículo es analizar estos sentidos de bloque constitucional y precisar las relaciones y diferencias conceptuales que existen entre ellos. La conclusión del trabajo es que -en el contexto de una constitución rígida- la integración del bloque constitucional (en el sentido de normas con jerarquía constitucional) depende de que las cláusulas de remisión constituyan (o se refieran a) mecanismos de reforma constitucional. De lo contrario, si las cláusulas de remisión no constituyen (o si no se refieren a) mecanismos de reforma constitucional, entonces el bloque constitucional solo puede constituirse por un conjunto de normas aplicables pero que no son parte de la constitución (i.e que no tienen jerarquía constitucional).

Abstract

Contemporary constitutions often contain remission clauses that grant constitutional relevance to norms that are not formulated by the constitution itself. To explain such clauses, judges and scholars have developed the doctrine of constitutional block. Within that doctrine, however, the term «constitutional block» is used in two different senses: first, to refer to norms that have constitutional hierarchy but are not found within the constitution itself; and second, to refer to norms that do not have constitutional hierarchy but are nevertheless used to resolve constitutional matters. The objective of this paper is to analyze these two senses of the term, highlighting their differences and specifying their relationship to one another. The paper concludes that, in the context of a rigid constitution, the existence of the first sense of constitutional block (i.e., norms with constitutional hierarchy) depends on the remission clauses referring to (or constituting) constitutional mechanisms of amendment. Otherwise, if the referral clauses do not constitute (or do not refer to) constitutional amendment mechanisms, then the constitutional block can only be integrated by a set of applicable norms that are not part of the constitution

Palabras clave:

derecho constitucional, teoría del derecho, reformas constitucionales, bloque constitucional.

Keywords:

constitutional law, legal theory, constitutional amendment, constitutional block.