



**A SOBERANIA COMO AUTONOMIA CONSTITUCIONAL NO SÉCULO XXI.  
ANÁLISE DO IMPACTO DA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA NA  
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.**

*SOVEREIGNTY AS CONSTITUTIONAL AUTONOMY IN 21ST CENTURY. ANALYSIS  
OF THE IMPACT OF THE COLOMBIAN CONSTITUTIONAL COURT IN THE  
SETTELMENT OF HUMAN RIGHTS*

---

**Diana Carolina Valencia Tello**

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professora Principal de Direito Público na Faculdade de Jurisprudencia da Universidad del Rosario na Colombia.

**Resumo**

No século XXI, a existência de diversas ordens jurídicas válidas requerem a constante construção de pontes de comunicação entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna dos Estados, para permitir maior efetividade do Direito nos diversos territórios. Na atualidade, os Estados não podem ter soberania absoluta porque com a globalização é fundamental respeitar a ordem jurídica internacional, procurando coerência e harmonia entre diversas ordens jurídicas válidas. Isso só é possível quando compreendemos a soberania dos Estados como autonomia constitucional, proveniente de Constituições que permitam o diálogo entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna dos Estados. Um bom exemplo sobre interpretação harmônica entre diferentes ordens jurídicas pode ser encontrado na jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana; razão pela qual aqui se analisará o impacto da Corte na concretização dos direitos humanos, especialmente do direito à saúde.

**Palavras-Chave:** Globalização, Soberania, Constituição, Corte Constitucional, Direitos Humanos.

**Abstract**

In the 21<sup>st</sup> Century the existence of diverse legal systems requires the construction of bridges between the international legal system and the national legal systems. Nowadays States cannot have absolute sovereignty because there is a need of respect the international legal order, looking for coherence and harmony between the diverse legal

systems. Through the study of different concepts of sovereignty, we are going to analyse the concept of constitutional autonomy and we are going to use the example of the Colombian Constitutional Court for promote integration of the international legal system with the internal legal system.

**Key-words:** Sovereignty, Constitutional Autonomy, Constitutional Court, Supreme Court of Justice, Legal Order.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nas últimas décadas o processo de globalização e o surgimento de novas tecnologias permitiram conectar diversos territórios com interesses comuns em tempo real, facilitando o aumento das interdependências e da comunicação entre diferentes atores ao redor do planeta. As novas formas de interação no século XXI também permitiram a explosão de inúmeros paradoxos entre interesses locais e interesses globais e entre grupos sociais com demandas legítimas e às vezes contraditórias, as quais geram profundas crises e confrontos nas sociedades e nos Estados.

Na era da globalização, é preciso reformular e repensar as velhas estruturas de poder nacionais e locais para dar respostas efetivas às diferentes problemáticas que se apresentam, o que requer melhorar a comunicação entre diversos atores e níveis de governo, visando ao consenso, à coordenação e cooperação entre todos os atores interessados em objetivos comuns.

No mundo do direito, a existência de diversas ordens jurídicas válidas na globalização exigem a contínua construção de pontes de comunicação entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna dos Estados, para permitir maior efetividade do Direito nos diversos territórios. Ademais um espaço global dinamizado pelas novas tecnologias e a possibilidade de atores econômicos e sociais poderem transpor as fronteiras dos Estados-nação impõem que o Estado melhore suas capacidades de colaboração e coordenação com outros Estados e outros atores sociais e econômicos relevantes para atingir os objetivos públicos.

Diante disso, os Estados não podem ter soberania absoluta porque com a globalização é fundamental respeitar a ordem jurídica internacional, procurando coerência e harmonia entre diversas ordens jurídicas válidas. Isso só é possível quando compreendemos a soberania dos Estados como autonomia constitucional; autonomia esta proveniente de Constituições que permitam o diálogo entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna dos Estados.

Um tema central que unifica as diversas ordens jurídicas no mundo é a

Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em Paris em 1948 pela Assembleia Geral de Nações Unidas, junto com os posteriores Pactos Internacionais de Direitos Humanos e os Protocolos que constituem a Carta Internacional de Direitos Humanos. Ainda assim, em cada país e cultura, os direitos humanos são interpretados e aplicados de formas diversas dependendo de inúmeras variáveis, o que leva em alguns casos à inaplicabilidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Na atualidade, a maioria das Constituições dos Estados inclui os principais enunciados dos Direitos Humanos nos ordenamentos jurídicos, mas para permitir a efetividade desses direitos, consideramos que é fundamental a existência de Cortes Constitucionais competentes para analisar, discutir e avaliar a forma como são concretizados os direitos humanos na prática, mediante a interpretação harmônica entre normas válidas. Isso, com a finalidade de estabelecer regras claras e linguagem comum entre os diversos atores responsáveis pela concretização dos direitos nas sociedades, tendo presentes as particularidades próprias de cada cultura e instituição.

Com isso, as Cortes Constitucionais constituem verdadeiras pontes de comunicação entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica nacional, permitindo a existência de sistemas jurídicos coerentes e harmônicos. Um bom exemplo sobre interpretação harmônica entre diferentes ordens jurídicas pode encontrar-se na jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana; razão pela qual aqui se analisará o impacto da Corte na concretização dos direitos humanos, especialmente no direito à saúde.

Para analisar o conceito de soberania como autonomia constitucional, inicialmente vamos ressaltar algumas características do conceito de soberania como poder absoluto, para depois avaliar o conceito de soberania nos Estados de Direito Constitucionais e na ordem internacional. Posteriormente, estudaremos o impacto da Corte Constitucional Colombiana na harmonização e sistematização de ordens jurídicas válidas, para finalmente analisar a forma como a Corte tem interpretado o conteúdo do direito à saúde utilizando normas e conceitos da ordem jurídica internacional e da ordem jurídica nacional.

## **2. A SOBERANIA COMO PODER ABSOLUTO DO ESTADO**

O conceito de soberania está profundamente relacionado até nossos dias à autonomia, independência e autossuficiência que deve ter o Estado para organizar a política e a vida em comunidade num território. Na filosofia política clássica de Bodin

(2006) e Hobbes (2011), a soberania é entendida como autossuficiência absoluta do Estado diante de outros atores existentes nas sociedades. Toda liberdade é possível como concessão do Estado aos súbditos, subordinados em todo momento a seu poder.

A ideia de que só o Estado exerce funções públicas foi fundamental na construção do Estado moderno, pois o Estado se posicionava como o único ator legítimo para deter os máximos poderes sobre o público e, com isso, conseguia subordinar os demais atores ao seu poder supremo.

A soberania como poder absoluto do Estado sobre os súbditos e o território teve sua máxima expressão no Estado liberal da Europa continental. Segundo Fioravanti (2007, p.66-108), na Europa continental do século XIX, a soberania do Estado não pode estar limitada pela Constituição ou as declarações dos direitos dos indivíduos, pois o poder soberano do Estado não pode ser questionado em nenhum momento pelos súbditos. Dessa forma, os discursos sobre os direitos e as liberdades se baseiam mais sobre o Estado e seu direito do que sobre a constituição ou os direitos fundamentais, levando a que a limitação do Estado pelo direito se confunda com o a lei criada pelo Parlamento.

Para Costa (2008), a dominante visão da soberania do Estado liberal dificulta a elaboração de uma teoria jurídica capaz de combinar a celebração da lei com a defesa dos direitos individuais, e isso faz com que a defesa dos direitos seja antes conduzida pelo terreno da política do que pelo terreno do direito.

A soberania permitiu designar um poder ilimitado e ilimitável que era absoluto, já que ninguém poderia limitá-lo, mesmo o próprio Estado. Por isso, a autolimitação é, segundo a teoria do direito natural, inseparável do caráter de soberania. Se existem limitações para o Estado, estas serão morais, mas jamais de natureza jurídica.

Jellinek (200, p.438), ao avaliar a evolução histórica do conceito de soberania, considera que este conceito não pode ser definido como uma categoria absoluta, mas sim, histórica, capaz de ter diferentes conteúdos dependendo do contexto histórico. Portanto, a soberania como conceito jurídico obriga a que o Estado encontre limitação jurídica na existência de uma determinada ordem que deve ser respeitada também por ele.

Jellinek (200, p.438) define a soberania como o poder de um Estado, em virtude do qual corresponde exclusivamente a este a capacidade de determinar-se juridicamente e de obrigar-se a si mesmo. O sentido negativo de soberania aparece

com a impossibilidade de limitar juridicamente a própria vontade do Estado mediante um poder estranho, seja ou não este poder de um Estado. O sentido positivo da soberania consiste na capacidade exclusiva que tem o Estado de estabelecer, em virtude de sua vontade soberana, o conteúdo de seu ordenamento jurídico. Assim, ao afirmar que o poder soberano não tem limites, quer-se dizer, unicamente, que nenhum outro poder diferente do Estado pode impedir juridicamente ou modificar sua própria ordem jurídica.

Nesses termos, essa definição de soberania é puramente formal, já que não diz nada sobre o conteúdo que deve ter o ordenamento jurídico, tampouco especifica que tipo de limitações deve ter o Estado para ser considerado legítimo.

### **3 A SOBERANIA NO ESTADO DE DIREITO CONSTITUCIONAL E A ORDEM INTERNACIONAL**

Para Kelsen (2008, p.133-136), o Estado é soberano no momento em que são dadas como certas normas jurídico-positivas que não são suscetíveis de ulterior fundamentação. Que o Estado seja soberano significa que exclui, desde o início, a possibilidade de questionar-se sobre a validade da ordem jurídica estatal, constituída pela norma fundamental. O Estado é uma ordem suprema que não tem sobre si nenhuma ordem superior, pois a validade da ordem jurídica estatal não deriva de nenhuma norma supraestatal.

A soberania é a expressão da unidade do Estado, mediante a exclusiva validade da ordem jurídica, que deve ser única para evitar contradições. Portanto, a ordem jurídica é autônoma e independente, não derivada nem suscetível de ser referida por nenhum sistema ulterior. A soberania é a expressão da unidade do sistema do direito e a pureza do conhecimento jurídico (Kelsen, 2008, p.137).

Contudo, a contradição fundamental emerge quando analisamos a posição do Estado perante outros Estados. Isso porque a existência de outros Estados prova que o mundo do Direito não termina nos limites da ordem jurídica estatal (Kelsen, 2008, p.137).

Para Kelsen (2008, p.138), os Estados são soberanos porque são coordenados por uma ordem superior (o Direito internacional) que determina suas

relações recíprocas e estabelece o lugar que cada Estado deve ocupar dentro do sistema na ordem internacional.

Assim, a existência de uma ordem jurídica comum para todos os Estados evidencia que a soberania não é outra coisa que o Direito objetivo internacional, que inclui a ordem jurídica interna de cada Estado, já que desse modo são protegidos os interesses dos Estados ou, mais concretamente, os interesses dos homens que constituem cada Estado. A soberania cujo conceito expressa a unidade do sistema normativo converte-se em símbolo do sistema e deixa de ser uma propriedade dos Estados (Kelsen, 2008, p.144).

A teoria do reconhecimento entre os Estados ajuda a fortalecer a unidade do sistema do Direito internacional. Para Kelsen, o Estado foi soberano no início da evolução histórica, como Estado autocrático ou Monarquia absoluta, mas à medida que a democracia deslocou a autocracia, o Direito se tem colocado pouco a pouco acima do Estado, até que no Estado moderno *a soberania é do Direito e não do Estado* (Kelsen, 2008, p.158).

Porém, nem todos concordam em transferir a soberania do Estado ao Direito. Um dos argumentos mais fortes a favor da afirmação da soberania do Estado é o fato de que a ordem jurídica internacional carece de órgãos próprios encarregados de realizar uma função técnica diferenciada. Outro argumento é que, no caso da legislação, o Estado é soberano porque não está submetido a um legislador estranho, mas sim ele mesmo é seu próprio legislador (tanto na ordem interna como externa). Igualmente, o Estado não está submetido a nenhum órgão executivo alheio (Kelsen, 2008, p.145).

Os que contra-argumentam essa posição afirmam que o Estado tem essa aparente independência e autonomia porque o Direito internacional o permite e protege a todos os Estados de intervenções ilegítimas.

A falta de órgãos do Direito internacional para a realização de funções especializadas não significa de forma alguma que careça deles, mas sim que a ordem jurídica internacional se suporta nos órgãos e funcionários que pertencem aos diversos Estados, respeitando em todo momento as diferentes ordens jurídicas vigentes em cada território.

Portanto, o Estado é soberano no sentido formal da palavra, já que a existência de uma ordem internacional superior aos Estados implica que estes devem garantir em seus territórios o respeito não só da ordem jurídica interna, mas também o respeito da

ordem jurídica internacional. Isso significa que o conteúdo da Constituição e da ordem jurídica interna está condicionado pelos pressupostos da ordem jurídica internacional, para que o Estado seja reconhecido como legítimo na comunidade internacional.

A suposição de que as normas do Direito internacional constituem uma ordem jurídica totalitária superior aos Estados, que coordena a todos e que delimita os respectivos âmbitos de validade (ainda que também inclua todas as ordens estatais como ordens jurídicas válidas), implica que nenhum Estado é soberano *per se*, pois todos estão submetidos na mesma medida à ordem da comunidade jurídica internacional, na qual reside toda a soberania (Kelsen, 2008, p.162).

Assim, o Direito internacional legitima a ordem jurídica dos Estados quando reconhece a existência dos Estados e, portanto, reconhece a existência de uma ordem jurídica parcial válida do sistema universal do Direito. O fato de a soberania estar concentrada no Direito internacional só é possível quando a soberania dos Estados é entendida como autonomia constitucional para determinar uma ordem jurídica válida, em harmonia com os parâmetros do Direito internacional.

#### **4. A SOBERANIA COMO AUTONOMIA CONSTITUCIONAL**

Os diferentes significados que a soberania assumiu ao longo da história demonstram como as teorias sobre o Estado procuraram conceder um valor absoluto a este conceito, com a finalidade de centralizar todo o poder no Estado, deslegitimando, assim, qualquer outra comunidade que tivesse pretensões de poder sobre a sociedade.

Ainda que Jellinek e Kelsen tivessem tentado delimitar objetivamente o conceito de soberania, conforme os efeitos jurídicos que este conceito pode ter no ordenamento jurídico estatal e internacional, também se evidencia, na atualidade, que a soberania continua sendo utilizada com propósitos políticos, especialmente quando os governantes chamam a fortalecer e centralizar o poder efetivo do Estado ante outros Estados ou comunidades políticas, sem levar em conta que na era global o fortalecimento da soberania de um Estado implica obrigatoriamente o desvanecimento da soberania de outro Estado.

Muitos autores afirmam que essas mudanças indicam o final da soberania (Scholte, 2000, p.138 *Apud* SØRENSEN, 2010, p.129-135), também o crepúsculo da soberania (Wriston, 1992, *Apud* SØRENSEN, 2010, p.129-135); mas a ideia do “final da soberania” faz parte de um erro conceitual que identifica a soberania com a

capacidade de o Estado impor o poder absoluto, conforme as definições dadas por Bodin e Hobbes, nos Estados monárquicos absolutistas europeus; conceito que, como vimos, já foi superado pela doutrina do Estado de Direito Constitucional.

A ideia de impor o poder absoluto aparece especialmente em momentos de crise quando os governantes tentam impor a ordem jurídica do Estado sobre a ordem jurídica de outros Estados ou da ordem internacional. Aqui consideramos importante diferenciar entre as ações legítimas e ilegítimas dos Estados, pois toda ação estatal para ser legítima deve estar de acordo com o Direito internacional e o Direito interno dos Estados, em razão de que a soberania na atualidade se concentra no Direito e, em decorrência, todos os Estados estão obrigados a respeitar o Direito vigente.

Para outros autores, a soberania chega a seu fim porque, na era da globalização, a soberania e o universalismo são simplesmente incompatíveis, como são também incompatíveis a globalização e o Estado-nação (Domingo, 2009, p.115). Em nosso entendimento, a diversidade de Estados e culturas existentes na atualidade impede que exista verdadeiramente uma ordem universal, que não leve em conta a existência das particularidades próprias em cada cultura e em cada Estado.

Portanto, os Estados são atores fundamentais para a obtenção de equilíbrios e pontos de convergência na era da globalização, já que a ordem jurídica internacional se constrói mediante a participação de todos os Estados, a princípio, em igualdade de condições.

Quando a comunidade internacional obtém acordos, os Estados devem incluir esses acordos nos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais, para o efetivo cumprimento desses mandatos. Em decorrência, os Estados são atores importantes dentro do processo de globalização, pois representam a cultura e as tradições de grupos específicos, que não podem ser igualados tão facilmente a outras culturas, isto é, com outros Estados, pela globalização.

Assim, a soberania do Estado como *autonomia constitucional* diante de outros Estados continua sendo certa, pois este é o princípio dominante da organização política no sistema internacional. Nesse sentido, a soberania continua sendo um elemento estável que dá continuidade aos ordenamentos jurídicos internos, conforme as regras estabelecidas na Constituição e no Direito internacional.

A Constituição como norma de normas deve permitir o desenvolvimento dinâmico da ordem jurídica interna e da ordem jurídica internacional; o que só é possível mediante a existência de Cortes Constitucionais que interpretem de forma

harmônica o ordenamento jurídico interno e o ordenamento jurídico internacional, procurando a unidade, coordenação e coerência entre ordens jurídicas válidas. Na sequência analisaremos o trabalho realizado pela Corte Constitucional Colombiana na interpretação e concretização dos direitos humanos.

## 5. O IMPACTO DA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA NA HARMONIZAÇÃO E SISTEMATIZAÇÃO DE ORDENS JURÍDICAS VÁLIDAS

Na antiga Constituição Colombiana de 1886, a Corte Suprema de Justiça era a competente para exercer o controle de constitucionalidade. Essa Constituição não estabeleceu uma norma inequívoca para introduzir o direito internacional no ordenamento jurídico interno, por isso a Corte Suprema de Justiça negou-se a exercer controle de constitucionalidade das leis diante dos tratados de direito internacional. Em Sentença de 23 de março de 1973, a Corte Suprema de Justiça sentenciou:

[...] en ejercicio de la jurisdicción constitucional sólo le es dado confrontar a la Corte la ley con los textos de la Carta, cuya integridad se le ha confiado. Por tanto, no procede el examen del cargo de violación del artículo 1 de la citada Ley 74 de 1968 (Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). (Colombia. Sentencia del 23 de marzo de 1973. M.P. Dr. Eustorgio Sarriá. Gaceta Judicial N° 2390-2391. Citada en Sentencia de Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 1992.)

A Constituição de 1991 trouxe grandes mudanças no ordenamento jurídico colombiano, um dos mais importantes foi a criação da Corte Constitucional como máximo e autêntico intérprete da Carta, e garantidor da supremacia da Constituição. Em relação à introdução do direito internacional no ordenamento interno, a Constituição de 1991 estabeleceu de forma expressa no artigo 93 que os tratados e convênios internacionais ratificados pelo Congresso, que reconheçam os direitos humanos, prevalecem na ordem interna e, portanto, os direitos e deveres consagrados na Carta devem ser interpretados em conformidade aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela Colômbia.

Assim, desde 1992 a Corte Constitucional tem se pronunciado sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pela Colômbia, como na sentença C-574 de 1992, em que expressou que as regras de direito internacional humanitário são obrigatórias *per se* sem necessidade de ratificação prévia ou norma regulamentar.

Na sentença T-409 de 1992 a Corte analisou a tensão existente entre o dever de prestar o serviço militar e o direito à liberdade de consciência à luz do critério de

obediência devida. Nessa sentença, a Corte considerou que em desenvolvimento do artigo 93 da Carta, a obediência devida não poderia ser interpretada como uma obrigação cega do cumprimento de ordens superiores, mas sim que toda submissão à hierarquia militar deveria estar submetida ao conceito de uma ordem justa. Nas palavras da Corte, o conceito da ordem justa justifica-se porque:

Así, en virtud del criterio que se deja expuesto, bien podría negarse un subalterno a obedecer la orden impartida por su superior si ella consiste en infligir torturas a un prisionero o en ocasionar la muerte fuera de combate, pues semejantes conductas, por su sola enunciación y sin requerirse especiales niveles de conocimientos jurídicos, lesionan de manera abierta los derechos humanos y chocan de bulto con la Constitución.

No podría interpretarse de otra manera el concepto de **orden justo**, perseguido por la Carta Política, según su preámbulo, ni entenderse de modo diverso el artículo 93 constitucional, a cuyo tenor "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.

Según el Convenio de Ginebra I, del 12 de agosto de 1949, aprobado por la Ley 5a. de 1960 (Diario Oficial No. 30318), que las Altas Partes Contratantes se comprometieron a respetar y a hacer respetar "en todas las circunstancias", existen infracciones **graves**, contra las cuales los estados han de tomar oportunas medidas. Entre ellas se enuncian, a título de ejemplo, "el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atacar gravemente contra la integridad física o la salud, la destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente" (artículo 50).

Obligado en esos términos el Estado colombiano, mediante un convenio internacional que, por otra parte, es hoy fuente interpretativa sobre el alcance de los derechos y deberes de rango constitucional (artículo 93 Constitución Política), mal podría prohibirse actualmente una concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense.

Posteriormente, a Corte sistematizou o conceito de "*bloque de constitucionalidad*" como mecanismo de integração e harmonização entre a Constituição e os tratados de direitos humanos. Mediante a Sentença C-225 de 1995, a Corte revisou o Protocolo adicional de convênios de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativa à proteção de vítimas de conflitos armados sem caráter internacional (Protocolo II), assim como a Lei 171 do 16 de dezembro de 1994, por meio da qual se aprova este protocolo. A Corte define o conceito de bloqueio constitucional assim:

[El bloque de constitucionalidad es aquella unidad jurídica compuesta] por...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 *strictu sensu*. [...] en tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se le puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario (arts 93 y 214 num. 2º CP) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un 'bloque de constitucionalidad' cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (art. 4º CP), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (art.93 CP).

Na sentença C-191 de 1998, a Corte desenvolve de forma mais aprofundada o conceito de bloqueio constitucional, afirmando que este conceito pode ter dois sentidos, um amplo e outro restrito. A esse respeito, a Corte afirma:

“ (...) resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad *strictu 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 (C.P., artículo 93)... Más recientemente, la Corte ha adoptado una 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.”

Em uma sentença mais recente (C-240 de 2009), a Corte define de forma simples o bloqueio de constitucional assim:

Tales preceptos internacionales complementan la parte dogmática de la Constitución, conformando el llamado bloque de constitucionalidad, que está constituido por aquellas normas y principios que sin aparecer expresamente en el articulado de la Constitución, han sido integrados a ella por diversas vías incluyendo el reenvío que la misma Carta realiza a través del artículo 93 superior.

Para Santofimio (2011, p.66), na Colômbia existe uma ordem jurídico-política aberta, complexa e em constante evolução. O sistema é aberto porque seu conteúdo não se limita ao consagrado na Constituição, mas também está integrado por disposições normativas de tratados e convênios internacionais sobre direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado Colombiano. O sistema também é complexo porque a integração normativa das normas internacionais dentro do ordenamento jurídico interno pode resultar, eventualmente, em antinomias que deverão resolver-se

mediante o princípio hermenêutico *pro homine*, que assinala que prevalece sempre a interpretação mais favorável à pessoa. Finalmente o sistema também está em constante evolução porque sua integração e conformação normativa variam de acordo com os novos tratados e convênios internacionais que o Estado ratifique e, o mais importante, de acordo com as interpretações evolutivas que realizam os juízes, comitês e órgãos internacionais de direitos humanos a respeito das quais a Colômbia tenha aceitado ou reconhecido sua competência contenciosa ou consultiva.

Aqui é importante ressaltar que a Corte Constitucional considera que os tratados internacionais não constituem um corpo normativo superior à Constituição, ao contrário, estes devem ser interpretados harmonicamente com a Constituição. A Sentença C-028 de 2006 afirma:

Esta Corporación estima que la pertenencia de una determinada norma internacional al llamado bloque de constitucionalidad, de manera alguna puede ser interpretada en términos de que esta última prevalezca sobre el Texto Fundamental; por el contrario, dicha inclusión conlleva necesariamente a adelantar interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diversos origen. Así las cosas, la técnica del bloque de constitucionalidad parte de concebir la Constitución como un texto abierto, caracterizado por la presencia de diversas cláusulas mediante las cuales operan reenvíos que permiten ampliar el espectro de normas jurídicas que deben ser respetadas por el legislador.

Assim, o conceito de bloqueio constitucional é um mecanismo que ajuda a incorporar novas fontes de direito na ordem jurídica interna, com a finalidade de harmonizar e sistematizar as diversas normas aplicáveis a um caso concreto. E mais, permite melhorar a coerência entre ordens jurídicas válidas e evitar na medida do possível as contradições que possam surgir nos ordenamentos.

No nosso conceito, é fundamental a existência de Cortes Constitucionais competentes para analisar, discutir e avaliar a forma como são concretizados os direitos humanos nos ordenamentos jurídicos, porque a supremacia da Constituição só é possível quando existem Cortes que outorgam sentido e alcance aos direitos diante de atores públicos e privados, procurando a concretização dos direitos na prática, mediante o estabelecimento de regras e linguagem comum entre os diversos atores responsáveis. Para estudar a importância da discussão sobre a forma como são concretizados os direitos, na sequência analisaremos as interpretações dadas pela Corte Constitucional Colombiana sobre o significado do direito à saúde.

## 6. A CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA E O DIREITO A SAÚDE

Para a Corte Constitucional (Sentencia T-760 de 2008) o direito a saúde é um direito fundamental e ela o tem protegido por três vias. A primeira, estabelecendo sua conexidade com o direito à vida, o direito à integridade pessoal e o direito à dignidade humana, identificando alguns aspectos do núcleo essencial do direito à saúde. A segunda via diz respeito ao reconhecimento de sua natureza fundamental em situações em que o demandante é um sujeito especial de proteção, como é o caso das crianças e dos anciãos; e a terceira via é afirmando em geral que o direito à saúde é um direito básico, conforme estabelece a Constituição, o “*bloque de constitucionalidad*”, a lei, e os planos obrigatórios de saúde, visando à proteção de uma vida digna.

Seguindo a Organização Mundial da Saúde (OMS), a jurisprudência constitucional assinala que a saúde é “um estado completo de bem-estar físico, mental e social” dentro do nível possível de saúde para uma pessoa. No que tange à sua constitucionalidade, o direito à saúde compreende o direito ao nível mais alto de saúde possível dentro de cada Estado, o qual se conquista de forma progressiva. (Sentencia T-760 de 2008)

Para a Corte, o direito fundamental à saúde não está delimitado pelo plano obrigatório de saúde, mas sim pela dogmática constitucional, já que pode existir um serviço de saúde não incluído no plano de saúde, do qual a pessoa não possa prescindir por comprometer de forma grave sua vida, dignidade ou integridade pessoal. (Sentencia T-760 de 2008) A esse respeito, a Sentença T-223 de 2003 assinala:

En sentencia T-801 de 1998, la Corte indicó que “es la realidad de cada caso concreto, las circunstancias únicas y particulares que lo caracterizan, las que permiten definir si se encuentra verdaderamente vulnerado un derecho fundamental, si ello afecta la dignidad de la parte actora y si esta última está en situación de indefensión frente al presunto agresor”. De esta sentencia surge un elemento que resulta decisivo para sistematizar el concepto de derecho fundamental: dignidad humana.

Para a Corte, o direito à saúde é um direito que protege múltiplos aspectos da vida humana, desde diferentes perspectivas, razão pela qual é um direito complexo, tanto na sua concepção como pela diversidade de obrigações que dele derivam e pela variedade de ações e omissões que seu cumprimento demanda do Estado. (Sentencia T-760 de 2008)

Tendo presente que todo direito tem múltiplas facetas, a jurisprudência constitucional considera que a condição positiva ou negativa de um direito não resulta

da categoria do direito, como tradicionalmente se afirma,<sup>1</sup> mas da faceta do direito. Assim, algumas obrigações que derivam do direito fundamental e têm caráter de prestação, são de cumprimento imediato, seja porque se trata de uma ação simples do Estado que não requer maiores recursos (como a obrigação de fornecer informação), seja porque a gravidade e urgência do assunto demandam uma ação estatal imediata. Porém, existem outras obrigações derivadas de um direito fundamental que são de cumprimento progressivo, devido à complexidade das ações e dos recursos que são necessários para garantir o direito.

Para precisar melhor o tipo de obrigações derivadas no direito à saúde, na Sentença T-760/08 a Corte analisa as observações do Comitê de Direitos, Sociais e Culturais (CDSC 1989),<sup>2</sup> especialmente as observações sobre o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC, 1966), que reconhece que os Estados têm três tipos de obrigações derivadas dos direitos reconhecidos, as quais são: obrigações de respeitar, obrigações de proteger e obrigações de garantir.

A Observação Geral n.º 14 de 2000<sup>3</sup> estabelece que: “a saúde é um direito humano fundamental e indispensável para o exercício dos demais direitos humanos.” E adverte que “todo ser humano tem direito de desfrutar do mais alto nível possível de saúde que lhe permita viver dignamente”, ressaltando que se trata de um direito amplamente reconhecido por tratados e declarações internacionais e regionais sobre direitos humanos.

Para o PIDESC, o nível mais alto possível de saúde implica tanto as condições biológicas e socioeconômicas essenciais da pessoa como os recursos com que conta o Estado, razão pela qual o Estado não está obrigado a garantir a toda pessoa a “boa saúde”, mas sim, garantir uma série de facilidades, bens e serviços que assegurem o mais alto nível possível de saúde.<sup>4</sup> Assim, o direito à saúde está composto por

---

<sup>1</sup> Según la Corte, “[l]a creencia de que los derechos de libertad no suponen gasto y que en cambio los derechos sociales, económicos y culturales sí, ha llevado a salvaguardar decididamente la protección inmediata de los primeros, mientras que la de los segundos no” Corte Constitucional. Sentencia T-595 de 2002. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>2</sup> “El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados Partes. El Comité se estableció en virtud de la resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) para desempeñar las funciones de supervisión asignadas a este Consejo en la parte IV del Pacto.” Página institucional del Comité (CESCR) en la red internet; ver: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/index.htm>

<sup>3</sup> A Observação Geral n.º 14 de 2000, realizada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, desenvolveu o alcance e significado mais amplo do direito ao desfrute do mais alto nível possível de saúde.

<sup>4</sup> *Observación General N° 14 (2000) ‘El derecho del más alto nivel posible de salud’ (9)*. “(...) *un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser*

liberdades e direitos que devem ser analisados em cada caso particular.

O CDESC considera que o direito à saúde tem quatro elementos essenciais inter-relacionados, cuja aplicação depende das condições de cada Estado, as quais são: disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade. A *disponibilidade* refere-se a dispor de um número suficiente de estabelecimentos, bens e serviços públicos de saúde, centros de atendimento e programas. Esses estabelecimentos, bens e serviços de saúde devem ser *acessíveis* a todos, sem discriminação nenhuma, considerando quatro aspectos: primeiro, não deve existir discriminação para os setores mais vulneráveis e marginalizados da população; segundo, deve existir acessibilidade física, ou seja, devem existir estabelecimentos, bens e serviços de saúde ao alcance geográfico de todos os setores da população; terceiro, acessibilidade econômica, já que a saúde deve estar ao alcance de todos e, finalmente, acesso à informação, que trata do direito de solicitar, receber, difundir informação e ideias sobre questões relacionadas à saúde.

Para a Corte, é inadmissível a existência de discriminações no serviço de saúde, já que o direito à saúde deve ser garantido a todos os seres humanos, igualmente dignos. Em sentença C-811 de 2007 a Corte considerou que a exclusão ao regime de saúde do parceiro homossexual era uma vulneração à dignidade humana, pois a exclusão estava fundada essencialmente na sua opção sexual.<sup>5</sup>

Por sua vez, *aceitabilidade* diz respeito a que os estabelecimentos, bens e serviços de saúde devem respeitar a ética médica e cultural apropriadas, ou seja, respeitar a cultura das pessoas, minorias, povos e comunidades, tendo em vista que também os estabelecimentos, bens e serviços de saúde devem ser de boa *qualidade*, do ponto de vista científico e médico.

Assim, a jurisprudência constitucional tem reconhecido que a noção de saúde não é unívoca nem absoluta, considerando que a Constituição reconhece a existência de um Estado multicultural. Em Sentença T-379 de 2003 a Corte reconheceu o direito das comunidades indígenas a escolher de forma livre e independente a instituição que administrará os recursos do regime subsidiado de saúde, do qual são destinatários, com a finalidade de conservar sua integridade e unidade sociocultural.

---

*humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afición y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona [...].”*

<sup>5</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-811 de 2007. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra; SV Jaime Araujo Rentería, Nilson Pinilla Pinilla; AV Catalina Botero Marino.

O PIDESC indica que para garantir o direito à saúde os Estados devem adotar medidas deliberativas e concretas, reiterando que a *realização progressiva do direito à saúde ao longo de um determinado período implica uma obrigação concreta e constante de avançar mais expedita e eficazmente ao objetivo de plena realização do direito à saúde.*

A Observação Geral n.º 14 de 2000 ressalta especialmente a obrigação de não adotar medidas “deliberadamente regressivas” quanto à realização do direito à saúde, salvo se se demonstrar que o Estado optou por elas depois de um exame exaustivo de todas as alternativas possíveis e que as medidas estão devidamente justificadas. Adicionalmente este documento também define e descreve os acordos que existem com relação às obrigações de respeitar, proteger e garantir o direito à saúde por parte do Estado, esclarecendo que existem acordos sobre as obrigações de respeitar e proteger, mas não sobre as obrigações de garantir, que são de difícil delimitação.

Para a Corte, a classificação das obrigações derivadas do direito à saúde permite caracterizar as violações a um direito e distinguir com maior clareza as implicações jurídicas em cada caso.

Assim, o juiz constitucional deve ter como parâmetro o debate democrático e as normas legais para avançar no cumprimento de obrigações de caráter progressivo de um direito fundamental, tendo em vista que todo direito tem facetas positivas e negativas, ou seja, obrigações de fazer e obrigações de não fazer, que devem ser analisadas em cada caso.

Finalmente a Corte ressalta que para conquistar o pleno exercício do direito à saúde, é necessário adotar uma estratégia nacional, baseada nos princípios dos direitos humanos e que, adicionalmente, leve em conta os recursos disponíveis, visando à formulação de políticas públicas que estabeleçam indicadores e bases de referência para que seja possível a análise por períodos do direito à saúde.

Para a Corte, a formulação da política pública deve considerar a participação das pessoas afetadas pela decisão. Assim, o Estado deve garantir a participação das pessoas (i) na fixação de prioridades, (ii) na adoção de decisões, (iii) na planificação, (iv) na aplicação e (v) na execução de estratégias destinadas a melhorar a saúde.

Até o momento, a Corte não tem definido concretamente o alcance e o conteúdo do direito fundamental à saúde, já que cada caso deve ser avaliado de forma específica; mas esclarece que reconhecer um direito como fundamental não implica que todos os aspectos do direito sejam exigíveis, pois nenhum direito é absoluto.

Portanto, os direitos também devem ser limitados conforme critérios de razoabilidade e proporcionalidade. (Sentencia T-760 de 2008)

Para a Corte, quando o juiz constitucional constata a violação de uma faceta de um direito fundamental deve protegê-lo, adotando ordens dirigidas a garantir sua efetividade; mas, ao mesmo tempo, as decisões devem respeitar o processo público de debate, decisão e execução de políticas, próprio de uma democracia. Portanto, não é dever do juiz indicar à autoridade responsável, especificamente, quais são as medidas adequadas e necessárias para garantir a efetividade do direito, mas, deve providenciar as decisões e ordens que assegurem que as medidas sejam adotadas, promovendo a participação cidadã.<sup>6</sup>

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de soberania do Estado como *autonomia constitucional* procura ressaltar a importância de criar pontes de comunicação efetivos entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica nacional, mediante a interpretação harmônica de normas válidas por parte de organismos competentes para concretizar e aplicar o Direito em casos concretos.

Para que isso seja possível, a Constituição como norma de normas deve permitir o desenvolvimento dinâmico da ordem jurídica interna e da ordem jurídica internacional; o que é possível mediante a existência de Cortes Constitucionais que interpretem de forma harmônica o ordenamento jurídico interno e o ordenamento jurídico internacional, procurando a unidade, coordenação e coerência entre ordens jurídicas válidas. Isso permite estabelecer regras e linguagem comum entre os diversos atores responsáveis pela concretização dos direitos na prática.

Em nosso ponto de vista, o trabalho realizado pela Corte Constitucional Colombiana representa um bom exemplo de como uma Corte pode ajudar a melhorar a comunicação e a coordenação entre a sociedade, o Estado e os diferentes atores globais e locais, por duas razões: a Corte realiza interpretações sobre a aplicação de direitos fundamentais com base no ordenamento jurídico internacional, na Constituição

---

<sup>6</sup> “Así por ejemplo, en la sentencia T-595 de 2002, la Corte resolvió ordenar a la entidad acusada que en el término máximo de dos años, diseñara un plan orientado a garantizar el *acceso* del accionante al Sistema de transporte público básico de Bogotá, sin tener que soportar limitaciones que supongan cargas excesivas, y que una vez diseñado el plan, iniciara inmediatamente el proceso de ejecución, de conformidad con el cronograma incluido en él. Se impartieron pues las órdenes necesarias para que el derecho sea protegido, sin indicar concretamente cuál es el diseño de política pública que se ha de adoptar para garantizar el goce efectivo del derecho.” Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

e no ordenamento jurídico interno. Ao realizar estas interpretações e solicitar diversos conceitos dos atores, melhora a comunicação e a coordenação entre eles, contribuindo para construção de uma democracia constitucional que respeite os diversos interesses.

Ainda assim, a persistência da crise da saúde em Colômbia evidencia que a jurisprudência da Corte Constitucional não pode trazer soluções milagrosas, pois, numa democracia, atores públicos e privados devem se comprometer com a efetividade dos direitos para gerar melhores respostas às diversas problemáticas que se apresentam nas sociedades. A contribuição da Corte Constitucional é importante porque ajuda a consolidar uma ordem jurídica coerente, mas ao mesmo tempo é insuficiente porque a efetividade dos direitos também depende de outros atores públicos e privados, que devem realizar a tarefa de procurar maior efetividade dos direitos humanos nas sociedades.

## REFERÊNCIAS

BODIN, Jean. **Los seis libros de la República**. Selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala. 4a Ed. Madrid: Tecnos. 2006.

COSTA, Pietro. Estado de Direito e Direitos do sujeito: o problema dessa relação na Europa Moderna. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. **História do Direito em Perspectiva**: do Antigo Regime à Modernidade. Curitiba: Juruá, 2008.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-640 de 1998. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/su640-98.htm> Consulta: 13/06/2014

\_\_\_\_\_ Corte Constitucional. Sentencia C-067 de 2003. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-067-03.htm> Consulta: 13/06/2014

\_\_\_\_\_ Corte Constitucional. Sentencia C-574 de 1992. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/C-574-92.htm> Consulta: 13/06/2014

\_\_\_\_\_ Corte Constitucional. Sentencia T-409 de 1992. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-409-92.htm> Consulta: 13/06/2014

\_\_\_\_\_ Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm> Consulta: 13/06/2014

\_\_\_\_\_ Corte Constitucional. Sentencia C-191 de 1998. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-191-98.htm> Consulta: 13/06/2014

\_\_\_\_\_ Corte Constitucional. Sentencia C-1022 de 1999. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-1022-99.htm> Consulta: 13/06/2014

\_\_\_\_\_ Corte Constitucional. Sentencia C-028 de 2006. Disponible en:

- <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-028-06.htm> Consulta: 13/06/2014
- \_\_\_\_\_ Corte Constitucional. Sentencia C-240 de 2009. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-240-09.htm> Consulta: 13/06/2014
- DOMINGO, Rafael. **El Derecho global**. Génesis y Evolución. Medellín: Diké. 2009.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Trotta, 2007.
- HOBBS, Thomas. **Leviatán**. O la materia, forma y poder de una República Eclesiástica y Civil. Traducción y Prefacio: Manuel Sánchez Sarto. 8a Reimpresión. Buenos Aires: FCE. 2011.
- JELLINEK, G. **Teoría General del Estado**. Traducción y prólogo de la segunda edición alemana: Fernando de los Ríos. México: Fondo de Cultura Económica. 2000.
- KELSEN, Hans. **Teoría General del Estado**. Traducción: Luis Legaz Lacambra. 2a Ed. México: Coyoacán. 2008.
- \_\_\_\_\_ **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8a Ed. São Paulo: Martinsfontes. 2009.
- \_\_\_\_\_ **Teoria Pura do Direito. Versão condensada pelo próprio autor**. 6a Ed revista na tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.
- SANTOFINIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Procedimientos administrativos y tecnología*. Serie Derecho Administrativo 14. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2011.
- SCHOLTE, J.A. **Globalization – A Critical Introduction**. Londres: Macmillan. 2000.
- SØRENSEN, Georg. **La Transformación del Estado**. Más allá del mito del repliegue. Traducción: Ramón Cotarelo. Valencia: Tirant lo Blanch. 2010.
- WRISTON, W.B. **The Twilight of Sovereignty: How the Information Revolution is Transforming our World**. New York: Charles Scribner's Sons. 1992

Recebido em 31/03/2016  
Aprovado em 03/08/2016  
Received in 31/03/2016  
Approved in 03/08/2016