RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	**RANDY GUSTAVO PEREZ SERRANO**
FACULTAD	**EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES**
PLAN DE ESTUDIOS	**DERECHO**
DIRECTOR	**ALVARO JOSE HERNANDEZ PICON**
TÍTULO DE LA TESIS	**TRANSICIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SUS REPERCUSIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO**

RESUMEN

(70 palabras aproximadamente)

DADO QUE LOS ESTADOS PARTES DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SE COMPROMETIERON A CUMPLIR DE BUENA FE CADA UNA DE SUS DISPOSICIONES, TODOS SUS PODERES SE ENCUENTRAN EN LA OBLIGACIÓN DE EJERCER UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN CADA UNA DE SUS ACTUACIONES. BAJO ESE ENTENDIDO, ESTA INVESTIGACIÓN TRATA SOBRE LOS EFECTOS QUE ESTO GENERA EN LOS SISTEMAS NACIONALES NORMATIVOS Y, POR CONSIGUIENTE, EN LA REVISION JUDICIAL DE LAS LEYES Y LAS NORMAS.

CARACTERÍSTICAS

PÁGINAS: 131	PLANOS:	ILUSTRACIONES:4	CD-ROM:1

TRANSICIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SUS REPERCUSIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

AUTOR

RANDY GUSTAVO PEREZ SERRANO

Trabajo de Grado presentado como requisito para optar por el título de Abogado

DIRECTOR

ALVARO JOSE HERNÁNDEZ PICÓN
Profesor catedrático

UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA

FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES

DERECHO

Ocaña, Colombia **Junio de 2020**

Dedicatoria

Este trabajo es dedicado a quienes sin desearlo y sin aviso alguno, partieron y me dejaron solo con el recuerdo de los días vividos.

A quienes a pesar de mi necedad, mis caprichos y mis enormes errores, se niegan a dejarme y me siguen acompañando en este viaje llamado vida.

Y a quienes, por capricho de esa misma vida, estarán justo a mi lado.

A todos ellos infinitas gracias por enseñarme el valor de la vida; y lo bello y tortuoso de su indescifrable trasegar.

Ruego a esa misma vida caprichosa que nos mantenga siempre unidos.

Dios los bendiga una y mil veces.

Tabla de Contenido

Capítulo 1. Naturaleza y alcance del control de constitucionalidad. 1

1. Aproximaciones al sistema de fuentes en la Teoría General del Derecho. 1

1.1. Las fuentes del Derecho en la doctrina tradicional. 7

1.1.1. La Ley. 8

1.1.2. La Costumbre 11

1.1.3. La Jurisprudencia. 14

1.1.4. La Doctrina 18

1.1.5. Los Principios Generales del Derecho 21

1.2. El valor jurídico y político de una Constitución. 26

1.2.1. La Constitución Política y su lugar en la estratificación normativa del derecho interno 29

1.3. La Corte Constitucional como guarda e intérprete supremo de la Constitución. 33

Capítulo 2. Naturaleza y alcance del control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 47

2. Sistema Regional de Protección de los Derechos Humanos. 47

2.1. La Convención Americana sobre Derechos Humanos 50

2.2. Órganos que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 52

2.2.1. Aproximaciones al trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Sistema Regional de Protección. 52

2.2.2. El rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Sistema Regional de Protección. 60

2.3. La figura jurídica del control de convencionalidad. Efectos y posibles tensiones con los ordenamientos jurídicos internos. 69

Capítulo 3. Alternativas de solución a las tensiones entre el *corpus iuris* interamericano y el derecho nacional de los Estados parte. 88

3.1. Soluciones jerárquicas. 91

3.2. Soluciones interpretativas. 99

3.3. Otras soluciones. 103

3.3.1. La teoría del pluralismo constitucional. 103

3.3.2. Solicitudes de Opiniones Consultivas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de los jueces nacionales. 106

Capítulo 4. Conclusiones 109

Referencias 111

Lista de Tablas

Tabla 1. Instrumentos jurídicos básicos del Sistema Interamericano. 49

Lista de Figuras

Figura 1. Mapa conceptual de las Fuentes del Derecho 4
Figura 2. Fase Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 57
Figura 3 Estratificación Normativa en Colombia. 92

Introducción

Desde Hans Kelsen, los juristas se han empeñado en encontrar la norma fundante del ordenamiento jurídico. Esa norma que le dará validez a las demás normas inferiores y la que determinará, a la larga, su vigencia o no en el ordenamiento jurídico. Pues bien, en Colombia la doctrina y la jurisprudencia han decidido que la Constitución es la norma fundante. Por esa razón, cuando la Corte Constitucional realiza el control judicial de las leyes, parte de la idea de que la norma acusada será estudiada bajo las disposiciones de la Carta Superior. Así, en caso de que su lenguaje y/o interpretación contravenga si quiera una sola cláusula de ella, deberá expulsarla del ordenamiento por pretender sobrevivir por fuera del amparo constitucional.

A pesar de ello, en el sistema interamericano de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha creído que si bien el control de constitucionalidad es una herramienta que le sirve a los poderes del Estado para determinar si una norma o un acto administrativo es compatible o no con sus normas constitucionales, esta no es suficiente para cumplir los compromisos internacionalmente adquiridos. En tal sentido, dado lo insuficiente que resulta ser dicho control para la efectividad de los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la Corte IDH ha entrado a exigirle al poder judicial de los Estados realizar un control de convencionalidad.

Una obligación de esta naturaleza genera unos efectos importantes en el sistema normativo nacional, ya que, además de restructurar el sistema de fuentes colombiano, supone un cambio paradigmático respecto a cuál es realmente la norma fundante del ordenamiento jurídico. En pocas palabras, si la norma fundante es la Constitución, pero el Estado para cumplir con las

obligaciones de la Convención Americana debe modificarla, entonces no puede seguir ostentando esa condición.

De manera que, es evidente que la adopción de un determinado tipo de control judicial ocasionará en gran medida el alcance del remedio judicial. De allí que, dependiendo de la herramienta jurídica que se elija el Estado puede o no ser declarado responsable internacionalmente por desconocer sus obligaciones. En ese sentido, para lograr esclarecer lo que realmente está en juego cuando se adopta una u otra posición, esta investigación se divide en cuatro capítulos. El primero, habla de la evolución de la ciencia del Derecho a partir del análisis de sus fuentes formales. Así las cosas, se parte del momento en la historia en el que la Ley era considerada fuente por excelencia del Derecho, hasta nuestros días en los que la Constitución Política para ser la norma suprema del derecho nacional. Adicionalmente, se explica el valor jurídico y político de la Constitución y la razón de ser del control de constitucionalidad.

En el segundo capítulo, se aborda el tema relacionado con el sistema interamericano de derechos humanos. Allí se esbozan los órganos judiciales y cuasi judiciales que lo conforman con el propósito de explicar la naturaleza del control de convencionalidad y la importancia de su implementación en la revisión judicial de las normas, aun cuando su aplicación genere retos importantes para el poder judicial local. En esta sección se retratan algunas tensiones existentes entre las normas constitucionales de algunos Estados parte, entre ellos el colombiano, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En relación con el tercer capítulo, en él se muestran las alternativas que podrían adoptar los poderes legislativos y judiciales de los Estados para proteger y garantizar los derechos y libertades consagrados en la Convención. De modo que, partiendo de que existen o pueden llegar

a presentarse conflictos entre las normas constitucionales de un país y las normas de la Convención en esta sección se abordan las posibles soluciones que podrían apaciguar estas contradicciones.

Finalmente, en el cuarto capítulo se exhorta a los operadores judiciales a preferir la efectividad de los derechos humanos antes que el formalismo jurídico y sus reglas rígidas y arcaicas de la adjudicación. Por ello, se anima para que los instrumentos sean reorientados hacia el goce efectivo de los derechos para materializar los fines de la Constitución y la Convención.

Capítulo 1. Naturaleza y alcance del control de constitucionalidad

1. Aproximaciones al sistema de fuentes en la Teoría General del Derecho.

Para Karl Marx, la base de la sociedad era la Economía y todo lo demás (es decir, el sistema jurídico y político) era, en palabras de él, la superestructura (Yale, 2015). Bajo esta concepción, el Derecho fue considerado una herramienta diseñada por la clase capitalista para oprimir a la clase trabajadora. No obstante, Darío Botero (2005) sostenía que si bien el Derecho ilustra esta idea de opresión, también lo es que no todas las normas han sido creadas para satisfacer las necesidades y los privilegios de la élite. Según él, existen normas que favorecen a todos por igual. Por ejemplo, la garantía que tiene todo ciudadano a no ser condenado a la pena de muerte (Const., 1991, art. 11). Si se observa, la norma en cuestión no discrimina ni al sujeto sancionado, esto es, si es una persona con bajo, medio o alto ingreso económico, ni el tipo penal en el que se encuadra su conducta punible, es decir, contempla desde los delitos menos graves hasta aquellos considerados como graves afectaciones a los derechos humanos.

Lo sostenido hasta aquí, es para evidenciar que el Derecho ilustra y representa el pensamiento ético, moral y político de una sociedad en un espacio – tiempo determinado, así como también revela el tipo de sociedad en la que nos encontramos y a la que deseamos llegar con solo enunciar valores, reglas y principios normativos.

Bajo ese entendido, el sistema de fuentes es una pugna constante. La idea de establecer quién es la autoridad competente para crear derecho, cómo debería hacerlo y el orden de prelación que se le daría a cada fuente, es un conflicto neurálgico. Al respecto, Federico de Castro (1955) citado por Alberto Montoro (1984), menciona que “la inclusión o la exclusión de

una fuente jurídica, el cambio en el orden establecido entre ellas, constituye una alteración de la ordenación política de la organización social" (p.70).

Por su parte, Kelsen consideraba que "el criterio por el cual la Constitución monárquica se distingue de la republicana, y la aristocracia de la democracia, está en la forma en que regula la creación del orden jurídico" (Montoro, 1984, p.71).

Hechas estas salvedades, las fuentes del Derecho las abordaré partiendo de la tesis de que su determinación es el reflejo imperante de una ideología política y jurídica dominante. De allí que la idea de que el sistema de fuentes es un asunto fácil de ilustrar y entender, no es del todo cierto. Para Josep Aguiló (2015) las disputas entre los juristas se canalizan a través de las imágenes que estos tienen del Derecho, las cuales se ven reflejadas precisamente en la elaboración de su propia teoría de fuentes.

Pues bien, la expresión fuentes del derecho es una alusión metafórica que se utiliza para explicar de dónde provienen las normas jurídicas, para Augusto González (2015) "la expresión… se refiere a los elementos constitutivos de la sustancia de la norma jurídica (fuentes reales) y a las varias formas que dicha sustancia puede tomar para imponerse como regla de conducta social mediante la fuerza coercitiva del grupo social (fuentes formales)" (p.91).

De manera que, dada la ambigüedad de esa expresión, este asunto ha sido abordado desde tres puntos de vista diferentes:

> El primero es… de tipo *explicativo* que trata de presentar los fenómenos jurídicos como una especie dentro de los fenómenos sociales y que han entendido la

> pregunta por el origen del Derecho en el sentido de las *causas sociales* que explican la génesis de los fenómenos jurídicos. El segundo es… de tipo *justificativo* donde por origen se entienden no las causas que explican, sino centralmente la *fundamentación de la obligatoriedad* del Derecho; ¿Por qué obliga el Derecho? ¿De dónde proviene su obligatoriedad? Aquí el Derecho se presenta no tanto como una especie dentro de los fenómenos sociales, cuanto, dentro de otros fenómenos prácticos, especialmente la moral. Y el tercer tipo… que podríamos llamar *sistemático*, ha tendido a afirmar el carácter autónomo de los fenómenos jurídicos; y así, frente a los otros dos discursos, han venido a sostener *el origen jurídico de los fenómenos jurídicos*. El Derecho, según este enfoque, es un tipo de orden normativo que se autorregula: contiene normas jurídicas que regulan la producción de otras normas jurídicas (Aguiló, 2015, p.1022).

Para ilustrar lo anterior, tomaremos como referencia el mapa conceptual creado por Josep Aguiló para explicar todo este embrollo.

Derecho / Enfoques	A. Orden jurídico.	B. Normas jurídicas
1. Explicativo, social.	El Derecho es un orden social	Factores sociales que explican la génesis y el contenido de las normas jurídicas ("Fuentes materiales del Derecho").
2. Justificativo, valorativo.	El Derecho es un orden justificado	Principios, valores y/o bienes que justifican las normas jurídicas.
3. Sistemático, autónomo.	El Derecho es un orden autónomo que se autorregula	Factores jurídicos de los que depende la creación de normas jurídicas y régimen jurídico de las normas producidas ("Fuentes formales del Derecho").

Figura 1. Mapa conceptual de las Fuentes del Derecho (Aguiló, 2015, p.1023).

El profesor de la Escuela de Alicante manifiesta que en la doctrina contemporánea – representada por Hart, Kelsen y Alexy – se ha convenido que en el Derecho existen "factores jurídicos de los que dependen la creación de normas jurídicas y el régimen jurídico de las normas producidas". Sin embargo, estos mismos autores abordan este asunto tomando como punto de partida su visión del orden jurídico; es decir, relacionan la casilla 3B con alguna otra casilla ubicada en la columna A. De esta manera, el profesor Hart - solo por citar un ejemplo – explicaría las fuentes formales del Derecho a partir de una concepción del Derecho como un orden social (Aguiló, 2015).

Esto no quiere decir que el Derecho tenga su origen única y exclusivamente en las fuentes formales. Todo lo contrario, para Ricardo Guastini (1999) dentro de la teoría dominante existen dos nociones de fuente.

> La primera es una noción material… que pretende identificar ciertos actos y hechos como fuente del derecho en virtud de su contenido (si son actos) o de su resultado (si son hechos) normativo; y (…) la segunda es una noción formal…, que pretende identificar ciertos actos (y hechos) como fuente del derecho con total independencia de su contenido (o resultado) (p.167).

Para explicar lo anterior, Guastini (1999) sostiene que la noción material de fuente denota que el contenido de ese acto o hecho debe ser general y abstracto para que pueda considerarse productor de normas jurídicas. De manera que, bajo esta noción, la ley podría considerarse fuente solo si contiene normas de este tipo. Si eso no sucede, es decir, si la ley prescribe contenidos particulares y específicos, no podría llamarse fuente.

Caso contrario sucede con la noción formal de fuente, pues, su determinación es independiente del contenido que se predique. Esto es, la norma debe ser autorizada por otra para ser considerada fuente. En pocas palabras, dicha norma debe estar sujeta al procedimiento fijado para la creación de normas jurídicas.

Si nos damos cuenta, la noción material de fuente que plantea Ricardo Guastini es diferente a la sostenida por Josep Aguiló. Para este último, la fuente material del Derecho se explica a partir de aquellos factores sociales que impulsan la creación de normas jurídicas y que explican

su producción (Aguiló, 2015). Sin embargo, Guastini no parece hacer mención de esas posibles circunstancias sociales, económicas o políticas que impulsan la creación de normas.

De manera que, la doctrina ha convenido en estas dos nociones de fuente: las formales y las materiales. Sin embargo, para efectos de esta monografía, partiré de que las fuentes materiales no generan mayores dificultades, por lo que, me quedaré con la idea de que fuente real son todas aquellas circunstancias sociales, económicas y/o culturales que impulsan la creación de normas jurídicas que regulan tal actividad.

Por su parte, entenderé por fuente formal la manera "en que la norma jurídica general, impersonal y abstracta se produce y manifiesta" (Fonseca, 1992). Para algunos académicos esto se reduce a un tema de procedimiento y competencia; por ejemplo: La Constitución Política establece quién es el competente para crear leyes, cuál procedimiento debe adoptar y que materias puede regular a través de ellas. En efecto, si estos dos factores: competencia y procedimiento no fungen en la concepción de una ley, probablemente, dicha norma se encuentre supeditada a ser inoperante por ser inconstitucional.

Al respecto, Joel Colon – Ríos (Corte Constitucional, 2011) ha dicho que un acto reformatorio a la Constitución es legítimamente admitido, siempre que ese acto legislativo no sustituya las clausulas fundamentales en las cuales se funda la Constitución. En resumen, si el Congreso de la República, a través de un acto legislativo pretendiera suprimir – por ejemplo – el sistema presidencialista de gobierno para reemplazarlo por un sistema de corte parlamentarista, tal enmienda muy seguramente sería declarada inconstitucional por desconocer el despliegue institucional del Estado colombiano, sin mencionar la gran derogación de normas (de distinta naturaleza) que eso conllevaría.

Según Richard Albert (Derecho Internacional de los DH, 2017) la finalidad de una enmienda constitucional es aclarar o modificar un punto en concreto de la Constitución con el fin de hacerla más entendible o de ajustarla a la sociedad viviente, más no la de sustituir la propia Constitución para crear un nuevo paradigma constitucional.

1.1. Las fuentes del Derecho en la doctrina tradicional.

En líneas anteriores se dijo que las fuentes del derecho no deben considerarse un asunto sin importancia, pues sólo a partir de su estudio y entendimiento, la sociedad reconoce sus derechos y responsabilidades. Además, una de las razones por las cuales Europa occidental adoptó el *ius civile* se debe, en parte, al temor inflexible de padecer un mal gobierno judicial. Les atemorizaba no poder predecir las decisiones de los jueces. Por esa razón, a partir de la Revolución Francesa, se estableció que el único sujeto que regularía la *vida en sociedad,* sería el Legislador. Este sujeto (y, por supuesto la ley), llegó a ser considerado una especie de deidad secular capaz de regular toda la vida humana. Como la ley presentaba un lenguaje general, abstracto e impersonal, se creía que tenía el poder de ordenar la sociedad y solucionar todos los conflictos, dejándole a los jueces – únicamente – la facultad de aplicar la ley tal y como estaba escrita. Una especie de sujetos mecánicos sin ideologías ni valores.

En este orden de ideas, la doctrina tradicional llegó a considerar que las únicas fuentes formales del derecho eran la ley y la costumbre. Incluso se llegó a identificar el derecho con el *Code Napoleón.* Sin embargo, el francés François Gény citado por María José Bernuz (2006), consideraba que si bien la ley escrita debe tener un lugar de supremacía entre las fuentes del derecho (por la seguridad y armonía que brinda), también lo es que la ley no representa la imagen exacta de la justicia (p.130). Decía que la ley no era todo el derecho y que “en realidad es la

revelación imperfecta de un enorme continente sumergido, que queda sumergido y que el jurista teórico o practico debe sacar a la superficie" (p.128).

Adicionalmente, consideraba que la jurisprudencia y la doctrina eran fuentes materiales del derecho más no formales. Aunque, no por ello les restaba importancia. Por consiguiente, defendió la tesis de que los jueces y los doctrinantes fueran los competentes de vivificar el derecho por encontrase más próximos a la realidad social. (p.155). Le sorprendió la idea de que la jurisprudencia fuera capaz de renovar el derecho sin siquiera modificar o derogar la ley y sin ampliar el elenco de fuentes más allá de la misma (p.151).

Superada esa etapa posrevolucionaria, la cultura jurídica actual ha establecido que además de la ley y la costumbre (fuentes formales por excelencia para los franceses), la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho también son fuentes formales, y así se podrá observar más adelante. Sin embargo, antes de ello quiero dejar en claro que a pesar de esta ampliación, la clasificación sigue quedándose corta frente a los nuevos retos que plantea el fenómeno de la globalización. De manera que, para ilustrar las deficiencias o posibles alteraciones del sistema normativo actual, haré uso de tal clasificación para luego entrar a controvertir y defender la tesis que plantea mi investigación.

1.1.1. La Ley.

> El termino ley se acuña al "verbo *lego – legere* que significa leer. De allí que, la etimología de la palabra se explica "porque en la época de la republica romana, mientras el derecho consuetudinario no era escrito y se conservaba en la memoria de los hombres, la ley, por el contrario, estaba escrita… o, mejor dicho, grabada en

> tablas de mármol… que se fijaban en lugares públicos… para que el pueblo las leyera y, conociéndolas, las cumpliera mejor" (Rocha, 2010, p.185).

Según Cesáreo Rocha (2010), el origen de las leyes se debió a una práctica reiterada y compartida por el pueblo romano que consistía debatir las iniciativas legislativas de los senadores en el Foro, para decidir cuáles aprobaban o desaprobaban. Según él, esa práctica política no sólo permitió la creación de las leyes, sino que también permitió la sistematización del derecho tal y como lo concebimos, particularmente a partir de la Ley de las XII Tablas.

Para Tomás de Aquino, "la ley es la ordenación de la razón para el bien común, promulgada por el que tiene el cuidado de la comunidad". (González, 2015, p.103). Mientras que Alessandri la definía "como una regla general de conducta impuesta por una autoridad a la cual debemos obediencia" (p.104).

Para Mercadé citado por Marco Gerardo Monroy (2015) "la ley es una regla establecida por la autoridad que de acuerdo con la Constitución Política tiene el poder de mandar, prohibir o permitir en toda la extensión del Estado" (p.197). Llegados a esta noción, parece que los redactores de nuestro Código Civil adoptaron elementos importantes de ella para concebir la ley como "una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar" (Código Civil, 2017).

Arribados a este punto, es evidente que las nociones descritas en líneas anteriores guardan una similitud importante. Tal correspondencia consiste en dar a un órgano del Estado la facultad para crear, modificar o derogar leyes. Para el caso colombiano, el órgano encargado de crear

leyes es el Congreso de la República. Una de las razones por las cuales se considera que debe ser este y no otro, es porque dicha Corporación (se presume) representa todos los sectores de la sociedad, por ello, la ley será la expresión de una voluntad general que busca y satisface el bien común.

Para Monroy (2015), la noción "ley" encierra una teorista dualista; es decir, existe una ley en sentido formal y otra en sentido material. Para explicar la dualidad, el maestro dice que se entenderá por "ley en sentido formal… las dictadas por el órgano legislativo, según el procedimiento establecido, pero que carecen del contenido de verdaderas leyes; por ejemplo: la ley de honores" (p.198). Mientras que, ley en sentido material son aquellas "que dicta el órgano legislativo y reúne las características propias y [el] contenido de verdaderas leyes; *verbigracia*: ley de reforma agraria" (p.198). A algunos estudios del derecho no le gustaba esta tesis, pues consideraban que la ley siempre es una norma jurídica independientemente si expresa una generalidad, puesto que hace nacer facultades y obligaciones e "introduce un nuevo elemento particular o general" que no existía antes en el ordenamiento jurídico (p.198 – 199).

En resumen, la doctrina tradicional considera que la ley es – por excelencia – fuente formal del derecho y goza de supremacía dentro del sistema de fuentes. Esto se debe a que, según ellos, la ley ofrece mayor seguridad jurídica y permite la extracción de la regla de derecho de manera sencilla bajo la lógica y la deducción. Al respecto, Diego López Medina (2006) dice que la diferencia entre la ley y la jurisprudencia es que la primera expresa la regla, la describe y la visibiliza fácilmente; mientras que la segunda, dada su carga argumentativa (la mayor parte necesaria y suficiente y, por lo tanto, extensiva) hace que la regla de derecho que el juez pretende establecer sea poco visible y complicada de detectar. Muchas veces la regla se esconde entre las

extensas consideraciones doctrinales que hacen los jueces y para extraerla, además de aplicar una técnica para ello, debe tenerse cierta familiaridad con la jurisprudencia para entender qué nos quieren decir y los estándares que nos pretenden imponer.

Por esa razón, si bien la ley presenta vacíos por más que el Legislador pretenda contemplar una solución para todos los conflictos, dicho reconocimiento no puede llevarnos a desvalorar "las bondades indiscutibles de la ley escrita como instrumento maravilloso de seguridad en las relaciones jurídicas" (Bernuz, 2006, p.158).

1.1.2. La Costumbre

Según Carlos Hernández (2010), "la costumbre jurídica es conocida como la fuente más antigua del derecho". Pues bien, en líneas anteriores sostuvimos que la sistematización del derecho, tal y como lo comprendemos hoy en día, tuvo su aparición en la creación de la ley de las *doce tablas*. Por ende, se entiende de que antes de la creación de esa ley, la "única forma de creación del derecho" era la costumbre (p.6). Sim embargo, para que la costumbre pueda ser creadora de normas jurídicas no basta con que la conducta sea constante, general y antigua. Se necesita, además, de cierta convicción o conciencia social de que dicha conducta es obligatoria y que no comportarse de la manera que ella prescribe genera un reproche social y jurídico que debe ser sancionado (p.6).

Ángel Latorre – citado por Augusto González (2015) – decía que, "llamamos costumbre a la forma de conducta nacida en la práctica social y considerada como obligatoria por la comunidad" (p.97). De esta manera, según Julien Bonnecase (2000) la explicación tradicional de la costumbre como fuente formal, destaca dos condiciones importantes:

> Uno, de orden material, no es una cosa distinta de la práctica por medio de la cual se resuelve en una época dada, fuera de la ley, una dificultad jurídica determinada; otro, de orden psicológico, es la convicción que tienen aquellos que han recurrido a esta práctica o que están sometidos a ella, sobre su fuerza obligatoria (p.74).

De cualquier modo, la costumbre jurídica, a pesar de ser considerada fuente del derecho no es sujeta de ser aplicada de manera automática o inmediata; esto es, la costumbre se encuentra supeditada a que la ley presente vacíos para que el operador jurídico pueda llenarlos con sus preceptos. Por lo menos, así lo señala el Código Civil (2017) cuando predica que: "la costumbre, siendo general y conforme a la moral cristiana constituye derecho, a falta de legislación positiva" (art. 13).

Gény decía que, en una civilización avanzada y en los albores de un Estado moderno, la costumbre sólo debe limitarse a "llenar lagunas y a regular detalles que no hubieren sido previstos por la ley" (Bernuz, 2006, p.134). Aun así, consideraba que la labor de determinar si una práctica social era o no una costumbre jurídica, debía ser trabajo de los juristas, ya que, la práctica les permitía a ellos develar los vacíos de la ley y sus imperfecciones (p.134). Con todo, el culto hacia ley escrita ha hecho de la costumbre un insumo innegable de la ley. Aunque hemos creído en la capacidad creativa de la costumbre, preferimos ver esa habilidad en las iniciativas legislativas de nuestros legisladores (Hernández, 2010).

A pesar de ello, algunos autores consideran que existe una disciplina en la que la costumbre siempre llevaría la delantera (aun por encima de la ley) en la creación del derecho (Bernuz, 2006). Dicha rama es el Derecho Comercial, el cual debe su construcción y origen a la costumbre mercantil.

Sobre este punto, Marco Monroy (2015) ha dicho que: “desde el derecho romano, las costumbres se han clasificado en interpretativas, supletorias y contrarias a la ley” (p.239). En tal sentido, dice que se entenderá por:

> a) Costumbre interpretativa o *secundum legem* – la costumbre que se forma de acuerdo con la ley y se ajusta a sus previsiones. Es el mismo derecho escrito que se ha adoptado en las prácticas sociales.
>
> b) Costumbre supletoria o *preater legem* –la costumbre que disciplina relaciones no contempladas en la ley y que llenan las lagunas de estas. Son normas que no se oponen a las prescripciones del derecho escrito, sino que las contemplan. Tienen vigencia como fuente paralela a la ley o subsidiaria, con eficacia únicamente cuando la ley permite su aplicación.
>
> c) Costumbre contraria a la ley o *contra legem* – la costumbre que se opone abiertamente a las normas legales (p. 239 – 240).

Finalmente, Monroy ha considerado que la costumbre presenta unas características importantes que vale la pena replicar y que resume, de manera sorprendente, todas sus virtudes y limitaciones. Dichas características son:

> a) Es una norma jurídica y por tanto fuente formal de derecho; b) Procede de los factores constitutivos de la realidad social; c) Se manifiesta en forma tácita y no escrita; d) Requiere uso social no interrumpido y uniforme con la convicción de exigibilidad jurídica; e) Es fuente supletoria y solo rige en defecto de la ley; f)

> Debe alegarse y probarse y; g) Existen tanto en el derecho interno como en el derecho internacional, donde tiene especial importancia (p.242).

1.1.3. La Jurisprudencia.

Para la Francia postrevolucionaria, los jueces solo estaban facultados para aplicar la ley tal y como estaba escrita. En el sentir de los franceses, la ley escrita era todo el derecho y por fuera de ella no podía existir precepto normativo alguno que pudiera influenciar en la actividad de los jueces. Según Antonio Bohórquez (2016), los franceses decían que "el papel del juez… no era distinto que el de ser la boca de la ley" (p.139). Incluso se llegó a creer que el trabajo que estos tenían era - simplemente – el de descubrir, dentro del universo de las leyes escritas, la norma que fuera aplicable al caso concreto y otorgarle al conflicto la solución que esa misma norma describía. Esa manera de ver la actividad judicial como un proceso mecánico, llevó a sostener la idea de que "no se necesitaba ser abogado para ejercer el terrible poder de juzgar" (p.143).

En efecto, la sumisión a la ley llegó a tal punto que a los operadores judiciales no les estaba permitido realizarle un juicio de valor a la norma que los llevara a concluir si su aplicación era o no favorable a las partes, pues se creía que si la ley había sido planteada de esa manera era porque el Legislador así lo había deseado y, por lo tanto, la voluntad del soberano no podía ceder frente a la voluntad de un súbdito (p.145). Sin embargo, no siempre la jurisprudencia tuvo ese papel irrisorio en la humanidad. En la Roma clásica, dice Gilberto Blanco (2013) la jurisprudencia se consideró "como el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto". Sin embargo, en la época de la república, "Justiniano decidió restarle validez a los dictámenes de los jurisconsultos y ordenó que todos los asuntos se resolvieran con arreglo de la ley" (p.225).

No obstante, a pesar de que los franceses eran fieles a la ley y creían en su magnífico poder de contemplar una solución para todos los conflictos, esta – muchas veces – era insuficiente para enfrentar los desafíos de la vida real. De ahí que, solo en ese escenario, se les permitió a los operadores judiciales llenar de significado a la ley indagando la voluntad del Legislador. En otras palabras, les correspondía a los jueces averiguar las razones que habían llevado al Soberano a proferir la ley. Qué fin quería alcanzar. De modo que, sólo en el contexto de que la ley fuera imprecisa o ambigua, es que a los jueces se les permitía ir un poco más allá de lo establecido (Bohórquez, 2016).

Por supuesto que, los exegéticos creyeron que tal situación, además de ser poco probable - pues creían en un Legislador sabio y omnisciente - , era una tarea fácil de hacer. No obstante, a medida en que se fueron presentando los casos, los jueces se percataron de que indagar por la voluntad del Parlamento era una tarea titánica que muchas veces resultaba infructuosa, por ejemplo, cuando sus promotores ya habían fallecido y no existían registros oficiales de sus ponencias ni intervenciones. Si por alguna razón, se llegaba a descubrir cuál era el motivo por el que se había expedido dicha ley, estos carecían de validez y legitimidad frente a los nuevos retos que planteaba la realidad social imperante. Por esa razón, el Poder Judicial comenzó a reivindicarse y a ganarse el protagonismo que los revolucionarios pretendían arrebatarle.

Por tanto, parecía lógico que si la ley era imprecisa, ambigua o no tenía un lenguaje claro y, por ende, los jueces estaban en la obligación de otorgarle un significado legítimamente valido, esa interpretación debía tener algún valor importante para las demás autoridades por cuanto se había creado un precepto normativo que la ley no contemplaba. De esa manera, la jurisprudencia fue ganando espacios importantes en la academia y la praxis judicial, en parte, por su gran

habilidad de completar la ley y de nutrirla de un significado claro y definitivo. De allí que, autores como Ricardo Guastini (2010) sostengan que:

> El derecho es, entonces (más que un conjunto de textos normativos aun no interpretados, más que las fuentes jurídicas) lo que los intérpretes dicen sobre las fuentes jurídicas… En consecuencia, el derecho como hecho social – lenguaje prescriptivo de la autoridad normativa – no es el conjunto de textos normativos, sino lo que se dice sobre esos, o más bien, lo que le hacen decir a tales textos los jueces, abogados, y en especial, los juristas (la doctrina)" (p.36 – 37).

Por esa razón, la escuela realista surgió a partir de una profunda crítica hacia el formalismo jurídico, pues esta última pretendía entender la interpretación judicial bajo la lógica de un silogismo. Es decir, el intérprete sólo debe encontrar la solución ya preestablecida en la norma, aplicando una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión (Guastini, 2010). Pero lo que tal movimiento desconocía, es que las normas muy pocas veces presentan una única solución posible. De modo que, si del texto normativo surge una infinidad de interpretaciones (algunas más validas que otras) resulta obvio que la interpretación que escoja el intérprete es (realmente) la norma jurídica, la cual no sólo será aplicada al caso en concreto, sino también, a los casos futuros que guarden estrecha identidad con aquel.

Por consiguiente, a pesar de que François Gény consideraba que la jurisprudencia no debería tener un lugar dentro de las fuentes formales del derecho (Bernuz, 2006), ya que al hacerlo podría afectarse la división de poderes y atentarse contra la seguridad jurídica de los asociados, es evidente que en nuestros días la creación de normas jurídicas ya no es obra

exclusiva del Legislador. Los jueces también son creadores de normas, aunque gran parte de la doctrina lo quiera ocultar.

En efecto, juristas como Prieto Sanchís han sostenido que, "la norma no es el presupuesto de la interpretación, sino su resultado, o sea, ella es el significado que se obtiene del texto mediante la interpretación" (Blanco, 2013, p.229). Incluso algunos, como el Obispo Hoadley afirmaban que, "quienquiera que posea una autoridad absoluta para interpretar cualquier ley escrita u oral, es en realidad el verdadero legislador para todos los efectos, y no la persona que la escribió o pronunció" (p.237). Por ello, entender la actividad judicial como un proceso mecánico sería desconocer el arduo trabajo del Poder Judicial.

Al respecto, Marcos Fonseca citado por Gilberto Blanco (2013) explica la titánica tarea de juzgar y el noble papel del funcionario judicial, al decir que:

> Aquí está toda la grandeza y la infinita dificultad de la función judicial: se impone conocer la premisa mayor, que no solo se limita al ámbito de la ley sino que se extiende a un continente superior, el de las fuentes formales del derecho. Conocer esta premisa no es simplemente ubicar la norma jurídica aplicable en una de las diversas fuentes, aunque en definitiva la labor se traduce en dicha ubicación. Pero previamente ha sido necesario trasegar por las fuentes del derecho, jerarquizándolas según lo dispuesto en el ordenamiento; jerarquizar a su vez las normas de una misma fuente, armonizando sus contradicciones, integrando sus falencias, comprendiendo el espíritu general de la legislación, fijando el sentido y alcance de la norma (p.232).

Llegados a este punto, mantenerse en la tesis de que la jurisprudencia no es fuente formal del derecho sino fuente real, es desconocer su noble poder. Recurrir a la jurisprudencia de los órganos de cierre de cada una de nuestras jurisdicciones hace parte del común actuar de los funcionarios jurisdiccionales, más aun cuando la estructura de la Administración de Justicia está diseñada, precisamente, para cumplir ese propósito.

En palabras de Gilberto Blanco (2013),

> La jerarquía que naturalmente existe entre los diferentes jueces, colegiados o singulares, supone que los de mayor jerarquía revisen a los de menor las decisiones que estos pronuncien en sus fórmulas de autos o sentencias. Pero, más importante aún, su condición de nominadores y, además, la potestad de calificar el factor calidad en los pronunciamientos de los inferiores imponen una tendencia natural de obedecimiento a las concepciones y lógicamente a la jurisprudencia adoptada por los funcionarios de mayor escalafón (p.237).

1.1.4. La Doctrina

Lo primero que debe quedar claro, es que la doctrina no es considerada por nuestra tradición jurídica como una fuente formal del derecho. Sin embargo, la razón por la cual la he ubicado en este capítulo es porque esta fuente (aunque no formal) tiene una influencia enorme en los funcionarios judiciales y en los legisladores. Alguna vez un funcionario judicial me dijo: "Randy, el auto que rechaza una solicitud de medida cautelar es considerado un auto de sustanciación. Eso quiere decir que si yo resuelvo una medida cautelar de manera favorable, esa providencia no es un auto de sustanciación sino un auto de trámite. Por lo menos, eso es lo que

dicen Jairo Parra Quijano y Hernán Fabio López Blanco. Y si la Corte funda sus decisiones en los comentarios o interpretaciones que ellos hacen del Código General del Proceso, entonces estamos en lo correcto. Si ellos están mal, la Corte también lo está".

Aunque medir el grado de influencia que un doctrinante pueda llegar a tener en la decisión de un caso concreto no es para nada fácil, con cierta frecuencia se puede observar cómo los funcionarios judiciales hacen uso de opiniones doctrinales para argumentar su decisión. Así las cosas, las interpretaciones individuales de los juristas ya no se utilizan únicamente como parámetro ilustrativo que permite a las partes comprender de mejor manera el contexto en el que se centra el dilema jurídico que se va a resolver, sino que, además, tal doctrina parecer tener más incidencia en la decisión de lo que se pensaba. De alguna manera, la doctrina encierra a los jueces en una parcialidad jurídica limitada. Y es que, de modo alguno, existe la sensación de que los operadores judiciales tienen cierta creencia de que si citan a juristas altamente reconocidos y aceptados en la academia y el poder judicial, su decisión estará lo suficientemente motivada y gozará de legitimidad y aceptación.

A pesar de esto, por más que la doctrina sea "por excelencia el órgano de la ciencia del derecho… jamás se impone por sí misma y sobre el único fundamento del nombre de su autor" (Bonecasse, 2010, p.115). En otras palabras, "no es posible pensar que una sentencia judicial pueda ser emitida atendiendo ese único fundamento y con desconocimiento de las verdaderas fuentes. Y no lo es, porque el pensamiento de los juristas… no tiene la virtud de crear derecho" (Blanco, 2013, p.335). Sin embargo, "la doctrina… cuando aparece como un haz compacto o cuando es unánime, constituye una autoridad muy positiva que, sin reprimir absolutamente el

juicio del interprete, le pide una gran prudencia para romper con lo que aquella le propone" (Bernuz, 2006, p.153 – 154).

En la historia de la humanidad hubo un momento en el que la doctrina gozó de supremacía en el sistema de fuentes y en el que las opiniones de juristas respetados y prestigiosos impedían la discrecionalidad judicial. En otras palabras, la interpretación que aquellos dieran del conflicto jurídico y su solución, era un criterio supremamente vinculante para el juez que debía resolver el caso. Según Gayo, el emperador romano Adriano "admitió que toda doctrina sobre la cual los jurisconsultos provistos de la *permissio iura condendi* estuviesen de acuerdo de manera unánime, se imponía a los jueces cuya opinión no permanecía libre sino cuando hubiese desacuerdo entre aquellos" (Boneccase, 2010, p.116)

Según Declarau – citado por Bonnecase (2010) – todas "las obras de doctrina contribuyeron en Roma a la formación del derecho, de ese derecho del cual la antigüedad no ofrece en modo alguno otro ejemplo. A la ciencia jurídica de los prudentes debe el derecho romano por encima de todo su originalidad y su grandeza" (p.115).

Finalmente, es evidente que la doctrina es fuente del derecho pero en sentido material y no formal. Bajo ese presupuesto, como fuente es claro que ha sido la causante de grandes cambios normativos desde su papel de promotora. La creación del Código General del Proceso (CGP) es, por ejemplo, una prueba fehaciente de este argumento. Para nadie es un secreto que el Instituto Colombiano de Derecho Procesal fue uno de sus principales promotores y que su participación fue fundamental para la promulgación del estatuto procesal. Incluso muchos de sus miembros hicieron parte del comité redactor de la Ley 1564 de 2012. Es más, el maestro Parra Quijano, en una conferencia impartida en la Universidad Libre de Colombia, dijo que el CGP recogía gran

parte del pensamiento del maestro Hernando Devís Echandía, un connotado y respetado jurista colombiano, quien fuera reconocido por muchos como el mejor procesalista del mundo.

Por otro lado, negar que la doctrina no es un factor determinante en la creación de precedentes judiciales es despreciar la noble contribución de personajes que han dedicado su vida al complejo estudio del universo del derecho. Es ocultar, también, un hecho evidente que diré a continuación: los juristas bien sea a través de sus textos académicos o en la impartición de sus cursos de pregrado o posgrado, han formado abogados (entendiendo este término en sus cuatro acepciones: litigantes, profesores, jueces y agentes estatales); es decir, de alguna manera, han impregnado o sembrado en sus estudiantes lo que para ellos significa el Derecho y el papel que debe desempeñar en la sociedad. Esto, sin duda alguna, es un componente ideológico difícil de arrancar.

1.1.5. Los Principios Generales del Derecho

En la magnífica historia de la ciencia jurídica, los principios generales han desatado los debates más polémicos y las deliberaciones más enriquecedoras teóricamente hablando. Estas discusiones han hecho del derecho, la moral y la ética los personajes más importantes de la historia. La razón por la que digo esto, se remonta años atrás en los que dos corrientes *iusfilosóficas* discutían sobre: ¿Qué es el Derecho? ¿De dónde provienen? ¿Cómo puede la sociedad detectar una regla de derecho? ¿Existen leyes universales, eternas e inquebrantables?

Algunos consideraban que las leyes provenían de la naturaleza de las cosas y que solo podían ser percibidas por el hombre a través de la razón (González, 2015). En otras palabras, ellos decían: si el universo tiene leyes que lo ordenan, que son inquebrantables y que por ende

permiten que actúe de manera correcta y armónica (una especie de sinfonía perfecta creada por Dios), en el mundo de los hombres también deben existir esas leyes que además de ser universales permitan la convivencia pacífica de la sociedad. Si la voluntad de los legisladores era tener una sociedad correctamente ordenada (que funcionara como un relojito suizo), deben utilizar la razón para que a través de ella el mundo natural devele los secretos más oscuros e increíbles sobre la ordenación.

Otros teóricos por su parte, consideraban que si bien el universo tiene leyes que lo ordenan, eso no tiene nada que ver con la ciencia del Derecho. Para ellos, el Derecho era todo aquello que emanara del Soberano y lo consideraban como tal, porque provenía de la única autoridad competente y legitima para crearlo (González, 2015). Por lo tanto, se creía que la sociedad sólo podía ser ordenada por normas que estuvieran consagradas en una constitución o en una ley. En tal sentido, nada de lo que estuviera por fuera de una norma escrita podría reputarse como regla regulativa de la sociedad. Decían que, todo lo que fuera considerado metajurídico no era del resorte de la ciencia jurídica y por ello no debía importarle al científico del Derecho. Por esa razón, la doctrina tradicional llego a considerar que si los principios generales del derecho eran realidades extrajurídicas que no podían encuadrarse dentro del concepto de derecho, mucho menos podrían hacerse llamar fuentes (Monroy, 2015).

Sin embargo, para Hernán Valencia Restrepo citado por Marco Monroy (2015)

> Los principios jurídicos deberían denominarse con la máxima propiedad y en toda puridad de verdad, principios normativos de derecho, por cuanto rigurosamente son: normas fundamentales, imperativas, universales, tópicas, axiológicas,

> implícita o explícitamente positivas, que preceptúan o regulan cómo y con qué debe crearse, interpretarse e integrase el ordenamiento (p.284).

Con todo, a pesar de que el anhelo de la doctrina tradicional era desterrar a los principios de la ciencia jurídica, estos han venido ganando terreno importante en la disciplina contemporánea y en el quehacer de los operadores jurídicos, al punto de ser tratados como verdaderas fuentes formales y reales del derecho (Monroy, 2015).

Al respecto, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero citados por Alejandro González (2018), sostienen que:

> En la explicación del Derecho, los principios son piezas o instrumentos didácticos (leyes científicas) a través de las cuales se puede comprender una realidad determinada, atendiendo al grado de abstracción con que se pretenda descifrar dicha realidad, esto es, el Derecho en general, el ordenamiento jurídico en particular o un sector de este. Por mediación de los principios generales se puede entender el funcionamiento de determinada institución en el conjunto del ordenamiento jurídico y en el sistema social, a la vez que permiten aprehender al derecho no como una simple sumatoria de pautas sino como una realidad orgánica y sistemática dotada de coherencia.
>
> Por este motivo conocer los principios tributa a un conocimiento anticipado de las problemáticas que se pueden derivar de una regulación a través de instituciones específicas (p.401 – 402).

Atendiendo a lo que dicen estos dos grandes personajes, es claro que los principios generales del derecho ya no son una simple herramienta que se utiliza en la actividad judicial para llenar los vacíos que la ley presenta. Por supuesto que esa ha sido la función clásica de los principios. Sin embargo, hay quienes consideran que los principios también dotan de significado y coherencia el ordenamiento jurídico en su totalidad o a una parcialidad del mismo. Por esa razón, cada vez es más habitual que el Legislador al momento de regular una materia determinada comience por consagrar los principios en los que se funda su trabajo y las instituciones creadas, para luego describir las normas que propiamente regularan la materia.

En efecto, cuando el Legislador desarrolla esta labor, lo que está haciendo es positivizando los principios jurídicos lo cuales no dejan de ser como tal, pero si adquieren una fuerza de obligatoriedad más notable, por cuanto al estar consagrados en la ley de manera explícita, permiten su aplicación directa. Es decir, su operación ya no se encuentra sujeta al hallazgo de un vacío legislativo por parte del operador judicial. Incluso, en ocasiones este mismo funcionario puede otorgarle mayor prevalencia a un principio que a una norma y, por lo tanto, hacer de aquel el fundamento de su decisión siempre que las circunstancias del caso concreto así lo ameriten.

Frente a este punto, Alberti decía que:

> Hay principios que son reglas directas, y que como tales, pueden fundamentar una decisión sin más justificación que la que prestan ellos mismos; hay principios que, al establecer un mandato finalista, limitan o habilitan la acción publica en un cierto (aunque vaporoso) sentido; hay principios, en fin, que contienen los valores que pueden indicar la posición o la actitud general que pueden adoptar el intérprete y el

> operador jurídico para realizar su labor, aunque los contornos de tal posición resulten sumamente difuminados (González, 2018, p.403).

Para finalizar, al principio de esta sección dije que entre el *iusnaturalismo* y *iuspositivismo* siempre se presentó la discusión sobre qué debería entenderse por Derecho y cuáles materias eran del resorte del científico jurídico. Asimismo, sostuve que dicha discusión era neurálgica e irreconciliable, pues unos tenían como materia de estudio una realidad no comprendida en ese momento, y por ello, los otros lo tomaban como asuntos que debían resolverse en el plano teleológico o espiritual, más no en el plano científico. Sin embargo, parece ser que estas dos corrientes encontraron, en los principios generales de derecho, su lugar de convergencia.

En conclusión, a pesar de que tratar los principios jurídicos es un tema complejo que, muchas veces, desborda las capacidades del Derecho positivo, esta corriente *iusfilosófica* no puede escudarse en ello para negar su tratamiento, todo lo contrario, esta disciplina debe hacerle frente y para ello puede hallar en el Derecho natural la solución a muchos de sus problemas. Esto es, puede hacer del *iusnaturalismo* un aliado importante que le ayude a vivificar el Derecho para ajustarlo a las realidades imperantes de la sociedad. Al respecto Alejandro González (2018), sostiene que:

> El derecho natural es un *corpus* de principios en sí mismo que… sirve de substancia y de instrumento de legitimación del derecho positivo. [Por lo tanto], son entendidos como guía y fundamento en los procesos de creación, interpretación y aplicación del derecho, en virtud de encarnar los ideales de orden, justicia o racionalidad que deben ineludiblemente imperar en la dinámica de las

> relaciones sociales, fijándoseles en ese sentido caracteres de permanencia, transcendencia y superioridad (p.315 – 316).

En palabras de Dworkin citado por Alejandro Gonzalez (2018):

> Si el pueblo acepta ser gobernado no solo por reglas explicitas establecidas en decisiones políticas anteriores sino también por cualquier otra norma proveniente de los principios que estas decisiones suponen, entonces el conjunto de normas reconocidas puede expandirse y contraerse en forma orgánica, a medida que las personas se tornan más sofisticadas para sentir y explorar aquello que estos principios requieren en nuevas circunstancias, [no hay necesidad de crear] una legislación detallada o de adjudicación [que resuelva] cada punto de posible conflicto (p.407).

1.2. El valor jurídico y político de una Constitución.

Al comienzo del anterior subcapítulo previne que esa clasificación particular de las fuentes del derecho es la que generalmente acepta la doctrina tradicional. Dije además que su utilización tiene como objetivo demostrar su incapacidad para enfrentar los retos que plantean el constitucionalismo y la globalización. Pues bien, la creación de las Constituciones, entendidas como normas supremas que nutren todo el ordenamiento jurídico y que se reputan obligatorias para las agencias estatales y los particulares, supuso un cambio paradigmático en la teoría del derecho y de las fuentes. De igual manera, sostuve que el culto a la ley era de tal magnitud que se creía que ella era todo el Derecho. Sin embargo, a partir de la Constitución entendida como *norma de normas*, la ley pasó a un segundo plano, y por ende su vigencia y validez ya no

dependerá – exclusivamente – de la voluntad de su creador, sino, más bien, de la conformidad que ella pueda tener con las normas constitucionales.

Sobre este asunto, Manuel Aragón (1998) nos dice, que ese menosprecio hacia la Constitución, se debió a que en Europa la ley era considerada la norma fundamental. Por eso, los Estados predicaban fidelidad a su imperio a pesar de tener constituciones políticas vigentes. Sin embargo, para ese entonces las constituciones solo tenía la condición de representar un programa político cargado de objetivos y fines que la comunidad añoraba alcanzar. Por lo tanto, no tenían la condición de ser consideradas verdaderas reglas de derecho vinculantes para las agencias del Estado y a los particulares. Según Aragón, no fue sino a partir de 1945 que Europa comenzó a considerar a "la Constitución como norma jurídica, como Derecho aplicable, judicialmente exigible" (p.69).

> En un país, como el nuestro [dice Aragón], en que la Constitución es la norma superior del ordenamiento, aplicable por la Administración y los jueces, que vincula a los poderes públicos y a los ciudadanos y que tiene en el Tribunal Constitucional su supremo interprete y defensor jurídico, el sometimiento del Estado de Derecho es el sometimiento del Estado y del Derecho a la Constitución. El imperio del Derecho no será ya el imperio de la ley, sino, por encima de esa ley, el imperio de la Constitución; la garantía de la libertad no residirá en el principio de legalidad, sino, verdaderamente, en el principio de constitucionalidad; Estado de derecho no coincidirá, pues, con Estado legal, sino, exactamente, con Estado constitucional (p. 69).

El valor de la Constitución – en términos jurídicos – es importantísimo, pues solo a partir de su concepción, el ordenamiento jurídico se convirtió realmente en un sistema normativo, ya que, la Constitución, además de ser considerada norma fundamental que determina las condiciones de validez del resto de las normas que componen el sistema, permitió establecer la existencia de un sistema lógico de ordenación (Padrón, Julio & Sierra, 2018, p.86). Pero, cuál es el valor que tiene la Constitución en términos políticos. Al respecto, Jaime Vidal Perdomo (1998) argumentaba que,

> Cuando no se dan las circunstancias históricas de una revolución ideológica, o de un partido único o mayoritario que impone su credo político, las constituciones se convierten en textos de convergencia ideológica; quienes las redactan, entonces, quieren verter allí parte de sus concepciones y principios filosóficos – políticos (p.30).

Por su parte, para Manuel Aragón (1998) la Constitución significa

> La norma fundamental que establece la delimitación del ámbito de las libertades de los individuos y de las competencias de los órganos del Estado, bien entendido que la delimitación del ámbito de las libertades ha de significar su garantía y la de las competencias estatales sus limitaciones […] La gloria del Estado solo es posible con la libertad política de los ciudadanos, pues eficacia y libertad, utilidad y control no son más que dos caras de la misma moneda. Con ello, además se refuerza el carácter supremo de la Constitución, carácter que no está basado sólo en un requisito de técnica jurídica o de la organización burocrática del Estado contemporáneo, sino que descansa en un principio político que presta coherencia a

> estos: la soberanía popular por encima del poder estatal, el individuo por encima del Estado, la legalidad preñada de legitimidad (p.93).

Conforme a lo anterior, es claro que la Constitución encarna los valores democráticos de una sociedad política y por ello se considera la *norma de normas*. En este punto no se trata a la Constitución como un programa de Estado que fija unas metas y unos objetivos a alcanzar (aunque en parte, podría tener esa condición), sino que se trata de una norma imperante y vinculante que, sin dejar de vislumbrar un Estado ideal, puede y debe regular la vida en sociedad. En otras palabras, la Constitución – bajo ninguna circunstancia – puede convertirse en un simple "saludo a la bandera".

1.2.1. La Constitución Política y su lugar en la estratificación normativa del derecho interno.

La Constitución es la "norma fundamental". Eso quiere decir, entre otras muchas cosas, que es la única que puede otorgarle validez formal y material a las demás normas inferiores del ordenamiento. Por ende, cualesquier disposición inferior que le contradiga no tiene otra suerte que ser retirada del ordenamiento jurídico por pretender sobrevivir fuera de la atmosfera constitucional (Const., 1991, art. 241 – 4). En ese entendido, Floralba Padrón, Alexei Julio y Humberto Sierra (2018), consideran que son tres las funciones que pueden distinguirse de la Constitución como norma fundacional.

> En primer lugar, el texto constitucional establece los límites del derecho de un Estado, es decir, es la piedra angular de todas las ramas del derecho dentro de un sistema jurídico. En segundo lugar, la Constitución tiene la función de establecer

> quienes son los sujetos capacitados para la creación y modificación de las normas que componen el sistema normativo, es decir, determina cuales son las fuentes de producción del derecho. Por último, el texto constitucional determina cual es la estructura jerárquica entre las fuentes del derecho (p.101 – 102).

Pues bien, dado que la Constitución tiene supremacía en el orden normativo, es claro que también tiene eficacia normativa, esto es, puede ser aplicada directamente sin necesidad de que exista, previamente, una regulación legal sobre el caso que se estudia. De manera que, los operadores judiciales no pueden utilizar la excusa de que al no existir ley aplicable al caso concreto, ellos se encuentran facultados para decidir discrecionalmente.

En ese orden de ideas, Padrón, Julio y Sierra (2018) consideran que son cuatro las modalidades que se predican de la Constitución como Estatuto dotado de eficacia normativa. La primera modalidad, la denominan "la Constitución como norma establecida para la creación de otras normas" (p.106). Sobre esta modalidad ya hice referencia cuando dije que la Constitución misma establece cuál es el procedimiento que debe agotarse para promulgar una determinada ley y cuáles son los asuntos que el Legislador puede regular a través de ellas (Const., 1991, art. 150 – 170). Por ejemplo, si el Congreso de la República quiere reglamentar un derecho fundamental reconocido en la Constitución o en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, él debe abordar tal regulación a través de una ley estatutaria (Const., 1991, art. 152 – A). Si él omitiere tal procedimiento, dicha ley corre el riesgo de ser retirada del ordenamiento por contradecir los mandatos de la Constitución. En el año 2017, solo por citar un ejemplo, la Corte Constitucional declaró que el capítulo del Código de Policía por medio del cual se reglamentaba la protesta social era inconstitucional por cuanto el Legislador había violado la reserva de ley estatutaria

(Lalinde, 2019). En otras palabras, dado que la protesta social es reconocida como un derecho fundamental, esta solo puede reglamentarse a través de una ley estatutaria y no en una ley ordinaria, como efectivamente sucedido.

La segunda modalidad, es denominada "la Constitución como norma de parámetro para determinar la inconstitucionalidad de otras normas" (Padrón, Julio & Sierra, 2018, p.107). Frente a este punto, se puede decir que con el ejemplo anterior, queda ilustrada la distinción. Sin embargo, es pertinente añadir lo siguiente. Es claro que la Corte Constitucional junto con el Consejo de Estado son por excelencia las únicas dos corporaciones judiciales facultadas para retirar del ordenamiento aquellas normas que se reputen contrarias a la Constitución (Const., 1991, art. 237, 241). Sin embargo, ¿Qué pasa si un juez (distinto a estas corporaciones) se encuentra ante un caso en el que la ley aplicable al caso sí otorga una solución al conflicto, pero esta es injusta para las partes (o para una de ellas) y vulnera derechos fundamentales? Pues bien, para esos casos, el sistema normativo establece que los jueces están facultados para no aplicar ese tipo de normas, siempre que ellas no hayan sido estudiadas y decididas por el Tribunal Constitucional (C. Const. Sentencia C – 122/11).

La tercera modalidad, la denominan "la Constitución como norma para la interpretación de otras normas" (Padrón, Julio & Sierra, 2018, p.108). En cuanto a esta, es lógico que para determinar la inconstitucionalidad de una norma, se debe tener como pieza principal de interpretación la Constitución. Eso nos arriba a la conclusión de que se podría unir la modalidad segunda y la tercera y no habría problema. No obstante, hay una diferencia importante que es pertinente establecer. Cossio citado por Gilberto Blanco (2013) sostiene que "toda ley permitirá siempre dos interpretaciones posibles por lo menos" (p.228). Eso quiere decir, que el operador

judicial debe acoger aquella interpretación que guarde mayor conformidad con la Constitución. La Corte Constitucional cuando estudia la constitucionalidad de una norma trata, en la medida de lo posible, de hallar esa interpretación que sea admisible con el Estatuto Superior. Si la Corte logra eso, proferirá una decisión en la que deja vigente la norma acusada siempre que se entienda (en adelante) de determinada manera. De allí que toda interpretación distinta de la norma a la determinada por la Corte debe ser absolutamente rechazada por los demás poderes estatales (C. Const. Sentencia C – 492/00).

Y por último, la cuarta modalidad es denominada "la Constitución como norma de aplicación directa" (Padrón, Julio & Sierra, 2018, p.108). En varias ocasiones se ha dicho que las normas constitucionales son verdaderas reglas de derecho que deben ser tenidas en cuenta independientemente si existe o no una ley aplicable (C. Const. Sentencia T – 109/19). Esta afirmación se sostiene en parte porque en un Estado *hiperlegalista* es muy probable que existan normas contrarias a la Constitución que al no ser demandadas y estudiadas por el Tribunal Constitucional, aun sigan vigentes en el ordenamiento. Por eso se requiere un poder judicial activo que ejerza el control de constitucionalidad y haga valer la Constitución.

Esa convicción de que la Constitución debe tener aplicación directa se presenta, porque antes de la Constitución del 91, las constituciones gozaban simplemente de un valor político, pero no de una efectividad jurídica. Es decir, las constituciones representaban ese pacto firmado entre gobernantes y gobernados, pero no existía esa consciencia de que lo establecido en ella era vinculante para los dos. Por esa razón, fue necesario crear el paradigma jurídico de que la Constitución no era una ley – como cualquier otra – que podía modificarse y derogarse de manera simple y sencilla.

Frente a ese asunto, Manuel Aragón dice que ese sentimiento de supralegalidad de la Constitución surgió en el constitucionalismo norteamericano y fue adoptado por muchas culturas jurídicas tiempo después. Al respecto, dice el profesor español que la independencia de Estados Unidos les dio a los padres fundadores la convicción de que los poderes estatales solo podían crearse para proteger al individuo. Es allí en donde "reside la base teórica de la supralegalidad constitucional, que no es otra que el genuino concepto de Constitución: la limitación de los poderes del Estado encaminada a garantizar la libertad de los ciudadanos" (Aragón, 1998, p.96). Se dieron cuenta de que si seguían manteniendo la tesis británica de que el Parlamento era el soberano y que por ende estaba por encima de la Constitución, se verían constantemente enfrentados con gobiernos tiranos, por esa razón, fundaron en los corazones de los pobladores la tesis de que la Constitución era su único boleto a la libertad.

1.3. La Corte Constitucional como guarda e intérprete supremo de la Constitución.

Cuando se formaron los primeros Estados constitucionales, el principal problema que surgió fue respecto a quién debía ser el intérprete supremo de la Constitución. En ese momento, se planteaba la tesis de que si la Constitución era la norma fundamental del sistema normativo y en ella reposaba la soberanía popular, debía existir en el Estado una institución que la protegiera y la resguardara de los ánimos reformatorios y derogatorios. Para ese momento, no se tenía claro si debía ser el Parlamento (quien se dice representar el pueblo) o los jueces y, frente a este último, no se sabía si debían ser las corporaciones existentes antes de la Constitución o, por el contrario, se debía crear una nueva institución que estuviera dedicada – exclusivamente – a defender el Estatuto Superior. Pues bien, nuestro modelo de justicia constitucional, según Aragón (1998), se lo debemos al gran jurista austriaco Hans Kelsen. Él creía que debía existir un Tribunal

Constitucional (distinto a los tribunales ordinarios) al que se le confiara la responsabilidad de revisar la constitucionalidad de las normas legales. Una corporación que estuviera facultada para retirar del sistema normativo aquellas normas contrarias a la Constitución y que la decisión que esta adoptara fuera respetada y vinculante.

Bajo esa tesis kelseniana, el poder constituyente del 91 consideró que mantener la Sala Constitucional de la respetada y prestigiosa Corte Suprema de Justicia, no era suficiente para garantizar la suprelegalidad de la Constitución. En síntesis, para romper con el paradigma legalista, era necesario crear una nueva corporación judicial que fuera la guarda de la supremacía e integridad de la Constitución. En efecto, así fue como la Asamblea Nacional Constituyente dio vida a la Honorable Corte Constitucional, una institución que supo ganarse el respeto y reconocimiento de muchos.

Una de las principales funciones de la Corte Constitucional es la de ejercer el control de constitucionalidad a las leyes y los decretos dictados por el Presidente que tienen fuerza de ley. Ello significa, para Fernando Tocora (1992) que la Corte debe confrontar la norma constitucional con la norma que se impugna y determinar a través de un proceso hermenéutico y argumentativo, dos cosas: la exequibilidad o inexequibilidad de la norma. Aunque, a simple vista, esta función jurisdiccional parece sencilla. El juicio jurídico de constitucionalidad no es para nada fácil.

Al respecto, Manuel Aragón (1998) dice que:

> Una atribución tan formidable, y por supuesto necesaria en cuanto que deriva del carácter normativo de la Constitución, requiere que se ejerza con determinadas condiciones, de tal manera que no se desvirtúen ni el principio democrático ni el

> Estado de Derecho. En primer lugar, el Tribunal Constitucional no puede usurpar el poder constituyente, y ello se logra en la medida en que interprete jurídica y no políticamente la Constitución. En segundo lugar, tampoco debe destronar al legislador democrático, y ello conduce a que solo debe anular sus producciones cuando resulten plenamente contradictorias con la norma constitucional, respetando, en los demás casos, el amplio margen de libertad que la Constitución le otorga. (p.118 – 119).

Si nos damos cuenta, Manuel Aragón valida la revisión judicial de las leyes y el monopolio de las Cortes para decidir sobre la inoperancia de una ley. Sin embargo, existen quienes se oponen al control judicial de las leyes por cuanto consideran que ese instrumento carece de toda legitimidad democrática. Frente a este reproche, Jeremy Waldron es el referente más importante. Las razones que llevan al profesor de la Universidad de Nueva York a estar en desacuerdo con el control judicial fuerte, son las siguientes: (i) el control de constitucionalidad es poco legítimo debido a que los sujetos que deciden sobre la inoperancia de una ley, carecen de tal condición (Waldron, 2018); es decir, dado que los jueces no son elegidos democráticamente, estos toman sus decisiones sin el más mínimo temor de una sanción popular. Por ejemplo, la diferencia entre un legislador y un juez (al momento de tomar una decisión) es que aquel actúa en favor de los intereses de las personas que lo eligieron porque actuando de esa manera podrá ser reelegido cuantas veces quiera. Por su parte, los jueces al no ser elegidos por una masa popular, ni siquiera piensan en ello, ya que los jueces en su mayoría son elegidos (i) para periodos fijos sin derecho a reelegirse o (ii) de forma vitalicia. De manera que, no se encuentran sujetos al escrutinio popular ni antes ni después de ejercer el cargo.

(ii) Los procesos judiciales mediante los cuales se declara la inoperancia de una ley, no permiten la igualdad política ni la equidad democrática (Waldron, 2018). Según Jeremy, los procesos constitucionales no tienen la misma envergadura de un proceso legislativo, es decir, la creación de una ley es un proceso tedioso que tarda una o varias legislaturas en la que todos los miembros del Parlamento participan, incluso la sociedad civil (a través de grupos de opinión o de presión) lo hace. Por ello, aun cuando la norma del "partido de gobierno" es aprobada, esa misma disposición incluye – muchas veces – proposiciones de los "partidos de oposición". Por esa razón, no concibe cómo es que un proceso judicial, que no tarda más de la mitad de un proceso legislativo y que no otorga a las partes afectadas las mismas herramientas para el debate, sea capaz de expulsar una norma legal del ordenamiento.

Y, por último, (iii) la mayoría que se establece en un proceso judicial constitucional para expulsar una norma del ordenamiento es una mayoría simple, lo que da a entender que la disposición no es del todo contraria a la Constitución. Si sólo 5 de 9 magistrados y magistradas juzgan que la norma es inconstitucional, el desacuerdo que hay entre ellos es mínimo, lo que quiere decir que ese desacuerdo es legítimo, por lo que, no tendría porqué resolverse en los estrados judiciales. Al contrario, bebería ser el Parlamento quien discutiera, con tiempo y serenidad, los desacuerdos válidos y razonables de la sociedad. (Waldron, 2018)

Por supuesto que los argumentos que ofrece Waldron son tentadores y respetados. Todos quisieran ver un Legislador comprometido con las causas sociales. Legislando sobre asuntos complejos que resuelvan los problemas estructurales de la Nación, con la participación de los grupos minoritarios y los menos favorecidos en la distribución de la riqueza. No obstante, tal y como lo advierte Jorge Roa (2019) en países del Sur Global el cuerpo legislativo tiene un alto

déficit de representación y legitimidad popular, y ello se debe a que los parlamentarios no gozan de una imagen positiva ante el electorado. Los continuos escándalos de corrupción, la política clientelista y los conflictos de intereses que los rodean, son escenarios que ayudan a su baja aceptación social y a su imagen desfavorable. Por esa razón, muchas veces ese desprecio por "los padres de la patria" genera que los Tribunales Constitucionales tengan mayor aceptación, confianza y legitimidad democrática, puesto que, de alguna manera, los jueces han sabido escuchar los reclamos de los menos favorecidos y han canalizado sus protestas a través de soluciones jurídicas parcial o absolutamente satisfactorias.

En efecto, según Roa, las críticas de Jeremy (sobre el sistema fuerte de control judicial), si bien son parcialmente válidas y ciertas, no tienen aplicabilidad en Colombia ni en otros muchos Estados del Sur Global. Esto se explica, porque las condiciones que Jeremy Waldron denomina *core of the case*, no son satisfechas por constitucionalismo como el nuestro.

Tales condiciones (*core of the case*) que describe Waldron citado por Roa (2019), son las siguientes:

> (1) instituciones democráticas con un funcionamiento razonablemente correcto, incluyendo un legislativo representativo elegido con base en el sufragio universal de los adultos; (2) un conjunto de instituciones judiciales, de nuevo, con un funcionamiento razonablemente correcto, establecido sobre bases no-representativas para escuchar demandas jurídicas individuales, resolver disputas y mantener el imperio de la ley (*rule of law*); (3) un compromiso por parte de la mayoría de los miembros de la sociedad, y de sus funcionarios, con la idea de los derechos individuales y de las minorías; y (4) un desacuerdo persistente,

> substancial y de buena fe acerca de los derechos (p. ej., acerca del alcance del compromiso con los derechos y de sus implicaciones) entre los miembros de la sociedad que están comprometidos con la idea de los derechos (p.64).

Frente a esas condiciones, Waldron dice que un Estado constitucional que cumpla esas condiciones, debe rechazar el sistema fuerte de control judicial de las leyes (en parte, por las discrepancias que él plantea) (Roa, 2019). Eso nos arroja a la conclusión de que Colombia, al no cumplir con las condiciones (según Jorge, tales condiciones Colombia las satisface parcial y precariamente), se encuentra por fuera del reproche. Por supuesto que, tal situación no debería enorgullecernos, al contrario eso evidencia los graves problemas estructurales que tenemos y la carencia de una democracia real y efectiva. Ante esos problemas titánicos: (i) la Corte Constitucional se convierte en un instrumento importante para estabilizar – más o menos – la democracia en un país que sigue en conflicto armado; y (ii) los ciudadanos, ven en la jurisdicción constitucional un remedio para proteger sus derechos y libertades.

El debate es tan interesante, que Jorge Roa (2019) basado en los argumentos de Richard Fallon y Roxalind Dixon, sostiene que incluso en democracias que satisfacen las condiciones de Jeremy (*core of the case*) el control judicial de las leyes ofrece dos situaciones importantes: (i) "el control de constitucionalidad funge como una vía para reforzar la protección de los derechos constitucionales" (p.90). Esto es, puede llevar a que exista una sobreprotección de los derechos, lo cual, no es para nada reprochable, al contrario, ojalá lo fuera así; y (ii) "existen puntos ciegos dentro del sistema democrático que justifican la intervención del poder judicial para que este ponga el foco de atención en aquellos aspectos que el legislador no logró percibir" (p.90 – 91).

Al respecto, Roxalind Dixon citada por Jorge Roa (2019), dice que los puntos ciegos ocurren cuando:

> i) los límites de racionalidad del legislador le impiden prever que una ley que desde un punto de vista abstracto parece conforme con la Constitución puede ser aplicada de manera o con efectos contrarios a los derechos constitucionales; (ii) no se aprecia el impacto de una ley en los distintos grupos que existen dentro de la sociedad, y (iii) se aprueba un acto normativo que responde a un objetivo legislativo claro pero deja por fuera otros objetivos igualmente valiosos desde el punto de vista constitucional (p.92 – 93).

En este orden de ideas, lo dicho hasta aquí es para comprender la importante labor que desempeña la Corte Constitucional con todas sus virtudes y desencantos. Como se pudo observar, la revisión judicial de las leyes de carácter concentrado (o el sistema de control de constitucionalidad fuerte), se resume en la idea de un Tribunal Constitucional facultado para declarar inoperante una norma legal o expulsarla. Aprovecho la oportunidad para decir lo siguiente: aunque a lo largo de este capítulo dije que la Corte realiza su labor teniendo como parámetro de interpretación la Constitución, omití decir (a propósito) que la "norma fundamental" tal y como ha sido expuesta hasta ahora, es solo una cara de la moneda. En realidad, la Corte Constitucional cuando realiza el control de constitucionalidad tiene en cuenta más instrumentos jurídicos que la simple Constitución. Sin embargo, más adelante profundizaré en este punto. Por lo que sigue, quiero aprovechar para decir que en Colombia no solo la Corte Constitucional hace el control judicial de las leyes; los demás poderes estatales también están facultados y obligados a realizarlo, pero esta vez de carácter concreto o difuso (C. Const.

Sentencia C – 1154/08). En otras palabras, dado que la Constitución es la norma de normas y por consiguiente debe ser tenida en cuenta por los estamentos estatales, esto les concede la facultad de no aplicar una norma legal, que se reputa aplicable al caso, cuando consideran que esta va en contravía a la Constitución, y si se quiere en contravía de algunos de esos instrumentos jurídicos de los que se hizo referencia.

A pesar de ello, la posibilidad de considerar inconstitucional una norma y no aplicarla al caso bajo examen, no genera que la norma pierda su vigencia y sea expulsada del ordenamiento, todo lo contrario, la norma queda vigente y puede (incluso) ser usada por otro funcionario judicial (superior y/o inferior), si es que considera que no hay reparos en ella. De manera que, la Corte Constitucional es la única corporación judicial que puede expulsar del ordenamiento normas y su sentencia sí tiene efectos *erga omnes*. Sobre esto, la Corte ha dicho que:

> [Una] norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son *inter partes*, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución. Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos *erga omnes* si la norma exceptuada es constitucional o no (C. Const. Sentencia C – 122/11).

Lo dicho hasta aquí, es una ilustración de cuán importante es la Constitución en el Derecho interno. El derecho es dinámico y por ello cambiante. Al inicio de este capítulo, vimos que la ley era considerada la fuente – por excelencia – del Derecho y que tal consideración le había otorgado la condición de vincular y sujetar al Estado. Sin embargo, cuando la Constitución ganó eficacia normativa la ley se desplazó del primer lugar de estratificación del Derecho para ahora estar sujeta a la verdadera "norma fundamental". Esto no solo ayudó a que la Constitución reivindicara su papel, sino que también, trajo consigo la creación de la Corte Constitucional, la cual genera con su jurisprudencia subreglas constitucionales vinculantes que exigen su observación (López, 2006). De ahí que, además de la Constitución como parámetro de interpretación, debe tenerse en cuenta lo que de ella diga su intérprete supremo.

Eso parece lógico. Si la Corte decide condicionar una norma, sus razones deben tenerse en cuenta, pues aunque la norma mantenga su misma estructura lingüista, ya no goza del mismo significado. En tal sentido, si un operador judicial quiere aplicarla, debe tener presente que dijo la Corte sobre ella. Si ese no fuera así, de nada serviría dejar la norma acusada vigente si se van a mantener las inconformidades constitucionales por las cuales se demandó.

Por otro lado, realizar la revisión judicial de las leyes y proteger los derechos humanos no es una tarea sencilla, sin embargo, ante una misión titánica y compleja, herramientas jurídicas igual de sofisticadas y plausibles. Teniendo esto como premisa, la Corte se percató de que el simple articulado de la Constitución no era suficiente para proteger los derechos y cumplir los compromisos constitucionales. En tal sentido, expresó:

> El Estatuto Superior está compuesto por un grupo más amplio de principios, reglas y normas de derecho positivo que conforman el denominado "bloque de

> constitucionalidad" y que comparten con los artículos del texto de la Carta la mayor jerarquía normativa en el orden interno. En este sentido, la noción "bloque de constitucionalidad" pretende transmitir la idea de que la constitución de un Estado es mucho más amplia que su texto constitucional, dado que existen otras disposiciones, contenidas en otros instrumentos o recopilaciones, que también son normas constitucionales (C. Const. Sentencia C – 067/03).

Bajo ese argumento, se reafirmó en Colombia la teoría del bloque de constitucionalidad. Digo reafirmó, porque antes de esa sentencia, la Corte ya había creado y definido el bloque de constitucionalidad:

> Como 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*. (C. Const. Sentencia C – 225/95).

La adopción del bloque de constitucionalidad no fue resultado de un capricho de los jueces y las juezas. Su surgimiento fue una salida sabia al problema (que, por cierto, aún sigue vigente) de armonizar los instrumentos internacionales con el derecho interno, para responder al mandato del artículo 93 de la Constitución, el cual predica que "los tratados y convenios internacionales

ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno" (Const., 1991, art. 93).

Si nos damos a la tarea de escudriñar esta interpretación de la Corte y lo que establece el artículo 93 podemos concluir que la jurisprudencia entendió "por prevalencia" aquella que se predica cuando los tratados y convenios internacionales se ubican por encima de la ley, mas no de la que se dice estar por encima de la Constitución. Aunque la Asamblea Constituyente no fue contundente en su lenguaje, la Corte supuso que la voluntad del constituyente era ese. En ningún momento la Corte pensó que esa prevalencia se refería a la posible ubicación de tratados y convenios internacionales por encima de la Constitución.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha clasificado el bloque de constitucionalidad en dos sentidos.

> El primero: *stricto sensu*, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario. De otro lado, la noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que "tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias", aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional (C. Const. Sentencia C – 582/99).

Frente al bloque de constitucionalidad, Diego y Juan Carlos Yañez (2012) sostienen que esta figura, si bien, en su momento resultó útil para integrar el derecho internacional con el derecho interno, esta figura ya no se ajusta a los retos que plantea la globalización, por ende, ellos consideran que la idea de bloque de constitucionalidad debe reformularse por la tesis de los *estándares internacionales de derechos humanos.* Ellos sustentan su idea bajo la premisa de que el bloque sólo integra tratados y convenios internacionales, más no, otro tipo de instrumentos normativos, por ejemplo: las observaciones y/o recomendaciones que hacen los órganos u organismos especializados de las Naciones Unidas (el llamado *soft law*). En efecto, para lograr mayor protección de los derechos y ayudar a los jueces en esa labor, ellos sostienen que es necesario suprimir el bloque de constitucionalidad para adoptar la figura de estándares internacionales, por cuanto, la consagración de un estándar no obedece, necesariamente, a su condición de estar expresado (textualmente) en un tratado o convenio internacional.

Ante esta propuesta, lo primero que debo decir, es que los autores se equivocan al decir que el bloque de constitucionalidad no permite la inclusión de otros instrumentos jurídicos distintos a los tratados y a los convenios internacionales. Como vimos en párrafos anteriores, la definición de bloque de constitucionalidad, en ningún momento dice que sólo esos dos tipos de instrumentos integran el bloque, todo lo contrario, lo que la Corte dice, es que existen otras disposiciones normativas, incluidas o recopiladas en instrumentos jurídicos internacionales, que deben estar a la par de la Constitución. Lo que quiere decir, que jurisprudencia internacional o interamericana y el *soft law*, si pueden y son parte del bloque, como efectivamente sucede en la actualidad. Por ejemplo, en su momento, la Corte incluso ha dicho que las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT son vinculantes Colombia y hacen parte del bloque de

constitucionalidad (Corte Constitucional, Sentencia T – 603, 2003) y, como sabemos, las recomendaciones no son realmente un tratado internacional.

Por otra parte, la jurisprudencia citada por Diego y Juan Carlos, en vez de demostrar la necesidad de suprimir el bloque de constitucionalidad, lo que hace es vislumbrar su importancia. En la jurisprudencia citada por estos autores, se demuestra que la Corte Constitucional usa la figura del bloque para traer a colación estándares internacionales y aplicarlos al caso que se estudia. Por ejemplo, ellos citan la Sentencia T – 967 de 2009, y en esa providencia la Corte dice lo siguiente:

> No puede pasar por alto la Corte la importancia de los principios Deng y Pinheiro en la resolución del asunto objeto de revisión, instrumentos de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato, razón por la cual se convierten en criterios o pautas de interpretación relevantes para garantizar el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales de la población en situación de desplazamiento forzado (Yañez & Yañez, 2012, p.26).

Quiero dejar en claro que estoy de acuerdo con la idea de que los jueces deben ajustar sus fallos a los estándares internacionales de derechos humanos, pues, (i) porque ante el déficit de protección que pueda presentar nuestra legislación, los estándares pueden ayudar a suplir ese vacío y otorgar mayor garantía de los derechos; y (ii) porque el Estado colombiano, al ajustarse a los estándares internacionales, está evitando futuras declaraciones de responsabilidad por violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, la necesidad de suprimir el bloque de constitucionalidad no es clara.

En resumen, como dije antes, un estándar internacional es un precepto normativo, adoptado por un creador de disposiciones jurídicas, que se encuentra consagrado en las distintas fuentes del derecho internacional. De manera que, ese estándar puede encontrarse en el bloque de constitucionalidad en sentido estricto o lato. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la revisión previa de contenidos informativos por parte del Estado, es una violación a la libertad de información y de expresión. En tal sentido, como la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante y hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, el estándar de protección también lo es. De manera que, los jueces no tienen la necesidad de suprimir el bloque para hacer uso de un estándar internacional; sin darse cuenta, los jueces hacen uso de estándares internacionales cuando adoptan sus decisiones bajo los parámetros que establecen los instrumentos jurídicos anteriormente descritos.

Capítulo 2. Naturaleza y alcance del control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

2. Sistema Regional de Protección de los Derechos Humanos.

La Segunda Guerra significó la reconstrucción de un mundo devastado. Representó para muchos el impulso necesario que motivó a los Estados de todo el mundo a preocuparse por crear instrumentos jurídicos y organismos internacionales que vigilaran sus actuaciones y advirtieran sobre las prácticas que vulneraban de manera grave y generalizada los derechos humanos, antes de la hecatombe.

En tal sentido, una de las razones que los llevó a ello surgió a partir de las investigaciones y juzgamientos que se adelantaron contra miembros de la Alemania Nazi. Dichas pesquisas, arrojaron que el régimen de Hitler había logrado coaptar los poderes judiciales y legislativos para "legalizar" sus prácticas inhumanas, discriminatorias y aberrantes. Stanley Krammer (1961) en la emblemática película "vencedores y vencidos – El juicio de Nuremberg" logró vislumbrar (de forma brillante y asombrosa) como los Nazis habían (i) reformado sus leyes para enjuiciar, condenar y castigar a poblaciones históricamente discriminadas (minorías étnicas, personas en situación de discapacidad física o cognitiva, miembros de la comunidad LGBTI, entre otros); (ii) con la benévola complicidad de los jueces alemanes.

Según Kathryn Sikkink (2018), muchos historiadores de la protección internacional de los derechos humanos se equivocan al decir que la Declaración Universal de los Derechos Humanos (aprobada el 10 de diciembre de 1948), fue el "momento fundacional del régimen internacional de los derechos humanos" (p.82) al convertirse en la primera oportunidad en la que una

organización intergubernamental adoptó una enumeración detallada de derechos. Antes de esa declaración, existe el precedente de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que se aprobó de forma unánime por los veinte estados de América Latina y los Estados Unidos ocho meses antes de la DUDH, en abril de 1948, en una conferencia en Bogotá (p.82). Tal hecho demuestra, según Kathryn, el esfuerzo y la enorme contribución que han hecho los países del Sur Global por construir el régimen internacional de los derechos humanos.

Todos esos acontecimientos que ocurrieron a nivel regional e internacional, llevaron a la creación de un sistema universal de protección de los derechos humanos el cual se divide, a su vez, en tres sistemas regionales. El africano, el interamericano y el europeo. Cada uno de estos sistemas, está integrado por instrumentos normativos de derechos humanos, (i) que consagran mecanismos que permiten la justiciabilidad de los derechos allí reconocidos y que (ii) establecen a su vez organismos judiciales y cuasi – judiciales que velan por su protección.

En lo que tiene que ver con la región interamericana, la Organización de Estados Americanos, la cual se creó en 1948 con el objetivo de lograr en sus Estados miembros, "un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia" (OEA, parra. 2 – 4), es la encargada de codificar derechos regionales, inherentes e interdependientes a la persona humana (Speinner & Uribe, 2014). De esta manera la OEA en cumplimiento de su deber institucional ha sido la creadora del *corpus iuris* interamericano.

Tabla 1.
Instrumentos jurídicos básicos del Sistema Interamericano.

Literal	Documentos básicos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos
A	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
B	Convención Americana sobre Derechos Humanos
C	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura
D	Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"
E	Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la Pena de Muerte
F	Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém do Pará"
G	Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad
H	Carta de la Organización de Estados Americanos
I	Carta Democrática Interamericana
J	Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión
K	Principios y Buenas Practicas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas

Para finalizar, estos tratados internacionales plantean una doble connotación, esto es, son derechos y obligaciones a la vez. Para explicar esto, Cristina Steiner y Patricia Uribe (2014) dicen lo siguiente:

> Los Estados asumen las obligaciones y los deberes de respetar, proteger y realizar los derechos humanos. La obligación de respetar significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos.

> La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos. La obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos (p.5).

2.1. La Convención Americana sobre Derechos Humanos

En una conferencia realizada en México, los Estados parte de la OEA concluyeron que debía redactarse una declaración de derechos humanos que en el futuro se convirtiera en un tratado internacional. Bajo ese compromiso, en noviembre de 1969, los delegados de los Estados Miembros redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la cual entró en vigor el 18 de julio de 1978 (Steiner & Uribe, 2014).

De esta manera, la CADH, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, se convirtió en "un tratado internacional que prevé derechos y libertades que deben respetados por los Estados Partes" (Corte IDH, 2018, p.3). Pero, ¿Qué hace tan importante la Convención? Lo que da importancia a la CADH, es su capacidad de consagrar un mínimo de garantías de protección a los derechos humanos. Así las cosas, representa la voluntad de los Estados americanos y simboliza la línea delgada entre lo que se consideraría digno y plausible de hacer y lo que no. Si bien, los tratados de derechos humanos se concibieron con la participación de Estados totalitarios (pues, en parte, la suscripción de estos documentos sirvieron de propaganda mediática internacional para los gobiernos dictatoriales. De alguna manera, suscribir esos tratados les otorgaba una imagen, porque les permitía "demostrar" que estaban comprometidos con los derechos humanos, aun cuando, realmente, en sus territorios la violación de derechos humanos era grave, masiva y sistemática), la simple ratificación de dichos instrumentos representó un gran avance para las

víctimas, ya que, a la larga, si el Estado no cumplía con sus obligaciones y no detenía la vulneración de derechos humanos podría ser declarado responsable internacionalmente (Sikkink, 2018).

De manera que, la Convención Americana se convirtió en la "norma fundamental" del sistema regional de protección, con todas sus virtudes y a pesar de todas las vicisitudes que esa condición genera. En tal sentido, las virtudes que arroja se ven ligadas a la capacidad de consagrar unos derechos y unas libertades que se reputan aplicables a toda persona en cualquier contexto o circunstancia. Es decir, el mínimo estándar de protección que se le exige al Estado colombiano de la libertad de expresión, es el mismo que se le reclama a los otros Estados parte sin importar si el nivel de desarrollo que este tenga es menor, igual o superior que al colombiano.

Por otra parte, en cuanto a las vicisitudes que tal condición genera son innegables (aunque muchas veces sean justificadas por gobiernos que pretenden mantener la vulneración de derechos humanos que las propias víctimas) puesto que, la obligación de respetar los compromisos adquiridos significa, entre otras cosas, el deber de adecuar la legislación interna y las prácticas institucionales a las disposiciones de la Convención sin excusa alguna. De allí que la CADH reclame un papel preponderante en las dinámicas políticas y jurídicas de los Estados que de buena fe la suscribieron.

A pesar de que muchos reclaman que la Convención no debe ser considerada "norma fundamental" pues no es el resultado de una voluntad popular propiamente dicha (como cuando se reclama que la Constitución debe ser protegida y velada porque su origen proviene de una ciudadanía representada por una Asamblea Constituyente), la CADH goza cierta legitimidad democrática por ser concebida en un foro público y representativo de los ciudadanos americanos.

Así las cosas, no sólo los jefes de Estado le otorgan a la CADH legitimidad popular (pues, en principio, fueron ellos los que la crearon, ratificaron y juraron cumplirla), la sociedad civil también lo hace al reclamar eficacia normativa y aplicabilidad de la Convención en sus propios Estados.

Ahora bien, la razón por la que se habla de un sistema regional de protección de los derechos humanos es porque, además de haber convenciones internacionales que expresan y consagran derechos y libertades, existen organismos que vigilan el comportamiento de los Estados y velan por el cumplimiento de los compromisos adquiridos. Esto, con el fin de que los tratados internacionales, en vez de ser inoperantes y quedarse relegados a iniciativas de cooperación regional, sean realmente justiciables y vinculantes.

En lo que tiene que ver con el Sistema Interamericano, dos órganos son los encargados de salvaguardar los derechos convencionales: La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En la próxima sección abordaré el tema con cierto detalle, dando a conocer cuál es la naturaleza predicable de cada órgano interamericano.

2.2. Órganos que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

2.2.1. Aproximaciones al trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Sistema Regional de Protección.

El primer órgano del sistema en funcionar fue precisamente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Creada en el año de 1959, por la Organización de Estados Americanos, con la función principal "de promover la observancia y la defensa de los derechos

humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización de Estados Americanos en esta materia" (Corte IDH, 2018, p.5). La Comisión ha estado integrada por siete miembros (elegidos por la OEA), altamente reconocidos por su trabajo en el campo de los derechos humanos y por su autoridad ética y moral (Ugarte, 2014, p.41). En cumplimiento de su mandato, la CIDH:

(i) Recibe, analiza e investiga peticiones individuales en que se alega que Estados Miembros de la OEA que han ratificado la Convención Americana o aquellos Estados que aún no la han ratificado han violado derechos humanos.

(ii) Observa la situación general de los derechos humanos en los Estados Miembros y publica informes especiales sobre la situación existente en determinado Estado Miembro, cuando lo considera apropiado.

(iii) Realiza visitas in loco a los países para analizar en profundidad de la situación general y/o para investigar una situación específica. En general, estas visitas dan lugar a la preparación de un informe sobre la situación de los derechos humanos que sea observada, el cual es publicado y presentado ante el Consejo Permanente y la Asamblea General de la OEA.

(iv) Estimula la conciencia pública respecto de los derechos humanos en las Américas. A tales efectos, la Comisión lleva a cabo y publica informes sobre temas específicos; tales como, las medidas que deben adoptarse para garantizar un mayor acceso a la justicia; los efectos que tienen los conflictos armados internos en ciertos grupos; la situación de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, de las mujeres, de las y los trabajadores/as migrantes y sus

familias, de las personas privadas de libertad, de las y los defensores/as de derechos humanos, de los pueblos indígenas, de las personas afrodescendientes y de las personas privadas de libertad; sobre la libertad de expresión; la seguridad ciudadana y el terrorismo y su relación con los derechos humanos; entre otros.

(v) Organiza y celebra visitas, conferencias, seminarios y reuniones con representantes de gobiernos, instituciones académicas, entidades no gubernamentales y otros, con el objetivo principal de divulgar información y fomentar el conocimiento amplio de la labor del sistema interamericano de derechos humanos.

(vi) Recomienda a los Estados Miembros de la OEA la adopción de medidas que contribuyan a la protección de los derechos humanos en los países del Continente.

(vii) Solicita a los Estados Miembros que adopten medidas cautelares, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 25 de su Reglamento, para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto de una petición ante la CIDH en casos graves y urgentes. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 63.2 de la Convención Americana, puede solicitar que la Corte Interamericana disponga la adopción de "medidas provisionales" en casos de extrema gravedad y urgencia para evitar daños irreparables a las personas, aunque el caso aún no haya sido presentado ante la Corte.

(viii) Presenta casos ante la Corte Interamericana y comparece ante la misma durante la tramitación y consideración de los casos.

(ix) Solicita opiniones consultivas a la Corte Interamericana, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 64 de la Convención Americana.

(x) Recibe y examina comunicaciones en las que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, de conformidad con el Artículo 45 de dicho instrumento. (Organización de Estados Americanos [OEA], 2015).

Cada una de estas atribuciones, a medida de que se vayan encaminando hacia la promoción y defensa de los derechos humanos, serán cada vez más valiosas e importantes de estudiar. Sin embargo, para efectos de esta monografía, sólo haré énfasis en aquellas que dan mayor fundamento a mi tesis sobre el papel de la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el Derecho doméstico de los países.

En ese orden de ideas, una de las atribuciones que considero importante de la CIDH es aquella que se relaciona con el recibimiento y tramite de peticiones individuales por violaciones a los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana (o en algún otro instrumento jurídico del Sistema Interamericano - ver Tabla. 1). Aunque la Comisión puede tener conocimiento de la existencia de una vulneración grave y generalizada de los derechos por otras vías, las comunicaciones individuales son por excelencia la vía ordinaria para acceder al Sistema Interamericano. En efecto, cuando la CIDH recibe una solicitud individual sobre la presunta

vulneración de un derecho ella se encuentre facultada para realizar, entre otras muchas cosas, visitas al lugar de los hechos (previa consentimiento del Estado) con el fin de reunir elementos de juicio que permitan corroborar la información,

En tal sentido, si la Comisión una vez escuchadas las consideraciones por parte del Estado y agotadas todas las etapas procesales considera que el Estado realmente es infractor, le ordenará a que adopte una serie de recomendaciones encaminadas a superar el contexto de vulneración. Si el Estado dentro del término establecido no cumple o se niega a cumplir esas recomendaciones, Según Krúpskaya Ugarte (2014) la CIDH tiene dos opciones: (i) someter el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si así lo considera (frente a este punto, la Comisión tiene absoluta discrecionalidad para decidir si remite o no el caso a la Corte); o (ii) realizar un segundo informe que será definitivo y presentarlo ante la Asamblea General de la OEA para que esta sea la encargada de adoptar los correctivos respectivos. Frente a este asunto, "en principio todos los casos que pueden ir a la Corte se remiten, a menos que la CIDH decida lo contrario sobre la base de criterios establecidos en el Reglamento" (Ugarte, 2014, p.54).

La Comisión ha sostenido que los criterios a tener en cuenta para la remisión de un caso a la Corte IDH, son los siguientes: "1) La posición del peticionario, 2) La naturaleza y gravedad de la violación, 3) La necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema; y 4) El eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros" (Ugarte, 2014, p.64 – 65). De modo que, a pesar de que la Convención Americana otorga absoluta discrecionalidad a la Comisión para decidir si envía o no un caso a la *jurisdicción contenciosa interamericana*, esta ha decidido auto limitarse al establecer unos presupuestos mínimos de valoración que, estudiados caso a caso, permitirán someter asuntos a juicio de la Corte.

Para tener mayor claridad sobre el procedimiento ante la CIDH, es pertinente traer a colación el cuadro explicativo realizado por la misma Ugarte (2014), para ilustrar, *grosso modo*, algunas de las atribuciones que tiene la Comisión (p.56).



Figura 2.
Fase Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Ugarte, 2014, p.57).

Antes de terminar esta sección, quiero hacer hincapié en la atribución que tiene la Comision de realizar recomendaciones a los Estados para que adopten medidas que lleven a: (i) cesar la vulneración alegada y; (ii) proteger los derechos reconocidos por el Sistema. Frente a esta atribución, Jorge E. Taiana (1998) sostiene que la Convención Americana en su literal b) del artículo 41 dice que la Comisión puede: "formular recomendaciones… a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos

dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos" (p.17).

Si nos damos cuenta, la Convención otorga a la Comisión una atribución valiosa y problemática a la vez, puesto que, si la CIDH lo considera puede recomendar al Estado infractor que ajuste su derecho interno a las disposiciones de la Convención. En otras palabras, si la Comisión observa que una ley (o incluso una norma constitucional) es contraria a la CADH o a otro instrumento regional ella puede exhortar al Estado para que reforme esa disposición que se acusa. Desde luego que si el Estado se niega a modificar o a derogar dicha norma (i) el contexto de vulneración seguirá manteniéndose y (ii) podrá ser sometido a la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, la cual comprobará y declarará la responsabilidad internacional. Por ejemplo, si un Estado Parte de la Convención Americana y/o de la Convención de *"Belem do Para"* consagra una norma legal o constitucional que da a los empleadores la facultad de reducir un 30% del SMMLV a las empleadas que estén casadas o uniones maritales de hecho, dicha regla es una clara contravención al derecho a la igualdad que debe existir entre hombre y mujeres, por cuanto, justifica que a la mujer casada no se le pague el mismo salario que gana su compañero hombre, aun cuando ambos tienes las mismas responsabilidades y ejercen el mismo cargo (a trabajo igual, salario igual). Por lo tanto, si el Estado miembro no tiene en cuenta las recomendaciones de la Comisión y se niega a acatarlas, dicho Estado se verá enfrentado al repudio y al reclamo constante de la comunidad internacional.

Para ir cerrando, quiero recordar una afirmación que dije al comienzo de esta sección: la función de promover la garantía y la defensa de los derechos humanos consagrados en el Sistema Interamericano es valiosa y problemática a la vez. Valiosa porque permite que la Comisión

obligue (bien sea moral o políticamente) a los Estados a cumplir con sus compromisos internacionales (por lo menos eso traté de ilustrar con el ejemplo anterior). Problemática porque las recomendaciones que dicte la Comisión pueden tener – implícita o explícitamente – un llamado a modificar normas de naturaleza constitucional o legal. Bajo esa premisa, por más que un Estado Parte se aferre a mantener una norma constitucional o legal (o incluso una práctica estatal) que se reputa contraria a la Convención o a otro tratado internacional, los demás países de la región y la CIDH no cesaran en sus esfuerzos por encontrar la forma, pacífica y diplomática, de logar que el Estado responsable cumpla fielmente con los compromisos internacionales adquiridos. En resumen, una vez más se observa la importancia que tiene la Convención Americana sobre Derechos Humanos (tanto en el Derecho Internacional como a nivel doméstico) y las repercusiones que ella puede tener en el orden interno de un Estado que se niega a obedecerla o se esfuerza por cumplirla.

Por esa razón, la Comisión concentra su esfuerzo en lograr que los Estados miembros del Sistema Interamericano acaten las disposiciones normativas que ellos mismos se obligaron, de buena fe, a cumplir. Por ello, la CIDH constantemente realiza labores académicas (o de otra índole) para concientizar a los Estados y a sus poderes públicos sobre la importancia de los compromisos internacionales en pro de la estabilidad democrática y el orden justo de la región y, por supuesto, para prevenir futuras denuncias de violaciones a derechos humanos que muy seguramente concluirán en una declaración de responsabilidad internacional. Adicionalmente, la Comisión frecuentemente publica informes que dan cuenta de la situación de los derechos humanos en la región para de alguna manera dejar en vergüenza internacional a los Estados que se niegan a hacer de la Convención y de los demás tratados internacionales de derechos humanos,

"normas fundamentales" – dotadas de eficacia normativa – que nutren la labor legislativa, administrativa y judicial del Estado.

2.2.2. El rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Sistema Regional de Protección.

El Juez interamericano Patricio Pazmiño, nos sorprendió en una conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia, al decir: "la Corte Interamericana no debería existir". Todos los asistentes, o por lo menos yo, nos sorprendimos con esas palabras. ¿Cómo es que un Juez de la Corte Interamericana dice que dicha Institución no debería existir? ¿Acaso le está quitando legitimidad política y democrática a la Corte Interamericana? Todos creímos que quizás se había equivocado. Sin embargo, lo repitió una vez más, pero esta vez de forma muy distinta:

> La Corte no debería existir, pero su existencia se hace necesaria porque los Estados se niegan a cumplir fielmente los compromisos internacionales en materia de derechos humanos. Si los Estados se esforzaran por proteger y garantizar los derechos de sus ciudadanos no habría necesidad de crear una Corte para protegerlos, porque todo se resolvería a nivel interno. No habría que recurrir a instancias internacionales para exigir protección, pues ese reclamo sería escuchado, acatado y resuelto efectivamente por los propios Estados. Sin embargo, como eso no sucede en la realidad, por ello estamos aquí (Departamento de Derecho Constitucional, 2019a)

Mucho de lo que dice el Juez Pazmiño es cierto. Es más, podría decir que la razón de ser de la Corte Interamericana es precisamente esa: ser instancia jurisdiccional complementaria y subsidiaria, a falta de una jurisdicción domestica real y efectiva que salvaguarde los derechos.

Teniendo en cuenta ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), fue creada a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Sin embargo, la Corte no entró en vigor sino hasta el 22 de mayo de 1979, unos meses después de que la CADH efectivamente lo hiciera. La Corte IDH está integrada por siete jueces nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal por su importante trabajo en la defensa de los derechos humanos y por su autoridad ética y moral. Adicionalmente, estas personas deben poseer las mismas calidades exigidas a los altos dignatarios del Poder Judicial del Estado miembro que los postuló. Todo esto, por cuanto la Corte IDH "es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (Corte IDH, 2018).

Antes de seguir con el asunto, quiero decir lo siguiente: Si bien no cabe duda de que la Convención le otorga a la Corte la responsabilidad de aplicarla e interpretarla, eso no quiere decir que dicha responsabilidad sea exclusiva de la Corte. Al contrario, la Comisión, al igual que los demás poderes estatales de los Estados miembros de la Convención, también aplican e interpretan la Convención, pues dicho tratado, como lo dije antes es considerado la "norma fundamental" del Sistema Interamericano de Protección. No obstante, lo que sí no se puede discutir, es que la interpretación que hace la Corte de la Convención (y de los demás tratados) goza de un valor mucho más importante que dista de las demás. En otras palabras, la Corte Interamericana al ser la intérprete suprema de la Convención, le otorga a su interpretación la condición de ser la última

palabra. De allí que, continuamente, la Corte exija a la Comisión y los Estados miembros de la OEA su permanente observancia.

Ahora bien, la Corte Interamericana para cumplir su mandato legal, ejerce: (i) una función contenciosa, dentro de la que se encuentra la resolución de casos contenciosos y el mecanismo de supervisión de sentencias; (ii) una función consultiva; y (iii) la función de dictar medidas provisionales (Corte IDH, 2018, p.6).

Antes de seguir con la exposición, para Cecilia Medina (2009) ninguna función que ejerza la Corte Interamericana es oficiosa. Es decir, todo asunto conocido y resuelto por la Corte IDH se reputa presentado por (i) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o (ii) por un Estado parte. Eso nos da a entender que la Corte IDH "no puede atender peticiones formuladas por individuos u organizaciones" relacionadas con violaciones en materia de derechos humanos (Corte IDH, 2018, p.16). En resumen, aunque muchos juristas, activistas y defensoras y defensores de derechos humanos sostengan haber llevado un caso a la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, lo cierto es que dicho caso debe su curso, en gran medida, a la CIDH. Por supuesto que no estoy diciendo con ello que el trabajo realizado por las organizaciones de derechos humanos no sea importante, porque sí lo es. Gracias a ellas el Sistema Interamericano se ha hecho fuerte, porque ellas han documentado las violaciones en sus países y son las quienes realmente ponen en conocimiento del Sistema la situación que se vive. No obstante, como lo dije antes, es una atribución discrecional de la CIDH determinar cuándo envía o no un caso a la Corte IDH.

Es de aclarar también, que la Corte IDH solo puede conocer y resolver casos individuales siempre que el Estado demandado haya aceptado y ratificado la competencia de este Tribunal

(Corte IDH, 2018, p.16). De manera que, a pesar de lo grave, masivo y sistemático que sea el contexto de violación en un Estado, la Comisión no podrá someter el caso a juicio de la Corte IDH. Tal es el caso de los Estados Unidos de América que por no reconocer la competencia de la Corte IDH no ha sido declarado responsable internacionalmente por la grave y generalizada situación de miles de migrantes y refugiados que se encuentran en su país. Por el momento son veinte los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte, a saber: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay (Corte IDH, 2018).

Como se dijo antes, en el litigio interamericano, la parte demandada siempre será un Estado, y esto se explica, según Francisco Barbosa (2002) "porque quienes ratificaron la Convención fueron los Estados y no las personas" (p.97). Mientras que, la parte demandante, sí puede ser una persona natural o jurídica (bien sea de carácter estatal o privada). Para el juez interamericano Ricardo Pérez Manrique, el litigio interamericano ha tenido tanto auge y transformaciones en la región que en ocasiones las mismas agencias estatales son quienes demandan a su propio Estado o actúan en representación de las víctimas. Eso, por supuesto, no se había visto antes y se debe, en parte, a la estabilidad democrática que vive la región.

Otra función de la Corte IDH que quiero resaltar es la función consultiva. Dicha atribución consiste en "que los Estados miembros de la OEA, y los órganos enumerados en el capítulo décimo de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, le pueden solicitar a la Corte IDH la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de derechos humanos" (Barbosa, 2002, p.267). Por ejemplo, hace unos días, la Cancillería

colombiana le solicitó a la Corte IDH que determinara "si la reelección presidencial indefinida constituye un derecho humano protegido en América Latina, o si viola la Convención Interamericana de DD.HH y la Carta Democrática de Lima" (Torres, 2019, parra. 2).

Cabe aclarar, que no simplemente los Estados que hayan aceptado la competencia de la Corte IDH pueden solicitar opiniones consultivas, también lo pueden hacer aquellos Estados que no la han aceptado pero sí forman parte de la OEA. Adicionalmente, los Estados miembros de la OEA también pueden solicitarle a la Corte IDH que interprete su legislación a la luz de la Convención, o de algún otro tratado internacional, y determine su compatibilidad con el Sistema Interamericano (Barbosa, 2002). Frente a ese punto, Costa Rica en su momento le solicitó a la Corte IDH que determinara si una ley que obligaba a los periodistas a colegiarse para ejercer su labor era o no compatible con la Convención. Para Eduardo Bertoni y Carlos J. Zelada (2014) la Corte IDH determinó que ese tipo de leyes violan la Convención, toda vez que, desconocen estándares internacionales importantes: (i) el "estándar democrático", el cual predica que una sociedad no informada no es plenamente libre; y, (ii) el "estándar de las dos dimensiones", esto es, "no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violentado, sino también el derecho de todos a recibir informaciones e ideas" (p.324).

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte IDH ha dicho que la facultad de emitir opiniones consultivas tiene claras limitaciones. Al respecto, Francisco Barbosa (2002) ha sostenido que existen dos tipos de limitaciones. "Las primeras tienen que ver con la capacidad del Tribunal de interpretar la Convención y los otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos" (p.274). Esta limitación presenta varios escenarios: (i) la Corte IDH no es competente para interpretar tratados internacionales que no hagan parte del

Sistema Interamericano, siempre que ninguno de los Estados suscriptores del tratado tampoco lo sean; (ii) la Corte no está facultada para pronunciarse sobre tratados internacionales que no versen sobre derechos humanos. Sin embargo, si un tratado internacional contempla disposiciones relacionadas con derechos humanos, la Corte, eventualmente, sí podría pronunciarse; y (iii) la Corte no es competente para resolver consultas presentadas por órganos no contemplados en la Carta de la OEA.

Por otro lado, la segunda limitación se relaciona con el deber de la Corte de abstenerse de "responder opiniones consultivas cuando soterradamente se pretende con ellas, resolver un asunto de carácter contencioso" (p.274).

Y por último, la función de dictar medidas provisionales: la cual se desprende del artículo 73 del reglamento de la CIDH, que predica que la Comisión puede solicitarle a la Corte IDH que adopte medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia, para evitar así un daño irreparable a las personas en un conflicto que aún no ha sido sometido a su jurisdicción (p.232).

El propósito de las medidas provisionales,

> Es preservar los derechos fundamentales de las personas, haciendo valer la primacía del ordenamiento jurídico convencional, y asegurando el ejercicio de la función jurisdiccional que se le ha encomendado a la [Corte IDH], evitando situaciones irremediables que hagan ilusorio el cumplimiento de las sentencias definitivas (Barbosa, 2002, p.233).

Revisadas las funciones de la Corte IDH, no quiero terminar sin antes decir lo siguiente. Es evidente que la naturaleza de la Corte IDH se asemeja mucho a la de una Corte Constitucional, sin llegar a desconocer, ni más faltaba, que ambas instituciones tienen variaciones indiscutibles que en gran medida están sujetas al contexto en el que trabaja cada una de ellas. No obstante, las mismas premisas *iusfilosóficas* que di a conocer sobre el origen de un Tribunal Constitucional (su razón de ser y el rol que cumple en un Estado constitucional) tienen cierta aplicabilidad cuando hablamos de la Corte IDH. Como lo advertí en su momento, existen ocasiones en que las mismas dinámicas de discusión que se dan a nivel nacional, son similares a las que se debaten en el orbe internacional, de allí que utilicemos algunas instituciones jurídicas propias del derecho interno para aplicarlas y explicar asuntos que suceden en dichos escenarios.

En la sección denominada *"la Corte Constitucional de Colombia como guardiana e intérprete supremo de la Constitución",* expuse que dado que la Constitución es la "norma fundamental" del Estado colombiano (dotada de eficacia normativa y de supremacía innegable), debe existir un órgano jurisdiccional que la resguarde y vele por su supralegalidad. Dije además, que dicha corporación tiene la condición de ser el intérprete supremo de la Constitución. En tal sentido, además de tener la facultad de expulsar las normas subalternas que contradicen la Constitución, tiene la atribución de ser quien tenga la última palabra en materia constitucional y de derechos humanos a nivel nacional. Pues bien, sin el temor a equivocarme y, por supuesto, adecuando las premisas y los criterios aportados, puedo decir que la Corte IDH se crea con ese mismo fin. Así como a nivel nacional se creó un Estatuto Superior que vinculara a todos los poderes del Estado y a los particulares; a nivel internacional también sucedió lo mismo. Los Estados Americanos crearon un Estatuto que los obliga a actuar conforme a él, a respetarlo y garantizarlo. Así como en Colombia se creó una Corte Constitucional para que guarde la

integridad y supremacía de la Constitución. Así mismo la OEA creó una Corte Interamericana para que aplicara y fuera la intérprete suprema de la Convención.

Aquí cabria la siguiente pregunta: ¿Qué llevó a los Estados Americanos a crear una Corte Interamericana? Podría decir que las mismas razones que llevaron a los Estados constitucionales a crear una Corte Constitucional. Los Estados de América no creyeron conveniente autorizar a un órgano político, como la Asamblea Permanente de la OEA, para que interpretara – con supremacía – la CADH. De alguna manera, ellos consideraron que las libertades y los derechos humanos son asuntos tan importantes y deben tomarse tan en serio, que concederle a una institución política la facultad de juzgar un Estado en Derecho, era precipitar a la Convención a un juego político difícil de prever. Someter los derechos a un debate político y diplomático, es convertir a los tratados internacionales de derechos humanos en meras iniciativas regionales sin ninguna fuerza vinculante.

Bajo esa premisa, los Estados creyeron que lo más conveniente era crear un órgano jurisdiccional, conformado por jueces altamente reconocidos y respetados dentro de la judicatura, la academia y el activismo, para que fueran ellos quienes velaran por la supremacía de la Convención y, por consiguiente, fueran los encargados de exigirle a los Estados el cumplimiento de sus compromisos.

Adicionalmente, la creación de la Corte IDH se da en el marco de una nefasta posguerra. En efecto, los Estados tenían el temor de que la historia se repitiera una vez más. Le tenían pavor a la idea de no tener (como comunidad internacional) mecanismos e instrumentos jurídicos que los limitaran cuando perdieran su lucidez. Por ende, ellos anhelaban tener tratados internacionales de derechos humanos que limitaran la soberanía ejecutiva, legislativa y judicial de los Estados.

En efecto, ese fue el deseo que le dio a la Convención y a la Corte IDH el impulso que necesitaban.

Similar impulso tuvo la Constitución y la Corte Constitucional para su creación. Como antes se creía que el Legislador estaba por encima de todo el Derecho legislado, fue necesario crear un Estatuto normativo que fuera superior a él. Que limitara sus deseos. Que lo obligara a ejercer sus funciones en pro de materializar en debida forma los derechos que allí estaban contemplados, y que se le exigiera un proceso más extenso con mayorías más calificadas para cambiar o modificar dicho Estatuto. De ahí que, la Corte Constitucional aparezca en escena para defender lo que la Carta defiende; permitir lo que la Carta permite; y reprimir lo que la Carta reprime.

Sin embargo, a pesar de las similitudes *iusfilosóficas* que puedan existir entre la Corte Constitucional y la Corte Interamericana, debemos hacer claridad que ambas actúan de manera diferente; no simplemente porque ambas juren defender y respetar instrumentos normativos distintos, (la Corte Constitucional la Constitución y la Corte Interamericana la Convención) sino porque su operatividad se presenta de manera diversa. Mientras que la Corte Constitucional es la última instancia – a nivel interno – en la que las victimas pueden justiciar sus derechos; la Corte IDH, además de tener esa misma condición, pero a nivel interamericano, sólo puede justiciar los derechos de las víctimas que (i) hayan agotado los mecanismos judiciales previstos a nivel nacional para proteger los derechos y (ii) su caso haya sido sometido por la CIDH.

Finalmente, quiero resaltar una cosa importante: no necesariamente por acudir a un Tribunal Constitucional significa que las victimas hayan alcanzado la protección efectiva de sus derechos. En tal sentido, se entenderá que las víctimas han accedido a la justicia, cuando el

Tribunal resuelva el ligio conforme a los estándares internacionales de derechos humanos. Si eso no sucede – indudablemente – las víctimas podrán acudir al Sistema Interamericano de Protección.

2.3. La figura jurídica del control de convencionalidad. Efectos y posibles tensiones con los ordenamientos jurídicos internos.

Recordará el lector que el control de constitucionalidad es aquella operación hermenéutica y argumentativa, mediante la cual la Corte Constitucional determina si una norma es o no compatible con la Constitución. En otras palabras, el operador judicial debe esforzarse por encontrar esa interpretación que permite ubicar a la norma acusada en el nivel de conformidad con el Estatuto Superior (Constitución Política de 1991). Si no logra hallar ese cometido, la norma tendrá que ser expulsada.

Pues bien, cuando en la teoría constitucional se habla del control judicial de las leyes, lo que se quiere decir es que existe una jurisdicción constitucional que tiene como función principal determinar si la norma *infra* acusada es conforme o no a una norma *supra*. Pero, para que estos órganos judiciales puedan arribar a cualesquier conclusión, requieren – sin duda alguna – tener como parámetro de interpretación un Estatuto normativo: esto es, detectar cuál es la norma *supra*. No puede ser, que se haga revisión de las leyes sin tener claro cuál es la "norma guía"; o sea, a quién debe asemejarse la norma *infra*.

En efecto, ese sujeto normativo del que estoy hablando es, por el momento, la Constitución. Sin embargo, en la escena jurídica contemporánea ha surgido otra figura que también demanda la revisión judicial de las normas. El lector se percatará que en esta última no hago uso de la

expresión "control judicial de las leyes", puesto que el tipo de control del que hablo demanda no solo la revisión judicial de normas *infra*, sino también de aquellas que – hasta el momento – se predicaron normas *supra.* Por ende, estaremos inmersos en la deliberación teórica de si existen o no tres tipos de normas: una norma *infraconstitucional* o legal, una norma *supralegal* o constitucional y una norma *supraconstitucional* o convencional

Con esa claridad, aparece en escena la figura de "el control de convencionalidad". Una figura relativamente contemporánea que reclama del operador judicial el mismo proceso hermenéutico y argumentativo que hasta entonces describí, pero esta vez con una modificación transcendental utilizar como parámetro de interpretación o "norma guía" la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El lector se preguntará ¿De dónde surge ese término? Pues bien, este término aparece formalmente en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en el año 2006, en el denominado caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, cuando dijo:

> La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta

> tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Corte IDH, 2019, p.4).

Predicar un control de convencionalidad, obliga al Poder Judicial reformar el tipo de control que ejecuta para encontrar las normas de su sistema conforme al mismo sistema. En otras palabras, la *"norma guía"* que estaban acostumbrados a aplicar los jueces nacionales (como parámetro de interpretación) pierde solidez y nitidez ante los nuevos retos que plantea el sistema interamericano de protección. Aunque muchas autoridades judiciales prediquen aún la vigencia del control de constitucionalidad, es evidente que este ya no se entiende de la misma manera. Ahora el control de constitucionalidad – si es que permanece vigente – goza de una naturaleza distinta. Una naturaleza que ve a la Convención Americana con mayor reverencia y consideración.

Pero retomando el tema, a algunos juristas no les parecerá problemático lo expresado por la Corte, pues sostienen que si bien la ley es contraria a la Convención el Estado no tuvo la oportunidad de realizarle un juicio de constitucionalidad previo sometimiento del caso a la jurisdicción de la Corte IDH, por lo que, si el Estado hubiera tenido la facultad de hacerlo probablemente la norma hubiese sido declarada inoperante por contravenir su propia Constitución. Quienes argumentan así, en parte tienen razón porque muchos de los pactos o convenios celebrados a escala regional y/o universal hacen parte del Derecho interno en la mayoría de los Estados americanos. De alguna manera, las Constituciones de estos países contemplan una parte dogmática que se inspiran en unos principios y valores recogidos de instrumentos internacionales. Por esa razón, ellos sostienen lo siguiente: La ley es contraria a la

Convención, pero la Constitución no lo es[12]. Es decir, derogar esa ley no causa tanto problema porque no es el resultado ni guarda relación con una disposición constitucional. Debo confesar, que en este punto se presenta cierta pérdida de claridad cuando hablamos de lo convencional y lo constitucional; pero eso se debe en alguna medida a que la Constitución se nutre, inspira y consagra muchas disposiciones de la Convención, por ende, hablar de libertades y derechos convencionales es hablar al mismo tiempo de derechos constitucionales y fundamentales.

Por ello, muchos sostienen que el "control de constitucionalidad" aún sigue vigente, por cuanto no se evidencia que su uso desconozca los compromisos internacionales establecidos por la Convención. Incluso sostienen que la Constitución debe seguir siendo la "norma guía" y que lo dicho por la Corte IDH, de ninguna manera, desplaza a la Constitución de su lugar de supremacía, al contrario, refuerza tal posición. Pero ¿Qué sucede si pasa lo contrario, es decir, el Estado sí realiza un juicio de constitucionalidad a la ley, pero la Corte Interamericana la declara inconvencional?

Es claro que en este ejemplo, el control de constitucionalidad presenta fisuras importantes. Aun así, cuáles podrían ser los argumentos para defender este tipo de control. En resumen, podrían decir: estudiemos la decisión que tomó el Tribunal Constitucional y veamos si existió o no una adecuada confrontación normativa. Es decir, investiguemos si el juez se equivocó al momento de adecuar la norma *infra* con la norma *supra*. Si ello es así, claramente puede que la

[1] Tal suceso se presentó en la jurisprudencia interamericana en los casos: (i) *Almonacid Arellano y otros vs. Chile; y (ii) Gelman vs. Uruguay.* En ambos casos, la Corte IDH reprochó que los Estados parte hubieran establecido leyes de autoamnistía para omitir su deber de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos. Para la Corte IDH, leyes de ese tipo que conceden amnistía a los autores o participes de crímenes de lesa humanidad, son disposiciones que atentan contra el espíritu de la Convención. Por ende, según la Corte IDH, carecen de efectos jurídicos y no pueden aplicarse a casos similares y posteriores.

[2] En el *Caso Mendoza y otros vs. Argentina,* la Corte IDH declaró inconvencional una ley que permitía, al poder judicial, condenar a menores de edad a cadenas perpetuas por hechos delictivos cometidos durante dicha etapa de crecimiento.

ley – y la interpretación que se hizo de la misma – sea inconvencional, pero la Constitución no lo es (Corte IDH, Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)* Sentencia del 24 de febrero de 2012). En tal sentido, podrían decir: el control de constitucionalidad sigue vigente pues el error no estuvo en la herramienta jurídica sino en el profesional del Derecho que no la utilizó en debida forma. Por lo tanto, los defensores y defensoras seguirán manteniendo la tesis de la Constitución como "norma guía" o como parámetro de interpretación de las normas y del control de constitucionalidad como herramienta útil e indispensable.

Pero, (y ahora si arribamos al meollo del asunto) ¿Qué pasa si una norma *infra* es declarada compatible con la norma *supra* por ser el resultado y guardar estrecha relación con una ella; pero la Corte IDH, después de revisada la norma *infra* y *supra*, considera que ambas son contrarias a la Convención Americana? Pues bien, en el *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana,* la Corte Interamericana se percató que el Tribunal Constitucional de ese país, en la Sentencia TC/0168/13 había decidido negar la solicitud de una persona nacida en República Dominicana de padres haitianos con estatus migratorio irregular. Según este Tribunal, no era admisible invocar el nacimiento del derecho a la nacionalidad a partir de una situación ilícita de hecho. En síntesis, como la joven "no cumplía con el presupuesto establecido en el precipitado artículo 11.1[3] de la Constitución de 1996", no era sujeto de adquirir la nacionalidad dominicana (p.64).

[3] En la vigente Constitución de Republica Dominicana, proclamada el 26 de enero de 2010, el articulo 18 numeral 3° predica lo siguiente: *Son dominicanas y dominicanos: (…) 3) Las personas nacidas en territorio nacional, con excepción de los hijos e hijas de extranjeros miembros de legaciones diplomáticas y consulares, de extranjeros que se hallen en tránsito o residan ilegalmente en territorio dominicano. Se considera persona en tránsito a toda extranjera o extranjero definido como tal en las leyes dominicanas.*

A pesar de ello, la Corte Interamericana recordó que "el artículo 20.2 de la Convención Americana señala que una persona nacida en el territorio de un Estado tiene derecho a la nacionalidad de ese Estado si no tiene derecho a otra" (p.92). Bajo ese presupuesto,

> Si el Estado no puede tener certeza de que la niña o el niño nacida o nacido en su territorio obtenga la nacionalidad de otro Estado, por ejemplo, la nacionalidad de uno de sus padres por la vía del *ius sanguinis*, aquel Estado conserva la obligación de concederle (*ex lege,* automáticamente) la nacionalidad, para evitar desde el nacimiento una situación de apatridia (p.92 – 93).

En resumen, para la Corte IDH no existían motivos justificados y razonables que permitieran al Estado dominicano apartarse del estándar internacional que establece que, "el estatuto migratorio de una persona no se transmite a sus hijos" (p.112). Para la Corte, la introducción del criterio de la situación de estancia irregular de los padres como una excepción a la adquisición de la nacionalidad en virtud del *ius solis,* se revela como discriminatorio (p.113). Por lo tanto, concluye que,

> De acuerdo con la obligación establecida por el artículo 2 de la Convención Americana, el Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para dejar sin efecto toda norma de cualquier naturaleza, sea ésta constitucional, legal, reglamentaria o administrativa, así como toda práctica, decisión o interpretación, que establezca o tenga por efecto que la estancia irregular de los padres extranjeros motive la negación de la nacionalidad dominicana a las personas nacidas en el territorio de República Dominicana, por resultar tales

> normas, prácticas, decisiones o interpretaciones contrarias a la Convención Americana (p.159).

En un contexto como el descrito, la vigencia del control judicial de las normas a través de la figura del control de constitucionalidad, y la misma Constitución Política como "norma guía", quedan en el limbo tal y como se observó en el caso anterior. En estos eventos, los defensores y defensoras no pueden argumentar que hubo un error legislativo o un error judicial, pues tanto el legislador como la judicatura (cada uno en el ejercicio de sus funciones) consideraron que la norma *infra* era compatible con la *norma supra,* y evidentemente lo son, pues, de alguna manera, la primera (norma *infra*) desarrolla un objeto, una visión o un propósito de la segunda (norma *supra*). Precisamente, es en este contexto en el que algunos doctrinarios han considerado la existencia de normas *supraconstitucionales* o *convencionales*, es decir, normas que están por encima de la Constitución.

Por esa razón, seguir forzando la vigencia del control de constitucionalidad y la supremacía de la Constitución resulta ser problemático, toda vez que, mantener esa tesis significa – muchas veces – sustentar y prolongar el contexto de violación de los derechos humanos (Tarazona, Tamayo & Rodríguez, 2019). En otras palabras, cuando la Corte IDH declara que una norma constitucional o legal es incompatible con la Convención Americana, lo que quiere decir, entre otras muchas cosas, es que esas normas atentan contra el mínimo de libertades y derechos reconocidos a nivel interamericano. Por eso, no se trata simplemente de evitar que el Estado sea declarado responsable internacionalmente por incumplir sus compromisos (aunque ello es importante), sino de brindarle a los ciudadanos verdaderas garantías al goce efectivo de sus derechos. Como lo veremos más adelante, adoptar el control de convencionalidad como

herramienta para la revisión judicial de las normas y otorgarle a su vez a la Convención Americana la supremacía que tiene la Constitución, genera una reestructuración y una refundación del sistema normativo, sin embargo, ese cambio de paradigma puede llegar a otorgar mayores garantías a los ciudadanos y materializar una utopía soñada: derechos universales e inalienables para todas y todos.

Parece lógico lo que diré, pero cuando alguien hace uso del control de constitucionalidad, lo que está diciendo es que el caso bajo examen será resuelto conforme a las disposiciones constitucionales y legales a las que haya lugar. Por otra parte, si alguien dice que utilizará el control de convencionalidad para resolver el conflicto jurídico, lo que está dando a entender es que el asunto será resuelto conforme a la Convención Americana y los demás tratados interamericanos de derechos humanos. A pesar del tipo de control que se adopte, en ambos la jurisprudencia es vinculante, tanto la de la Corte Constitucional como la de la Corte Interamericana, todo ello, en virtud de que ambas corporaciones judiciales son consideradas intérpretes supremos dentro de su orbe (una de la Constitución y la otra de la Convención Americana).

Ahora bien, si la idea de mantener el control de constitucionalidad sigue imperante, eso puede llevar al operador judicial a desconocer estándares internacionales establecidos por la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH. Eso, como dije antes, puede generarle al Estado responsabilidad internacional por incumplir los compromisos adquiridos. Mientras que, si se adopta el control de convencionalidad como medio para la revisión judicial de disposiciones normativas, además de evitar una declaración de responsabilidad, se está dando pie

para que la Constitución quede relegada a la Convención; es decir, se está reforzando la idea de que existen normas *supraconstitucionales* que guían y limitan los poderes del Estado.

Bajo este contexto, resulta necesario decir cuál ha sido la posición de la Corte Constitucional frente al lugar que tiene la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico interno. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

> Es claro que el mencionado instrumento internacional forma parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, debe ser utilizado como parámetro que guíe el examen de constitucionalidad de las leyes colombianas, pero ello no significa que las normas pertenecientes al bloque adquieran el rango de normas supraconstitucionales. En ese sentido, la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución (C. Const. Sentencia C – 028/06).

Como se puede observar, la Corte Constitucional se niega otorgarle a la Convención Americana la posibilidad de ser la "norma guía" del ordenamiento jurídico colombiano. Si nos detenemos en la lectura de ese párrafo, la Corte sostiene que si una ley contraviene la Convención no por ello la ley debe ser declarada inconstitucional, pues resulta necesario interpretarla sistemáticamente con la Constitución. Sin embargo, como lo expresé en su momento, una posición así puede ser peligrosa cuando la ley probablemente inconvencional tiene sustento y estrecha relación con la Constitución. De manera que, determinar la constitucionalidad de una ley

a partir de una interpretación sistemática de la Constitución y de la Convención, aun cuando la Constitución es contraria a la Convención, resulta ser traumático e infructuoso.

Veamos el siguiente ejemplo y más adelante daré a conocer las razones por las cuales lo traje a colación. En una acción de inconstitucionalidad, el demandante y varios intervinientes le pidieron a la Corte Constitucional que reabriera el debate relacionado con la facultad que tiene la Procuraduría General de la Nación para inhabilitar temporal o indefinidamente a funcionarios elegidos por cargo popular. Los demandantes argumentaron que la Corte Interamericana, en el caso *López Mendoza vs. Venezuela* había creado un nuevo estándar de protección relacionado con el derecho político a elegir y ser elegido. Por esa razón, los demandantes le solicitaban a la Corte Constitucional que modulara su jurisprudencia teniendo en cuenta el cambio jurisprudencial que había generado la Corte IDH.

En palabras del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), la Corte IDH había establecido

> Una regla más estricta conforme a la cual no es posible que los ordenamientos de los Estados permitan que la inhabilidad impuesta para el ejercicio de cargos públicos por vía de sanción sea adoptada por una autoridad administrativa, que no cumpla las condiciones de ser (i) juez competente, (ii) adoptar la decisión mediante condena, y (iii) que ella sea resultado de un proceso penal (C. Const. Sentencia C – 500/14).

Por su parte, la Corte Constitucional argumentó que existía cosa juzgada constitucional y que se estaba en lo resuelto por la Sentencia C – 028 de 2006, cuando sostuvo lo siguiente:

> El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal y como se ha explicado, no se opone realmente a que los legisladores internos establezcan sanciones disciplinarias que impliquen la suspensión temporal o definitiva del derecho de acceso a cargos públicos, con miras a combatir el fenómeno de la corrupción.
>
> (…) En suma, contrario a lo sostenido por los demandantes, la facultad que le otorgó el legislador a la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones disciplinarias temporales o permanentes que impliquen restricción del derecho de acceso a cargos públicos, no se opone al artículo 93 constitucional ni tampoco al artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica (C. Const. Sentencia C – 028/06).

Arribados a este punto, el lector se preguntará porqué traje a colación este ejemplo. Pues bien, a pesar de que la Corte decidió mantener la competencia de la Procuraduría para inhabilitar temporal o definitivamente a funcionarios electos para cargo popular, la Corte estableció unos presupuestos que valen la pena comentar porque darían la posibilidad de reabrir un debate constitucional como resultado de un cambio jurisprudencial en el orbe interamericano. En efecto, la Corte expresó:

> Podría considerarse hipotéticamente la posibilidad de reabrir un asunto previamente examinado por la Corte Constitucional, en aquellos casos en los cuales: (i) el parámetro de control haya sido una norma integrada al bloque de constitucionalidad en sentido estricto; (ii) los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan variado radicalmente y de forma clara el sentido de la norma; (iii) la nueva interpretación resulte compatible con la

> Constitución Política; (iv) ofrezca un mayor grado de protección a los derechos, que el otorgado por la Constitución; (v) se integre a la *ratio decidendi* de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y (vi) sea uniforme y reiterada. (C. Const. Sentencia C – 500/14).

Teniendo en cuenta ello, podría decir sin temor a equivocarme que el argumento de la Corte Constitucional de reabrir un debate constitucional siempre que la nueva interpretación de la Corte Interamericana sea compatible con la Constitución, es un presupuesto problemático que desestima el valor de la jurisprudencia interamericana al no tener claro que esta puede y debe ser incompatible con la Constitución cuando desconoce abiertamente derechos convencionales[4]. Otra razón que me lleva a concluir ello, se debe a que la Corte Constitucional establece una fusión equívoca entre los criterios (iii) y (iv), ya que sin importa si la jurisprudencia de la Corte IDH brinda una mayor protección al derecho discutido, dicha interpretación es irrelevante si no es compatible con la Constitución. Por supuesto que, un criterio así es peligroso pues podría sostener protecciones insuficientes del derecho; escudar violaciones cometidas contra los mismos y, por último, otorgarles a esas vulneraciones cierta apariencia de legalidad y legitimidad.

Bajo esa misma línea, en principio, la Corte Constitucional ha sostenido que ella "no es juez de convencionalidad, esto es, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado" (C. Const. Sentencia C – 941/10). Y que, si bien la jurisprudencia de la Corte Interamericana tiene importancia, ello no significa que haga parte del bloque de constitucionalidad. Al respecto, dice la Corte, la

[4] Tal argumento es sostenido por el Estado dominicano para incumplir los derechos consagrados en la Convención.

jurisprudencia de la Corte IDH "es un criterio hermenéutico relevante que deberá ser considerado en cada caso" (C. Const. Sentencia C – 500/14).

Llegados a este punto, es innegable que existe una compleja discusión relacionada con el tema de cuál debe ser el estatuto normativo que debe prevalecer en el ordenamiento jurídico interno: la Convención o la Constitución. Como lo dije antes, si bien la Convención Americana es un instrumento jurídico importante para el control judicial de las leyes y hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto y, por consiguiente, ambos instrumentos (la Constitución y la Convención) están en el mismo rango, por lo menos eso es lo asegura la Corte, el pragmatismo constitucional parece decir lo contrario, esto es, la Convención siempre estará sujeta a la Constitución. Si la Convención Americana quiere subsistir, ser tenida en cuenta y tener aplicabilidad en casos concretos, no contradiga la Constitución; confírmela; reafírmela y, solo así, tendrá éxito.

No obstante, el programa de la Corte Interamericana no es que la Convención Americana quede relegada a la Constitución Política, por ello, siempre reitera que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana (Corte IDH, *Caso personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, 2014). En suma, cuando la Corte IDH ordena realizar un control de convencionalidad para confrontar las normas internas con la Convención, está sosteniendo, en pocas palabras, que no importa el lugar que tenga la norma acusada en el ordenamiento jurídico. No interesa si para el Estado es una norma constitucional (norma *supra*), legal o reglamentaria (norma *infra*). Si dicha norma contradice la Convención Americana, el Estado está en la obligación de modificar, derogar

o inaplicar tal disposición para ajustarse a la Convención. Es más, el proyecto de la Corte Interamericana va más allá de exigirle al Poder Judicial de los Estados miembros de la OEA realizar el control de convencionalidad. Al respecto ha dicho que "todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer[lo]" (Corte IDH, *Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*, 2014). Bajo esa premisa, no solo los jueces están obligados a aplicar la Convención y hacer control de convencionalidad en todos sus asuntos, sino que, el Poder Ejecutivo (bien sea a nivel central o territorial) y el Poder Legislativo, también lo deben hacer en el marco de sus funciones y competencias.

En cuanto a este último, él es sujeto de un principio democrático importantísimo: la libertad de configuración legislativa, el cual consiste que el Congreso goza de un amplio margen para regular todo tipo de asuntos. Sin embargo, la Corte Constitucional ha dicho que: el "Legislador no posee entonces una potestad absoluta, ni arbitraria, sino que en su ejercicio…debe someterse a los límites que impone la Carta" (C. Const. Sentencia C – 203/11). Pero, adicional a ese límite, que es valioso, aparece en la escena otro igual de importante, incluso más[5]. Estoy hablando de los límites que impone la Convención Americana, los tratados internacionales adicionales y la jurisprudencia de la Corte IDH. Arribados aquí, cabría preguntarse lo siguiente ¿Podría inadmitirse una reforma constitucional que no atenta contra las "clausulas pétreas" de la Constitución, pero si desconoce abiertamente las disposiciones de la Convención? No nos

[5] Pensemos en una Asamblea Constituyente, la cual, para muchos, "es el poder de Dios en la Tierra" y ello se debe, en gran medida, al margen de libertad tan amplio que tiene. Puede regular todo y no tiene "limites". Incluso puede cambiar la forma de gobierno, establecer nuevas instituciones, cambiar el escudo, el nombre del Estado, en fin, "todo lo que le plazca". Sin embargo, a pesar de que – internamente – no tenga un Estatuto normativo que la limite, pues, en verdad, para ese momento histórico no existe, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (y el Sistema Universal, por supuesto) se convierte en un claro limitante para la Asamblea Constituyente. En otras palabras, la Asamblea Constituyente debe autorrestringirse o de lo contrario, la declaración de responsabilidad internacional por la vulneración de derechos humanos, será incontenible.

extrañemos si algo así sucede, pues uno de los problemas de tener exceso de derecho legislado y de jueces (Lopez, 2006), es que al final estos entraran en contradicción. Es decir, aun bajo la figura del bloque de constitucionalidad pueden presentarse conflictos entre reglas, normas y principios ubicados en el mismo lugar y que dicen vivir en armonía. No obstante, por lo visto en la jurisprudencia constitucional citada, toda contradicción – automáticamente – dará como ganador a la Constitución, aunque, como lo he venido diciendo, eso puede resultar altamente peligroso.

Finalmente, frente al reto de articular el derecho interamericano con el derecho nacional, el juez interamericano Humberto A. Sierra, en una conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia, sostuvo lo siguiente:

> El control de convencionalidad puede entenderse de dos maneras. La primera, es que se trata de una relación jerárquica en la que la Corte IDH a través de su jurisprudencia establece unos contenidos mínimos básicos, que deben ser seguidos por todos los países. En esta lógica se habla incluso de jerarquía y de precedente vinculante incluso cuando esos derechos mínimos están contenidos en sentencias en las que el Estado no es condenado.
>
> La segunda, es considerar que el control de convencionalidad es la aplicación de la Convención y de la jurisprudencia de la Corte IDH de manera tal que está siempre debe ser vinculante y obligatoria, pero no necesariamente dentro de una relación de jerarquía, sino que debe ser tenida en cuenta según las reglas internas sobre manejo de fuentes (Departamento de Derecho Constitucional, 2019b).

Y lo explica de la siguiente manera:

> En el Estado colombiano, el artículo 230 de la Constitución Política establece las fuentes del Derecho. En tal sentido, la Corte Constitucional puede establecer qué rango le da a la Convención y a la jurisprudencia de la Corte IDH. Si quiere ponerlas a la par de la Constitución, a través del bloque de constitucionalidad, o en el mismo rango de la ley o incluso otorgarle el valor de doctrina. En suma, una vez la Corte Constitucional le haya dado el rango que considere dentro de las fuentes, aplica los estándares internacionales de derechos humanos consagrados en la Convención y la jurisprudencia (Departamento de Derecho Constitucional, 2019b).

Pues bien, en relación con esta segunda consideración, con el respeto debido hacia Humberto Sierra, debo decir que dicha posición esconde, en realidad, una relación de jerarquía, ya que, sin importa el rango que se le dé a la Convención y a la jurisprudencia de la Corte IDH dentro del sistema de fuentes, estas deben aplicarse, innegablemente de manera prioritaria a menos que la Constitución y la jurisprudencia nacional brinde mayores garantías a los derechos. A pesar de ello, debo reconocer que esta posición se convierte en una salida emergente para los jueces nacionales. Estos funcionarios, continuamente se encuentran enfrentados a resolver conflictos jurídicos conforme a los estándares internacionales de derechos humanos, bajo el limitado campo del sistema de fuentes colombiano. Por esa razón, esta segunda opción se presenta quizás como herramienta hábil e ingeniosa que sirve a los jueces para llevar a cabo su trabajo sin el temor de que sean reprochados social, disciplinaria o penalmente.

No obstante, aunque la judicatura nacional manifieste ubicarse en la segunda posición que describe Humberto Sierra, es claro que la Convención y la jurisprudencia interamericana siguen

gozando de supremacía normativa. Ha decir verdad, y nuevamente reitero mi respeto por este jurista, veo la segunda posición como un juego de palabras, similar a la infinita discusión de si los jueces crean o no Derecho. Aun así, como lo dije antes, considero que es una salida legitima y justificada bajo el contexto en el que se encuentra hoy la judicatura; pero con todo la Convención Americana y la jurisprudencia siguen siendo instrumentos jurídicos que se ubican: (i) a la par de la Constitución, si esta última se ajuste a los preceptos de aquella; o (ii) por encima cuando esta se reputa contraria o incompatible con aquellas.

En resumen, a la Corte Interamericana "parece" no importarle tanto el rango que los poderes estatales le den a la Convención y a su jurisprudencia en la estratificación del derecho interno, lo que a ella más le preocupa es que los estándares de protección de derechos humanos que ella plantea sean aplicados y respetados por todos los Estados y sus agencias. Sin embargo, debo decir que esa tesis se ajusta más a la práctica jurídica interamericana y no a la discusión teórica y filosófica que ello plante. ¿Por qué lo digo? Piensen en esto, si los casos se resuelven conforme a las disposiciones convencionales sin importar si se asume en la sentencia el reto de darle el mayor rango en el sistema de fuentes, dicho caso no será llevado al Sistema Interamericano porque a nivel nacional se resolvió en debida forma, por ello tiene razón la Corte IDH en hacer creer que no es tan relevante la discusión teórica que se suscite alrededor del tema. No obstante, por lo que hemos visto, un argumento así aunque es valioso y exalta el anhelo y la labor de la Corte IDH de comprometer a los Estados a garantizar y proteger los derechos de los más desfavorecidos y vulnerables, es simplista pues no resuelve la discusión de fondo. De alguna manera, y con cierta razón, se posterga un debate neurálgico que debe darse, aunque debo confesar que la Corte IDH, junto con la CIDH, hacen esfuerzos inmensos (i) por fomentar espacios académicos para afrontar esta discusión y (ii) concientizar a los funcionarios estatales

sobre la importancia de observar los postulados de la Convención y la jurisprudencia interamericana.

Aprovecho la oportunidad para manifestar algo que quizás en la anterior sección no fue aclarado. Según Eduardo Ferrer Mac – Gregor (2011) "el control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter "concentrada" por parte de la Corte Interamericana, en sede internacional; y otra de carácter "difusa" por los jueces nacionales, en sede interna" (p.559). Una vez le preguntaron a Humberto Sierra de porqué la Corte Interamericana había (i) dejado de hacer el control de convencionalidad y (ii) porqué en los últimos años no se había pronunciado sobre el tema. Sierra Porto le contestó a esa estudiante: "La Corte IDH ejerce el control de convencionalidad siempre".

En efecto, así como en Colombia existe un órgano judicial encargado de ejercer el control concentrado de constitucionalidad, a nivel interamericano también se predica la existencia de un órgano judicial encargado de ejercer el control concentrado de convencionalidad. La Corte Interamericana a ser el órgano facultado de interpretar y aplicar la Convención se convierte, por excelencia, en la persona encargada de ejercer este tipo de control. En ese entendido, para que la Corte IDH pueda declarar responsable a un Estado, debe haber confrontado, previamente, el actuar del Estado con la Convención. Bajo ese entendido, aun cuando la Corte IDH no manifieste en sus providencias el control de convencionalidad, es presumible que ella lo ejerció y que se encuentra implícito en la decisión.

Ahora bien, en relación con el control de convencionalidad difuso, debo decir que tiene cierta semejanza con el control difuso de constitucionalidad, solo que el primero exige el uso del control

de convencionalidad a todos los jueces del Estado, incluso a aquellos que tienen la cualidad, en sus propios países, de ejercer el control concentrado de constitucionalidad.

Lo anterior, surge del argumento sostenido por la Corte IDH en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile,* al decir lo siguiente:

> Los jueces no son simples aplicadores de la ley nacional, sino que tienen además, una obligación de realizar una "interpretación convencional", verificando si dichas leyes que aplicarán a un caso particular, resultan "compatibles" con la CADH; de lo contrario su proceder sería contrario al artículo 1.1., de dicho tratado, produciendo una violación internacional, ya que la aplicación de una ley inconvencional produce por sí misma una responsabilidad internacional del Estado. (Ferrer, 2011, p.563).

Capítulo 3. Alternativas de solución a las tensiones entre el *corpus iuris* interamericano y el derecho nacional de los Estados parte.

Antes de adentrar en el estudio de aquellas alternativas que la doctrina especializada ofrece para resolver las tensiones entre los órganos de cierre de los Estados miembros y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, voy a suponer que el control difuso de convencionalidad genera, de por sí, una tensión. Esto se explica porque mientras que los poderes judiciales se aferran en mantener la supremacía constitucional y sujetar la aplicabilidad de los tratados internacionales de derechos humanos a las disposiciones de la Carta Superior, la Corte IDH se empeña en exigirle a los poderes del Estado el cumplimiento de sus compromisos internacionales. Partiendo que sí existe una tensión, en lo que resta de la investigación me dedicaré a exponer cuáles serían las alternativas para (i) aplicar los tratados internacionales sin desbordar el marco constitucional operante y (ii) evitar, con ello, que el Estado colombiano sea sujeto de demandas internacionales.

Antes de continuar, quiero ser claro en que mi interés es demostrar que la adopción del control de convencionalidad genera repercusiones, positivas o negativas, en el ordenamiento jurídico colombiano. En lo que a mí respecta, considero que son más las virtudes que ofrece este tipo de control sí partimos, por supuesto, de que lo que realmente importante es la efectividad de los derechos humanos. Ahora bien, como soy consciente de que los jueces son funcionarios que siempre deben actuar[6]en Derecho, las salidas que se les ofrezcan deben ser siempre compatibles

[6] Manuel Atienza, en el I Seminario de ICON – S Capítulo Colombia, sostuvo que los jueces pueden ser siempre activos, pero nunca activistas. El juez es activo en la medida de que su actuar se ajuste al marco normativo, esto es, respete el Estado de Derecho. En tal sentido, un juez así buscará darle la mayor protección y garantía al derecho sin desconocer las fronteras de lo jurídico.
Por el contrario, el juez será activista cuando traspasa las fronteras de lo jurídico y arremete contra el Estado de Derecho, bajo la excusa de proteger los derechos. Dicho esto, Atienza prefiere un juez activo y no un juez activista.

con el marco constitucional imperante. Por ello, animar a los jueces a actuar por fuera de la parcialidad jurídica en la que se encuentran no puede ser nunca una buena salida, sí vemos en el Estado de Derecho y en la separación de poderes un claro insumo para la estabilidad democrática de la Nación y el goce efectivo de los derechos humanos.

No obstante, para lograr desarrollar esta sección en debida forma, es necesario indagar (i) cual ha sido la relación entre el derecho interno y el derecho internacional para, a partir de allí, (ii) explicar cuáles podrían ser las salidas plausibles para articular esos dos ordenamientos y reducir las tensiones. Al respecto, Constanza Núñez (2018) ha sostenido que el sistema internacional, tradicionalmente, se ha tratado como un orden subsidiario del derecho nacional. De allí que, opere sólo en el evento en que el Estado ha sido negligente o ha fallado en su deber de protección. Sin embargo, ante la incapacidad de esta visión de articular los dos sistemas, ha surgido la idea de que estos deben tener una relación de complementariedad. Así, "las normas de derechos humanos pasan a integrar, precisar y enriquecer el contenido de los derechos reconocidos en la Constitución" (p.382).

Para Constanza, esta visión ha sido tan productiva que "no son solo los ordenamientos jurídicos nacionales los que se enriquecen con los aportes del DIDH[7], sino también el DIDH, el [cual] incorpora, para la interpretación de ciertos derechos o para la generación de nuevos catálogos de derechos humanos, el desarrollo normativo y jurisprudencial de los Estados" (p.382).

[7] Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

> En este sentido, el camino de interacción entre el DIDH y el derecho interno – que hasta ahora había sido normativo – ha pasado a ser jurisprudencial. Esto se manifiesta en que los tribunales nacionales han incorporado en sus razonamientos jurídicos los entandares desarrollados a nivel internacional como parámetro para evaluar la adecuación de los actos internos a sus obligaciones en materia de derechos humanos y, por otra parte, que las cortes internacionales han pasado a incluir los desarrollos jurisprudenciales de los tribunales nacionales u otros tribunales internacionales en sus resoluciones, para dar contenido e interpretar los tratados internacionales sobre derechos humanos. (…) Esto es lo que la doctrina latinoamericana y europea han llamado "dialogo jurisprudencial" (p.383).

Ahora bien, frente a los desafíos que plantea este contexto dialógico y ante la idea de que los compromisos internacionales adquieren con mayor frecuencia relevancia constitucional, los Estados se han visto en la tarea de definir cómo articular los tratados internacionales de derechos humanos con su propio catálogo de derechos. Para ello, no me concentraré, como dice Constanza, en estudiar cuáles son las etapas, diplomáticas y/o legislativas, que deben agotar los tratados para que adquieran validez jurídica en Colombia. Prefiero concentrarme, como lo he venido haciendo, en el debate de cómo articular y cuál debe ser el tratamiento que los operadores judiciales deben darle a los tratados internacionales de derechos humanos cuando estos ya han sido ratificados por Colombia y, por ende se encuentran ya vigentes.

Al respecto, para dar respuesta a este tema la teoría constitucional ha desarrollado dos grandes modelos de articulación para tratar de mitigar en la medida de lo posible las tensiones entre los dos sistemas. En tal sentido, encontramos por una parte lo que se denomina como

soluciones jerárquicas, y por la otra, las soluciones interpretativas. Pues bien, “las soluciones jerárquicas son aquellas que dan luces sobre el lugar que las normas internacionales ocupan en el derecho interno [; mientras que,] las soluciones interpretativas consagran expresamente la necesidad de interpretar ciertas normas constitucionales y/o legales a la luz de los compromisos internacionales” (Núñez, 2018, p.384). De manera que, partiendo de la clasificación que hace Constanza, trataré de explicar cuáles son las alternativas que ofrecen la doctrina especializada y en qué lugar, de las dos soluciones, se ubicarían.

3.1. Soluciones jerárquicas.

Para el lector o lectora de esta investigación, las soluciones jerárquicas no le parecerán un tema novedoso, pues lo he evidenciado en el transcurso de este escrito. El lector recordará, que en el Derecho existe una pirámide normativa que estratifica las normas conforme a su relevancia e importancia. Así, se ubicará en la cúspide la norma que nutre todo el sistema normativo, o sea, la *norma guía* en los términos de esta investigación, y en su base la norma poco relevante y significante. Si bien, esa última norma es importante en la medida que crea o modifica una situación jurídica particular, su validez formal y sustancial está sujeta a la norma que se ubique más arriba de ella. Además, el debate jurídico se centra en determinar cuáles son las normas que deberían ubicarse en el primer escalafón de la pirámide, en lo que resta existe cierto acuerdo teórico.



Figura 3
Estratificación Normativa en Colombia[8].

Para Humberto Henderson (2004), son cuatro las maneras cómo las constituciones (i) incorporan a su derecho interno los tratados internacionales de derechos humanos y, a su vez, (ii) establecen cuál es su ubicación jerárquica dentro del sistema normativo. Pues bien, la primera, se relaciona con la cláusula "supraconstitucional" (p.76 – 77). En efecto, sistemas normativos de este tipo, ubican a los tratados internacionales en la cúspide del ordenamiento jurídico interno, de ahí que, en caso de existir contradicciones entre las disposiciones de la Convención y la

[8] Utilizo esta estratificación por dos cosas: (i) considero que esa ilustración representa los pronunciamientos dados por la Corte Constitucional sobre ese tema y (ii) porque a partir de dicha clasificación, explicaré cuáles son las soluciones jerárquicas existentes dentro de la teoría constitucional.

Constitución, el operador judicial optará por aplicar la Convención, como orden expresa de su propio Constitución[9].

La segunda, tiene que ver con la cláusula "constitucional" (Henderson, 2004, p.77). En este tipo de modelos de apertura, la Constitución es quien establece que los tratados internacionales de derechos humanos debidamente ratificados, gozan de su misma ubicación. Es decir, que los tratados tienen jerarquía constitucional y, por lo tanto, se ubican a la par de la Constitución. Para la jurisprudencia colombiana, este sería el máximo rango al que pueden aspirar los instrumentos normativos internacionales, incluido, entre estos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La tercera, es denominada por Henderson clausula "supralegal" (p.79). En este tipo de constituciones, los tratados internacionales se dicen estar por encima de las leyes, pero no a la par de la Constitución. Aunque concuerdo con Henderson al decir que el modelo constitucional colombiano se ubica en este nivel, se equivoca en asumir que ello es resultado del artículo 93 de la Constitución. En esta investigación, ha quedado claro que la posición de la jurisprudencia constitucional es ubicar a los tratados internacionales de derechos humanos a la par de la Constitución. Sin embargo, en su momento consideré que esa afirmación no es del todo cierta debido a que la Corte Constitucional ha manifestado que la Convención está indiscutiblemente sujeta a la Constitución, lo que quiere decir que no están en un plano de igualdad propiamente dicho. Por esa razón, considero que aun cuando la jurisprudencia colombiana exprese ello, en la

[9] Aunque es poco probable que suceda ello, en parte porque ambos estatutos se redactan bajo un lenguaje abstracto, general e impersonal, esto a menudo se presenta, cuando las constituciones dejan de consagrar principios normativos para expresar reglas jurídicas. Entonces, cuando el constituyente entra "a detalle" en un asunto particular, corre el riesgo de establecer elementos que sí contradigan la Convención (Medellín, 2013). Adicional a ello, entre más extensa sea una Constitución, más propensa será a ser incompatible (con ella misma, por ejemplo, cuando la parte orgánica contradice la dogmática), con algunos instrumentos internacionales.

práctica jurídica los tratados internacionales son considerados instrumentos "subconstitucionales".

Por último, la cuarta manera de solucionar jerárquicamente las tensiones entre el sistema internacional y el derecho interno, es a través de la cláusula "legal" (Henderson, 2004, p, 81). Esto es, ubicar a los tratados internacionales en el mismo rango que una ley nacional.

Arribados hasta aquí, considero pertinente retomar algunas de las palabras dichas por Humberto Sierra[10] respecto a la aplicabilidad del control de convencionalidad a nivel nacional. Al respecto, Sierra Porto, dice que este tipo de control judicial de las normas y los actos, no exige necesariamente que la Convención Americana ocupe la cúspide piramidal dentro del ordenamiento jurídico interno. Es decir, los Estados tienen la libertad de determinar cuál será el rango que tendrán la Convención y a la jurisprudencia interamericana en su sistema de fuentes. Sin embargo, a pesar del rango que estos le den, los operadores judiciales deben tenerlos siempre presentes al momento de resolver sus asuntos.

Sin perjuicio de lo que sostuve anteriormente[11], me parece que una posición así puede resultar peligrosa. Imaginemos por un momento: sí la Convención - en el contexto de hoy – debe relegarse a la Constitución y, por consiguiente, confirmar sus cláusulas (pues, si las contradice, la Constitución la derrota) para tener cierta aplicabilidad, cómo sería en el evento en que la Convención tenga los rangos de *supralegal* o *legal*. En un escenario así, claramente, los compromisos internacionales quedarían altamente mermados. Por un lado, el Legislativo podría

[10] Ir a la página 79 y ss.
[11] En aquella oportunidad, manifesté que, a pesar de que no estaba totalmente de acuerdo con esta idea, pues me parecía que tal posición en realidad escondía una relación de jerarquía, sostuve que representaba una salida plausible y emergente para los operadores judiciales, ya que, a estos se les exige, como parte del Estado, cumplir los compromisos internacionales adquiridos, pero bajo el limitado sistema de fuentes colombiano.

derogar (materialmente) disposiciones convencionales con la simple creación de otras leyes[12]y, por otro lado, el sistema judicial podría mantener (legalmente) un contexto de vulneración grave, masiva y sistemática de los derechos humanos, bajo la excusa de que una tratado, que se dice tener rango de ley, no puede contradecir la norma guía o fundante de todo el orden jurídico. En estos escenarios, es innegable que el valor moral y político que se le da a un determinado estatuto normativo, determina, sin duda alguna, su tratamiento y el grado de respeto con que los poderes del Estado lo observaran. En tal sentido, si bien los Estados tienen la prerrogativa de determinar cuál será el rango que ocuparan los tratados internacionales de derechos humanos en su sistema nacional, queda claro que no toda ubicación se reputa legítima si partimos de que lo importante es garantizar el goce efectivo de los derechos.

Por esa razón, aunque he considerado que la Convención debe estar por encima de la Constitución o a la par, si se quiere, de esta última siempre que no sea relegada (verbigracia, si existen tensiones normativas se preferirá la Convención), eso no quiere decir, como dice Constanza Núñez (2018), que se esté "eliminando [con la cláusula *supraconstitucional*] la posibilidad de realizar interpretaciones a nivel de derecho interno que sean más garantistas que el desarrollo del DIDH" (p.384), todo lo contrario, si mi visión es proponer herramientas jurídicas para alcanzar mayores estándares de garantía y protección de los derechos humanos, sin duda alguna, debo preferir las normas e interpretaciones que alcancen, en debida forma, dicho fin.

De esta manera, quiero dejar claro que no me atrevo a entender la estratificación normativa como un sistema rígido, dictatorial y tirano, en donde las normas que se ubican en la parte

[12] Según Henderson (2004), la jurisprudencia americana considera a los tratados internacionales de derechos humanos como leyes federales, de modo que, los tratados pueden ser derogados por leyes federales posteriores sin problema alguno.

superior de la pirámide se veneran y respetan, simplemente, por estar ubicadas allí, sino por los principios y valores morales, jurídicos y políticos que ella sustenta. Cuando una norma desconoce derechos humanos, sin importar su naturaleza, debe ser reemplazada por otra que sí los reconozca, y ello no tendría porqué causar tantos traumatismos. En tal sentido, aun cuando la Convención esté en la cúspide del ordenamiento jurídico hipotético que planteo en la investigación, eso no quiere decir que los jueces apliquen, simple y llanamente, sus disposiciones. En resumen, si la judicatura se percata que su sistema nacional plantea un universo más amplio, protector y garantista del derecho, no tiene porqué desconocerlo y abstenerse de aplicar. Pero, si por el contrario, encuentra que algunas normas de su ordenamiento desconocen negativamente la Convención, no las aplique y expúlselas del ordenamiento.

Arribados a este punto, debería ofrecer una respuesta al siguiente dilema: ¿Se encuentra la Corte Constitucional facultada para inaplicar o expulsar una norma constitucional que se reputa, abiertamente, contraria a las disposiciones de la Convención? Para responder esta compleja cuestión, haré una analogía entre lo que es el control judicial débil de las normas y lo que sería la *revisión convencional de las normas constitucionales*. Pues bien, en palabras de Jeremy Waldron (2018)

> En un sistema de control débil, la corte profiere una suerte de declaración de incompatibilidad entre un artículo de la constitución y la legislación analizada. (…) [Pero, esa] declaración simplemente advierte sobre la inconstitucionalidad de la norma, y permite que el parlamento o los ministros que lo controlan tomen alguna decisión al respecto. [De manera que,] El legislativo −elegido y responsable ante el pueblo− conserva su capacidad de operación y mantiene su

> competencia de modificar la norma positiva, aunque ejerce esta atribución por cuenta de una declaración de incompatibilidad y de una forma relativamente limitada por la decisión de la corte (p.12).

A mi juicio, ese debería ser la forma en como la Corte Constitucional debe asumir la *revisión convencional de las normas constitucionales*. En este contexto particular, la Corte inaplicaría la norma constitucional sin que ello signifique hacerla inoperante o expulsarla del ordenamiento y exhortaría al Congreso a modificar o derogar la disposición constitucional Así, bajo un control judicial débil se mantendría la separación de poderes. La Corte seguiría ejerciendo su función de revisar las normas y mantener la unidad, coherencia y plenitud del sistema normativo, y el Congreso de la República su facultad de reformar la Constitución bajo mayorías cualificadas y procedimientos rígidos especiales.

Sé que lo dicho hasta el momento parece una aberración constitucional. Sin embargo, mi propuesta se dirige a resolver tensiones, existentes y eventuales, entre la Constitución y la Convención. Me niego a creer como dice Paula Acosta (2016) que la única salida al problema sea aferrarse a normas que vulneran los derechos humanos aun cuando ello genere responsabilidad internacional, por el temor de aceptar y declarar que nos hemos equivocado en la redacción de esa norma constitucional y en el tratamiento que se le ha dado al derecho lesionado.

Finalmente, en contraposición con las soluciones jerárquicas, Jorge González (2006), en un estudio que realizó sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional se percató que a diferencia de lo sostenido por la academia jurídica sobre la jerarquización y rigidez de las fuentes formales del derecho, la practica judicial demuestra que los jueces en cada caso seleccionan aquella fuente

más legitima y provechosa para la discusión[13]. En tal sentido, descubrió que en la Sentencia C – 221 de 1994, providencia que trata sobre la despenalización de la dosis personal, los magistrados habían utilizado el pensamiento de autores de filosofía política para resolver, desde una posición mayoritaria o minoritaria el problema jurídico. En resumen, para Jorge

> La sentencia parecía un ensayo académico en donde su escritor utiliza citas de autoridad para sustentar su hipótesis; (…) la particularidad de esta [providencia, dice él,] es que gran parte de las citas… no provenían de material normativo sino de escritores de filosofía política (p.275).

Por esa razón, él considera que el modelo tradicional de las fuentes que exige del operador judicial la sumisión y observancia de su estratificación para aplicarlas en ese orden descendente, no está para nada ajustado a lo que sucede en la práctica judicial. Los jueces, contrario a lo que dice el modelo tradicional, seleccionan las fuentes que consideran válidas a sus razonamientos jurídicos sin una secuencia vertical de la pirámide. Ante esta realidad él propone una forma distinta de leer las fuentes del derecho. Dicha forma la denomina *"el pastel de las fuentes"*. Para Jorge González (2006) este pastel "estar[ía] representado por un círculo en donde las dimensiones de las porciones se determinarán en una base del caso por caso". Así, en algunas ocasiones la porción que le corresponde a la Constitución será mayor que la de la ley o el decreto, mientras que en otras, la jurisprudencia, la doctrina o los decretos puedan ser quienes se lleven la mayor porción (p.291).

[13] "En Colombia las altas cortes no solamente han aplicado la ley, la Constitución o en general las fuentes formales del derecho: también han tenido unos debates en torno a la citación de fuentes doctrinales que dejan ver su sesgo ideológico" (González, 2006, p. 278).

En conclusión, esta podría ser una salida[14] plausible a las posibles dificultades que implicaría la adopción de soluciones jerárquicas. En síntesis, bajo el *pastel de las fuentes*, la Convención o la Constitución gozarían de mayor porción dependiendo de su órbita de protección; entre mayor protección y garantía de los derechos porción mayor de la fuente.

3.2. Soluciones interpretativas.

De la sección anterior podríamos concluir que son los poderes constituyentes de los Estados los que determinan las salidas que ofrecerán a los problemas de tensión y articulación existente entre los tratados internacionales y sus propios sistemas normativos. Entendido ello, son las propias constituciones las que predican un modelo de resolución que se ajusta a una visión jerárquica del derecho. De allí que en las constituciones existan cláusulas que planteen, por ejemplo, la derrotabilidad de las normas constitucionales frente a las convencionales o viceversa.

Si bien las soluciones interpretativas obedecen a su consagración constitucional, estas vislumbran una naturaleza diferente que dista de las anteriores. En vez de resolver el problema antes de que suceda, estas permiten que los operadores judiciales ponderen las normas en tensión y apliquen aquella que ofrezca un mayor estándar de protección. Dicho esto, la doctrina ha ofrecido dos soluciones interpretativas: la cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona*.

En relación con la primera, Eduardo Ferrer (2011) la define como "la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores,

[14] Aunque Jorge González no habla sobre el control de convencionalidad en su escrito, ni mucho menos sobre la incorporación y articulación de los tratados internacionales de derechos humanos al derecho nacional, me atrevería a decir que esta probablemente sería su solución a la discusión que aquí se plantea.

principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los estados… [con el fin de] lograr mayor eficacia y protección" (p.549)[15]. En palabras de Constanza Núñez (2018)

> Esta cláusula implica… que en cada acto de creación, interpretación y aplicación del derecho, los derechos fundamentales consagrados en la Carta Fundamental deb[an] ser entendidos en armonía con los derechos humanos consagrados en tratados internacionales. Es decir, se debe buscar aquella interpretación que permita dar efectividad y coherencia a los derechos (Núñez, 2018, p.389).

Al respecto, Oscar Reina (2012), considera que, el inciso 2 del artículo 93 de la Constitución colombiana al disponer que "los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia" (Const., 1991), consagra, precisamente, una pauta hermenéutica en ese sentido aunque la Corte Constitucional lo haya asumido como una norma de remisión normativa. En ese punto, hay que aclarar que una cosa es hablar de apertura constitucional y otra de pauta interpretativa: "mientras la primera incorpora o integra derechos contemplados en fuentes externas al texto constitucional, la segunda permite que los derechos y garantías constitucionales sean precisados, aclarados o delimitados en su contenido de acuerdo con las normas de derecho internacional" (Reina, 2012, p.185).

[15] Para Eduardo Ferrer, en este contexto, el control de convencionalidad resulta importantísimo para lograr que los jueces interpreten su catálogo de derechos con los tratados interamericanos de derechos humanos y la jurisprudencia de su intérprete autorizado. En pocas palabras, hacer control de convencionalidad es hacer una interpretación conforme.

Por su parte, en relación con el principio *pro persona*, este plantea que en caso de existir discrepancias entre normas que consagran derechos humanos, el operador judicial aplicará aquella que ofrezca un mayor grado de protección. Según Rodrigo Uprimny y Cesar Rodríguez (2007) la forma de resolver las contradicciones entre las normas internacionales y las constitucionales, es apelando al principio *pro homine*, que obliga a dar aplicación a aquella interpretación más favorable a los derechos humanos. De esta manera, las normas internacionales prevalecerían sobre las constitucionales, en tanto que dan una protección más amplia[16]al derecho que se debate (p.54).

Por su parte, Rodrigo Uprimny (2008) ha dicho que:

> En principio, las contradicciones entre los distintos niveles deberían ser resueltas con base en el principio jerárquico, según el cual, la norma superior deroga la norma inferior. Y, según las clásicas reglas de solución de antinomias, los conflictos normativos en un mismo nivel deberían solucionarse con las reglas de temporalidad y especialidad, esto es, que la norma posterior deroga la norma anterior, y la norma especial debe aplicarse de preferencia sobre la norma general.
>
> Sin embargo, en el campo de los derechos humanos, estas reglas sufren una matización importante debido a que los convenios de derechos humanos suelen incorporar una clausula hermenéutica de favorabilidad, o principio *pro homine*…, según el cual no puede restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos

[16] Para el caso concreto, ellos se refieren al derecho a acceder a la educación primaria, de manera gratuita y universal.
Debo aclarar que Rodrigo y Cesar consideran que la tensión no debe resolverse con base en la estratificación normativa, pues ambas disposiciones, internacional y constitucional, ostentan la misma jerarquía.

> reconocidos en un Estado, en virtud de su legislación interna o de otros tratados internacionales, invocando como pretexto que el convenio en cuestión no los reconoce o los reconoce en menor grado. Se ha entendido entonces que, conforme a dicho principio, *"se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria"* (p.84 – 85).

En efecto, la Corte Constitucional ha reconocido el carácter vinculante en el ordenamiento colombiano de esta regla hermenéutica, según la cual, en caso de conflictos entre distintas normas que consagran o desarrollan los derechos humanos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos (Uprimny, 2008).

En conclusión, Constanza Núñez (2018) considera que existen tres razones por las cuales los modelos constitucionales deberían preferir las soluciones interpretaciones y de armonización, en vez de las soluciones jerárquicas:

> a) Permite evitar la responsabilidad internacional por interpretaciones contrarias al DIDH; b) favorece el desarrollo de interpretaciones evolutivas mediante la interacción entre el DIDH y el derecho interno y; c) no otorga respuestas definitivas frente a problemas complejos, ofreciendo siempre respuestas abiertas que tienen como piso mínimo el catalogo internacional de protección de derechos humanos (p.385).

3.3. Otras soluciones.

3.3.1. La teoría del pluralismo constitucional.

Según Paula Acosta (2016), las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, es un debate que ha girado siempre en torno a las teorías del dualismo y el monismo. Así, para el primero, derecho internacional y derecho interno son dos ordenamientos diferentes e independientes, cuya relación se construye a través de reenvíos. En resumen, para que el derecho internacional pueda aplicarse en el marco del derecho interno, requiere ser transformado en norma interna (p.17 – 18).

Por su parte, Kelsen citado por Paula Acosta (2016) representante de la escuela monista, consideraba que no era necesario que el derecho internacional fuera sometido a un acto especial de transformación para que tuviera efectos a nivel nacional, pues, aquel era fuente de subordinación de este (p.18). De allí que, él sostuviera que existe solo una norma fundamental que da validez a todo el ordenamiento jurídico. En consecuencia, según Gattas Abugattas (2006) "si la norma fundamental está en el Derecho Internacional, el Derecho Interno encontrará su razón de validez en el Derecho Internacional, subordinándose a él"; o viceversa. Esta subordinación de un ordenamiento a otro, para justificar la validez de las normas, hace que los ordenamientos se entiendan necesariamente unidos (p.446).

En contraste, mientras que el dualismo considera que los conflictos entre los dos ordenamientos han de solucionarse de acuerdo a las reglas tradicionales propias del derecho nacional (norma superior prevalece sobre la inferior, norma posterior deroga la anterior); la teoría

monista ofrece dos salidas: (i) o le corresponde al derecho nacional la última palabra o (ii) o en caso de enfrentamiento prevalece el derecho internacional (Acosta, 2016).

Entonces, dado que las teorías dualista y monista obedecieron a ese escenario de discusión por la unicidad del derecho y la soberanía estatal, Acosta (2006) además de llamarlas *zombis,* considera que dichas teorías no deben seguirse usando como marco de análisis para explicar las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, por lo que apunta hacia la creación de una nueva teoría que sea capaz de explicar los nuevos fenómenos que suceden a nivel local y en el plano internacional. Para ella, el pluralismo constitucional es quien debe servir de guía para entender y articular estos dos sistemas.

En ese orden de ideas, el pluralismo constitucional,

> Es "una propuesta que reconoce que el derecho nacional e internacional son dos ordenamientos diferentes, pero profundamente conectados, cuyas relaciones, pese a no regirse por la jerarquía o por una regla de última solución de conflictos, han de guiarse por el respeto de unos principios básicos que, ante todo, han de buscar la consecución de los objetivos constitucionales" (Acosta, 2016, p.55).

En tal sentido, aunque esta teoría, al igual que la dualista, asume la existencia de dos ordenamientos jurídicos diferentes, el pluralismo no los considera dos sistemas aislados que se repelan, todo lo contrario como comparten unos principios, objetivos e incluso instituciones, deben determinarse cuáles serán sus puntos de apoyo o de encuentro. No obstante, a pesar de que existe una conexión entre estos dos, ello no significa una relación de jerarquía ni mucho menos unicidad del derecho. Por esa razón, en el pluralismo constitucional se habla de heterarquía,

> entendida [esta] como la existencia de diversos centros de poder –en este caso normativo, institucional y jurisdiccional– que se relacionan de forma horizontal, sin criterio de autoridad superior alguna, y el acoplamiento visto como el ejercicio a través del cual se logra la convivencia y articulación de los diversos centros de poder (Acosta, 2016, p.29 – 30).

Así las cosas, a la luz de esta teoría no existe una regla única/última de solución de controversias, no se trata de afirmar que siempre prevalece "X" o "Y" tipo de norma; los dilemas habrán de solucionarse caso por caso y para ello no podrán aplicarse reglas de talante formalista[17] basadas en el origen de la norma o en su destinatario o en cuestiones de temporalidad (*posterior derogat prior*), la resolución del conflicto dependerá de la autoridad normativa sustantiva de cada una de las variables en juego (Acosta, 2016, p.33).

En conclusión, según Paula Acosta, esta teoría podría ofrecerle a la Corte Constitucional una salida oportuna a sus paradojas constitucionales, por cuanto no es dable que la Corte, por un lado reconozca la obligación del Estado de cumplir los compromisos internacionales, sí por el otro autoriza el desconocimiento de estos cuando la norma interna contraviene el derecho internacional. En síntesis, aunque la Corte insiste en la necesidad de articular en debida forma estos dos ordenamientos, sigue utilizando como marco de análisis las teorías tradicionales (Acosta, 2016).

[17] "El profesor Von Bogdandy señala que el efecto directo y la interpretación conforme deben dejar de ser vistos como meras herramientas técnicas, por lo que su contenido debe perfilarse desde los estándares constitucionales. Su función es permitir la articulación de los dos ordenamientos, considerándolos de forma sistemática, garantizando la legitimidad de las decisiones y asegurando el respeto de cuestiones esenciales tales como la cooperación internacional, el gobierno democrático, la subsidiariedad y la protección de los derechos fundamentales" (Acosta, 2016, p, 39).

3.3.2. Solicitudes de Opiniones Consultivas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de los jueces nacionales.

El famoso Caso de Gustavo Petro vs. Alejandro Ordoñez, significó una gran discusión para el Estado colombiano que aún se mantienen. Me refiero con ello, a la disputa que siempre ha existido respecto a los superpoderes que tiene el Procurador General de la Nación para suspender e inhabilitar funcionarios elegidos para ocupar cargos de elección popular. La discusión a nivel parlamentario se ha suscitado "entre quienes creen que quitarle ese poder a los órganos administrativos era restarle dientes a la lucha contra la corrupción y quienes creen en que el jefe de una entidad no puede estar por encima del clamor del pueblo" (Semana, 2017).

Pero más allá de la discusión política y coyuntural que este caso generó, existe una discusión mucho más profunda. Como lo dije anteriormente, para la Corte IDH no es admisible que una autoridad administrativa imponga, a través de un juicio disciplinario, una sanción temporal o definitiva que declare la muerte política del ciudadano, toda vez que, con dicha actuación desconoce sus derechos políticos consagrados en la Convención. En tal sentido, para la jurisprudencia interamericana los Estados sólo pueden sancionar a este tipo de funcionarios, a través de un proceso penal adelantado por un juez natural. Pues bien, en el caso colombiano, es claro que ello no es así. En tal sentido, la Procuraduría al ser un órgano administrativo no estaría facultada para ejercer esa función, no obstante, la Corte Constitucional ha defendido férreamente esta competencia del Ministerio Público.

Para algunos juristas y organizaciones, entre ellos Jorge Roa (2015), Paula Acosta (2016) y el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia, la Corte Constitucional ha desconocido la Convención Americana y el precedente jurisprudencial de la Corte Interamericana

establecido en el *caso López Mendoza vs. Venezuela,* al mantener la facultad del Ministerio Publico de inhabilitar temporal o permanente a funcionarios elegidos para cargo popular. Según Jorge Roa (2015), la Corte Constitucional consideró que la obligación de los Estados de luchar contra la corrupción es una obligación igualmente valida que se encuentra consagrada en diversos instrumentos internacionales, por lo que, la facultad de imponer sanciones disciplinarias se encuentran justificadas a la luz del derecho internacional de los derechos humanos

Sin embargo, a pesar de que la Corte Interamericana omitió pronunciarse sobre el artículo 23 de la Convención Americana y su relación con otros instrumentos internacionales (lo que le otorgaría cierta justificación al pronunciamiento de la Corte), entre ellos, los relacionados con la lucha contra la corrupción, la contradicción entre la norma nacional e internacional se mantiene intacta y con ella, las eventuales declaraciones de responsabilidad internacional del Estado.

Arribados hasta aquí, no cabe duda de que las antinomias entre las disposiciones de la Convención y la Constitución son cada vez más latentes, y por ello la necesidad de encontrar una salida admisible que les permita a los órganos judiciales de cierre aplicar en debida forma la Convención.

Una propuesta en ese sentido la otorga Jorge Roa (2015). Él considera que una salida adecuada para mejorar el dialogo entre los tribunales de cierre de los países y la Corte IDH, es permitirle a aquellos presentar solicitudes de Opiniones Consultivas a la Corte Interamericana. De esta manera, la Corte IDH a solicitud de una corporación judicial de cierre, podría determinar la compatibilidad entre una norma constitucional y el *corpus iuris* interamericano. Si bien esta posibilidad podría generar: (i) una mayor carga laboral para la Corte IDH; (ii) o

> Un escalonamiento de la tensión entre la Corte IDH y los tribunales internos, en concreto, si estos rehúsan el cumplimiento de la Opinión Consultiva, le pretenden imponer sus propias interpretaciones a la Corte IDH o usan el mecanismo consultivo para debilitar al tribunal interamericano (p, 22).

Ello traería consigue ventajas importantísimas: (i) crearía "un escenario de diálogo en el que los tribunales nacionales y la Corte IDH construyen colectivamente la interpretación que compatibiliza el ordenamiento nacional con el interamericano"; (ii) disminuiría la presión política de los jueces nacionales, pues, no serían objeto de sanciones disciplinarias o penales por actuar por fuera del marco de sus atribuciones y; (iii) reduciría los casos contenciosos de la Corte IDH, por cuanto, este mecanismo permitiría que tanto los tribunales nacionales y la Corte IDH armonizaran, adecuadamente, los dos sistemas normativos (Roa, 2015).

Capítulo 4. Conclusiones

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara en decir que los Estados que hayan suscrito la Convención Americana están en la obligación de velar porque sus disposiciones no se vean mermadas. Por ello, en cumplimiento de ese deber legal se exige a los poderes públicos de los Estados realizar un control de convencionalidad a cada decisión política, jurídica o legislativa que adopten, como medida para prevenir eventuales declaraciones de responsabilidad internacional por desconocer sus compromisos adquiridos.

El análisis elaborado permite concluir que dependiendo del valor moral, político o jurídico que una autoridad judicial le otorgue a un determinado Estatuto normativo, determinará sin duda alguna la preminencia y el grado de respeto con el que esté será observado.

Por ende, cuando un operador juridicial decide resolver el asunto litigioso haciendo uso del control de constitucionalidad, lo que está diciendo es que su norma guía es la Constitución y por ende la solución del caso concreto surgirá de la interpretación que pueda extraer del Texto. Así, en caso de que la Carta del 91 entre en contradicción con un instrumento jurídico internacional como la Convención, el funcionario judicial estará más propenso a impedir que esta derrote a aquella aun cuando eso pueda significar la sustentación y prolongación de un contexto grave y generalizado de violación de los derechos humanos.

Que la Convención Americana haga parte del bloque de constitucionalidad no es suficiente pues aun cuando la Corte Constitucional sostenga que ambos estatutos se encuentran en el mismo escalafón jerárquico, la veneración hacia la Constitución es de tal magnitud que si la Convención quiere subsistir, ser tenida en cuenta y tener aplicabilidad en casos concretos, no puede

contradecirla por cuanto está siempre se preferirá, por lo que, a la Convención no le queda de otra que confírmela y reafírmela si quiere tener éxito y sobrevivir.

Ante ese panorama, una salida plausible al dilema inquietante de cuál debe ser la norma guía del sistema normativo es otorgarle a la Convención Americana (y demás tratados regionales) dicha condición. Esto puede generar dos consecuencias benévolas. La primera, que el Estado colombiano no sea declarado responsable internacionalmente por desconocer los compromisos regionales. Y la segunda, puede llevar a mayores niveles de protección de los derechos humanos.

No obstante, aunque la Convención deba estar por encima de la Constitución (o a la par de esta última si se quiere, siempre que no sea relegada) eso no quiere decir que los y las operadores judiciales no puedan desarrollar estándares de protección más garantistas que los que ofrece el sistema interamericano, todo lo contrario, si la judicatura se percata que el derecho nacional plantea un universo más amplio, protector y garantista del derecho, no debe desconocerlo ni abstenerse de aplicarlo por cuanto estaríamos cayendo en el mismo circulo vicioso de preferir los formalismos jurídicos antes que la efectividad de los derechos.

Por esa razón, las agencias del Estado no deben entender la estratificación normativa como un sistema rígido, dictatorial y tirano, en donde las normas que se ubican en la parte superior de la pirámide se veneran y respetan simplemente por estar ubicadas allí.

Al contrario, el grado de sumisión y preminencia tiene que depender innegablemente de los principios y valores morales, jurídicos y políticos que ella sustenta. Por lo tanto, cuando una norma desconoce derechos humanos, sin importar su naturaleza, debe ser reemplazada por otra que sí los reconozca y ello no tendría porqué causar tantos traumatismos.

Referencias

Abugattas Giadalah, G. (2006). *Sistemas de incorporación monista y dualista: ¿tema resuelto o asignatura pendiente?* Agenda Internacional. Num.23, pp. 439 – 461. Recuperado de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/viewFile/8321/8625

Acosta Alvarado, P. A. (2016). *Zombis vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno*. Estudios Constitucionales. Num.1, pp. 15 – 60. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art02.pdf

Aguiló Regla, J. (2015). *Fuentes del Derecho*. En Fabra Zamora. J. L. & Rodríguez Blanco, V. (Editores), Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho Vol. 1. (pp. 1019 – 1066). México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/7.pdf

Aragón Reyes, M. (1998). *Estudios de Derecho Constitucional.* 1ra. Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Barbosa Delgado, F. (2002). *Litigio Interamericano. Perspectiva jurídica del sistema de protección de Derechos Humanos.* Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano.

Bernuz Beneitez, M. J. (2006). *François Gény y el Derecho. La lucha contra el método exegético.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bernoti, E. & Zelada, C. (2014). *Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad.* En Steiner, C. & Uribe, P. [Coord.], Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada. 1ra. Ed (pp. 272 – 287). Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Blanco Zúñiga, G. (2013). *Sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano.* 1ra. Ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Bohórquez Orduz, A. (2016). *Principio de Completitud y Creación Judicial del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bonnecase, J. (2000). *Introducción al estudio del Derecho.* Bogotá: Editorial Temis S.A.

Botero Uribe, G. (2005). *Teoría Social del Derecho*. 4a ed. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Articulo 11 [Titulo II]. 2da Ed. Legis.

Código Civil [Código]. (2019). 42da ed. Bogotá: Legis Información Profesional.

Corte Constitucional (18 de mayo de 1995) Sentencia C – 225/95 [MP Alejandro Martínez Caballero]

Corte Constitucional (11 de agosto de 1999) Sentencia C – 582/99 [MP Alejandro Martínez Caballero]

Corte Constitucional (4 de mayo de 2000) Sentencia C – 492/00 [MP Alejandro Martínez Caballero]

Corte Constitucional (4 de febrero de 2003) Sentencia C – 067/03 [MP Marco Gerardo Monroy Cabra]

Corte Constitucional (26 de enero de 2006) Sentencia C – 028/06 [MP Humberto Antonio Sierra Porto]

Corte Constitucional (26 de noviembre de 2008) Sentencia C – 1154/08 [MP Clara Inés Vargas Hernández]

Corte Constitucional (24 de noviembre de 2010) Sentencia C – 941/10 [MP Jorge Iván Palacio Palacio]

Corte Constitucional (1 de marzo de 2011) Sentencia C – 122/11 [MP Juan Carlos Henao Pérez]

Corte Constitucional (24 de marzo de 2011) Sentencia C – 203/11 [MP Juan Carlos Henao Perez]

Corte Constitucional (16 de julio de 2014) Sentencia C – 500/14 [MP Mauricio González Cuervo]

Corte Constitucional (13 de marzo de 2019) Sentencia T – 109/19 [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]

Corte Constitucional (12 de octubre de 2011). *1 – Joel Colon Ríos (Diálogos con el mundo)*. [Archivo de Video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=NDGk45weGp4&t=284s

Corte Interamericana de Derechos Humanos (26 de septiembre de 2006). *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.* Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de febrero de 2011). *Caso Gelman vs. Uruguay*. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (14 de mayo de 2013). *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (28 de agosto de 2014) *Caso de personas dominicanas y haitianas vs. República Dominicana*. Recuperado de http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana*. Preguntas frecuentes. San José de Costa Rica. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ABCCorteIDH.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019). Estatuto de la Corte IDH. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/estatuto.cfm

De Castro, F. (1955) *Derecho Civil de Personas (Parte General)*. 3ra. Ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Departamento de Derecho Constitucional. (4 de septiembre de 2019a). *Damos inicio a la primera conferencia del Lanzamiento de nuestro curso de Alta Formación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. ¡Bienvenidos!* [Actualización de estado]. Facebook. Recuperado de https://www.facebook.com/UExternadoDerechoConstitucional/videos/497159094451269/?__tn__=%2Cd%2CP-R&eid=ARDzRYLHhYHeha8ze1eoWj_46SkUAU55-jfm4d0owPIm7JDCAfoaYDAfjBirHK7ueXBSbAp48tvA6ZZF

Departamento de Derecho Constitucional. (7 de septiembre de 2019b). *Durante la mañana del viernes el Dr. Sierra Porto, juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intervino en las conferencias de lanzamiento del curso de Alta Formación en el Sistema IDH con unas reflexiones para todos los asistentes sobre el control de convencionalidad*. [Actualización de estado]. Facebook. Recuperado de https://www.facebook.com/UExternadoDerechoConstitucional/posts/2493177810741569

Derecho Internacional de los DH (19 de octubre de 2017). *Conferencia Richard Albert, Corte Constitucional Colombia*. [Archivo de Video]. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=RB1TNkHTlGw

Ferrer Mac-Gregor, E. (2011) *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. Estudios Constitucionales. Num.2, pp. 531 – 622. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v9n2/art14.pdf

González Jácome, J. (2006). *El problema de las fuentes del Derecho: una perspectiva desde la argumentación jurídica*. Vnersitas, 55(112), pp. 265 – 293. Recuperado en https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14650

González Monzón, A. (2018). *Los Principios Generales del Derecho*. Bogotá: Leyer.

González Ramírez, A. (2015). *Introducción al Derecho*. 11ma. Ed. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

Guastini, R. (1999) *Concepciones de las Fuentes del Derecho*. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. Num.11, 167 – 176. Recuperado de http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc5q578

Guastini, R. (2010). *Nuevos estudios sobre la interpretación.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hernández Díaz, C. A. (2010). *La Costumbre como Fuente del Derecho*. Criterio Jurídico Garantista. Num.2, 142 – 152. Recuperado de http://www.fuac.edu.co/recursos_web/documentos/derecho/revista_criterio/articulosgarantista2/9carloshernandez.pdf

Henderson, H. (2004) *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*. Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Num.39, pp. 71 – 99. Recuperado de https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-instituto-interamericano-dh/article/view/8194/7349

Lalinde Ordoñez, S. (2019). *Elogio a la bulla. Protesta y democracia en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia.

Langner, S. (Productor) & Kramer, S. (director). (1961). *Vencedores o vencidos: Juicio de Nuremberg*. [Película]. Estados Unidos: Roxlom Films.

López Medina, D. E. (2006). *El Derecho de los Jueces.* 2da. Ed. Bogotá: Legis Información Profesional.

Medina Quiroga, C. (2009). *Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana*. Anuario de Derechos Humanos. Num.5, 15-34. doi:10.5354/0718-2279.2011.11499.

Montoro Ballesteros, A. (1984). *Ideologías y Fuentes del Derecho*. Anales de Derecho. Num.6, 55 – 84. Recuperado de https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/6112/1/Ideologias%20y%20Fuentes%20del%20Derecho.pdf

Monroy Cabra. M. G. (2015). *Introducción al Derecho*. Ed. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Núñez Donald, C. (2018). *Apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en una nueva Constitución*. Revista Ius et Praxis. 24(3), pp. 379 – 420. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v24n3/0718-0012-iusetp-24-03-00379.pdf

Organización de Estados Americanos (2015a). *¿Quiénes Somos?* Recuperado de http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp

Organización de Estados Americanos (2015b) *Mandatos y funciones de la CIDH*. Recuperado de http://www.oas.org/es/cidh/mandato/funciones.asp

Padrón Pardo, F., Julio Estrada, A. & Sierra Porto, H. (2018). *El sistema normativo en Colombia*. En Correa, M., Osuna, N. & Ramirez, G. (Editores). Lecciones de Derecho Constitucional. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Reina García, O. (2012). *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. Num.29, pp. 175 – 214. Recuperado en https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3296/2946

Roa Roa, J.E. (2015). *La Aplicación Nacional de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Políticos.* Serie Documentos de Trabajo, Num.37. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Roa Roa, J. E. (2019). *Justicia constitucional, deliberación y democracia en Colombia: Jeremy Waldron reflexivo en Bogotá*. Revista Derecho del Estado. Núm. 44. 57-98. Doi: 10.18601/01229893.n44.04.

Rocha Ochoa, C. (2010). *Introducción a la Teoría del Derecho. Manual de clase.* Ed. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Rojas Sabogal, A. [compiladora] (s.f.). *Manual de citación. Normas APA*. Bogotá: Biblioteca Universidad Externado de Colombia. Recuperado de https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/07/Manual-de-citacio%CC%81n-APA-v7.pdf

Semana (16 de noviembre de 2017). *Ordóñez vs. Petro: la pelea que terminaría debilitando el poder de la Procuraduría*. [Editorial]. Recuperado de https://www.semana.com/Item/ArticleAsync/547429

Steiner, C. & Uribe, P. [Coord.] (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada.* 1ra. Ed. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sikkink, K. (2018). *Razones para la esperanza. La legitimidad y efectividad de los derechos humanos de cara al futuro.* Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores.

Taiana, J. (1998). *La CIDH y la promoción de los derechos humanos*. Revue québécoise de droit international. 11(1). (pp, 15 – 34). Recuperado de https://www.persee.fr/doc/rqdi_0828-9999_1998_num_11_1_1819.

Tarazona Duarte, S. A. Tamayo Perdomo, V. Rodríguez Luque, J. M. (09 de junio de 2019). *El drama de los haitianos en República Dominicana: entre la ambigüedad legal de una vecindad incómoda.* Revista Nova et Vetera [Editorial]. Recuperado de: https://www.urosario.edu.co/Revista-Nova-Et-Vetera/Omnia/El-drama-de-los-haitianos-en-Republica-Dominicana/

Tocora, F. (1992). *Control constitucional y derechos humanos.* Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Torres, K. (20 de octubre de 2019). *Colombia acude a CIDH para que reelección indefinida no sea derecho fundamental*. Blu Radio. Recuperado de https://www.bluradio.com/nacion/colombia-presenta-ante-cidh-solicitud-de-legalidad-de-reeleccion-indefinida-230234-ie435

Ugarte Boluarte, K. (2014) *La función de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: un repaso a las generalidades básicas que todos debemos conocer*. Revista Lex. 12(13) (pp, 35 – 68). Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/402559

Uprimny Yepes, R. & Rodríguez Garavito, C. (2007). *Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria*. En Pérez Murcia, L.E., Uprimny Yepes, R. & Rodríguez Garavito, C. [Coord.]. Los derechos sociales en serio: hacia un dialogo entre derechos y políticas públicas. Bogotá: Centro de Justicia, Derecho y Sociedad – Dejusticia.

Uprimny Yepes, R. (2008). *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal.* 2da. Ed. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

Vidal Perdomo, J. (1998). *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas colombianas.* 2da Ed. Bogotá: Legis Información Profesional.

Waldron, J. (2018). Díkaion. *Control de constitucionalidad y legitimidad política*. 27(1), (pp. 7 – 28). Doi: 10.5294/dika.2018.27.1.1

Yale University (enero de 2015) *Marxism, Its Failures and Its Legacy* [Archivo de Video] Recueperado de https://www.coursera.org/learn/moral-politics/home/week/4

Yañez Meza, D. A. & Yañez Meza, J. C. (2012). *Las Fuentes del Derecho en la Constitución Política de 1991: una teoría que plantea la existencia de dos jueces distintos*. Revista Academia & Derecho. Núm. 5(3), 7 – 34. Recuperado de http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/derecho/article/view/17/16