

Injerencia de la jurisprudencia interamericana en el Derecho colombiano:

¿Hasta dónde llegan sus efectos?

Santiago Marín Ramírez

Néstor Alfredo Yepes Páez

Director: Dr. Juan Felipe Orozco Ospina



Universidad de Caldas

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Derecho

Manizales

2018

A los obstáculos del camino.

“La vela no arde por nosotros, sino por todos aquellos a quienes no conseguimos sacar de prisión, a quienes dispararon camino de la cárcel, a quienes torturaron, secuestraron o hicieron 'desaparecer'. Para eso es la vela.” **Peter Benenson, fundador de Amnistía Internacional.**

28/05/1961, "The forgotten prisoners", diario The Observer, UK.

INTRODUCCIÓN	4
I. UBICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DENTRO DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.	9
<i>Introducción</i>	9
<i>Concepto de bloque de constitucionalidad</i>	10
<i>¿Cómo se articula la jurisprudencia de la Corte IDH en el ordenamiento jurídico interno?</i>	16
<i>Conclusiones:</i>	32
II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA RECEPCIÓN DE SENTENCIAS INTERAMERICANAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL	36
<i>Introducción</i>	36
<i>El control de convencionalidad: análisis de la evolución del concepto en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos</i>	37
Origen	37
<i>Posición de la corte constitucional sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos</i>	52
<i>Conclusiones</i>	65
III. POSIBILIDAD DE LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POR PARTE DE SENTENCIAS INTERAMERICANAS	70
<i>Introducción</i>	70
<i>Soberanía popular como fundamento de la teoría del Estado moderno y límites al poder de reforma constitucional</i>	72
<i>La sustitución constitucional a partir de la sentencia C-551 de 2003</i>	80
Casos que pueden resultar problemáticos y abrirían cabida a una sustitución Constitucional	88
<i>Poder contramayoritario de la corte interamericana de derechos humanos</i>	97
<i>Conclusiones</i>	107
BIBLIOGRAFÍA	120

INTRODUCCIÓN

“La injusticia, en cualquier parte, es una amenaza a la justicia en todas partes.” **Martin Luther King**

El Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos, creado en el año 1969, ha sido uno de los avances más significativos en el derecho latinoamericano. En unas latitudes afectadas por exóticos fenómenos políticos, jurídicos y bélicos, contar con Derechos Humanos y unas instituciones protectoras de los mismos, ha sido sostén contra las injusticias. Gran cantidad de derechos que no pueden ser garantizados en instancias internas son tutelados por esas instituciones.

El tema que motiva la elaboración de esta monografía es la incidencia de la autoridad jurisdiccional de la Organización de Estados Americanos en el derecho colombiano. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) es el tribunal independiente encargado de la aplicación e interpretación del corpus iuris interamericano. Tiene funciones que pueden ser contenciosas o consultivas para todos los Estados partes del Sistema interamericano.

En específico nos circunscribiremos a las sentencias proferidas por ese órgano en procesos contenciosos. Respecto de esas sentencias analizaremos qué valor tienen para el ordenamiento jurídico colombiano y cuáles son los efectos jurídicos que esas sentencias producen en el derecho colombiano.

Para llegar a responder estos cuestionamientos debemos comenzar con sentar bases teóricas sobre el concepto de bloque de constitucionalidad y la articulación general de las sentencias internacionales. Ese será el tema a desarrollar en el primer capítulo. Para el lector será de importancia este primer capítulo porque le acercará conceptos básicos para entender la discusión

de los capítulos siguientes. En este capítulo situamos en algún lugar del ordenamiento jurídico a la jurisprudencia de la Corte IDH. La localizamos.

En el segundo capítulo mostraremos, una vez localizada, el valor que se le otorga y cómo es utilizada la jurisprudencia de la Corte IDH. En este acápite se analizará el fenómeno del Control de Convencionalidad. Esta doctrina, que tiene origen jurisprudencial en la Corte IDH, impone una obligación a los Estados parte del Sistema Interamericano de adecuar su derecho interno para darle plena relevancia al corpus iuris interamericano.

Pero no solo las normas positivas internacionales son aquellas sobre las que recae el control de convencionalidad. En la elaboración de la doctrina del control de convencionalidad, la Corte IDH ha declarado que su jurisprudencia debe ser criterio a atender por los Estados al momento de efectuar el mencionado control.

Traeremos la evolución que esa doctrina tuvo desde el año 2006 en adelante. La tarea de la Corte IDH fue alimentar y engrosar la doctrina cada vez que tuvo la oportunidad.

Analizaremos qué implicaciones tiene ello y qué recepción ha tenido esa doctrina en la Corte Constitucional colombiana. La misma que ha limitado los efectos de la jurisprudencia de la Corte IDH, haciendo una clasificación dependiendo de las características de la sentencia. Los procesos en los que el Estado colombiano es parte tienen un tratamiento de insumo jurídico trascendente y obligatorio. Los procesos en los que no es parte tienen un tratamiento como criterio interpretativo, lo que implica un margen de apreciación y discrecionalidad mucho más amplio. Consecuencias que son distintas la una de la otra.

Se presentarán los problemas teóricos de la obligación a hacer control de convencionalidad.

Sobre todo cuando este se exige hacerlo sobre sentencias que en el ordenamiento jurídico

colombiano solo tienen criterio interpretativo. El gran problema, que no es tan acentuado en el Estado colombiano, es el amplio margen de discrecionalidad en la implementación de la jurisprudencia de la Corte IDH.

Aún así no sea tan acentuado, en la descripción del inconveniente se mostrará el caso del acto legislativo 001 de 2017. El Estado colombiano parece distraerse, a propósito, de la obligación de hacer control de convencionalidad al respecto. Criticaremos la maleabilidad que algunos Estados le dan, en situaciones específicas, a las obligaciones internacionales.

En el tercer capítulo se pondrá en contradicción la obligación de hacer control de convencionalidad ante la soberanía popular. La posibilidad de que una sentencia de la Corte IDH riña con algún artículo constitucional es latente. Dentro del rango de posibilidades donde en un extremo está la intrascendencia de consecuencias jurídicas y en el otro extremo está la consecuencia de sustitución de la Constitución nos situaremos.

Para ello mostraremos que en el ordenamiento jurídico colombiano existen límites materiales que no pueden ser alterados. La idea de Constitución debe mantenerse cohesionada más allá de la posibilidad existente de poder reformarla. Cuando los fundamentos básicos estatales son quebrantados estamos ante una sustitución de la Constitución. Analizaremos cuál es su concepto y cuándo, en palabras de la Corte Constitucional, se entiende producida una sustitución de la Carta.

Nuestra motivación para elaborar este trabajo fue la creencia de la posibilidad de sustitución constitucional, ese discurso tiene su comprobación en el tercer capítulo. Aunque debemos decir que es una consecuencia jurídica que no debiera ser tan común, por su extrañeza, está presente.

Esa posibilidad excepcional de sustitución Constitucional será complementada con un análisis del poder contramayoritario que ostenta la Corte IDH.

El lector de esta monografía tendrá a su disposición un documento que articula el estudio de varias áreas del derecho que normalmente se entienden desarticuladas.

Por último tendremos un acápite de conclusiones generales, que traerá los resultados de la investigación. También, contiene la explicación de la manera en que, definitivamente, absolvimos el problema que dio origen al estudio. Y las nuevas brechas a posibles investigaciones que arrojan todo el proceso de confección de este trabajo. Como hemos disfrutado elaborándolo, esperamos que el lector también lo haga con su lectura.

I. UBICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DENTRO DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.

Introducción

El presente capítulo será descriptivo y gráfico sobre la articulación normativa de la jurisprudencia de la Corte IDH en el bloque de constitucionalidad colombiano. Desarrollará las nociones necesarias para dar claridad a la forma en que se integra o articula el Derecho Internacional humanitario en el bloque de Constitucionalidad Colombiano, las consecuencias de ello y su aplicación en el ámbito colombiano.

Clarificaremos el concepto básico de “bloque de constitucionalidad”, “tratado internacional” y de “articulación normativa”, para después dar aplicación a tales nociones en el caso colombiano, en busca de resolver el objetivo planteado. Lo anterior interpelando al trámite interno ante el poder ejecutivo, legislativo y judicial, (negociación del tratado, aprobación y el juicio de exequibilidad) el cual está contemplado en la Constitución Política de 1991.

Posteriormente, plasmaremos el trato diferenciado que se presenta en Colombia entre los tratados de Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH) y los de otro carácter, de acuerdo con las reglas establecidas por la Corte Constitucional y su interpretación de los artículos 93, 94 y 214 numeral 2, lo cual instituye la catalogada “fórmula de incorporación automática del derecho internacional humanitario”. Finalmente, explicaremos la articulación al bloque de Constitucionalidad e integración al ordenamiento jurídico colombiano.

Buscamos situar en una posición dentro del bloque de constitucionalidad (o no) la jurisprudencia de la Corte IDH general. Se verá que su valor se tendrá que diferenciar dependiendo si el Estado colombiano es parte condenada o no en la sentencia de la Corte IDH.

Concepto de bloque de constitucionalidad

El bloque de constitucionalidad se define como el conjunto de normas, principios y reglas de preeminencia constitucional. Utilizadas como medida de juicio para el control de constitucionalidad sobre las leyes, como normas de rango constitucional y como normas que son constitucionalmente relevantes para resolver un caso específico, sin importar si son taxativas en el texto superior. (Uprimny, 2008. Pág.29)

Además del articulado constitucional, estas normas pueden estar integradas por diversas prerrogativas, siempre y cuando tengan relevancia constitucional y el aval de la Constitución.

Se atribuye el origen en Francia cuando un tribunal de ese país

Al notar que el preámbulo de la Constitución de ese país hacía referencia a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, concluyó que los principios contenidos en tal textos adquirirían valor constitucional y por lo mismo, condicionaban la validez de las leyes, y hacían un bloque articulado con la constitución. (Velandia, 2014)

Se refiere el bloque de constitucionalidad a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Por cuanto han sido normativamente integrados a la

Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución (Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995)¹²

Aunque conceptos se pueden referenciar varios, la doctrina ha dicho que construir ese concepto no fue un tema pacífico (Uprimny, 2008. Pág.8). Sobre todo, porque entender que hay una serie de normas de rango constitucional que no están escritas en la Constitución es complejo para culturas de tradiciones formalistas. El culto al principio de legalidad (y no de primacía constitucional) se opone a la idea que la Constitución pueda estar difundida en varios textos. Y que muchos de esos textos ni siquiera sean conocidos por no ser proferidos en el territorio nacional.

Se debió entender que la constitución no es un texto encriptado sino que: “Está nutrido de una cantidad de enunciados normativos a los que los operadores jurídicos deben acudir en el ejercicio judicial por ser parte integrante de la Carta” (Uprimny, 2008. Pág.3)

Para lo anterior, desde el año 1992 hasta la actualidad, el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional ha señalado las bases necesarias para que una norma ajena a la Constitución pueda tener la misma fuerza vinculante de ésta, y, en consecuencia, pertenecer al bloque de Constitucionalidad, todo ello si la Constitución lo ordena por medio de su articulado.

Primero expresemos el marco normativo del concepto de bloque se ampara en los siguientes artículos:

¹ Sentencia que hizo control automático al “Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”. Es de los primeros pronunciamientos que depura el tema de bloque de constitucionalidad. Aclarando una posición errónea (que servía como crítica al bloque de constitucionalidad) que sostenía que el mismo era supraconstitucional. Atinadamente esta sentencia se decantó por considerar que las normas ingresadas vía bloque de constitucionalidad en realidad tenían la misma categoría jurídica de la Constitución.

² Posición que fue reiterada por sentencias C-578-95, C-358-97 y C-191-98

a) El artículo 9º, el cual reconoce que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia;

b) El artículo 93, según el cual “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

c) El artículo 94, que establece que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”

d) El artículo 214 que al regular los s estados de excepción dice en su numeral 2: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.”

e) El artículo 53 que preceptúa: “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”, y

f) El artículo 102 que dice en su inciso 2 que “Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la república”.

Esas clausulas insertas en artículos constitucionales amplían la constitución a favor del derecho internacional. Aunque esas normas que se traen por vía de esos artículos no están expresamente

consagradas en la Constitución, sí son parte de la misma. Por eso se utiliza la expresión “bloque” (Arango. Pág.81). Toda inserción de un insumo jurídico que pretenda hacer parte del bloque de constitucionalidad debe hacerse mediante una de esas cláusulas.

Ahora, la jurisprudencia ha señalado que es posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. El primero: *stricto sensu*, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de Derechos Humanos. (Corte Constitucional, C-191 de 1998³. Fundamento 5)

De otro lado, la noción *latu 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. Es decir, son parámetros de constitucionalidad. (Ibid)

La doctrina que ha analizado el concepto de bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha coincidido en determinar que ha evolucionado de la siguiente manera.

i. La época pre constituyente, donde se rechazaba el concepto de bloque, ii. Primeros años de vigencia de la constitución donde no se manifestaba pero tácitamente se aplicaba, iii. El periodo del 95 al 2000 donde la institución se amplió con fuerza y una época de ahí en adelante de

³ Sentencia de Control de Constitucionalidad rogado, en el cual se demandó la ley 397 de 1997. Dicha ley reguló aspectos de patrimonio cultural nacional que se encontrara sumergido en la plataforma continental colombiana. Se consideró en el texto demandatorio que la ley contrariaba obligaciones suscritas por el Estado colombiano en la “Convención de Plataforma Continental de Ginebra” del año 1958. Proponiendo un conflicto entre una norma interna y una internacional. La Corte decidió la constitucionalidad de la norma demandada por no encontrar contravención a la norma internacional.

estabilización del concepto. (Uprimny, 2004. Pág.6) Esa sola diferenciación de las etapas del concepto hace que se pueda determinar que ha tenido una evolución progresiva (Arango, Pág. 8).

Como se mencionó, debe existir una norma constitucional por medio de la cual se pueda insertar un insumo jurídico internacional al bloque de constitucionalidad. A ese proceso de adecuar mediante qué artículos una norma internacional pueda ingresar a ser parte del bloque se le llama técnica de reenvío.

Al respecto existen varias posibilidades. Tener un régimen de técnicas de reenvío cerrado, lo cual implicaría que la cantidad de normas internacionales partes del bloque sería muy limitado. Esto causaría una seguridad jurídica y menos complejidad.

Por otra parte, existe la posibilidad de ir aumentando progresivamente la apertura a que normas ingresen al bloque. En esta posibilidad entrarían, por ejemplo, incorporar principios en general, sin determinar cuáles en específico. La Constitución francesa de 1946, remitía como integrantes del bloque, a “principios fundamentales reconocidos por leyes de la República” (Uprimny, 2008, Pág. 29).

La posibilidad más abierta es la de remitir a valores por medio de uso de conceptos. Eso quiere decir que, harán parte del bloque insumos jurídicos complejos de concretar y describir como los principios. Este tipo de técnica de reenvío, por supuesto, se considera más insegura jurídicamente hablando, por la gran brecha que pueden abarcar.

Por la gran cantidad de normas que regulan la técnica de reenvío, esa técnica pareciera ser abierta. En el artículo 53, por ejemplo, incorpora los convenios de la OIT de manera genérica y además a los nuevos convenios de Derechos Humanos que Colombia pueda ratificar. La incorporación de normas jurídicas futuras muestra esa apertura.

Por esa razón anterior, la Corte Constitucional ha tenido que mitigar esa apertura, entre otras, con los conceptos de bloque en sentido estricto y lato y la validez jurídica de uno u otro. (Corte Constitucional⁴, C-708 de 1999). Con esto se tiene que, el bloque en sentido estricto son normas de rango constitucional y el bloque en sentido lato comprende a criterios de constitucionalidad.

Para el tema de estudio que nos compete, que es la articulación de jurisprudencia de la Corte IDH en el ordenamiento interno y la ubicación de esa jurisprudencia en el ordenamiento jurídico interno

La jurisprudencia de la Corte, todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, aunque con algunas diferencias sutiles, hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Incluso en cierto sentido, no sólo los tratados sino la interpretación que de los tratados hagan las instancias internacionales de protección, como la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana o los órganos de control de la O.I.T, tienen una cierta fuerza constitucional. (Uprimny, 2008. Pág. 17)

Con lo anterior se deja claro que la jurisprudencia de la Corte IDH hace parte del bloque de constitucionalidad. La doctrina hasta ha elaborado listas de los insumos jurídicos que son parte del bloque. Veamos dos listados:

- a. El preámbulo de la Constitución; b. La Constitución; c. Los tratados limítrofes de derecho internacional ratificados por Colombia; d. La ley estatutaria que regula los estados de excepción; e. Los tratados de Derecho Internacional

⁴ Se demandó la ley 200 de 1995, Código Disciplinario Único de la época. Se esbozó el mal planteamiento de la ley respecto a los criterios para determinar la gravedad o levedad de una falta, su violación al debido proceso y al principio de igualdad. El accionante mencionó el bloque de constitucionalidad como fundamento jurídico de su demanda.

Humanitario; f. Los tratados de derecho internacional que reconocen derechos intangibles; g. Los artículos de los tratados de derecho internacional de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta; y h. La doctrina elaborada por los tribunales internacionales u órganos de control de los tratados de derechos humanos en relación con esas normas internacionales restrictivamente y sólo en determinados casos. (Arango. Pág. 101)

Con esta primera clasificación, se entiende que restrictivamente una especie de jurisprudencia de organismos internacionales hace parte del bloque de constitucionalidad. El tema de análisis del segundo punto explicará que tipo de sentencias.

Para Uprimny (Uprimny, 2008) en cierta medida, la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales, al menos como criterio relevante de interpretación. Nuevamente se repite que solo un tipo de sentencias son parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto. Es decir, son normas de rango constitucional.

¿Cómo se articula la jurisprudencia de la Corte IDH en el ordenamiento jurídico interno?

La articulación normativa se precisa como las formas o procedimientos en los que el ordenamiento jurídico de un Estado acoge compromisos de carácter internacional, por medio de tratados o convenciones internacionales, mediante instrumentos de ratificación o adhesión (ante un tratado preexistente). Articulación normativa que, en el caso colombiano, se efectúa de manera diferenciada cuando se trata de derechos humanos, ya que estos tratados entran a ser parte del Bloque de Constitucionalidad.

No existe elaborado un concepto según el cual la articulación de la jurisprudencia en cuestión sea de una manera específica. No se ha encontrado ni un test ni una evaluación exacta para ello. Lo que sí se tiene claro es que hay diferencia en procesos en los que el Estado fue parte y en los que no lo fue.

En todo caso la integración no es automática y debe depender de un acto estatal, el más común y coherente es una interpretación de la Corte Constitucional. En ella se puede dar sentido a cualquier norma jurídica del derecho colombiano con base en la sentencia de la Corte IDH a incorporarse. Para ello las diferentes modulaciones de las sentencias pueden ser muy importantes.

No obstante, no es descabellado pensar en una integración vía legislador. En la expedición de una norma se tiene en cuenta una sentencia de la Corte IDH y se aplica. Pero esa estructura (además de parecer improbable) es mucho más rígida y poco maleable que la interpretación de la Corte Constitucional.

Como no hay un esquema definido, acudiremos a la articulación de normas jurídicas internacionales positivas. Utilizaremos la siguiente lógica: La jurisprudencia internacional, específicamente la de la Corte IDH, es la interpretación legítima del corpus iuris interamericano⁵. Por eso, en las partes de decisión de las sentencias, la jurisprudencia debe articular de la misma manera que el tratado. En todo caso es de recordar que la jurisprudencia específica⁶ hace parte del bloque de constitucionalidad.

⁵ El corpus iuris interamericano es el conjunto de normas jurídicas existentes en el sistema interamericano aplicables a todos los Estados partes. Esto quiere decir que es el compendio de normas relevantes en el ámbito de la Organización de Estado Americanos, teniendo como origen el Pacto de San José.

⁶ Relevantemente en procesos contenciosos contra en Estado colombiano, jurisprudencia parte del *Ius Cogens* internacional.

La Constitución Política de 1991 prevé los mecanismos necesarios para acoger el Derecho Internacional Humanitario⁷ (en adelante DIH) contenido en un tratado o convención internacional. La Corte Constitucional fija diversos parámetros de integración al Bloque de Constitucionalidad y los mismos tratados internacionales, por medio de su articulado establecen los alcances y la obligatoriedad de las decisiones que la jurisdicción supranacional expida. De manera problemática imponen decisiones que acarreen una eventual adecuación de las normas de carácter interno a la voluntad del ordenamiento internacional.

Para que la jurisprudencia de la Corte IDH sea vinculante en el ordenamiento jurídico interno es necesario abordar la postura de la Corte Constitucional frente a la integración de los tratados internacionales en el bloque de constitucionalidad colombiano, ya que por medio de estos, se definen las reglas de procedimiento bajo las cuales la Corte IDH conocerá y decidirá sobre controversias de Derecho Internacional Humanitario, y fungirá como instancia definitiva frente a conflictos concernientes a derechos constitucionales.

Como se ha dicho anteriormente la Corte fija dos parámetros bajo los cuales los tratados de derechos humanos pueden hacer parte del bloque de constitucionalidad, y, por lo tanto, tienen supremacía constitucional y prevalencia sobre el orden interno:

1. En primer lugar, la Corte exige que la naturaleza del tratado internacional verse sobre derechos humanos y,

⁷ Es una categoría específica de Derecho Internacional. Su objeto es regular los conflictos armados en búsqueda de mitigar y limitar sus efectos dañinos. Limita los métodos y el alcance de guerra por medio de normas universales, tratados y costumbres, que limitan los efectos del conflicto armado con el objetivo de proteger a personas civiles y personas que ya no estén participando en hostilidades. (Definición extractada de la página web de la OEA.

2. Que la limitación a tales derechos humanos sea susceptible de prohibición en estados de excepción, lo que lleva a interpretar el artículo 93 superior en consonancia con el 214 numeral 2 del mismo texto.

Sumado a lo anterior la Constitución Política por medio de sus artículos 150, 157, 189, 241, establece el procedimiento de ratificación de un tratado internacional, lo cual acarrea, para lograr su perfeccionamiento, un trámite legislativo, un examen de constitucionalidad por parte de la Corte y la ratificación por el Jefe de Estado.

El artículo 189 numeral 2 de la Constitución política, establece:

Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

3. dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso. (Const., 1991, art. 189)

El constituyente facultó al jefe de Estado para celebrar tratados internacionales de cualquier índole con el fin de armonizar y consolidar las relaciones internacionales, y velar por la protección de los derechos humanos en consonancia y cooperación de la comunidad internacional. Lo que antecede advirtiendo los principios del libre consentimiento y la buena fe.

También estableció que, excepcionalmente, tal función será delegada al Ministro de Relaciones Exteriores o sus Agentes Diplomáticos extendiendo plenos poderes para representar al Estado en

las etapas de negociación, adopción, autenticación del texto del tratado y para prestar consentimiento frente a las obligaciones que emanan del tratado. Con la posterior aprobación del Jefe de Estado del texto definitivo, sin perjuicio de eventuales reservas.

El artículo 150 numeral 16 de la Constitución política establece:

Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tenga por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.
(Const., 1991, art. 150, núm. 16)

Con posterioridad a la etapa de negociación y adopción del texto corresponde al Congreso de la Republica le corresponde aprobar el tratado internacional por medio de una ley aprobatoria la cual tendrá las exigencias del artículo 157 superior, que define:

Ningún proyecto será ley sin los requisitos siguientes:

- 1.** Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva.

2. Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara. El reglamento del Congreso determinará los casos en los cuales el primer debate se surtirá en sesión conjunta de las comisiones permanentes de ambas Cámaras.
3. Haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate.
4. Haber obtenido la sanción del Gobierno. (Const., 1991, art. 157)

Después de la respectiva etapa de negociación y adopción del texto del tratado en cabeza de los Estados interesados, de su aprobación en el congreso, la Constitución exige una etapa en la cual la Corte Constitucional hace un juicio previo, automático e integral que hace tramite a cosa juzgada y el cual es requisito sine qua non para su ratificación presidencial, garantizando de esta manera la supremacía de la Constitución y el cumplimiento de los compromisos internacionales.

El juicio de exequibilidad que realiza la Corte Constitucional sobre la ley aprobatoria del tratado se desarrollara con el fin de que el contenido de este no contrarié la Constitución y persiga los principios y valores que la rigen.

El artículo 241 numeral 10 de la Constitución Política, establece:

A la corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

(...)

4. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que lo aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no será ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la Republica solo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.
(Const., 1991, art. 241)

Ulteriormente de la respectiva aprobación legislativa y el control constitucional, el Presidente de la Republica puede ratificar el tratado internacional. Desde tal punto, este adquiriría fuerza vinculante para los Estados intervinientes, lo que implica que es requisito necesario el acto la ratificación por parte del Presidente para que sea de obligatorio cumplimiento el contenido del tratado internacional. esto aplicable a tratados internacionales que no versen sobre Derecho Internacional Humanitario, ya que la Corte Constitucional ha dispuesto un tratamiento diferenciado a tratados de tal característica, entendiéndolos integrados al bloque de constitucionalidad sin necesidad de una posterior ratificación.

Según lo anterior, podría presuponerse la obligación de ratificar un tratado internacional por parte del Estado Colombiano para que pueda surtir efectos; sin embargo, tal postura fue depurada por la Corte Constitucional al proveer de mayor importancia a los tratados de Derecho

Internacional Humanitario con fundamento en el Derecho imperativo internacional o *ius cogens*⁸ y las cláusulas contenidas en los artículos 93, 94 y 214 numeral 2° del texto superior.

La Corte Constitucional en la sentencia C-574-92⁹ definió las reglas aplicación del *Ius Cogens* y trazó la relación intrínseca que tiene con el derecho internacional humanitario:

En síntesis, los principios del derecho internacional humanitario plasmados en los Convenios de Ginebra y en sus dos Protocolos, por el hecho de constituir un catálogo ético mínimo aplicable a situaciones de conflicto nacional o internacional, ampliamente aceptado por la comunidad internacional, hacen parte del *ius cogens* o derecho consuetudinario de los pueblos. En consecuencia, su fuerza vinculante proviene de la universal aceptación y reconocimiento que la comunidad internacional de Estados en su conjunto le ha dado al adherir a esa axiología y al considerar que no admite norma o práctica en contrario. No de su eventual codificación como normas de derecho internacional, como se analizará con algún detalle más adelante. De ahí que su respeto sea independiente de la ratificación o adhesión que hayan prestado o dejado de prestar los Estados a los instrumentos internacionales que recogen dichos principios. (Corte Constitucional, C-574-1992, Fundamento 1)

La premisa fundante de tal interpretación es la aceptación tácita por medio de la costumbre internacional de los principios básicos y mínimos del Derecho Internacional Humanitario.

Dejando de lado el carácter dispositivo o discrecional del derecho internacional por medio de la

⁸ Normas y conceptos internacionales de orden público.

⁹ C-574-92, Revisión oficiosa de la Corte Constitucional del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales donde declaró exequible tal normatividad.

aceptación de tratados o convenciones (derecho internacional convencional), y sometiéndose a la problemática concepción del derecho consuetudinario de los pueblos (*ius cogens*).

Lo que antecede se da sin necesidad de acoger tratados de naturaleza convencional por medio de un instrumento de ratificación. Todo lo contrario, se entiende implícito al bloque de constitucionalidad cualquier tratado de Derecho Internacional Humanitario.

Lo anterior en relación a la discusión referente a la obligatoriedad del Derecho Internacional Humanitario (DIH). Zanjando la postura que argumenta que el acto de ratificación de un tratado internacional es un limitante para su integración en el ordenamiento jurídico colombiano, y, en consecuencia, al bloque de constitucionalidad.

Con base en lo que antecede, la Corte explicó que no es imperativo el acto de ratificación de un tratado internacional por el Estado colombiano. No obstante, para adherir a su ordenamiento jurídico las reglas del Derecho Internacional Humanitario, basta la aceptación tácita para que sea vinculante tal contenido, y en consecuencia las decisiones de la Corte IDH.

Lo cual es resultado de la costumbre internacional y auxilia de tal manera al principio de *pacta sunt servanda*. Este principio de Derecho Internacional sostiene que las obligaciones deben ser cumplidas de buena fe. El artículo 26 de la Convención de Viena lo regula y declara que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (Convención de Viena, 1969. Artículo 26).

Como se ha dicho, el DIH es de obligatorio cumplimiento para el Estado Colombiano sin siquiera manifestar su voluntad de aceptación en un tratado positivizado.

Reiterando lo dicho, la Corte Constitucional ha hecho una interpretación articulada de varios enunciados Constitucionales, entre ellos los artículos 93, 94 y 214 numeral 2, erigiendo una fórmula de incorporación automática del Derecho Internacional Humanitario al ordenamiento jurídico interno.

El artículo 94 de la Constitución Política, establece:

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

(Const., 1991, art. 94)

El artículo 94 superior da la posibilidad de proteger a nivel constitucional derechos inherentes de la persona humana que no estén incluidos en la Carta Política o en algún convenio internacional. De acuerdo a esto, el carácter fundamental de un derecho no depende de la consagración de dicha prerrogativa en una norma positiva, sino por la aceptación de la comunidad internacional por medio del derecho consuetudinario.

El constituyente, en el artículo 214, numeral 2 de la Constitución Política, establece: “En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario” (Const., 1991, art. 214, núm. 2). La Corte Constitucional ha interpretado la expresión “en todo caso” de manera fiel al texto, siendo el DIH obligatorio en los casos en los que se haya aceptado por medio de tratados internacionales, y también en los casos en que no, sin prever las consecuencias jurídicas y la posible transgresión a la soberanía nacional que tal interpretación acarrearía.

De otro lado el artículo 93 constitucional restringe el catálogo de derechos humanos susceptibles de amparo al enunciar: “... que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen

en el orden interno” (Const., 1991, art. 93). Adhiriendo un limitante al concepto general de derechos humanos impuesto por los artículos 94 y 214 numeral 2. Reclamando que la limitación a tales prerrogativas sea susceptible de prohibición en estados de excepción, o sea, que el tratado internacional en cuestión contenga derechos que por su naturaleza puedan ser vulnerados en estados de excepción para poder arrogarse prevalencia constitucional, y en consecuencia el amparo deprecado¹⁰.

Los artículos 93, 94 y 214 numeral 2, dan valor constitucional al DIH en el ordenamiento interno, sin necesidad de la ratificación por parte del estado a tales instrumentos, ya que, como la Corte lo interpretó, existe una cláusula de incorporación automática al DIH en nuestra Carta Política, así:

No se exige, en tales condiciones, ratificación o adhesión al convenio o al tratado.

En otros términos, con la incorporación de este principio los constituyentes quisieron ante todo proteger los valores humanitarios reconocidos universalmente por la comunidad internacional, abstracción hecha del derecho que los consagra.

En consecuencia, se acogió la fórmula de la incorporación automática del derecho internacional humanitario al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el *ius cogens*. (Corte Constitucional, C-574-1992.Fundamento 2)

¹⁰ No obstante, existen derechos que no pueden ser suspendidos, aquellos que no pueden ser suspendidos, por ejemplo, el artículo 27 de la CADH o el 4º del PIDCP

A la luz de lo anterior, en consonancia con la postura que predica que en el contexto colombiano las reglas del Derecho Internacional Humanitario (DIH) han sido de común usanza a través del tiempo, y, por lo tanto, son aceptadas de manera tacita en base al derecho consuetudinario de los pueblos.

Se complementa con la noción de la Corte Constitucional que afirma que la Constitución tiene implícita una cláusula que incorpora de manera automática los tratados de DIH, bajo los parámetros y exigencias anteriormente enunciadas, y, en consecuencia, se convierten en derechos exigibles en el contexto internacional. Lo que demarca una problemática entre soberanía nacional y el cumplimiento del DIH.

Según el pacto de San José de Costa Rica –la Convención Americana de Derechos Humanos–, la jurisprudencia de la Corte IDH se hace obligatoria para un Estado Parte desde el acto de ratificación a dicha Convención. Accesorio a esto, son vinculantes todas sus reglas de procedimiento, inclusive se reconoce de Jurisdicción a tal Corte para dirimir conflictos de carácter interno, así:

Artículo 62 numeral 3 del pacto de San José:

1. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial. (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, art. 62)

De esta manera las autoridades colombianas en todos sus niveles están obligadas a acatar los fallos de la Corte IDH, de acuerdo al *principio pacta sunt servanda* contenido en artículo 26 de la Convención de Viena, el que dispone: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.” (Convención de Viena del Derecho de los Tratados, 1969, art. 26)

En subsidio a tal principio, (según el criterio de la Corte Constitucional Colombiana), el *ius cogens* vincula al Estado Colombiano bajo la hipótesis que implica la existencia de una fórmula de integración automática del DIH al ordenamiento interno. En tal sentido la Corte Constitucional en la sentencia T- 653 – 12¹¹ adujo que:

El Estado colombiano y, dentro de él sus autoridades e instituciones, en el ámbito de sus competencias legales y reglamentarias –lo que incluye, cómo no, a esta Corte Constitucional- se encuentran obligadas a acatar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al actuar en este sentido, (i) se desarrollan los principios y valores contenidos en los artículos 1, 2 y 5 de la Carta, así como (ii) el 22 constitucional, en la medida en la que el acatamiento de fallos internacionales es una herramienta para la paz. Igualmente, (iii) la exigencia en el cumplimiento viene dada por la incorporación de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a nuestro ordenamiento por vía del bloque de constitucionalidad, previsto en el artículo 93 de la Constitución. También (iv) por la aplicación de aquel principio de derecho internacional que indica que todos los compromisos internacionales que adquiere un Estado –dentro de los que están

¹¹ T-653-12, acción de tutela instaurada por víctimas del conflicto armado en procura de amparar los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la tutela judicial, ante al desacato de las autoridades colombianas de una orden de la Corte IDH. La Corte Constitucional concedió el derecho a las víctimas.

comprendidos los que reconocen la jurisdicción de la Corte IDH y la obediencia a lo que esta decida - deben ser cumplidos de buena fe. (Corte Constitucional, T-653-2012. Fundamento 4.10)

La Corte Constitucional de manera reiterada, y sin previsión alguna, dotó de facultades jurisdiccionales a la Corte IDH en los litigios en los que Colombia es parte, obligándose ante eventuales condenas por la Corte. Mientras que en los casos en los que no es parte, solamente considera tal jurisprudencia como criterio de interpretación, yendo en contravía del mandato *erga omnes* que la Corte IDH arroga a su jurisprudencia. Tal como lo expone en la sentencia C-327-16¹²:

La línea jurisprudencial trazada por la Corte ha sido pacífica y reiterada en afirmar que la jurisprudencia proferida por organismos internacionales, y en este caso en particular por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sirve como criterio relevante que se debe tener en cuenta para fijar el alcance y contenido de los derechos y deberes que se encuentran consagrados en el ordenamiento jurídico interno. No obstante, también ha dicho que el alcance de estas decisiones en la interpretación de los derechos fundamentales debe ser sistemática, en concordancia con las reglas constitucionales y que además cuando se usen precedentes de derecho internacional como criterio hermenéutico se deben analizar las circunstancias de cada caso particular para establecer su aplicabilidad.

(Corte Constitucional, C-327-2016.Fundamento 26)

¹² C-327-2016, demanda de inconstitucionalidad parcial al artículo 90 del Código Civil. Se proponía que la protección a la vida, en palabras de la Corte IDH, debía ser de manera gradual. Así se acusaba a la norma de violar directamente el artículo 4 de la Convención americana de DD.HH. Se antepone a la solicitud la interpretación en la materia que elaboró la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. La Corte deja con vigencia la expresión: “principia al nacer”, dándole una interpretación concordante con la de la Corte IDH.

En principio puede preverse la observancia del Estado Colombiano de la jurisprudencia de la Corte IDH, cuando es parte del litigio, al someterse y acatar sus decisiones, aún las que tienen que ver la extensión del corpus iuris interamericano y con DIH¹³.

No obstante, incumple parcialmente el mandato de adecuar el ordenamiento jurídico nacional a las decisiones consignadas en las providencias que expide la Corte IDH, en litigios en los que Colombia no es parte.

En estos, simplemente se dota de importancia a tal jurisprudencia para efectos hermenéuticos o interpretativos. Lo anterior muestra que la peligrosidad de una sobre interpretación de una sentencia de la Corte IDH solo se presenta en casos en los que el Estado colombiano es parte.

Por tanto, los posibles efectos de alterar la Constitución no podrían predicarse de las sentencias de procesos en la Corte IDH donde Colombia no ha sido parte.

Al respecto la Corte Interamericana, en el caso *Almonacid y otros Vs. Chile*, planteó:

“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

¹³ Al respecto que la Corte IDH pueda aplicar DIH en sus sentencias se ha suscitado una controversia. La Corte IDH no es, en principio, un tribunal especial encargado de hacer control sobre el DIH. No obstante, la convergencia de conflictos armados y violación (sea sistemática o no) de Derechos Humanos ha causado un fenómeno en la jurisprudencia de la Corte IDH. El mismo consiste en hacer una mixtura de fundamentos en sus sentencias; El corpus iuris interamericano junto con normas de DIH son fundamento para condenar, y no solo como complemento. Esto quiere decir que la jurisprudencia interamericana, no competente en principio para aplicar DIH, sí se ha abrogado la potestad de interpretarlo conjunto con el corpus iuris interamericano. Por esa causa la articulación de Tratados de DIH puede llegar a comprender también articular jurisprudencia de la Corte IDH que desarrolla el tema. Esta progresión de referencia al DIH por parte de Tribunales de defensa de Derechos Humanos parece, a juicio de los autores, inevitable (Ibañez, 2016. Págs. 167-198). A nuestro juicio es apenas lógica e inescindible la referencia.

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.”

(Corte Interamericana de Derechos Humanos, Almonacid Arellano y otros Vs Chile, 2006.Párr. 124)

Situación problemática, ya que, reconocer tales atribuciones en la Convención Interamericana de Derechos Humanos a la Corte IDH y someterse a sus decisiones podría implicar una eventual sustitución a la Constitución Política. Cuando una providencia de tal Corporación contraríe el texto superior, situación no subsanable por medio del desacato ya que el tratado internacional en mención establece que: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.” (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, art. 68)

De distinto modo, la Convención de Viena prevé la eventual contradicción entre el ordenamiento interno y los postulados internacionales, e impone una consecuencia jurídica dada a dirimir tal conflicto, en el Artículo 27: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” (Convención de Viena, 1969, art. 27) imponiendo la prevalencia del orden internacional sobre las Constituciones imperantes en los Estados signatarios. Esto podría llegar a crear una Constitución sobreviniente en uno de esos Estados signatarios.

Hay que mencionar que existe un principio de interpretación superior en caso de contradicción de ordenamientos jurídicos. Es decir, cuando una norma internacional contraría una local: Por regla, como se dijo, la norma interna debiera ceder ante la internacional (ello por el principio de *pacta sunt servanda*). La excepción aparece cuando la norma local es más favorable a la persona es sus derechos. A ese principio se le ha denominado principio pro persona o pro homine.

Por ello, están exentos de la discusión sobre una Constitución sobreviniente los casos especiales en que deba aplicarse este artículo. La prioridad no es un ordenamiento jurídico especial. La prioridad es preferir, cuando existan dos interpretaciones posibles de una disposición, la que más favorezca la dignidad humana y a los Derechos Humanos. (Corte Constitucional, C- 438 de 2013, Problema jurídico No. 2)

En casos en los que no deba aplicarse el principio pro homine, se tiene que, como el Estado colombiano ha reconocido jurisdicción a la Corte IDH, debe respetar sus jurisprudencias. Eso se cumple, haciéndolas parte del bloque de Constitucionalidad. Es decir, ya sea i. normas de rango constitucional, ii. Parámetros de constitucionalidad o iii. Insumos de para interpretación.

Conclusiones:

El propósito de este capítulo era ubicar dentro del ordenamiento jurídico interno a la jurisprudencia de la Corte IDH. Ello para, en el siguiente capítulo, poder encontrar el valor específico que tiene y su utilización. Eventualmente las características de las sentencias debieron ser explicadas tangencialmente, esto porque dependiendo de sus características, la jurisprudencia de la Corte IDH tiene una ubicación diferente.

Bajo el panorama anterior, llegamos a la conclusión de que la Jurisprudencia de la Corte IDH puede hacer parte del bloque de constitucionalidad. Para que haga parte y sea vinculante en el

ordenamiento jurídico interno, esa jurisprudencia tiene que ser resultante de los casos en los que el Estado Colombiano es parte en el litigio ante la Corte IDH.

De otro lado, la jurisprudencia de la Corte IDH producto de un proceso en el que el Estado colombiano no fue parte, se tiene como criterio interpretativo. Esta es una consecuencia mucho más mitigada, comparada con la primera propuesta.

Las sentencias de la Corte IDH entonces tienen que cumplir determinadas características. Pero además su ingreso no es automático. Depende de una articulación en sede de control de constitucionalidad y/o convencionalidad.

Hemos dejado claro que los pronunciamientos de tribunales de defensa de derechos humanos que amparan y reconocen el *Ius Cogens* internacional son parte del bloque. Por tanto, esa jurisprudencia sí obliga directa, vinculante y autoritativamente al Estado colombiano, por hacer parte del orden público internacional. Su inobservancia haría incurrir en responsabilidad internacional al Estado colombiano, por ejemplo, con amnistías, indultos o exoneraciones penales a criminales de lesa humanidad.¹⁴

Tenemos entonces que existen varios tipos de jurisprudencias: i. En la que el Estado colombiano es parte: En ella, por respeto al compromiso internacional de reconocer jurisdicción a la Corte IDH, se debe atender a la resolución del caso. El Estado colombiano (y todos los Estados partes de la OEA) deberían¹⁵ acatar esas jurisprudencias.

Ese tipo de jurisprudencias hacen parte del bloque de constitucionalidad en el sentido estricto. Son una extensión del *corpus iuris* interamericano.

¹⁴ En el segundo punto nos referiremos al caso colombiano en el proceso de paz con la guerrilla de las FARC - EP

¹⁵ El condicional se explica, por ejemplo, en el caso a mencionar más adelante en la recepción del Estado argentino del caso *Fontevéchia D'Amico vs Argentina* de la Corte IDH.

ii. jurisprudencias en las que la Corte IDH interpreta el corpus iuris interamericano, pero no son resultado de un proceso en el que el Estado colombiano ha sido parte. Esas jurisprudencias tienen valor (a nuestro juicio no pequeño) interpretativo. Sirven de insumo jurídico al Estado colombiano para analizar casos particulares. Se verá en el siguiente capítulo que las mismas tienen la fuerza jurídica para reabrir debates de constitucionalidad internos cuando ya ha operado la cosa juzgada.

iii. jurisprudencias de alto raigambre internacional que entran a formar parte del orden público. Se deben atender de forma obligatoria, así el Estado colombiano no haya sido parte en el proceso que dio origen a esa sentencia. Ello también se hace en respeto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y otras normas internacionales, como Acuerdos de Ginebra, Estatuto Penal Internacional etc.

Planteamos los problemas que suscita el bloque de constitucionalidad. Que son retos para un operador jurídico por la gran cantidad de normas que son parte de la Constitución sin estar escritas en ella. Para ello existe el listado elaborado por la doctrina que es un salvavidas en la cuestión¹⁶.

En torno a los mecanismos de articulación normativa dispuestos en el ordenamiento interno concluimos que el mecanismo común para acoger tratados internacionales es el acto de ratificación dispuesto en la Constitución. Pero el criterio de la Corte Constitucional, asevera que está implícita en la Constitución la obligación de someterse al DIH. Postura que a pesar de ser lesiva no ha sido agotada por la Corte IDH. Ante tal horizonte, el ordenamiento jurídico interno, y eventualmente la Constitución Política de 1991, pueden entrar en colisión con el ordenamiento internacional.

¹⁶ Curiosamente la Corte Constitucional no tiene un listado expreso.

II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA RECEPCIÓN DE SENTENCIAS INTERAMERICANAS PARA LA CORTE CONSTITUCIONAL

Introducción

En el capítulo anterior precisamos los parámetros para que se pueda efectuar el fenómeno de la articulación normativa. Para ello, abordamos conceptos básicos de tratado internacional, qué es la articulación normativa y cómo se articulan en el ordenamiento interno diferentes insumos jurídicos internacionales: jurisprudencia, tratados internacionales, normas de derecho internacional humanitario específicas, etc.

En punto de discusión, en el capítulo anterior sostuvimos la forma en que la jurisprudencia de autoridades jurisdiccionales internacionales se articulaba en el derecho interno colombiano. Ello será útil porque en este capítulo se expandirá la articulación de esa jurisprudencia.

Ahora, en la presente sección nos encargaremos de dejar claro el concepto de control de convencionalidad y sus aristas más importantes. Para cumplir ese cometido es determinante sugerir de una vez que dicho control tiene origen jurisprudencial en la Corte IDH. Se mostrará la génesis del control de Convencionalidad y, en adelante, se presentará de una manera cronológica la manera como se consolidó dicho concepto. El trato que le daremos será de doctrina judicial que crea una obligación internacional.

Esa consolidación se produce a través de procesos contenciosos que dieron la oportunidad a la Corte IDH desde el año 2006 de ir incorporando al concepto básico unas características que fortalecen mucho más la obligación de los Estados partes del Sistema Interamericano de adecuar sus ordenamientos jurídicos focales para darle vigencia y trascendencia completa al corpus iuris interamericano.

Luego determinaremos la obligatoriedad de la jurisprudencia específicamente de la Corte IDH en el Estado colombiano. Lo anterior se hará analizando la posición de la Corte Constitucional al respecto. Esperamos extraer de ese análisis los criterios de recepción de sentencias en procesos donde el Estado colombiano es parte y en procesos donde no lo es.

Se verá a lo largo del capítulo la problemática que encarna el tema del control de convencionalidad basado en jurisprudencia de la Corte IDH.

Para clarificar que el control de convencionalidad no solo genera conflictos en el caso colombiano, sino en la mayoría de ordenamientos internos, se mencionará el caso del Estado argentino en el cual, a través de su Corte Suprema de Justicia, se negó a acatar esa obligación en un caso específico.

El control de convencionalidad: análisis de la evolución del concepto en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos

Origen

En la jurisprudencia de la Corte IDH¹⁷ aparece el concepto de control de convencionalidad haciendo referencia al procedimiento mediante el cual un Estado acopla su normativa interna para darle plena aplicación a mandatos de la Convención Americana. Esta herramienta permite que los Estados cumplan con la obligación que se les ha impuesto de darle prelación al Corpus Iuris Interamericano desde la base del pacto de Derechos Humanos de San José¹⁸.

¹⁷ Se tomarán en cuenta decisiones colegiadas de la Corte pero valga mencionar que oportunidades anteriores a *Almonacid vs. Chile* el juez Sergio García Ramírez, en sus votos de los casos *Myrna Mack* y *Tibi*, ya había mencionado el concepto de Control de Convencionalidad. Lo hizo para hacer mención a algunas obligaciones internacionales que, si bien forman parte de lo que hoy se entiende por control de convencionalidad, no agota la figura.

¹⁸ Y demás tratados que lo desarrollen, tales son la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará. Así lo dispuso la sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas en el caso *Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala*, en el año 2012.

La primera decisión que utiliza la expresión “control de convencionalidad” es la que resuelve el litigio entre las víctimas por el asesinato del profesor Luís Alfredo Almonacid Arellano y el Estado chileno, proferida en el año 2006. Veamos el caso: (Corte IDH, Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 2006)

En el año de 1973 el gobierno del presidente chileno Salvador Allende es derrocado por un régimen militar, el cual se abrogó la potestad plena de manejar los poderes ejecutivo, legislativo y constituyente. Esto se hizo a través de una serie de decretos que el mismo régimen profería. Uno de esos decretos determinó que el país se encontraba en conmoción interna y estado de guerra, lo que permitió a las tropas oficiales comenzar una investida contra la población civil.

La violencia fue dirigida hacia personas del común que, según el régimen, hacían parte de la oposición por sus ideologías o militancias políticas. Torturas, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales y vejámenes sexuales eran las prácticas que se utilizaba el régimen militar como opresión y exterminación de ciertos grupos sociales. En general, existía una seria vulneración a los derechos humanos en el lapso de 1973 y 1990.

El día 16 de Septiembre de 1973 el señor Almonacid fue detenido frente a su familia por un grupo de carabineros y fue fusilado en el momento, causándosele la muerte horas después en un centro hospitalario de Rancagua.

Las autoridades judiciales de la región entraron en dilaciones y perturbaciones al normal tránsito del proceso contra los carabineros, resultando en el año de 1977 en la suspensión temporal de la investigación y juicio.

Luego de ello, el régimen profirió un decreto que autoamnistiaba los crímenes cometidos hasta el año 1978. La finalidad del decreto era “limpiar” de responsabilidad penal a los autores de las

conductas delictivas atroces que vivió el Estado chileno en ese lapso de tiempo. Evidentemente fue una vulneración a los derechos de las víctimas de esos delitos, entre las cuales se encontraban los familiares del profesor Almonacid.

Luego de terminada la dictadura, el proceso nunca arribó a buen puerto. El caso fue resuelto por un tribunal militar quien amparó a los carabineros en una causal de extinción de la acción penal y los declaró inocentes. La familia de Almonacid interpuso recurso de casación que no fue aceptado por extemporáneo.

Luego, los familiares del profesor Almonacid Arrellano accedieron a la Comisión Interamericana quien propuso en sus recomendaciones finales una reparación para la familia y la exclusión del decreto de amnistía del ordenamiento jurídico chileno. Las recomendaciones no fueron acogidas por el Estado chileno y, en consecuencia, inició el proceso contencioso ante la Corte IDH.

Al momento la situación problemática, en lo que nos convoca, es la pervivencia en el tiempo de un decreto acusado de ir en contra de principios universales de no amnistía para delitos de lesa humanidad y de la misma Carta fundadora del sistema de protección a los derechos humanos. Es conveniente sumarle a la problemática que el Estado chileno consideraba en sus alegatos que la suscripción y ratificación del pacto de San José luego de terminada la dictadura creaba una situación de irretroactividad de las obligaciones del pacto. Es decir, se concebía que los mandatos del pacto comenzaban a surtir efectos jurídicos luego de su ratificación. Tanto así que ese fue el principal argumento, como se dijo, de la corte marcial para absolver a los perpetradores del crimen.

Luego que hemos enunciado un problema jurídico relevante para este trabajo, podemos observar el análisis sistemático que la Corte Interamericana utiliza para resolverlo. Como veremos, la

resolución termina en la creación de una obligación para los Estados, que como hemos comentado, se denominará Control de Convencionalidad.

La Corte determinó que el asesinato en cuestión era de los considerados de lesa humanidad y, por lo tanto, sobre el mismo no podía existir renuncia a la investigación, procesamiento y juzgamiento de los responsables. Ello, amparado en el concepto universal, parte del Ius Cogens, madurado por experiencias de procesos de justicia transicional en el mundo. A saber, Ruanda, Sierra Leona, Ex Yugoslavia, entre otros procesos.

Hay bases sentadas que pertenecen al corpus iuris internacional y al Ius Cogens Internacional y, por lo tanto, al cotejar el caso con esas bases, se manifiesta la prohibición para un Estado de amnistiar totalmente delitos de lesa humanidad. La obligación es imperativa. No acepta excepciones. En este caso la Corte protegió el Sistema Interamericano de una norma local que impide que los derechos de las víctimas fueron satisfechos.

Luego la Corte afirmó el fundamento del Control de Convencionalidad de la siguiente manera:

Los Estados partes están comprometidos a garantizar los derechos de la convención mediante medidas locales y si ello no ocurriere "... los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades" (Pacto de San José, 1969. Art. 2) (Corte IDH, Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 2006, párr. 87)

Con base en esa obligación de adecuar los ordenamientos jurídicos internos para darle plena vigencia al Derecho Internacional se crea un concepto más concreto y riguroso. No es solo un

mandato de una norma sino que en adelante la Corte condenaría a los Estados que incumplan con la obligación de retirar normas inconventionales de su ordenamiento jurídico local.

Este es el génesis del control de convencionalidad. Veremos su consolidación en otros procesos hasta poder concluir que hoy dicho control es un concepto reiterado y estabilizado por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH. Existen Estados que han aceptado el control de convencionalidad y existen otros que han hecho caso omiso a esa obligación. Es decir, la Corte IDH hace uso generalizado de la figura, pero ello no implica que la misma tiene problemas dogmáticos y sistemáticos.

Entre los problemas que ha generado la doctrina se destaca un conflicto de legitimidad del Derecho Internacional para modificar normas internas que, muchas veces, no es más que una lucha de egos o de formalismos jurídicos, pero que en otros casos si presente una tensión seria. Al punto que el presente trabajo llevará la tensión hasta el campo de la posibilidad de sustitución constitucional en el caso colombiano¹⁹.

Lo anterior se explica por el hecho de que algunos Estados se han opuesto a las obligaciones internacionales del control de convencionalidad con argumentos que en esencia no tienen la trascendencia jurídica suficiente. Por ejemplo, Barbados (Corte IDH, Boyce y otros vs. Barbados, 2007) se amparó en una interpretación reprochable de su propia Constitución. No obstante, Estados como el chileno o el argentino (Corte IDH, Fontevecchia D'ámico vs. Argentina, 2011) presentan argumentos que crean una tensión jurídica seria y llegan hasta tocar la legitimidad de la Corte IDH para ordenar a Estados modificaciones extraordinarias en su derecho local.

¹⁹ Nos ocuparemos de ello en la tercera sección de esta monografía.

Consolidación de la posición jurisprudencial

Como ya habíamos mencionado, la Corte IDH clarificó su concepto en los procesos contenciosos que surgen luego del año 2006. Aprovechando para alimentar su posición al respecto de la interpretación del artículo 2 del Pacto de San José. Por eso es perfectamente válido concluir que el control de convencionalidad es el instrumento jurídico por medio del cual se le dio verdadera fuerza jurídica a ese artículo 2 de la Convención Interamericana²⁰.

Es decir, la prelación al corpus iuris interamericano que intentó dar el artículo 2 de la Convención fue dotado de musculo jurídico por el Control de Convencionalidad.

Tal como se verá, es muy difícil que un Estado parte del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos tenga normas jurídicas que mermen los efectos jurídicos de otras normas internacionales, como el corpus iuris internacional, sin que tal contravención sea advertida²¹. La pervivencia de este tipo de normas nacionales está en peligro por dos razones principales:

i). El trabajo de la Corte ya está consolidado y en un proceso contencioso el Estado demandado tendría en su contra todo un precedente estable. Hay quienes consideran que el Control de Convencionalidad es un rayo destructor de normas y sería muy difícil mantener una norma de esas características vigente²².

ii). Dentro de toda la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH se creó un concepto que, a nuestro entender, es de los más importantes para el Control de Convencionalidad. Este debe ser realizado

²⁰ **Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno:** Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969).

²¹ Lo que no implica que no existan normas que sean inconvencionales. Lo que se expresa es que, en caso de advertir la inconvencionalidad, esa norma debe ser retirada del ordenamiento local.

²² Más adelante se entenderá el concepto de rayo destructor.

exofficio. Implica que los Estados²³ mismos deben estar haciendo constantes revisiones a sus sistemas jurídicos para advertir normas contrarias a la convención. En ese caso deberían poner en marcha procedimientos internos para hacer la expulsión de la norma.

Veremos las sentencias más importantes al respecto y extractaremos los conceptos relevantes para el Control de Convencionalidad:

Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú, obligación de hacer control de convencionalidad con procedimientos internos: Los hechos que dieron origen al proceso ocurrieron en 1992. Mediante el Decreto Ley N° 25640 del 21 de julio de 1992, se ordenó adelantar un proceso de racionalización del personal laboral del Congreso peruano. El 6 de noviembre de 1992, la Comisión Administradora de Patrimonio del Congreso de la República emitió el resultado de unas evaluaciones hechas a los funcionarios. Como consecuencia del examen 1110 funcionarios y servidores del Congreso, entre los cuales se encontraban las 257 víctimas fueron despedidos. Aunque los recursos internos fueron propuestos en debido tiempo y forma fueron desestimados todos ellos, quedando la decisión en firme. Ni siquiera con un recurso de amparo de derechos la decisión fue reversada.

La Corte IDH utilizó este pronunciamiento para fallar a favor de las víctimas, debido al clima de inseguridad jurídica que se creó, la negativa a un acceso material a la justicia y la ausencia de garantías judiciales. Y es en este momento cuando se crea la obligación de Control de Convencionalidad exofficio:

²³ En un principio, como se verá con el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú la obligación se predicaba del poder judicial. Hoy, se entiende que todo organismo estatal, en el marco de sus competencias, debería hacer el control de convencionalidad.

En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (Corte IDH, Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú, 2006, párr. 128)

Lo anterior implica que, desde ese momento, todos los Estados deben hacer control de convencionalidad sin necesidad de que medie una condena para tal cometido. Esa decisión es un parámetro muy importante de atención para los Estados. Como se pudo evidenciar en la sección primera de este trabajo, decisiones específicas de la Corte IDH son parte del bloque de constitucionalidad en el caso colombiano²⁴ y, en esos casos, deberán ser tenidas como criterios de interpretación. Esto por cuanto se trata de un proceso en el que el Estado no fue parte.

Además, el extracto citado determina que el control de convencionalidad debe hacerse con procedimientos internos propios de cada Estado y ello también tiene gran relevancia porque la Corte IDH no crea un modelo o test para hacer el control. Se deja a los Estados para que utilicen las herramientas jurídicas procesales que consideren pueden acomodarse mejor al cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Nuevamente, para el caso colombiano, no es de extraño lenguaje esa obligación puesto que estamos ya bastante acostumbrados a la idea de control de constitucionalidad en sus varias facetas. Ese Control es por medio del cual se le da relevancia a la Constitución como norma superior en el ordenamiento jurídico. Por tanto, normas generales como efectos en casos específicos que puedan generar deben ceder frente a la Constitución Política.

²⁴ En este caso para la Corte Constitucional en “sentido lato”

En caso que el Control de Constitucionalidad sea concentrado, la Corte Constitucional lo ejercerá, como tribunal encargado de la defensa e interpretación de la Constitución. El control difuso debe ser ejercido por todos los jueces de la república en sede tutela o en sede excepción de inconstitucionalidad. La acción constitucional de tutela es mediante la cual se busca el amparo de un derecho fundamental que está siendo vulnerado o puede llegar a serlo. La excepción de inconstitucionalidad es una solicitud dentro de un proceso para que el funcionario encargado inaplique una norma (que en sus efectos generales no es inconstitucional) para que un precepto Constitucional cobre relevancia. Esta última es obligación de todos los funcionarios públicos del país.

No ocurre de esa manera en Estados que, por ejemplo, no tienen Tribunal Constitucional. Es el caso de Surinam, sobre el cual declaró la Corte Interamericana en el año 2014 que

...sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de éstos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad (Corte IDH, Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, 2014, párr. 124)

En conclusión, no existe una única forma de hacer control de convencionalidad. Lo cual compartimos puesto que en un sistema en el que concurren diferentes Estados con diferentes andamiajes institucionales y tradiciones jurídicas, imponer un sistema desde arriba, sería bastante gravoso e invasivo. Como criterio de practicidad del control de convencionalidad, ese criterio es atinado.

Heliodoro Portugal vs. Panamá, faceta creativa y faceta destructiva de normas del control de convencionalidad²⁵: Respecto del control de convencionalidad lo más relevante es la doble faceta²⁶ que le da la Corte: El control de convencionalidad constituye una obligación para los Estados en dos sentidos, primero suprimir normas jurídicas que menoscaben el valor de normas del Sistema Interamericano en específico del pacto de San José. Esa sería una faceta de eliminación normativa.

La segunda faceta es la de crear nuevas normas que permitan la concreción de los Derechos Humanos en cada Estado. Para esa sentencia, la manera en que se cumplen las obligaciones internacionales con el Sistema Interamericano es mediante el control de convencionalidad, alimentando mucho más su definición y relevancia para los Estados.

La unión de estas dos facetas sería la concreción de un control de convencionalidad, por lo cual se podría decir que aunque no hay un modelo establecido, cualquiera que sea el modelo que se utilice el mismo debe tender a i) crear una norma que de más robustez interna a un mandato del Sistema Interamericano o ii) eliminar una norma que menoscaba los efectos y aplicación de un precepto del sistema interamericano²⁷.

Esto explica lo anteriormente mencionado como rayo destructor. El control de convencionalidad apunta a norma que contraríen el corpus iuris interamericano y ordena su destrucción directa.

²⁵ En el caso se estudia la desaparición forzada de un líder revolucionario cuyo cadáver es encontrado 29 años después en un cuartel policial y en el cual las autoridades panameñas no dieron respuestas efectivas a las víctimas.

²⁶ La misma había sido mencionada sumariamente en *Almonacid vs. Chile*.

²⁷ Valga anotar que cuando se habla de norma o precepto del Sistema Interamericano se tienen en cuenta el pacto de San José y complementarios y la interpretación del pacto que ha hecho la Corte IDH en sus partes resolutivas de las sentencias. Debe decirse que el extracto específico de la sentencia que debiera aplicarse es el considerado como "ratio decidendi". Recordemos que las sentencias judiciales están divididas en i. *Obiter dicta*, ii. *Ratio decidendi* y iii. *Decisum*. Para los efectos de extrapolar una decisión de la Corte IDH y que esta tenga fuerza vinculante, deben ser las razones que fundamentan directamente la decisión.

Boyce vs. Barbados, el control de convencionalidad obliga a la apertura del espectro

decisional de los jueces nacionales²⁸: Este caso es bastante particular, puesto que se encuentra una imposibilidad de las autoridades jurisdiccionales de Barbados para inaplicar una norma que en concepto personal de los operadores judiciales no debería estar vigente. Lo que expresa el Comité Judicial del Consejo Privado (máximo tribunal de apelaciones) es que existe un choque del derecho de las víctimas del homicidio con la prohibición universal de no someter a ninguna persona a tratos crueles e inhumanos.

La Corte IDH redarguye su argumento, haciendo ver que el análisis único de la Constitución de Barbados y sus leyes internas, aunque parezca un ejercicio legítimo y de honradez jurídica, no es más que un incumplimiento de obligaciones internacionales, puesto que el derecho interno no debe ser, bajo ninguna circunstancia, un motivo para incumplir obligaciones convencionales.

“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (Convención de Viena, 1969, art. 27). Esto quiere decir que la primacía de la obligación internacional está por encima del cumplimiento de normas internas.

Los jueces nacionales que tengan su espectro decisional restringido a insumos jurídicos locales seguramente incurrirán en un error contra el derecho convencional. Sobre todo en casos de tanta trascendencia jurídica como el expuesto. El error consiste en ignorar fenómenos de articulación normativa como el bloque de constitucionalidad, las obligaciones internacionales al suscribir un tratado (como reconocer jurisdicción a la Corte IDH) y las normas de orden público internacional.

²⁸ Lennox Ricardo Boyce, Jeffrey Joseph, Frederick Benjamin Atkins y Michael McDonald Huggin fueron condenados por el Estado de Barbados a pena de muerte por incurrir en el delito de homicidio. Esta sentencia fue proferida conforme a derecho, amparada en la sección 2 de la Ley de Delitos del Estado contra la Persona que abiertamente permitía la imposición de la pena de muerte.

No son pocas las opciones que sirven como fuente de análisis para los jueces²⁹ y el ampararse únicamente en normas y precedentes jurisprudenciales nacionales no es un buen ejercicio de praxis judicial en estos tiempos de relevancia del derecho internacional. Los jueces ya no están sometidos al imperio de la ley sino del ordenamiento jurídico en general, teniendo como criterio bastante trascendente las obligaciones internacionales.

Caso similar es el de Raxacó Reyes contra Guatemala (Corte IDH, Raxacó Reyes vs. Guatemala, 2005) –cuando el Control no se había propuesto por la Corte- en donde ante unos parecidos fundamentos fácticos la Corte determinó que la violación del artículo 2 de la Convención *se produce de ipso facto*, es decir, al momento de expedición de una ley contraria se incurre en una violación. No hay necesidad de aplicación de una ley de esas características.

Al respecto de la cantidad de insumos para decidir, en el caso Radilla Pacheco Vs. México³⁰ del año 2009, se le ordena al Estado mexicano una interpretación de su articulado constitucional respecto del acceso a la administración de justicia, que pudiera ser más coherente con la convención americana y con la interpretación jurisprudencial del artículo 8.1 de la Convención.

Se muestra entonces que en sus fallos la Corte IDH ordena constantemente que los jueces nacionales, sin importar su categoría, tenga más amplitud de materiales para poder decidir. El control de convencionalidad debe hacerse en cada caso que sea posible y por eso en todos los

²⁹ No obstante, estos conceptos se les inculcan poco a los estudiantes de Derecho que en el ejercicio de su profesión desconocen esa obligación. Además, las culturas jurídicas no son concebidas y estructuradas como pináculos. Por lo que es común que se crea que el sistema jurídico es lineal.

³⁰ El señor Rosendo Radilla Pacheco, quien era ciudadano habitante del Estado de Guerrero en México, fue detenido el en Agosto de 1974 por miembros del ejército mexicano. Luego de su detención fue visto en el cuartel militar de Atoyac de Álvarez con claras evidencias de haber sido maltratado físicamente. Esa fue la última vez que se supo del paradero de Radilla, quién quedó como desaparecido. Las autoridades mexicanas, en específico la jurisdicción penal militar no sancionó a los responsables del hecho puesto que las investigaciones adelantadas fueron escuetas.

casos deberá intentarse la preferencia de la Convención y de su interpretación autorizada por la propia Corte IDH.

Por último el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*³¹ deja como conclusión que “...con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal” (Corte IDH, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, 2012, párr. 284).

Gelman vs Uruguay³², se expande la obligación de hacer Control de Convencionalidad a

toda autoridad pública³³: En sus primeros pronunciamientos sobre el Control de

Convencionalidad, la Corte IDH recalcó que la obligación radicaba sobre la rama judicial de cada Estado, estando sus jueces mejor facultados funcionalmente para ello. Pues bien, desde este pronunciamiento se abre el concepto y se pone en cabeza de toda autoridad pública la obligación de hacer control de convencionalidad.

Esto muestra que hacer control de convencionalidad no es solo proferir una ley o sentencia, sino que la expedición de, por ejemplo, un acto administrativo, también puede evidenciar el cumplimiento de la obligación de hacer primar las normas del Sistema de Protección a los

³¹ La señora Atala Riffo obtuvo, luego de un proceso consensuado de divorcio, la custodia y cuidado personal de sus tres hijas. El mismo año del divorcio, la señora Atala comenzó a convivir con otra mujer como pareja sentimental. El ex esposo de Atala solicitó ante un juzgado de familia la custodia que ya había otorgado, con base en la inclinación sexual de Atala y su pareja y argumentando que ello afectaría a las menores. En el trámite ordinario no le fue concedido el derecho, pero en el trámite extraordinario de queja ante la Corte de Apelaciones sí se le concedió en detrimento de Atala Riffo.

³² El caso buscaba la responsabilidad de la dictadura uruguaya por la desaparición de una joven de 19 años en estado de embarazo. Luego de que la joven da a luz su hija, le es sustraída y entregada a un militar uruguayo y su esposa. La menor cuando pasan los años tiene contacto con la familia Gelman y con un examen de ADN se comprueba su parentesco. Los hechos quedan impunes en razón a una norma de derecho interno que es proferida por un referéndum popular.

³³ Al respecto también afirman el concepto la sentencia *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas en el caso personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana y Fondo, Reparaciones y Costas Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador*.

Derechos Humanos. Un funcionario administrativo no debe esperar que se haga un trámite legislativo o judicial para negar la ejecución de un derecho de raigambre internacional.

La Corte IDH consideró que hay derechos que no están sometidos a decisión popular. Las mayorías no podrían imponer sus razones sobre los derechos fundamentales que ostentan todas las personas dentro de un Estado, sin importar que sean minorías. La Corte IDH adujo que cuando un Estado está en la situación de imposición de razones de mayorías sobre minorías es uno de los casos cuando debe hacerse control de convencionalidad³⁴

La protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” [...], **que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial** (Corte IDH, Gelman vs. Uruguay, 2011, párr. 239)

En el mismo sentido, en Cabrera García y Montiel Flores Vs. México en 2010 ya había dado visos de esa posición. La Corte IDH considera entendible que los jueces locales estén atentos a suplir necesidades constitucionales y legales en la resolución de sus casos, pero, las obligaciones internacionales que ha adquirido un Estado parte del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos son prevalentes. La obligación no es solo de atender un texto sino su interpretación auténtica efectuada por la Corte IDH.

³⁴ Esto es bastante interesante en la actualidad; en una época de bastantes iniciativas populares y políticas que tienden a tomar decisiones legales y constitucionales que abiertamente son contra las minorías, es muy posible que Estados como el colombiano tengan que eliminar esas normas. La procedencia de ese tipo de iniciativas parece frustrada desde antes de nacer, habida cuenta toda la doctrina jurisprudencial mencionada.

Los autores han apoyado la idea que el control tiene dos tipos, complementarios entre sí

El control de convencionalidad tiene, pues, varios niveles. Uno es el que surge de un caso concreto, que lo hace la propia Corte Interamericana. Y otro es el que hacen los jueces locales, por propia iniciativa, en casos que llegan a su conocimiento. Y en donde deben hacer un control difuso de convencionalidad, aun cuando nadie se los pida (García Belaunde, 2015, pág. 5)

Apoya esa idea lo que se ha expuesto respecto de la obligación ex officio. Otros autores han ido hasta considerar que el Control de Convencionalidad crea una nueva manifestación de la “constitucionalización” o “nacionalización” del derecho internacional” (Ferrer, 2011, p. 562), dado que “los jueces nacionales se convierten en “guardianes” de la convencionalidad” (Ferrer, 2011, p. 563). En ese mismo sentido, Ferrer considera que uno de los aspectos más importantes a considerar es que ese control apertura el margen judicial para decidir. No hay normas internas que limiten la aplicación del Control.

También se ha considerado que el control es actividad judicial operativa, tendiente a darle juridicidad y primacía jurídica a las obligaciones internacionales (Rincón, 2013. Pág. 205). Para el mismo autor esa obligación está ligada necesariamente a atender la interpretación del corpus iuris interamericano que haga la Corte IDH. Eso indicaría que las sentencias que solo tienen valor de criterio de interpretación deben ser mejor valoradas. Adelante mostraremos la polémica que ello trae y las limitaciones que la Corte Constitucional colombiana ha puesto al respecto.

Por ahora se concluye que el Control de Convencionalidad es el instrumento que posibilita que los Estados concreten la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la

Convención Americana de los Derechos Humanos y su jurisprudencia (Herrera Pérez, 2016, Pág. 278).

Además, otro autor resume claramente el Control de Convencionalidad en los siguientes tópicos

- a) Nace por decisión de la Corte Interamericana.
- b) Se aplica en esa sede solo al caso concreto.
- c) Se extiende luego a casos similares, aun cuando no hayan sido vistos por la Corte.
- d) De oficio los jueces nacionales deben aplicar las normas del Pacto de San José así como la jurisprudencia de la Corte en los casos que conocen, y
- e) Los jueces deben tener presente al momento de fallar en los casos sometidos a su conocimiento, las normas americanas de derechos humanos, aun cuando al Corte Interamericana jamás haya emitido pronunciamiento alguno sobre lo que deben resolver. (García Belaunde, 2015, Pág. 6)

Posición de la corte constitucional sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos

Como cuestión preliminar es importante resaltar que el tema de la recepción de la jurisprudencia internacional no es pacífico dentro de las discusiones jurídicas del Sistema Interamericano. Ello se debe a la diferencia entre jurisprudencia que condena a un Estado determinado, caso en el cual evidentemente tiene fuerza vinculante para ese Estado (Res judicata), y jurisprudencia que no condena a Estados determinados (res interpretata).

La doctrina ha determinado que “...uno de los problemas centrales atinente al ejercicio del control de convencionalidad, está relacionado con la obligatoriedad de los estándares y reglas fijadas por la Corte IDH por vía jurisprudencial” (Quinche, 2009, Pág. 6)

La pregunta que abre la polémica es ¿puede una jurisprudencia que no involucra directamente a un Estado obligarlo? De ser así ¿qué elementos de esa jurisprudencia lo hacen? La conclusión final que encontraremos es que sí lo involucra, pero no de la misma manera que las jurisprudencias en las que el Estado es parte.

Recordemos que como ya se dijo el pacto de San José de Costa Rica dotó de toda potestad a la Corte IDH y a sus sentencias, dándoles el carácter de definitivas e inapelables.

Una de las tesis más populares es la propuesta por Gozaíni (Gozaíni, 2008, pág.111) que consiste en una obligatoriedad gradual de la jurisprudencia; para todos los Estados partes del Sistema existe una obligación general de cumplimiento y para los Estados específicamente condenados existe una obligación especial de cumplimiento. Por supuesto, la diferencia es que la segunda tiene mayor fuerza autoritativa que la primera.

En todo caso, una jurisprudencia de la Corte IDH, en palabras de la doctrina y la misma Corte, produce efectos inter partes entre los sujetos en litigio y erga omnes a los demás Estados partes del Sistema, por cuanto los criterios interpretativos propuestos por la Corte en esas sentencias son de obligatoria observancia (Mac-Gregor, 2014)

Esta tesis sostiene que la jurisprudencia es de obligatorio cumplimiento para el Estado condenado y no lo es así para los demás Estados, los cuales, sin embargo, tendrán la obligación de tener como parámetro para sus decisiones dentro del derecho interno esas resoluciones en procesos en los cuales no fueron parte. Esto permite que la jurisprudencia sea extendida y

atendida, lo cual facilita el papel de la Corte y le permite a los Estado³⁵, por su voluntad propia, adecuar sus actuaciones a lo “debido” en el marco del Derecho Internacional.

Ahora, lo que consideramos usual es que el órgano creado para defender el Sistema de Protección de Derechos Humanos tenga esa fuerza de desarrollar principios básicos del Sistema, según el mandato que le fue conferido por el pacto de San José. Es decir, no sería correcto que la instancia judicial protectora del Sistema fuera de papel. Por el contrario, debiera tener una posición seria y respetada, como la tiene la Corte IDH.

Es más, se podría considerar que la extensión de interpretación que la Corte le dé a la normativa del Sistema Interamericano es igualmente un insumo válido y vinculante para los Estados miembros del Sistema que deberán atender a las decisiones allí tomadas.

La aclaración preliminar se ha hecho con miras a poner de presente la discusión³⁶. No obstante, en el caso del Estado colombiano la discusión no tiene esos tintes hostiles, puesto que la aceptación por parte de la Corte Constitucional ha sido de acatamiento de la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH en procesos en los que el Estado colombiano es parte. En los que no lo es, se ha aceptado que es un criterio relevante de interpretación.³⁷ Como se verá, salvo excepciones, la jurisprudencia de la Corte Constitucional acude constantemente a la de las decisiones de la Corte IDH³⁸.

³⁵ Además, adecuar su ordenamiento jurídico y actuaciones estatales le va a excluir de responsabilidades internacionales y futuras condenas por no llevar a cabo el control de convencionalidad. En esos casos, opera el llamado principio de complementariedad o subsidiariedad, según el cual el éxito del funcionamiento del Sistema consiste en que los Estados tomen todos los recaudos necesarios y la intervención de los organismos internacionales sea solo excepcional. Para eso se le da a la jurisprudencia un valor vinculante general.

³⁶ Vigente en otros Estados. Se verá el caso particular del Estado argentino más adelante.

³⁷ Tratadistas como Quinche han propuesto varias etapas de evolución de la aceptación pero en realidad dentro de los polos de aceptación o negación, la Corte Constitucional colombiana se ha movido en el de aceptación.

³⁸ Es más, nuestra posición es que, con base en la jurisprudencia que en adelante se traerá a colación, cuando la Corte Constitucional necesita de la jurisprudencia de la Corte IDH la utiliza de manera sustancialmente relevante en sus sentencias. Cuando la posición de la Corte IDH puede poner en entredicho la posición de la Constitucional, los análisis son más someros, sin poner en tela de juicio su autoridad.

Hay quienes consideran que entre los jueces “internacionales” y los “nacionales” debiera existir un dialogo. Armin von Bogdandy en “Ius Constitutionale Comune” (Von Bogdandy, 2015) , menciona como este concepto implica que entre los tribunales puede haber o no correspondencia de posiciones. De manera que una decisión nacional puede ser anulada internacionalmente y viceversa, pero en todo caso, debe haber una correcta fundamentación del fallo puesto que es inadmisibile la discrecionalidad en los fallos judiciales.

Cuando existen marcadas disparidades entre posiciones no hay dialogo sino mera interacción. Se menciona esto para demostrar que entre tribunales nacionales que acatan las decisiones internacionales y los órganos que las profieren existe dialogo. En lo que no acatan hay solo interacción y se genera la polémica que atrás se puso de presente. Entre Colombia y la jurisprudencia de la Corte IDH existe “dialogo”.

La primera sentencia que referenciaremos respecto del acatamiento de la jurisprudencia internacional es la C-481-1998 (Corte Constitucional, 1998, MP. Alejandro Martínez Caballero). En este caso se demandó una norma que regulaba la profesión de docente en el país. Esta norma contenía una causal de mala conducta para los docentes del país contenida en el literal b del artículo 46 del decreto 2777 que rezaba “*El homosexualismo, o la práctica de aberraciones sexuales*”

La norma fue retirada del ordenamiento jurídico colombiano por considerar la Corte Constitucional que la Constitución además de las normas internacionales no permitían la supervivencia de una disposición de tales expresiones y limitaciones en el ordenamiento jurídico³⁹. “...es lógico que nuestro país acoja los criterios jurisprudenciales de los tribunales creados por tales tratados para interpretar y aplicar las normas de derechos humanos. Esa

³⁹ Aunque no existía el concepto aún, este es un ejemplo de Control de Convencionalidad.

doctrina internacional vincula entonces a los poderes públicos en el orden interno” (Corte Constitucional, C- 481 de 1998, Fundamento jurídico No. 26)

Luego, en el año 2002 la sentencia C- 228 aclaró los derechos de las víctimas en el proceso penal y su participación en todo el transcurso de la indagación, investigación y juzgamiento, teorizó con bastante fundamento en el derecho constitucional y comparado, que es plurimencionado en la sentencia.

Pronunciamientos de la Corte IDH, Tribunal Europeo, Naciones Unidas y hasta Estatuto de Roma fueron fundamento de la sentencia, dejando ver la apertura de la Corte Constitucional colombiana a la idea que no solo la normativa positiva internacional deba ser atendida sino que también la interpretación que hagan las instancias judiciales internacionales

Este derecho ha sido recogido y desarrollado en múltiples instrumentos internacionales. Así, por ejemplo, en la Convención Americana de Derechos Humanos, se consagra el derecho de toda persona a un recurso judicial efectivo, el cual ha sido *interpretado* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como ya se anotó, no sólo como el derecho a una reparación económica, sino además como el derecho a que la verdad sobre los hechos sea efectivamente conocida y se sancione justamente a los responsables (Corte Constitucional, C- 228 de 2002, Fundamento 4.2)

La tendencia al dialogo con organismos internacionales sobre todo con los jurisdiccionales empieza a ser bastante marcada. El Estado colombiano no es reacio a adoptar interpretaciones de la Corte IDH. Por el contrario, tiene bastante voluntad de dotar de juridicidad y validez sus fallos

con esas interpretaciones. Es decir, la Corte Constitucional colombiana ha tomado en cuenta el efecto erga omnes de las sentencias en procesos que no lo involucran directamente.

En el año 2006 la sentencia C-370 que resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra una norma regulatoria del sistema de justicia transicional con los paramilitares denominado justicia y paz, nuevamente la Corte echa mano de una cantidad de menciones a la jurisprudencia internacional para cada uno de los temas que resuelve el caso⁴⁰.

Citando la jurisprudencia anterior, la Corte declaró que “La Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente **relevante** la doctrina elaborada por la Corte IDH, que es el órgano judicial **autorizado** para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana” (Corte Constitucional, C- 010 de 2000, Fundamento 7).

Valga anotar que la Corte Constitucional dejó claro que no es cualquier órgano del cual se debe acoger decisiones, sino que es de uno autorizado. Eso quiere decir que el compromiso internacional del Estado colombiano es darle prevalencia a las obligaciones internacionales y cumplirlas de buena fe, lo cual implica que también deberá atender a la jurisprudencia de los órganos judiciales que sean los **autorizados** para hacer interpretación del insumo jurídico positivo.

Por último esta sentencia vuelve a traer un precedente diciendo que “...es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados,

⁴⁰ “Por su relevancia como fuente de Derecho Internacional vinculante para Colombia, por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte transcribirá algunos de los apartes más relevantes de algunas de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas a estándares sobre justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas de los graves atentados contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario” (Corte Constitucional, C- 370 de 2006, Fundamento 4.4)

constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales” (Corte Constitucional, C-406 de 1996)

Ya en el año 2011 se demandó los artículos del Código Penal colombiano que tipifican las conductas punibles denominadas injuria, calumnia y los demás artículos complementarios. En la demanda se propuso que esos artículos atentaban contra la libertad de expresión de los ciudadanos.

Un aspecto importante de este pronunciamiento es la expresión: “la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la *interpretación auténtica* de los derechos contenidos en la CADH” (Corte Constitucional, T-653 de 2012, Fundamento No. 7).

La Corte Constitucional utiliza como precedente sentado el caso Kimel vs. Argentina, en el cual no fue parte el Estado colombiano, recalcando la relevancia del efecto erga omnes de esas jurisprudencias, y por ello se ha señalado que la jurisprudencia de la Corte IDH es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano.

Finalmente, se toman extractos del caso mencionado de Kimel y traen al caso colombiano, haciendo un paralelo de interpretación por la similitud de los casos. Esto, otra vez, refuerza más la posición de la Corte Constitucional del valor de la jurisprudencia de la CIDH, al menos como criterio interpretativo parámetro de constitucionalidad.

Quizá la sentencia más relevante para nuestro estudio es la de Control de Constitucionalidad C-500 de 2014. En el proceso se demanda el artículo 44 de la ley 734 de 2002, ley conocida como Código Disciplinario Único:

La Constitución Política colombiana determinó en su artículo 277 que el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendría como función el ejercicio de la potestad disciplinaria de los funcionarios del Estado. Inclusive, los de elección popular.

(Constitución, 1991, artículo 277)

En desarrollo de ese postulado de potestad disciplinaria, la ley 743 de 2002 reguló varios aspectos del tema. El que nos concierne es el numeral primero del artículo 44, el cual permite que se inhabilite a funcionarios públicos de toda categoría como sanción disciplinaria. La demanda propone que el desarrollo de la atribución constitucional por parte de la ley va más allá de las competencias propias.

Además, según el demandante, el hecho que no exista un recurso administrativo directo para ese tipo de sanciones vulnera el artículo 15 de la Convención Americana de DDHH. En síntesis, se pretendía que la Corte declarara que un funcionario elegido popularmente solo pudiera ser inhabilitado como consecuencia de un proceso penal.

Lo interesante del caso es que la norma ya había sido objeto de análisis por la Corte Constitucional en dos oportunidades⁴¹ y lo que motiva al accionante para reabrir el debate es un nuevo pronunciamiento de la Corte IDH en un caso similar⁴².

Se propone entonces que no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada por existir un nuevo pronunciamiento de la Corte IDH que pudiera cambiar la posición de la Corte Constitucional. Lo

⁴¹ C-948 de 2002, C-124 de 2003 y C-028 de 2006.

⁴² Valga aclarar que aunque el pronunciamiento sirvió para reabrir el debate, el accionante malinterpretó la verdadera motivación del fallo López Mendoza vs. Venezuela. El accionante tomó apartes de la sentencia de la Corte IDH y no los puso en contexto. Los intervinientes advierten esa situación y recalcan que los apartes mencionados referían a una vulneración al debido proceso e igualdad en la sanción. No específicamente a la posibilidad que una autoridad administrativa pueda sancionar funcionarios de elección popular. También hay que decir que no todas las referencias fueron de esa manera. Por lo que sí existen verdaderas alusiones directas al problema jurídico en cuestión.

que queda claro es que la jurisprudencia de ese organismo internacional es relevante y como se ha expresado debe ser criterio de interpretación, como mínimo⁴³.

Dentro de las intervenciones en el proceso, una que llama la atención es la del ministerio público, quien sostuvo que

Acoger el principio de convencionalidad planteado por el demandante, con el propósito de otorgarle carácter supranacional a los tratados o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, se opone a la Constitución. Supondría, a pesar de lo establecido en el artículo 93 de la Carta, asignar la condición de norma constitucional a una sentencia. La Corte ha reconocido que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es un criterio hermenéutico relevante lo que no implica, en modo alguno, que se erija en parámetro de constitucionalidad. (Procuraduría, 2014)

Debemos decir que aunque la Procuraduría abre una discusión jurídica importante, tiene varias imprecisiones técnicas en los argumentos que sustentan su postura. El primero es utilizar la expresión supranacional para referirse a tratados internacionales y jurisprudencia internacional (además sin distinguir los uno de otro). Como se ha visto, la Constitución no es solo el texto escrito en el articulado elaborado por el constituyente. Para eso existe el concepto de bloque de constitucionalidad que explica como normas internacionales son parte del cuerpo normativo constitucional.

⁴³ Lo cual no significa que un fallo de la Corte IDH sea trasplantado automáticamente al derecho local. Ese proceso debe atender, primero a saber que solo las ratio decidendi vinculan. Luego, debe adecuarse con los procedimientos internos.

Luego, si una norma internacional inserta por medio del bloque de constitucionalidad tiene el mismo valor o rango que una norma positivizada constitucional el mecanismo con el que se resuelve al antinomia no debe ser norma superior sobre inferior. Las dos tienen la misma categoría por lo que debe utilizarse otro mecanismo para resolver la posible antinomia.

Una interpretación sistemática de los contextos de cada norma y sus ámbitos de regulación seguramente es un más correcto mecanismo.

Ahora, el ministerio público sostiene en el mismo argumento que, aunque la jurisprudencia tiene valor como criterio de interpretación, no lo tiene como parámetro de constitucionalidad. Groso error. Justamente la interpretación en la que se va a tomar como parámetro relevante la jurisprudencia es la que se hace en este tipo de procesos donde se analiza la constitucionalidad o no de una norma. El argumento resulta contradictorio.

En cuanto a las consideraciones de la Corte Constitucional. La metodología de la Corte es, al analizar la posible infracción del artículo 25 de la convención, remitirse a la interpretación de la Corte IDH de ese artículo⁴⁴. Reafirmando la importancia de esa jurisprudencia en nuestro derecho.

La Corte Constitucional no accedió al primer cargo de la no existencia de un recurso idóneo, pero no lo hace contrariando la jurisprudencia internacional. La cual utiliza de fundamento. Se concluye que existen medios administrativos y contencioso administrativos que son recursos e instancias garantistas de los derechos del funcionario público sancionado.

⁴⁴ Se citan casos *Reveron Trujillo vs Venezuela* y *Barbani Duarte vs Uruguay*.

La Corte determinó que, en lugar de confrontar ordenamientos jurídicos internacionales y nacionales, debieran armonizarse adecuadamente para identificar posibilidades interpretativas que aseguren la máxima realización de ambos. Contrario a lo propuesto por el ministerio público.

En conclusión, esta sentencia es bastante importante porque recalca el valor de la jurisprudencia de la Corte IDH. Un pronunciamiento de esa instancia internacional es suficiente para que se vea alterada la cosa juzgada interna y se pueda abrir nuevamente el debate. Ello indica que esa jurisprudencia tiene valor como parámetro de constitucionalidad.

Ahora, su incorporación no es automática y depende de un procedimiento interno. Un análisis de constitucionalidad es un procedimiento idóneo para hacerlo.

En reciente sentencia de control de constitucionalidad al acto legislativo 001 de 2017 por medio del cual *se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones*, la Corte Constitucional tuvo oportunidad de referirse a la articulación con jurisprudencia internacional y su obligatoriedad.

La sentencia utiliza ideas muy amplias y generales de ese tipo de insumos jurídicos⁴⁵. No se menciona directamente al Control de Convencionalidad pero ello se puede entender como irrelevante puesto que, aunque sea de manera genérica, se recuerda la obligatoriedad de procesar a criminales de lesa humanidad

⁴⁵ Dato curioso: Las palabras Corte Interamericana de Derechos Humanos o CIDH son utilizadas solamente 16 veces en toda la sentencia que tiene una extensión considerable. 6 veces para referirse a ella genéricamente, integrada en párrafos donde se resaltó la importancia de su jurisprudencia así como la del sistema universal. Otras 4 veces en citas a pie de página; una para resaltar su participación en el proceso de revisión del acto legislativo, otra para mostrar la figura del *amicus curiae* por medio del cual podían participar juristas extranjeros así como en ExYugoslavia, Sierra Leona etc. La última mención es para tocar el tema de la cuantía de las indemnizaciones y soslayar en que hay unos estándares creados. Las únicas menciones considerables son las que hacen alusión al juez natural, donde a pie de página (y no en el texto mismo de la sentencia) se referencian sentencias de la corporación que han desarrollado el tema.

La primera razón que encontramos para entender por qué la Corte fue sucinta al respecto es por el tipo de trámite que la convocaba, ya que analizar el fondo del acto legislativo le está prohibido y por mas que se eche mano de la teoría de la sustitución para analizar, ese análisis no es libre.

En análisis de sentencias pasadas hemos dicho que la Corte ha utilizado, hasta la saciedad, referencias a procesos en la Corte IDH. En este caso se omiten mencionar, seguramente porque sus consecuencias serían bastante restrictivas para la implementación del proceso de paz en curso en el país. De otra manera, todos los procesos se hubieran debido mencionar y extraer los apartes más importantes que deben ser atendidos por el Estado colombiano.

En conclusión, la sentencia le da valor a la jurisprudencia, por ejemplo, de la Corte IDH en procesos en los que el Estado ha sido parte y en los que no. Pero, a nuestro juicio, omite por la coyuntura y lo sensible del tema, explayarse en la jurisprudencia internacional.

Recuerda la sentencia que los Estados son responsables por la violación a los derechos Humanos que haya ocurrido en su territorio y ello se puede deducir de pronunciamientos de la Organización de las Naciones Unidas, la Comisión y la Corte IDH.

Se rescata que la Corte Penal Internacional ha sido minuciosa en la tarea de recordar la necesidad de un buen enjuiciamiento para los actores del conflicto. En específico sobre la pena menciona que deben satisfacer (los procesos de justicia transicional) objetivos adecuados vinculados a la pena, como la condena pública de la conducta criminal, el reconocimiento del sufrimiento de las víctimas, y la disuasión de conductas criminales ulteriores. (Corte Constitucional. C-674 de 2017) Paréntesis fuera del texto.

En ese mismo sentido se recuerda la exhortación que le hace la CIDH al Estado colombiano en el caso Pueblo Bello vs. Colombia, donde el Estado colombiano condenó a unos paramilitares

responsables de delitos de lesa humanidad, pero no se había puesto en marcha la captura de algunos de ellos. (Corte IDH, Pueblo Bello vs. Colombia, 2006).

Se podría entender que las menciones genéricas hacen parte del trámite al que se había convocado a la Corte Constitucional. Es de recordar⁴⁶ que sobre actos legislativos solo puede hacerse control de forma y a través del juicio de sustitución puede entrarse en el fondo. No obstante, esa posibilidad no da plena libertad de referirse al fondo, puesto que es un análisis sistemático de los pilares fundamentales para ser comparado el texto en análisis con toda la Constitución y no solo con una norma.

Se considera, entonces, que la sentencia carece de referencias al menos del precedente del sistema interamericano respecto de la impunidad en crímenes de lesa humanidad. Ese precedente es formado y bastante relevante para traerse al caso colombiano y la referencia general a la jurisprudencia de la CIDH la consideramos insuficiente. La Corte da por sentado que la jurisprudencia en cuestión la obliga pero omite referenciarla específicamente.

Conclusiones

El Control de Convencionalidad es una doctrina existente dentro del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos. Su creación ha sido jurisprudencial, puesto que fue la Corte IDH quien la concibió.

Hoy, en el tránsito judicial de la corporación mencionada, es una doctrina estable. La Corte IDH no ha sido escasa en madurar su concepto, lo cual ha hecho que desde el año 2006 le haya dotado de elementos característicos importantes para entender hoy el control.

⁴⁶ Artículo 241: Funciones de la Corte Constitucional: Numeral 1- Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. (Constitución, 1991, art. 241)

Resaltemos puntos importantes de esta doctrina: El primero es, como los casos indican, que ha servido para obligar a los Estados se vieron inmersos en graves vulneraciones a los Derechos Humanos⁴⁷ para regularizar sus ordenamientos jurídicos de conformidad con el corpus iuris interamericano. Se muestra con las anteriores experiencias, que las normas jurídicas que sobreviven al paso del tiempo y siguen produciendo efectos jurídicos que son contrarios al corpus iuris internacional son inconvenientes y deben ser retiradas del ordenamiento interno. Esto pasa, aún así el Estado en cuestión, ya no se encuentre en una situación de vulneración de derechos.

La regularización de esos ordenamientos jurídicos consiste en hacer un cotejo entre la norma y la obligación internacional del Estado parte de, en este caso, la Convención Americana de Derechos Humanos. En virtud de ese instrumento internacional, los Estados deben darle prevalencia a las obligaciones internacionales contraídas aún sobre el derecho interno (Pacto de San José, 1969, art. 2). Esa norma parafraseada es el fundamento del control de convencionalidad.

La evolución de esa doctrina se dio en forma secuencial. Como se vio, un pronunciamiento complementaba al anterior y sucesivamente. Aún así el control presente todos los problemas que adelante mencionaremos la verdad es que la tarea de la Corte IDH estuvo bien hecha.

En el origen se menciona la obligación de hacer “una especie de control de convencionalidad” en *Almonacid vs Chile*. Esa obligación aparece como un germen de concepto, apenas con conceptos gaseosos que no concretaban el tiempo, la forma y el quién debiera hacer el control.

⁴⁷ Dictaduras, regímenes opresores y violencia generalizada y/o focalizada sobre la cual ha habido impunidad en detrimento de las víctimas. Uno de los casos más repetidos es el de desapariciones o asesinatos selectivos en contra de miembros de la oposición política de turno.

Los efectos jurídicos que tiene el control de convencionalidad logran que se acepte la obligación de adecuar la legislación interna colombiana, siendo esa la conclusión más importante de esta sección.

Lo problemático del control aparece cuando un Estado antepone legitimidad o las normas que considera de mayor valía por encima de la obligación de control de convencionalidad. Cuando existe una sentencia que no tiene efectos directos, en la que un Estado no es parte y que se considera criterio interpretativo, hay un gran margen de maniobra del Estado. Esto es, si el Estado considera que con otros elementos interpretativos y parámetros de constitucionalidad puede desechar esa sentencia, teóricamente lo puede hacer.

Habría que detallar en cada Estado (una tarea muy grande) que valor se le otorga a las diferentes jurisprudencias de la Corte IDH. Porque, como vimos, el Control es una doctrina sólida siempre y cuando salga de la voz de la Corte IDH. Cuando se apertura la discusión los reparos no demoran en aparecer.

Por lo que nos compete, concluiremos que el Estado colombiano acepta la doctrina del Control de Convencionalidad, pero dependiendo el insumo jurídico que lo obligue a hacerlo, lo acata o no.

El problema principal es el amplio margen de discrecionalidad para aceptar la institución del control. Puede desecharse por completo o, caso más común, escogerse a conveniencia cuándo hacerlo. Ello se desprende de la metodología que empleamos: para determinar la aceptación analizamos la jurisprudencia del Estado colombiano (de la Corte Constitucional) y que la misma le diera algún valor, fuese mayor o menor, a esa obligación internacional.

Así habría que hacerlo con todos los Estados. En nuestro concepto, la posición de los Estados cómoda y hasta se podría prestar para maniobras populistas. El solo hecho de desconocer la obligación de hacer control, sobre todo cuando no media una sentencia condenatoria, es preocupante.

Como segundo momento expusimos la posición de la Corte Constitución sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH. Pudimos evidenciar que la posición base es acatar la fuerza vinculante de la jurisprudencia en cuestión en procesos en los que Colombia sea parte. Luego, en procesos en lo que no lo sea, esa jurisprudencia será tenida como criterio interpretativo y deberá ser incorporada.

Además, no todo el contenido de la sentencia en la que no es parte el Estado colombiano tiene los efectos mencionados. Única y exclusivamente la parte resolutive o ratio decidendi es extrapolable al ordenamiento jurídico colombiano. Dando así vigencia a la teoría de obligatoriedad gradual propuesta por Gozaíni y mencionada en el introito de la sección.

Lo anterior quiere decir que no es automático el efecto de una sentencia en la que el Estado colombiano no es parte. Una jurisprudencia, por ejemplo, debe utilizar ese insumo jurídico como criterio interpretativo y darle prevalencia al corpus iuris internacional. Podríamos decir que por medio de hacer un control de convencionalidad se incorporan ese tipo de sentencias.

Determinamos entonces que la jurisprudencia de la Corte IDH está en un punto medio de valoración. No es el gran insumo jurídico indispensable. Tampoco es un insumo prescindible. En su justa medida, cumple el papel interno de dirigir los parámetros de constitucionalidad.

Esto quiere decir que la Corte Constitucional vio necesario limitar este tipo de sentencias. Lo cual causa que la idea primigenia de la Corte IDH no sea concretada y al Control de Convencionalidad no pueda sacársele todo el zumo necesario.

En algún punto, la sentencia C-500 de 2012 mencionó que la jurisprudencia en casos en los cuales el Estado colombiano no es parte no hace parte del bloque de constitucionalidad (Corte Constitucional, 2012). Contrario sensu, podríamos decir que en los procesos en los que se es parte esa decisión si tiene raigambre de bloque de constitucionalidad.

No obstante, recordemos que la Corte ya había utilizado los conceptos de bloque en sentido estricto y lato para diferenciar las diferentes normas que pueden ingresar vía artículo 93. En todo caso, si formalmente una jurisprudencia no es considerada como parte del bloque, materialmente la evidencia es que sí. El solo hecho que reabra el debate sobre la constitucionalidad de una norma que ya había hecho tránsito a cosa juzgada lo evidencia.

Uno de los problemas más acentuados es cuando la Corte IDH en una sentencia en la que el Estado colombiano no es parte, tiene conceptos en su ratio decidendi sobre los cuales debería hacerse control de convencionalidad interno o difuso (García Belaunde, 2015).

En este caso es preciso también dividir el Control de Convencionalidad en otras dos categorías. Directo e indirecto: El directo se entiende de las sentencias de la Corte IDH en contra del Estado colombiano que, por la misma posición de la Corte Constitucional, debiera atenderse integralmente. En ese control no existen polémicas (hasta este punto de la monografía). Otras sentencias que obligarían a hacer un control directo serían las que hagan parte del Ius Cogens Internacional.

El control indirecto se debe hacer, teniendo una sentencia de un proceso en el Estado colombiano no ha sido parte como criterio de interpretación. En ese caso, cualquier autoridad pública cuando tenga de presente un caso, utilizará, entre otros, el insumo jurídico que representa esa sentencia. Por ejemplo, cuando la Corte Constitucional hace control concreto de constitucionalidad, tiene a su disposición una serie de insumos.

Para interpretar el alcance de un derecho, la constitucionalidad o la CONVENCIONALIDAD de una norma, armoniza con todos sus insumos su decisión y utiliza la sentencia del caso en el cual el Estado no fue condenado.

Por último, también se advirtió que la Corte Constitucional cuando encuentra identidad con la Corte IDH utiliza en gran manera su jurisprudencia. Cuando no hay tanta paridad en conceptos (como en el análisis del acto legislativo 001 de 2017) la jurisprudencia, no solo de la Corte IDH, sino las demás instancias internacionales son mencionadas tangencialmente.

III.POSIBILIDAD DE LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POR PARTE DE SENTENCIAS INTERAMERICANAS

Introducción

En el capítulo anterior mostramos el concepto que aviva la institución del Control de Convencionalidad y expresamos cómo es una obligación de los Estados partes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Mismos que hayan ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos y reconocido jurisdicción a la Corte IDH.

Se precisó que el control no debe entenderse de manera reducida a la normativa internacional positivizada. Por el contrario, el corpus iuris interamericano está compuesto por esas normas positivas y, también, por los pronunciamientos que haga la Corte IDH.

Se hizo un análisis de los avatares del Control de Convencionalidad. Mostrando cada una de las aristas que la Corte IDH le ha incorporado a esa doctrina que se ha convertido en una obligación internacional. Cada proceso mencionado tiene un punto básico fundamental para entender la doctrina.

Luego, se muestran los alcances del entendimiento de la Corte Constitucional sobre la jurisprudencia de la Corte IDH, en especial, su rol en el derecho colombiano. Dejando con lo anterior claro que la posición es la recepción de las consecuencias de la jurisprudencia de la Corte IDH en los procesos en los que el Estado colombiano es parte. En las sentencias en las cuales el Estado colombiano no es parte, tienen valor interpretativo. Finalmente, las sentencias que hacen parte del Ius Cogens internacional son obligatorias, por supuesto.

Ahora que se tiene claro que el Control de Convencionalidad debe hacerse también con base en la interpretación del corpus iuris interamericano que haga la Corte IDH, como su intérprete

autorizado, y que el Estado colombiano le ha dado algún valor a esa jurisprudencia, se va a proponer la posibilidad de sustitución constitucional. Para descubrir si es posible que la aludida sustitución opere según la evidencia mostrada a lo largo de todo el trabajo.

Para lo anterior, haremos se tendrá que hacer un paneo por la idea de Constitución moderna, su posibilidad de reforma y los límites a la misma. Se plantearemos como la teoría de los límites de intangibilidad (los que no aparecen en la Constitución Política de Colombia de 1991) abastece la creación de los límites materiales (los que si aparecen vía jurisprudencial) y, con base en ello, podremos concluir que cuando se sobrepasan los límites materiales, existirá una sustitución constitucional.

Mostraremos qué es la sustitución constitucional en palabras de la doctrina y la jurisprudencia constitucional colombiana. La Corte Constitucional en sentencia C-551 de 2003 desarrolla la teoría de límites materiales que impiden sustituir la Constitución. Mostraremos ese avance, no para hacer un minucioso análisis, sino para mostrar las características de los límites a la reforma constitucional colombiana y lo qué significa la sustitución teóricamente.

Por último analizaremos que la obligación a efectuar Control de Convencionalidad puede extenderse a la reforma de una Constitución de un Estado parte del sistema interamericano. Luego, como es una posibilidad poco advertida en la jurisprudencia y doctrina, la reforma no tendría límites.

Soberanía popular como fundamento de la teoría del Estado moderno y límites al poder de reforma constitucional

La teoría constitucional moderna tiene fundamento en la potestad de los pueblos de autodeterminarse. Cada Estado que concurre a un proceso de pacto social que se convertirá en Constitución expresa es, quizá, una de las prerrogativas más importantes de la modernidad; la del poder popular. Pero esa prerrogativa se fue construyendo, de manera que en principio se hablaba de soberanía nacional y luego popular. La idea de la voluntad del pueblo como expresión de la soberanía es propia de la teoría política que busca explicar el origen del Estado moderno liberal (Rincón Covelli, 2012)

Las revoluciones liberales burguesas del siglo XVIII y XIX dejaron ese legado a la humanidad y, en específico, al constitucionalismo. Los avatares de esos procesos muestran un gran cambio en la concepción del Estado. Los regímenes antiguos estaban siendo derrotados y fundamentos nuevos sustentaban los modelos institucionales emergentes.

Barthémely describió el proceso como: “Había una persona soberana que es el monarca. Era preciso encontrar otra persona soberana que esgrimir frente a él. Se tomó la Corona de Rey y se colocó en 1791 sobre la cabeza de la nación”. (Barthémely, 1907)

De la primera forma de soberanía –la nacional– es propio el sufragio, puesto que la voluntad es la concordante de un número de individuos tomados del cuerpo de la nación. Por supuesto, es propia del Estado de Derecho el cual edificó paulatinamente el imperio de la ley –el rule of law– en forma de principio fundamental y, por eso, esa representación se refiere a la creación de leyes.

En contraposición, el poder popular –una tesis revolucionaria para ese momento–, se fundamenta en que la soberanía no está en cabeza de una familia particular o un estamento oficial, sino que es, en general, la ostenta las personas pertenecientes a un Estado⁴⁸, vistas como un conjunto.

Luego de la segunda guerra mundial se acentuó más la segunda posición. Los Estados Constitucionales propenden más por la participación que por la representación. No obstante, los teóricos han determinado que los conceptos se han fundido. Al respecto el artículo 3 constitucional colombiano⁴⁹ expresa que la soberanía reside en el pueblo.

También, en la época de posguerra se acentuó la idea de la justicia constitucional. Esta justicia pone en tela de análisis normas jurídicas que puedan resultar inconstitucionales, aún así haya legitimidad democrática. Ello “porque las experiencias nazi y fascista en Alemania, Italia, Austria y otros países habían mostrado, de manera dramática, que también las leyes pueden vulnerar todos los derechos y acabar con el propio Estado de Derecho” (Ariel, 1998, Pág. 22)

No hay discusión en que las decisiones más trascendentales para el Estado deben ser tomadas por el pueblo, titular de la soberanía. El mismo proceso de asamblea nacional constituyente colombiano es una muestra de la importancia de las decisiones populares para fundar el Estado y replantearlo. Por lo que se puede decir que el pueblo es el poder constituyente primario u originario. No soporta ninguna restricción en el ejercicio de la soberanía.

Luego, el Estado debe funcionar, y conglomerar diariamente a todo el pueblo para poner en marcha sus actividades es imposible. Por eso se crean las instituciones y las figuras de

⁴⁸ En un principio el concepto de persona era excluyente, puesto que solo se consideraba así a quién era libre, mayor de 21 años, con determinada posición social y económica. El concepto fue evolucionando y con la abolición de la esclavitud y la ampliación de, por ejemplo, mujeres en el campo social y político se fue consolidando.

⁴⁹ Similar al artículo 1.4 de la constitución española que es una reproducción del artículo 3.1 de la constitución francesa de 1958.

representantes, delegados, elegidos etc. Canales por medio de los cuales se expresan los servicios públicos que el Estado debe prestar, todos para ejecutar, administrar o juzgar con base en la Constitución y las leyes. En el Estado constitucional y democrático de derecho – como en el caso colombiano– siempre la Constitución es el principio y el límite. La Constitución es la base de la soberanía popular porque es el resultado de su ejercicio soberano.

Entre todos los órganos estatales el “popular” por antonomasia es el legislador. Los ya mencionados procesos revolucionarios, en especial el francés, le dejó ese legado a las naciones colonizadas. En el concurren un crisol de representaciones y mandatos de todos los estamentos sociales. De los poderes públicos es el más importante en cuestión de soberanía entregada por el pueblo a unos representantes y por eso se le denomina poder derivado.

No obstante, la Constitución sigue siendo el fundamento estatal y emanación del constituyente primario y, por esa razón, los procesos de reforma constitucional son agravados y los límites hacen que un cambio constitucional no sea fácil de tramitar⁵⁰. Al respecto se divide la reforma en dos vertientes:

- i. La vertiente de los cambios formales o básicos que no comportan ningún problema para la estructura estatal. Son cambios que dinamizan la misma Constitución o el ordenamiento jurídico en general. Alguna inclusión de un derecho fundamental o una ampliación del concepto de uno de esos derechos puede ser un ejemplo. Como las propuestas de incluir al agua o la educación pública como derecho fundamental.
- ii. Los cambios que tocan componentes sensibles de la estructura constitucional y que pueden alterar pilares que le dan sentido al Estado. Este tipo de cambios es

⁵⁰ La constitución política colombiana permite tres tipos de procesos de reforma constitucional: **ARTÍCULO 374**. La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo. (Constitución, 1991).

denominado “sustituciones constitucionales” sobre las cuales, como se verá, la Corte Constitucional ha sido suficientemente restrictiva con el Congreso de la República. En conclusión, el poder constitucional originario del constituyente primario no tiene límites y, por su parte, el poder derivado está limitado a la expedición de actos legislativos que únicamente revistan las características de reforma. Los cambios en los pilares fundamentales del Estado colombiano (sustitución) están proscritos y, por ello, le son vetados al Congreso de la República como autoridad constituida con poder derivado.

En el caso colombiano el artículo 374 de la Carta establece los mecanismos mediante los cuales se puede hacer reforma constitucional. Todos ellos, de una u otra manera, tienen iniciativa popular, sea originaria o derivada⁵¹. Pero existe un tipo de reforma constitucional que no tiene esa misma característica: la que tuviera origen en una condena al Estado colombiano en sede de la Corte IDH que, hipotéticamente, puede obligar a hacer control de convencionalidad al Estado colombiano mediante una reforma de la Constitución.

Para el caso colombiano se tienen como posible acercamiento la sanción administrativa de raigambre constitucional que tiene la procuraduría General de la Nación para destituir servidores públicos de elección popular. Esa potestad es interpretada de manera particular por la Corte IDH, como lo ha mostrado en el caso *López Mendoza vs Venezuela*.⁵²

Como se ha repetido, la Constitución, aunque puede ser reformada para darle dinamismo y vigencia, tiene estructuras básicas sobre las cuales se asienta el Estado. Sin esas estructuras no se

⁵¹ Un referéndum, por ejemplo, que tenga iniciativa ciudadana es una muestra de la reforma constitucional por el poder originario. Mientras que el más generalizado caso del acto legislativo tiene la impronta del poder derivado. En todo caso, la competencia del poder de reforma constitucional es algo especial que se diferencia del poder legislativo ordinario (Stern, 1987, p. 326)

⁵² Desarrollado en el capítulo 2. Corte Constitucional, Sentencia C-500 de 2014. Mostramos en ese acápite como esa sentencia sirvió para reabrir el debate de una norma que ya había sido juzgado por la Corte Constitucional. Misma que no encontró en este proceso disparidad entre los mandatos de la Corte IDH y la norma acusada.

puede entender el Estado tal cual es; una república no se puede entender sin democracia y participación ciudadana y un Estado descentralizado territorial y administrativamente no se puede concebir sin existencia y/o autonomía de los entes territoriales. “Esas son circunstancias o elementos que se consideran vedados en el caso de una eventual modificación”. (Ramírez Cleves, 2005, Pag. 337)

El tema no es pacífico dentro de la teoría del Estado moderno. La doctrina ha dicho que

La reforma constitucional genera uno de los más intensos y amplios debates políticos y jurídicos. Involucra los conceptos sobre la Constitución, la democracia, la estructura del Estado (si se aboga por una estricta separación de poderes o un sistema de pesos y contrapesos entre ramas del poder), el control constitucional y, en general, sobre la primacía del derecho o de la política para establecer hasta qué punto un órgano constituido tiene facultad para reformar la Constitución o para sustituirla (Cajas Sarria, 2004, Pág. 4)

Los límites a la reforma es una respuesta lógico jurídica a la imposibilidad de reforma absoluta o una reforma total que desconozca los fundamentos de un Estado constitucional” (Ramírez Cleves, 2005). Estas teorías sobre los límites a la reforma son una reacción del constituyente originario, la doctrina y, en el caso colombiano, la jurisprudencia para salvaguardar la esencia del concepto de Constitución, tanto en su faceta teórica (construcción social del pueblo) y en sus estructuras básicas escritas.

Existen límites a la reforma porque hay un sistema jurídico constitucionalizado. Esto es, que la Constitución ha impregnado e invadido toda norma dentro del Estado⁵³. La Constitución, que puede ser reformada, condiciona todos los factores sociales (Guastini, 2003, Pág.49)

La reforma posibilita que las constituciones sean adaptadas a la realidad pero si se desfasa esa potestad y se destruye la Constitución y el Estado construido por el pueblo, los límites deben actuar⁵⁴.

Ahora, las cláusulas de intangibilidad son un retén importante a la reforma constitucional. Ellas son las que existen insertas en la Constitución y prohíben o restringen la reforma. No son lo mismo que las cláusulas de perpetuidad, las cuales tienden por la pervivencia eterna de las constituciones y son más propias de la edad media y las primeras constituciones de la modernidad.

Pueden ser cláusulas temporales, circunstanciales y axiológicas, veremos ejemplos de cada una:

- i. Las cláusulas temporales son las que proscriben la reforma constitucional por un paso determinado de tiempo o hasta que una condición sea cumplida. Estos límites son normativos. Basta un análisis literal de las constituciones para concluir que existen (Cajas Sarria, 2004, Pág. 21)

⁵³“No quedan espacios vacíos de derecho constitucional, esto es, libres de él: toda decisión legislativa está prerregulada (quizás aún minuciosamente regulada) por una o por otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional. En otras palabras, no existe espacio para ninguna discrecionalidad legislativa: no hay cuestión de legitimidad constitucional de la cual se pueda decir que sea solo una political question, una cuestión puramente política, ajena al conocimiento del juez de la legitimidad constitucional de las leyes” (Guastini, 2003, Pág. 55)

⁵⁴ La teoría de limitar la reforma es generalizada, no obstante, existen Estado que incentivan la reforma total de la constitución. Es el caso español, austriaco, uruguayo y nicaragüense. Por eso las cláusulas de intangibilidad y la posibilidad de reforma total son extremos opuestos.

La Constitución de los nacientes Estados Unidos en 1787 tenía inserta una cláusula de intangibilidad temporal⁵⁵. La inestabilidad e inseguridad política luego de la revolución hizo que los creadores de la Constitución tuvieran que advertir que por un tiempo determinado, mientras cedían las circunstancias no se podían efectuar reformas.

Nótese que el sentir de los redactores de esa cláusula no era petrificar la Constitución. Es más, el hecho de aceptar que después de un tiempo se puede reformar, muestra que estaban abiertos a la idea de dinamizar la Constitución. Esto lleva a un sector de la doctrina a determinar que este tipo de normas no son cláusulas de intangibilidad. De Vega, por ejemplo, sostiene

Las limitaciones temporales no pueden, en ningún caso, interpretarse como cláusulas de intangibilidad, por constituir prohibiciones que se disuelven o desaparecen con sí mismas. Cumplido el plazo, o solventadas las circunstancias en las que se impide la reforma, el límite deja de existir. (De Vega, 1985, Pág. 244)

Para otros tratadistas⁵⁶, el hecho que durante un periodo de tiempo una norma haga las veces de cláusula de intangibilidad y se comporte como tal, la hace una de estas cláusulas. El estatus y tratamiento jurídico, aunque sea temporal, es el mismo. La disputa doctrinal consiste en pensar que las cláusulas de intangibilidad tienen vocación de permanencia en el tiempo⁵⁷, lo cual, como se muestra en el caso de Estados Unidos no necesariamente es así. Por eso nuestra posición está con los que sí consideran estas cláusulas como de intangibilidad.

⁵⁵ El artículo 5to prohibía la modificación de determinadas cláusulas hasta el año 1808.

⁵⁶ Ramirez Cleves y Carbonell.

⁵⁷

Otros casos que muestran ejemplos de cláusulas temporales son el francés⁵⁸ en donde se prohibía la modificación constitucional hasta tanto que no pasaran dos legislaturas a partir de su aprobación, lo cual equivaldría a 4 años; el caso polaco consagró una prohibición por un lapso de 25 años; el caso de la Constitución española de Cádiz en 1812 se dejó un espacio de ocho años para cualquier tipo de alteración, adición, ni reforma de ninguno de los artículos.

Este tipo de cláusulas hoy han entrado en desuso y se han dejado para casos excepcionales como evitar una dictadura o golpe de Estado, es decir, para estabilizar el orden democrático.

Otro tipo de cláusulas son las circunstanciales:

- ii. Las cláusulas de intangibilidad circunstanciales son las que protegen la vigencia de la Constitución cuando situaciones determinadas se presentan en el Estado. Son los impedimentos de reforma de los textos constitucionales cuando se considera que la posibilidad de discusión democrática está en tela de juicio (Cajas Sarria, 2004, Pág. 21)

Aunque son cláusulas que podrían resultar muy útiles, porque circunstancias de guerra o conmoción, también son poco utilizadas en la actualidad.

La Constitución francesa de 1946, por el temor e inestabilidad luego de la segunda guerra mundial insertó una cláusula según la cual la Constitución no podía ser reformada en situaciones de ocupación extranjera del territorio francés.

En el mismo sentido la Constitución cubana del 2002 no permitió negociar acuerdos o modificaciones constitucionales cuando se presente coerción o amenaza de ella por parte de una “potencia extranjera”.

⁵⁸ Artículo 3, título VII.

Otra categoría es la de las cláusulas axiológicas o límites lógicos.

- iii. Aunque las cláusulas de intangibilidad no son vigentes en la Constitución Política Colombiana de 1991, este tipo de cláusulas que expondremos como tercer punto abastecen la teoría de límites materiales de la Constitución, los cuales sí existen. Estas cláusulas son las denominadas axiológicas o límites lógicos⁵⁹.

La idea de una Constitución se da por sus componentes más importantes. En la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, por ejemplo, se entendía que sin separación de poderes y sin derechos no se podía predicar la existencia de una Constitución. En este tipo de cláusulas de intangibilidad se tratan los fundamentos principialísticos que no pueden ser alterados porque, de hacerlo, desaparece la Constitución misma.

En este tipo de cláusulas incorporan prohibiciones como la de alterar la forma democrática de gobierno. Son una barrera que protege “la división efectiva de los poderes públicos, el principio representativo, la posibilidad de expresión política, la posibilidad de elegir y ser elegido, el pluralismo político y la prohibición de la reelección presidencial” (Ramírez Cleves, 2005, Pág. 348).

Entendemos entonces que existen límites formales y límites materiales. Como la teoría de la sustitución nace de adopción jurisprudencial de la teoría de límites materiales, miraremos las cláusulas de intangibilidad que son parte de los mismos. Valga aclarar que nuestra Constitución no cuenta con cláusulas de intangibilidad y posibilita un régimen abierto de modificación (Ramírez Cleves, 2005, Pág. 482)

⁵⁹ Expuestos por Alf Ross y Adolfo Merckl. Al respecto Ross propone la conocida paradoja que: se refiere a cómo la reforma de una Constitución significa seguir las reglas que ella misma fija para este procedimiento, lo cual incluso podría llevar a su autodestrucción. (Ross, 1997) citado por (Cajas Sarria, 2004, Pág. 21)

La sustitución constitucional a partir de la sentencia C-551 de 2003

Ahora aparece la sustitución. La doctrina ha determinado que “todos los preceptos constitucionales parecen susceptibles de reforma, pero si se reforman los principios esenciales de la Constitución no se trataría de una reforma sino de una sustitución de la Constitución por otra” (Conde, 1999, pag 185)

La sustitución, en cabeza de un órgano que no está autorizado, significa la ruptura de competencias y atribuciones otorgadas. No se puede concebir que las estructuras fundamentales del Estado se alteren sin que comparezca la autorización para ello. Hay límites intrínsecos⁶⁰ que son inherentes al modelo de Estado democrático de derecho que demarcan la posibilidad de reforma (De Vega, 1985, Pág. 241)

El mismo De Vega sostiene que

se trata de un conflicto entre legalidad y legitimidad, pues de un lado, la reforma se ampara en un sistema de legalidad que permite el procedimiento pero de otro se pueden transgredir valores y principios sobre los cuales se soporta el sistema de legitimidad (De Vega, 1985, Pág. 185)

La Corte Constitucional por primera vez habla de este tipo de fenómeno haciendo una interpretación no literal del artículo 241. Aunque ese artículo pareciera prohibir a la Corte el análisis de fondo de los actos legislativos, y así lo fue por los primeros 12 años de vigencia de la Constitución, la Corte trasciende en la interpretación.

⁶⁰ Enunciamos de una vez que los límites inalterables serían el principio democrático, soberanía popular y el poder constituyente del pueblo, el modelo de Estado y la organización territorial, el pluralismo, los derechos fundamentales y los Derechos Humanos.

El primer pronunciamiento al respecto es la sentencia C-551 de 2003⁶¹. La Corte propone utilizar un análisis sistemático de la Constitución para determinar su real competencia sobre actos reformativos de la Constitución. Para ello determina que la competencia para hacer cambios sustanciales en la Constitución es un tema de procedimiento: “la competencia es un presupuesto ineludible del procedimiento, a tal punto que el procedimiento está siempre viciado si el órgano que dicta un acto jurídico carece de competencia” (C – 551 de 2003, MP. Eduardo Montealegre Lynet, Fundamento 22)

Lo anterior sin perjuicio que el procedimiento formal se haya llevado a cabo de una manera impecable. Lo que no tendría sentido sería, so pretexto de cumplir a rajatabla el procedimiento, modificar sensiblemente la Constitución. Lo que sigue justificando la existencia de límites materiales.

En conclusión, la Corte determinó que: “la misma Constitución le confiere competencia para que examine si el Constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia” (Corte Constitucional, C-551 de 2003, Fundamento 23).

Teóricamente determinar el concepto de sustitución constitucional no es difícil tarea. Lo complejo es la aplicación del test que en siguientes pronunciamientos se desarrolló.

No obstante, la Corte es ambigua en el fallo mencionado. Sobre todo porque, a juicio de la doctrina especializada, no se compromete en fijar la doctrina de los límites materiales de manera expresa (Cajas Sarria, 2004. Pág. 29).

⁶¹ Se hace control previo y automático de la ley 796, misma que convocó a un referendo reformativo de la Constitución. En el mismo se proponían reformas al régimen electoral, incluyendo 19 preguntas que proponían si se aprobaba una reforma especial con cada una. La trascendencia del proceso y de las reformas que se proponían hubo 161 intervenciones ciudadanas. La gran parte de las propuestas de reforma fueron declaradas inexecutable.

Ese recato parece absurdo, puesto que un análisis somero de la propia jurisprudencia hace ver que, como se enunció, la sentencia c-551 de 2003 incorporó la teoría de la sustitución por alteración de los límites materiales de la Constitución.

En conclusión⁶² tenemos que, para saber si existió o no sustitución de la carta por una nueva, el juez Constitucional deberá: Hacer un análisis integral y sistemático: Esto implica que el juicio propuesto no es de cotejo norma con norma. Ello sería analizar el fondo del acto en entredicho, lo cual si está prohibido por la misma Constitución por ser un control material. El análisis debe ser más complejo que eso. El juez debe observar el sentido de la Constitución y determinar si es alterado por la nueva norma que pretende ser también constitucional. Para lo anterior “es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene” (Corte Constitucional, C- 551 de 2003. Fundamento 39).

Lo anterior acoge la tesis de Guastini, cuando propuso que ese tipo de límites se derivan de la estructura lógica del lenguaje constitucional o del concepto mismo de Constitución (Guastini, 2001. Pág 203)

⁶² Como se dijo, se sentarán las bases teóricas únicamente. El análisis de las subreglas de admisibilidad y cuestionamiento dentro del proceso que tiene la sentencia no serán evidenciadas en la monografía. Esto con fin de no desbordar la ejecución del objetivo específico.

Ahora, las siguientes sentencias que siguen desarrollando⁶³ la sustitución constitucional son la C-1200 de 2003⁶⁴, C-572⁶⁵, C-668⁶⁶, Y C-971⁶⁷ de 2004 y la C-242⁶⁸ de 2005. De los anteriores pronunciamientos extractaremos lo necesario para comprender cuál fue la consolidación del concepto⁶⁹.

i. Se reafirma el concepto básico, extractado de los doctrinantes enunciados en la primera parte.

El poder de reforma constitucional por el órgano constituido está limitado y el límite es la imposibilidad de sustituir la Constitución, mientras que lo permitido es su reforma.

ii. La tarea de proponer una sustitución y abrir el debate en sede judicial constitucional es del accionante. Sería inapropiado que un juez constitucional elaborara una teoría prejuiciosa al no estar propuesta por el ciudadano en ejercicio de la acción. Desbordaría el papel judicial y no existiría imparcialidad. Además el juez debe entender que no existe petrificación de la Constitución.

iii. Los cargos deben ser completos y suficientemente argumentados. La ineptitud demandatoria inhibe a la Corte de pronunciamiento de fondo, por las razones anteriormente expuestas. “El

⁶³ Es de anotar que, al igual que el Control de Convencionalidad, la teoría de la sustitución apareció para quedarse en la jurisprudencia. En adelante la Corte no retrotrae los alcances obtenidos, sino que los desarrolla.

⁶⁴ Demanda ciudadana mediante acción pública de inconstitucionalidad al artículo 4 del acto legislativo 03 de 2002. Ese acto reformativo de la Constitución creó una comisión especial para la confección de un nuevo sistema penal acusatorio. Además de otorgarle a esa comisión un plazo para tal cometido, ordenó que de no ser cumplido la competencia estaría en cabeza del Presidente de la República. La Corte se inhibió por ineptitud sustantiva del libelo demandatorio.

⁶⁵ Demanda contra todo el acto legislativo 01 de 2003. En él se creó el umbral, la cifra repartidora y otros conceptos respecto del régimen electoral y de participación ciudadana en las decisiones políticas y el derecho a elegir y ser elegido. La Corte vuelve a inhibirse por ineptitud de la demanda.

⁶⁶ Se demandó el acto legislativo 01 de 2003 en los apartados donde limitó el número de diputados de algunos departamentos a 7. Esto, según el demandante, por violar la igualdad, el preámbulo constitucional y la facultad del Congreso para hacer esa reforma. La sentencia declara inexecutable el artículo 16 de ese acto legislativo, tal como lo pretendió el demandante.

⁶⁷ Demanda contra el artículo 3 del acto legislativo 01 de 2003. En el cual se permitió al gobierno nacional expedir un decreto con fuerza de ley para regulación de materias propias de una ley estatutaria electoral.

⁶⁸ Demanda contra el mismo acto legislativo 01 de 2003 por considerar que los partidos políticos que no alcanzaran determinada cantidad de votos perderían su personería jurídica. El demandante (interesantemente) propuso que el Congreso abusaba del poder legislando en causa propia. La Corte, nuevamente, decidió inhibirse.

⁶⁹ Los profesores Cajas Sarria, Ramírez Cleves y Quinche han coincidido en que esos pronunciamientos hacen parte de la base del concepto.

accionante debe determinar las razones por las cuales se viola la Constitución y estas deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes” (Corte Constitucional, C- 1200 de 2003. Fundamento 4.1)

iv. Es indispensable saber cuál elemento definitorio de la Constitución está siendo alterado para abrir el debate de sustitución. Luego, se debe dejar claro por qué es fundamental e indispensable ese elemento dentro del andamiaje constitucional. El resultado de esas preguntas debe aclarar si el elemento es esencial para la idea de Constitución.

Por lo anterior, la jurisprudencia responde que se entiende que se ha producido una sustitución constitucional cuando

No es posible que se armonice la reforma constitucional con las demás normas que no fueron modificadas por ella y que reflejan aspectos claves de lo que no se puede sustituir, para lo cual se recurre, por ejemplo, al bloque de constitucionalidad. (Corte Constitucional, C- 816 de 2004, aclaración de voto Magistrado Humberto Sierra Porto⁷⁰)

Es decir, la Constitución misma resulta incompatible con la introducción de esa norma. De ello se desprende que no existe sustitución cuando, luego de un análisis completo y sistemático, se le encuentra sentido tanto a la idea de Constitución como a la norma, mirada independientemente.

Esta conclusión será trascendental para esta monografía.

Si una sentencia de la Corte IDH ordena una modificación constitucional, pero se le encuentra sentido a la Constitución luego de mirarse la modificación, responderíamos que no es posible entonces la sustitución constitucional por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH. Aunque adelante analizaremos presupuestos que resulten más problemáticos.

⁷⁰ Demanda contra el acto legislativo 02 de 2003. Se hicieron modificaciones constitucionales para “enfrentar el terrorismo”, que se consideraron por el demandante persecutorias de la ciudadanía. La Corte declaró inexecutable el acto legislativo en su integridad.

Nuestro propósito es analizar la posibilidad en el derecho colombiano. Pero válganos dejar esta reflexión en el derecho comparado: El caso de Barbados (Corte IDH, Boyce y otros vs. Barbados.2007) mencionado en el objetivo anterior demuestra esa conclusión.

Existe una antinomia constitucional, en la cual artículos parecieran contradecirse. Por un lado, la autorización de aplicar la pena de muerte a los condenados por determinados delitos. Por otro, el artículo que expresaba la prelación que le daría el derecho de ese país a las obligaciones internacionales suscritas. Los jueces encargados de resolver la antinomia se decidieron por darle vía libre a la pena de muerte, ignorando la otra norma contrapuesta y el bloque de constitucionalidad que ella implicaba.

En sede de Corte IDH se ordena eliminar la pena de muerte de manera definitiva. Una sentencia que implica una modificación constitucional. Pero cuando se mira la modificación y se armoniza con la idea de Constitución, nos encontramos que la modificación y la Constitución encuentran validez jurídica por sí mismas. Eso quiere decir que interpretativamente la modificación y la Constitución en sí misma, podían, armónicamente subsistir.

Es decir, aunque por supuesto una modificación constitucional no es digerible fácilmente, como se dijo, esa modificación armonizaba mejor toda la Constitución de Barbados. En algún sentido esa modificación “mejora” la Constitución y la situación de los Derechos Humanos. La modificación ordenada en el caso no era incompatible con la idea de Constitución de Barbados. Luego, en conjunto, también se comportan con la misma validez, por lo que una modificación ordenada por el tribunal internacional no sustituye en este caso que parece más pacífico una Constitución de un Estado miembro del sistema interamericano y, a lo sumo, abre un debate en torno a la legitimidad popular y soberanía y decisiones judiciales internacionales (Propuesta

también en *Gelman vs. Uruguay*). Lo cual, a su vez, formula una pregunta obligatoria ¿la Corte IDH tiene poder contramayoritario⁷¹? Será un tema que abre el análisis a futuro.

Por lo que la conclusión final será, la jurisprudencia de la Corte IDH puede contradecir normas elaboradas con legitimidad popular en el ejercicio de la soberanía de los Estados y en algunos casos específicos podría sustituir Constituciones. Presupuesto que sería inadmisibles habida cuenta que la norma jurídica que le da cabida a la jurisprudencia interamericana en el ordenamiento jurídico colombiano es la misma Constitución. Es el origen y es el límite. La idea misma de Constitución debe permanecer superior a todos los demás insumos jurídicos.

No obstante se muestran posiciones como las de Belaunde (2015) que sostiene que, encontrar una norma constitucional que se oponga al *corpus iuris* interamericano, es bastante complejo en la actualidad. Los procesos de trasplante normativo hechos a nuestros Estados es cada vez más usual. El sentido, al menos formal, que las Constituciones contemporáneas le han dado a los derechos es similar a la de los instrumentos internacionales. Además sostiene el autor que en caso de ser encontrada la diferencia entre norma constitucional y *corpus iuris* interamericano, basta con darle un sentido interpretativo a la norma que fuera inconvencional para darle efecto práctico y útil a ambos. La interpretación en bloque de las normas fundamentales (Constitución, Tratados internacionales, Sentencias de condena directa) propiciaría que se le saque el mayor provecho posible a los derechos, sin el efecto de sustituir la Constitución.

Hay algo que no podemos negar. Es que el autor al menos tiene razón en la identidad de normas jurídicas superiores con instrumentos internacionales. Por supuesto que es una identidad

⁷¹ Entendido como la potestad que tiene una autoridad para limitar la decisión de las mayorías, cuando esta va en menoscabo de los derechos de las minorías. Es la protección a grupos de la sociedad que no pertenecen a las mayorías y que, so pretexto de legitimidad democrática, son apartados del reconocimiento y disfrute de sus derechos. También implica ese argumento contramayoritario que los jueces tienen una carencia de legitimidad democrática en su nombramiento. Ello hace que sus decisiones sean criticadas en clave de legitimidad. Gargarella define ese poder como “una expresión adversa a la expresión y puesta y práctica de la voluntad mayoritaria, democráticamente expresadas” (Gargarella, 1995. Pág. 121)

solamente formal, pero existe. Ello implica que la discusión sobre la sustitución sea reducida a determinados casos hipotéticos. Respecto de normas de inferior categoría la polémica si es más abierta y variada.

También es cierto que, para que exista sustitución constitucional hace falta mucho más que una condena simple de de modificar una Constitución. Se dijo en la explicación del concepto de sustitución que esta debe girar respecto a un eje axiológico Constitucional. Por eso, la condena a hacer Control de Convencionalidad debe encasillarse dentro de la ruptura de uno de esos ejes fundamentales de la idea de Constitución.

Lo anterior porque, en gran variedad de casos, las condenas de la Corte IDH tienden a darle mayor relevancia a los derechos humanos y fundamentales, regímenes democráticos, derechos de las víctimas, lucha contra la impunidad, independencia judicial, entre otros tópicos que realzan la idea de Constitución contemporánea.

Todo lo anterior nos expande el entendimiento del papel de las instituciones del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos. Debemos otorgarles la razón a los defensores de la idea de un derecho común interamericano, que formalmente está aparejado en el caso de *corpus iuris interamericano vs. Constituciones*.

Casos que pueden resultar problemáticos y abrirían cabida a una sustitución Constitucional

Para comenzar la discusión debemos recoger información de toda la monografía, para determinar lo siguiente: i. La posibilidad de sustitución Constitucional por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH se presenta únicamente respecto de sentencias en contra del Estado colombiano en un proceso en el que haya sido parte. Dijimos que el Control de Convencionalidad estaba limitado

respecto de sentencias que no fueran producto de un proceso en el que el Estado colombiano haya sido parte.

ii. Como la jurisprudencia de la Corte IDH directamente en contra del Estado colombiano es tratada como norma de rango constitucional (Ver capítulo 1) la posibilidad de sustitución se daría por una contradicción de preceptos encontrados dentro de una misma categoría normativa. Por lo que nos encontraríamos en una contradicción de norma (la sentencia) contra conceptos más elaborados y complejos como principios y/o valores (los ejes axiológicos de la Constitución), que además son fundantes del Estado colombiano.

Al respecto Carbonell (1992, Pág 98) explica la diferencia entre cada uno de esos conceptos. Las reglas son disposiciones específicas en las cuales no hay un margen de interpretación amplio. Es decir, son mandatos que se aplican o no se hacen, dependiendo el caso. Los principios son criterios abstractos que se extraen de las normas y que tienen a tener valor normativo. Mientras que los valores enumeran cláusulas generales y finalidades del Estado.

En todos estos supuestos, los valores y los principios desempeñan una función esencial como criterios orientadores de la decisión del intérprete. Dirigen esa decisión cuando, en un caso difícil, una regla se coteja con un valor mediante el direccionamiento de un principio. Es decir, una norma contraviene lo que un valor dispone y para definir la controversia se acuden a valores fundamentales con la guía además de los principios.

Ello quiere decir los principios y valores deben imponerle como límite a la actuación que todas las leyes y los reglamentos deben respetar. Ahora, respecto de controversias en la misma categoría normativa (la Constitución), la disparidad se resuelve teniendo en cuenta que los

valores superiores (ejes axiológicos o fundantes) son el fundamento de todas las demás normas que se presenten.

iii. Los considerados ejes axiológicos inalterables de la Constitución, cuyo desconocimiento causaría sustitución, son, en criterio de la doctrina: el principio democrático, soberanía popular y el poder constituyente del pueblo, el modelo de Estado y la organización territorial, el pluralismo, los derechos fundamentales y los Derechos Humanos⁷².

La respuesta a los casos problemáticos seguramente se encuentre en la pervivencia de la idea de Constitución. Los límites materiales inalterables existentes en el ordenamiento jurídico colombiano son predicables sobre todo acto reformativo de la Constitución. Aunque es cierto también que los actos reformativos ordenados por la Corte IDH son sui generis y no advertidos comúnmente. No obstante, nuestra posición es la de aplicar esos límites materiales a esa jurisprudencia de la misma manera que al Congreso de la República.

Todo porque la protección de esos límites es la misma. La idea de Constitución construida por el pueblo y la competencia para decidir cambiar de Constitución es exclusivamente popular. Al igual que la posibilidad del Congreso de expedir actos legislativos es de origen constitucional y eso no fue pretexto para que la Corte le pusiera límites tampoco respecto de sentencias interamericanas ello debiera ocurrir. No obstante, es una posibilidad inobservada aún por el Derecho colombiano.

- ¿Qué pasa cuando la jurisprudencia de la Corte IDH ingresa al bloque de constitucionalidad y esa jurisprudencia es incompatible con un eje axiológico de la Constitución?: Hay que advertir como primera medida que la jurisprudencia nacional no

⁷² Aunque se puedan sumar algunos más (Constitución ambiental, por ejemplo), coincidimos en que son la base de los ejes axiológicos.

ha advertido esa situación. Cuando en el segundo capítulo de esa monografía hemos recogido la recepción de jurisprudencia interamericana por la Corte Constitucional nada se halló al respecto.

¿Existe la posibilidad? En nuestro criterio es perfectamente viable que se pueda presentar la posibilidad que el cumplimiento de una sentencia de Corte IDH implique una sustitución constitucional. Como ya se vio, la Corte IDH se ha abrogado la potestad de ordenar hasta reformas constitucionales de los Estados parte.

Luego, una de las características de las sustituciones constitucionales es que nunca se titulan de esa manera. Siempre van envueltas en reformas constituciones que propasan los límites permitidos. Por eso una sentencia que ordene al Estado colombiano modificar la Constitución podría tener efectos sustitutivos.

¿Qué tratamiento debiera dársele a esa sentencia? Resultaría ilógico que un insumo jurídico que tenga carácter constitucional acabe con la idea de Constitución que le da vigencia. Si una sentencia de la Corte IDH implica que la Constitución colombiana deba cambiarse por otra, esa sentencia, en nuestro criterio, no debiera ser observada. Un mero ejercicio hermenéutico dictaría que los valores y principios no deben ceder ante normas constitucionales. Porque la Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados (Corte Constitucional, C- 415 de 2012⁷³. Fundamento 3.1.2)

⁷³ Demanda a la ley 1437, Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo. En específico el medio de control nulidad por inconstitucionalidad de los actos administrativos. La corte declaró exequible la norma.

No es correcto que la Constitución le dé cabida a una serie de obligaciones internacionales y luego ellas destruyan la misma Constitución. Por eso la sustitución en los términos propuestos, aunque podría llegar a ser posible, es inaceptable. Si desaparece la idea de Constitución como hoy es concebida en el Estado colombiano los fundamentos estatales se desvanecerían. Los pilares que sostienen un andamiaje se irían al suelo. Luego todo lo demás que se haga en adelante no tendría forma.

Por eso nuestra posición es que la Corte IDH no tiene potestad de sustituir constituciones de los Estados parte del Sistema Interamericano de protección a los DD.HH. Si hay un fallo en ese sentido debe ser inobservado, inaplicado, incumplido etc. Todo eso por darle vigencia a la idea superior del ordenamiento jurídico, la misma Constitución. A la Corte IDH no se le ha transferido potestad para subrogar al pueblo para crear una Constitución.

Como bien mencionó la sentencia c-551 de 2003, el poder primario o constituyente no soporta límites jurídicos y comporta un ejercicio pleno del poder político (Corte Constitucional, C551 de 2003, Fundamento 29). El poder constituyente es fundacional y él mismo establece el orden jurídico. Luego todos los poderes que se otorguen en el Estado son limitados y no pueden estar por sobre el pueblo. La Corte IDH no ha sido potestada para cambiar una Constitución por otra y aunque puede ordenar una reforma constitucional esta debe estar limitada a las “reformas permitidas”

La Corte Constitucional respecto de la supremacía constitucional sobre todo el ordenamiento jurídico declaró: el orden jurídico de la sociedad política se estructura a partir de la Carta Fundamental (Corte Constitucional, C-415 de 2012, Fundamento 3.1)

- Otro caso problemático es la idea según la cual, el solo hecho que la jurisprudencia de la Corte IDH ingrese al ordenamiento jurídico colombiano y pueda ordenar reformar la Constitución es sustitutivo. Nosotros no adherimos a esa posición por ser demasiado radical.

Como mencionamos, la reforma de la Constitución no es per se prohibida ni dañina para el ordenamiento jurídico. La razón para que se permita la reforma es para que el derecho sea dinamizado y no se petrifiquen los efectos de las normas constitucionales. Una reforma puede enriquecer los efectos jurídicos de la misma Constitución. El sistema constitucional colombiano no es cerrado a la idea de la reforma.

Si la Corte IDH ordena una reforma y ella, como en el caso de Barbados, realza el valor de los derechos humanos y fundamentales solo eliminando una norma constitucional, esa reforma está justificada. Eliminar un artículo constitucional que permite la aplicación de la pena de muerte, en una Constitución que ordena acatar normas internacionales y respetar derechos fundamentales, es un ejercicio correcto.

Sobre todo porque una condena a reformar la Constitución no es la reforma en sí misma. Quiere decir ello que, de todas formas, el Estado con sus procedimientos y formas especiales es el que da a luz la reforma. Es decir, aunque la reforma es una obligación que nace de un organismo internacional, el Estado la elabora. La Corte IDH en ese sentido no ha sido invasiva en la construcción del Control de Convencionalidad.

Si en sede de Control de Constitucionalidad concreto hecho por la Corte IDH se condena a un Estado a reformar su Constitución, esa obligación se cumple internamente. Si ello sucediera en el

caso colombiano, implicaría que el Congreso deba expedir un acto legislativo con el cumplimiento de todos los requisitos procedimentales que se deban.

- Esto nos abre el debate a una última cuestión problemática: Supóngase que, en la misma línea anterior, la Corte IDH ordena al Estado colombiano una reforma constitucional, que resulte sustitutiva de la Constitución. En ese caso el Congreso de la República esta ante dos posibilidades: i. No acatar la sentencia por anticiparse a los efectos sustitutivos que su cumplimiento acarrearían. ii. Proferir el acto legislativo sustitutivo de la Constitución.

En el primer supuesto, seguramente la Corte IDH vaya a exigir su cumplimiento, basándose en el carácter definitivo e inapelable de su jurisprudencia⁷⁴. A ese respecto debe decirse que esas sentencias, en efecto, tienen ese valor definitivo e inapelable pero solo en el marco de las competencias de la Corte IDH. Una sustitución constitucional desbordaría las competencias de ese organismo jurisdiccional y las sentencias proferidas sin competencia no tienen valor jurídico.

La competencia contenciosa de la Corte IDH no es la de sustituir constituciones y los Estados debieran oponerse a esa idea. El derecho internacional y sus presupuestos que deben ser acatados en ordenamientos jurídicos internos no son absolutos.

Por lo que, ninguna autoridad pública debiera ejercer el Control de Convencionalidad.

Nuevamente, una norma constitucional no puede oponerse a los valores fundamentales del Estado. Sería una implosión constitucional y desaparecería la idea completa de Constitución.

En el segundo supuesto, se abren otras dos posibilidades y una de ellas es sumamente peligrosa.

La primera posibilidad es que se demande el acto legislativo sustitutivo ante la Corte

⁷⁴ Artículo 67 de la Convención Americana de DD.HH.: El fallo de la Corte será definitivo e inapelable.

Constitucional. En ese caso se debe hacer una correcta petición y fundamentación de la sustitución Constitucional, para que se le aplique el test de sustitución a ese acto legislativo.

Vimos que la Corte Constitucional es restrictiva con la demanda, por lo que la gran mayoría de demandas que acusan un acto legislativo de sustituir, son falladas con inhibición. Esto porque la Corte limitó el activismo judicial en los casos de actos legislativos.

Si se presenta una correcta y apta demanda, seguramente será retirado del ordenamiento jurídico colombiano y volveríamos al desacatamiento justificado de la jurisprudencia de la Corte IDH. Esta resultaría en una hipótesis nuevamente poco problemática.

La posibilidad peligrosa es que el Congreso expida el acto legislativo sustitutivo ejecutando el Control de Convencionalidad. Si este acto legislativo no es demandado⁷⁵ en el tiempo que la Constitución determina en el numeral 3° del artículo 242 de la Constitución Política que dispone: las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto. (Constitución. 1991. Art. 242), el acto sustitutivo tendrá plena vigencia jurídica. Es decir, una sentencia interamericana dio origen a una sustitución constitucional de un Estado parte.

En ese caso único, especial y exclusivo, una jurisprudencia de la Corte IDH puede tener efectos sustitutivos de la Constitución Política colombiana. Además, queda claro que aunque la sustitución tiene origen en una obligación internacional, la cuestión es de derecho interno porque el procedimiento interno (acto legislativo) es el que materializa la sustitución.

Lo anterior evidencia que la posibilidad de sustitución por parte de la jurisprudencia interamericana está vigente. Este caso aunque exclusivo es un gran vacío y tiene contenido

⁷⁵ O hay inepta demanda y la Corte se declara inhibida.

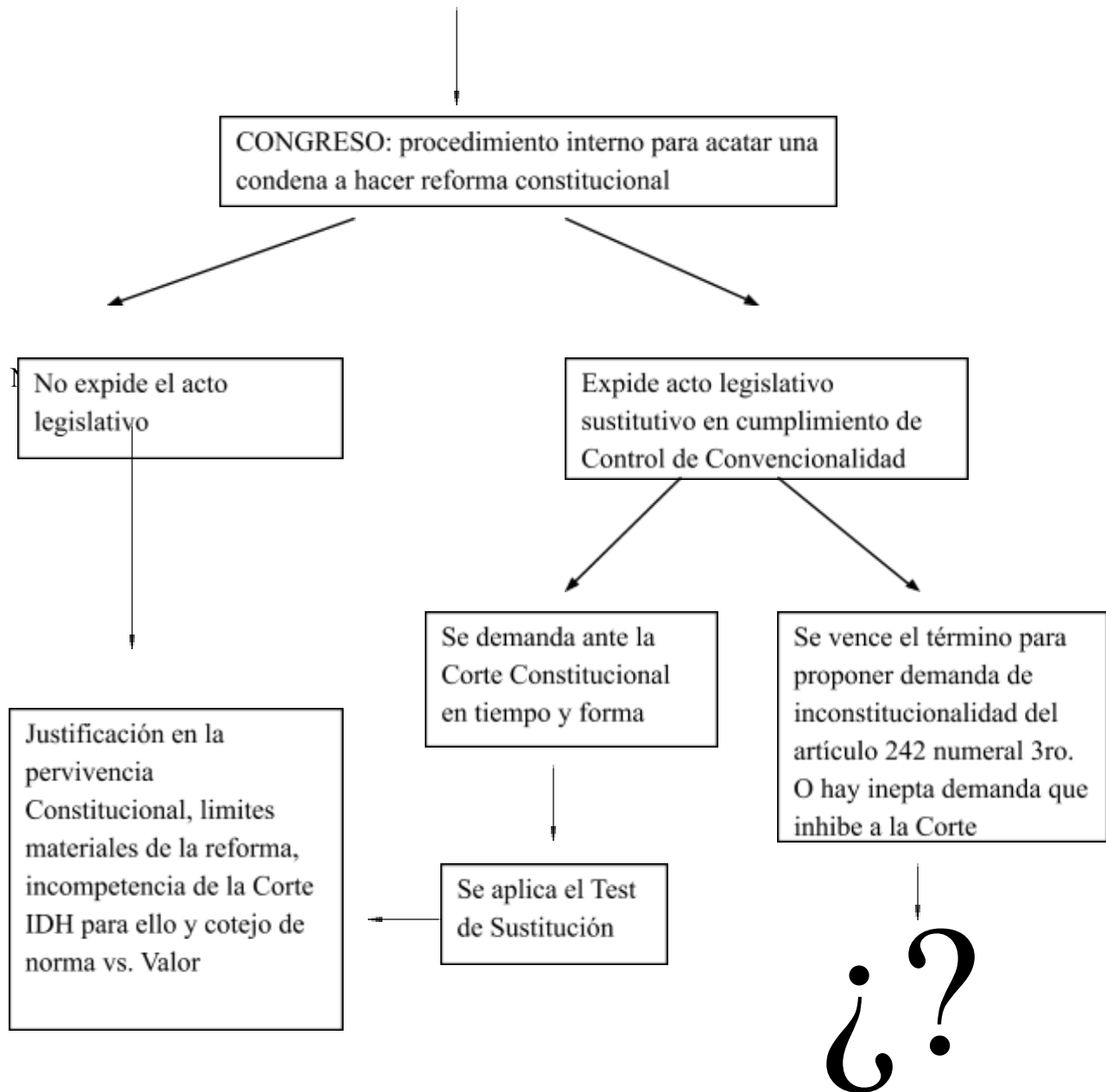
peligroso para el ordenamiento jurídico colombiano. No existe previsión al respecto.

Formalmente no habría posibilidad alguna de revertir esos efectos. Lo cual abre otro frente de discusión futura: Respecto de actos sustitutivos de la Constitución ¿debiera tenerse un término indeterminado para demandar su inconstitucionalidad?

Es claro que por la existencia de límites materiales que protegen la Constitución de ser sustituida ilegítimamente, una sentencia de la Corte IDH que implique una sustitución no debiera tener efectos jurídicos. Ello se explicó con base en la primacía de valores sobre reglas constitucionales. No obstante el vacío propuesto muestra, aunque hipotéticamente, una posibilidad al menos en la cual un fallo de la Corte IDH sea el germen de una sustitución Constitucional.

El siguiente gráfico muestra la serie de posibilidades:

Jurisprudencia de la Corte IDH ordenando posible sustitución



Poder contramayoritario de la corte interamericana de derechos humanos

“Ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad, o no decidir la satisfacción de un derecho social” Ferrajolli, 2006.

Los efectos del control de convencionalidad pueden resultar contramayoritarios y excepcionalmente sustitutivos de la Constitución. Por eso, iremos más allá y expondremos algunas ideas sobre el poder contramayoritario de la Corte IDH. Además de interesante, amplía el concepto del poder judicial en contra de las mayorías y en defensa de los derechos:

Los derechos son limitaciones al poder. Son banderas de libertad humana frente a los gobiernos, instituciones y las mismas normas. Hoy es imposible entender que una mayoría determine violar derechos con pretexto de poder democrático. La democracia no puede ser excusa para desconocer derechos y así parece entenderlo la doctrina. (Bernal Pulido, 2005) (Gargarella, 1996).

El derecho internacional de los derechos humanos existe para que los Estados no decidan cuales derechos respetar y cuáles no. Por eso no es necesaria una norma interna que regule los derechos humanos, porque son universales.

Lo que resulta normal es que un tribunal encargado de defender derechos humanos, pueda anteponer esos mismos derechos sobre las mayorías, cuando los casos lo ameritan. Tal es el caso de la Corte IDH. Es más, el mismo origen del control de convencionalidad fue contramayoritario. (Corte IDH, Almonacid Arellano vs Chile.2006).

Gargarella, por ejemplo, (Gargarella, 1995. Págs 90 -108) sostiene que el poder contramayoritario ha sido expresado en las instituciones políticas y jurídicas⁷⁶ aislando al

⁷⁶ Por ejemplo, en el poder judicial limitar el número de jueces en altas cortes o tribunales de cierre (Como Tribunales Constitucionales) y ampliar el periodo de esos operadores judiciales encarna una manifestación contramayoritaria, para Gargarella. Esto porque pone límite a la permeabilidad que puedan tener y las

“demos” de participación e interés político. Esto se debió hacer porque la democracia en sí misma puede recoger pasiones en menoscabo de los derechos.

La Corte IDH ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto. Uno de los casos más relevantes es el de Gelman vs Uruguay. Una decisión popular de iniciativa popular hacía renunciar al Estado uruguayo de la persecución penal de criminales de lesa humanidad. Más allá de algunos reclamos de minorías que fueron víctimas, se apeló a la legitimidad popular de esa decisión para cerrar procesos penales.

Fue la primera sentencia internacional en contra de Uruguay por los crímenes cometidos durante la dictadura cívico – militar, resultado del Golpe de Estado del 27 de junio de 1973, la cual rigió hasta el año 1985. Periodo caracterizado por violación y limitación a derechos políticos y de asociación, además de persecución y violación de las garantías fundamentales de los contradictores del régimen denominado Plan Cóndor.

En detalle, el Plan Cóndor fue un plan de inteligencia auspiciado por el gobierno de Estados Unidos con el fin aniquilar los gobiernos y corrientes políticas de izquierda en América del Sur. Mediante secuestros, torturas y asesinatos de guerrilleros o sospechosos de serlo.

Específicamente, se condenó la privación ilegal de la libertad de María Claudia García Iruretagoyena Casinelli y su esposo, Marcelo Ariel Gelman Schubaroff el cual finalmente fue ejecutado en 1976, mientras que su esposa fue trasladada a Montevideo estando en estado de gravidez. Dando a luz a María Macarena la cual fue sustraída y abandonada en la casa de un policía uruguayo que la registro como hija.

características de los aspirantes a esos cargos. El autor menciona que ese tipo de estabilidad provoca en la “clase alta” de la sociedad el deseo de participar de esas instituciones.(Pág 103)

De otro lado el parlamento uruguayo en 1986 aprobó la Ley de Caducidad la cual amnistiaba los delitos cometidos por las fuerzas de seguridad durante la dictadura. En 1988 la Suprema Corte de ese país la declaró constitucional. Tal amnistía se intentó declarar nula mediante referéndum y reforma constitucional los cuales no prosperaron.

En función de lo anterior, se deja en evidencia que el Caso Gelman v Uruguay crea una tensión entre Derecho Internacional de Derechos Humanos y el derecho interno de un Estado, en específico de Uruguay. Tal dicotomía entre derecho interno y externo es resuelta por la totalidad de los tribunales internacionales los cuales defienden la preeminencia del orden internacional sobre la normatividad interna. En consonancia de ello la Comisión de Derecho Internacional⁷⁷ ha sostenido que:

El hecho de un Estado debe calificarse de internacionalmente ilícito si constituye una violación de una obligación internacional, aunque ese hecho no contravenga el derecho interno del Estado, ni siquiera en el caso en que, con arreglo a tal derecho, el Estado esté en realidad obligado a ese comportamiento. (Comisión de Derecho Internacional, 1983, Página. 57)

Para las organizaciones internacionales creadas a partir de tratados de derecho internacional, y en específico para la Corte IDH, no hay legitimación para no acatar los mandatos de su jurisprudencia, incluso la misma Constitución. Es decir, no debiera haber oposición de normas internas a que las responsabilidades internacionales se cumplan en debida forma.

Cuando el caso llega a un proceso contencioso internacional, La Corte IDH tuvo que ser tajante y restrictiva de la voluntad popular en ese caso. Es más, en la sentencia de fondo se menciona que

⁷⁷ Organismo internacional creado por la ONU para incentivar la codificación del Derecho Internacional y su desarrollo progresivo.

todos los miembros del Estado (y no solo el gobierno o el legislador) eran responsables de la vulneración a los derechos de las víctimas.

Hay quienes proponen que ese fallo marco una nueva concepción de legitimidad democrática para la Corte IDH (Rincón Covelli, 2012). No se pudo aceptar que una decisión de las mayorías cegara al Estado uruguayo y lo hiciera incumplir con sus obligaciones internacionales. En ese caso específico eran obligaciones de orden público internacional.

La Corte declaró

El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aun ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el derecho internacional (Corte IDH, Gelman vs Uruguay, 2010, Párrafo 238)

Según la Corte, el problema de las mayorías en contra de las minorías no es de validez. Una norma que cumpla los procesos normales es perfectamente válida. La discusión que se propone es de legitimidad y de validez jurídica por cuanto las mayorías no pueden contrariar el corpus iuris interamericano y su componente de ius cogens.

La participación ciudadana no es suficiente para avalar normas contrarias al ordenamiento normativo superior, el del derecho internacional. La legitimidad no es otorgada en base al respeto por la participación masiva de ciudadanos sino en función del respeto a normas y derechos superiores (Rincón Covelli, 2014. Pág. 91).

Como la sola existencia de un régimen democrático no garantiza el respeto por los derechos humanos, tampoco una norma expedida con consentimiento de la mayoría se debe entender

legítima *per se*. Toda norma, aunque sea válida por ser expresión soberana y democrática, soporta un análisis de convencionalidad.

La voluntad mayoritaria en el caso concreto contraria los derechos humanos y los tratados que los protegen. Al respecto la Corte IDH concluye:

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...) la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías. (Corte IDH, Caso Gelman Vs. Uruguay, 2010. párr. 239.)

En Estados democráticos de derechos, comprometidos con el derecho internacional de los derechos humanos, esa responsabilidad tiene como norma evaluadora, según la Corte, el respeto y la garantía de los derechos humanos reconocidos por el ordenamiento internacional.

Ello significa que en una democracia la voluntad de la mayoría o del consenso de los ciudadanos *no debe* privar de derechos fundamentales a los ciudadanos “la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías” (Corte IDH, Gelman vs Uruguay, 2012. Párr. 239).

En nuestro concepto es apropiada la potestad contra mayoritaria que se abroga la Corte IDH. Mucho más, los jueces nacionales también ostentan esa posibilidad contramayoritaria por la vía del control de convencionalidad.

El límite a las mayorías es sistema de normas jurídicas (el ordenamiento jurídico internacional), cuya interpretación autorizada radica en una instancia judicial de protección de derechos independiente. La expresión democrática también debe ser analizada porque no puede desbordar límites que normas de valía importante le anteponen. El poder contramayoritario es inherente a sus funciones y totalmente necesario.

El papel entonces de la Corte IDH es asegurarse que, entre otras cosas, las democracias funcionen adecuadamente. Que los Estados respeten los regímenes democráticos y participativos. Pero cuando el pueblo ejerce su facultad democrática también debe revisar que la misma no tenga vicios. Es decir, la democracia, como potestad desmedida de las mayorías, no es absoluta. La democracia, con un derecho internacionalizado y con obligaciones como el control de convencionalidad es distinta. No es el todo por el poder popular. Esas expresiones nacionalistas y a veces viscerales, pueden ser utilizadas en desmedro de los derechos. Se restringe la democracia en pro de los derechos porque sin ellos no existe ejercicio legítimo de democracia. De acuerdo a lo anterior, las manifestaciones democráticas (como un referéndum, plebiscito, consultas populares etc.) no pueden obviar las obligaciones internacionales que el Estado ha asumido en razón de los derechos humanos. Toda expresión con vocación legislativa, sin excepción, tiene que respetar las garantías mínimas y básicas del ser humano consagradas en los tratados y la jurisprudencia, sea de origen parlamentario o no⁷⁸ (Rey, 2011)

Cuando normalmente se habla de democracia se entiende como una potestad intocable. Hoy ello no es posible, la democracia también debe ser analizada. Es obligación adecuar el derecho interno al corpus iuris interamericano, eso está claro. Además es imperativo obedecer dichos

⁷⁸ La Corte Suprema de Justicia uruguaya ya se había aproximado a ese concepto. En el caso “Sabalsagaray Curutchet” había declarado que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales y la sujeción de los poderes públicos a la ley” (Corte de Justicia uruguaya citado por (Rey, 2011. Pág. 82)

parámetros en todas las actuaciones judiciales, administrativas, e incluso político – sociales, ya que la competencia reconocida a la Corte IDH deriva en eventuales condenas a los ciudadanos en cabeza de sus gobernantes.

¿Qué quiere decir lo anterior? Que el pueblo, titular del poder soberano en un Estado, también debe adecuarse al cumplimiento de los derechos. No porque una norma sea soberana necesariamente es legítima. Y mucho más, el Control de Convencionalidad tiene potestad contramayoritaria. Se debe convertir en salvaguarda de minorías (políticas, sociales, religiosas etc.) Procurando la protección de sus derechos humanos. Ante el súper musculo democrático, la jurisprudencia de la Corte IDH y el cumplimiento del control convencionalidad por parte de los Estados son paladines de los derechos.

Ahora, Con referencia a lo anterior es oportuno mencionar que es una posición altamente criticada. La preponderancia de la cual está investida la normativa internacional y en consecuencia la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, para muchos no es legítima. Doctrinas críticas del activismo judicial encabezan esa corriente.

Por ejemplo, una de las críticas que ha recibido la Corte IDH es cuando considera que debe haber una modificación constitucional (Rey, 2011.Pág. 79). Eso es considerado para algunos como asuntos de exclusiva competencia estatal (Malarino, 2009. Pág.50).

En el mismo sentido se ha llegado a proponer en el caso Gelman que

La ley nunca puede aceptar la jurisdicción de un organismo que puede, eventualmente, dictar fallos contrarios a las normas de la Constitución (...)
Uruguay —como los otros Estados— no estaría obligado a cumplir con fallos que nos condenen a violar la Constitución (Pastori, 2011.Pág 190)

Nosotros no fungimos como defensores a ultranza de la Corte IDH, pero no podemos coincidir con las tesis propuestas anteriormente.

Hemos mencionado que una norma de derecho interno no puede justificar el incumplimiento de un tratado. No obstante, en caso que se quiera hacer se debe constatar que la obligación internacional contraría de manera manifiesta o evidente una norma de carácter interno. Esto al momento de prestar el consentimiento para celebrar el tratado. Lo cual generaría una nulidad competencial para celebrar el tratado, como si fuese un vicio de consentimiento (Convención de Viena, 1969)

Para Sebastián Rey (Rey, 2011) de esta manera, no es infranqueable la supremacía de los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH. El ordenamiento internacional admite excepciones en los casos en los que hay una contradicción incuestionable a alguna norma esencial de derecho interno. Si un Estado desobedece una norma de *ius cogens* sustentándose en el derecho interno, es su obligación demostrar la contradicción entre el ordenamiento internacional y la norma de carácter interno, la cual, debe ser esencial en el ordenamiento.

Pero el mero hecho de que la Constitución contradiga un tratado de derechos humanos no basta para hacer prevalecer a la primera (Rey, 2011. Pág. 80). Las razones no deben ser meras reacciones políticas a una consecuencia jurídica de esa envergadura. Amenazar con desconocer jurisdicción a un organismo internacional sigue siendo apelar al populismo.

Además porque: “cualquier norma de derecho interno, independientemente de su rango —constitucional o infra-constitucional—, puede, por su propia existencia y aplicabilidad, per se comprometer la responsabilidad de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos” (Corte

IDH, La última tentación de cristo vs Chile, 2001. Voto concurrente del juez Cancado Trindade, Párrafo 40). Demandar un tratado no garantiza eximirse de responsabilidad internacional.

Y por último en esta apelación de argumentos, tal como lo dijo la Corte IDH: “Uruguay hace parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos por decisión soberana (Corte IDH, 2011. Párrafo 197).

Existen críticas a esa posición más formadas argumentativamente. Por ejemplo Gargarella (Gargarella, 2011) cree que el derecho internacional pone en peligro a la democracia. Su posición es que una norma democráticamente construida no es el texto en sí sino el proceso de deliberación para lograrla.

Nosotros tampoco coincidimos con esa posición porque, aunque suene “adecuado”, un proceso de deliberación para restringir derechos de otros (V.gr. de las víctimas) está viciado desde su inicio. Además el texto es el que produce efectos jurídicos nocivos, no la congregación popular que es un concepto teórico, gaseoso, intangible. Si somos prácticos debemos aceptar que hay normas que, aunque válidas en términos de democracia, son ilegítimas por afectar minorías.

Aunque no con las mismas palabras, el ya citado autor Alejandro Rey parece coincidir con la idea

Las sentencias no son tratados o manuales de derecho internacional. Los jueces tampoco deben explicitar las distintas teorías sobre la democracia que existen y demostrar por qué eligen unas y no las otras. Con esto quiero decir que cuando una cuestión ya ha sido resuelta en numerosas oportunidades de la misma manera y los Estados continúan incumpliendo sus obligaciones, un par de párrafos son más que suficientes (Rey, 2011. Pág.83)

Esto lo dice respecto del dialogo e interacción de tribunales nacionales e internacionales. Para los que proponen estas ideas (Von Bogdandy, 2015) lo importante de una sentencia es su motivación. Rey propone que hay casos, como los plurimencionados en el sistema interamericano, en los cuales es evidente la vulneración a los derechos humanos.

Y además de evidente es repetitiva, luego, un contenido teórico y motivacional respecto del caso no es tan importante para las víctimas como que se las reconozca como tal. La obligación de castigar las graves violaciones a los derechos humanos, por ejemplo, ya no le debería generar dudas a nadie, por lo menos, en lo que hace a su consagración convencional.

Autores como Gargarella y Maralino han propuesto que el derecho internacional pone en peligro los procesos democráticos. Maralino ha sostenido que la Corte IDH “subestima el valor que representa el principio democrático para una sociedad cuando ordena a un Estado” (Maralino, 2010, Pág. 48).

Gargarella propone que la Corte IDH tiene “déficit de legitimidad que suelen afectar a todas las autoridades invocadas como fuente en el derecho internacional” (Gargarella, 2015, Pág 12). Este autor va hasta el punto de desconocer la legitimidad de la Corte IDH por no haber elección popular de los jueces de esa corporación⁷⁹.

Nosotros dejamos claro nuestro desacuerdo, porque los procesos democráticos en ocasiones tienden a poner en peligro los derechos. Lo popular no siempre es legítimo o no resulta serlo per se, y la Corte IDH y la obligación de efectuar control de convencionalidad de los Estados deben ser defensores también de las minorías.

⁷⁹ El artículo 7 del Estatuto de la Corte IDH deja claro que los representantes de los Estados partes del Sistema Interamericano eligen a esos jueces.

Encontramos coherencia en la posición de Rey, quien redarguye los argumentos anteriores comenzando desde la base. Para que la Corte IDH tenga que utilizar el poder contramayoritario ha tenido que pasar el caso por todas las instancias internas sin solución favorable. En virtud del principio de subsidiariedad y complementariedad. Eso quiere decir que al Estado se le otorga la posibilidad de remediar sus propios daños antes de ser condenado.

Si se le resta legitimidad popular a tratados de derecho internacional y su interpretación por tribunales internacionales se desconoce el proceso de ratificación de un tratado. Las 3 ramas del poder público participan y aprueban o imprueban el mismo. Luego el argumento de falta de legitimidad es desfasado. Imposible exigir voto para reconocer jurisprudencia a la Corte IDH.

Gargarella mismo menciona un inconveniente respecto de proponer ilegitimidad de instituciones judiciales por no ostentar legitimidad democrática. Expone que grupos políticos de influencia, en ocasiones no se interesan en conseguir aprobación democrática de una norma, sino que se empeñan en atacar el poder judicial por ir en contra de las mayorías. (Gargarella, 1995. Pág. 107)

En conclusión, el poder popular debe entenderse con respeto a los derechos humanos. Eso implica una democracia en sentido formal y en sentido sustantivo. Es la única manera que se puede restringir que un número de personas, pertenecientes a la mayoría, elimine directamente los derechos de otros. Así como sucedió en la Alemania nazi, la Sudáfrica del apartheid y la Uruguay de la amnistía a criminales de lesa humanidad.

Conclusiones

Nuestra hipótesis inicial era la posibilidad latente de la sustitución constitucional por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH. Ello por vía de la obligación del Control de Convencionalidad.

En este punto, luego de analizada la información que se ha expuesto podemos decir que la tesis de sustitución, aunque circunscrita a un caso especial, es posible.

Encontramos en este acápite que las constituciones modernas son expresión de la soberanía popular. Luego de las revoluciones liberales de los siglos XVIII y XIX la idea del pueblo como constituyente originario se asentó en el derecho y la política.

La soberanía otrora en cabeza de determinadas castas, familias y personas, empezó a tener una nueva titularidad, el pueblo. Este se da sus propias normas y sus instituciones.

No obstante lo anterior, los procesos de constitucionalización del derecho se dieron a partir de la finalización de la segunda guerra mundial. En adelante la Constitución se entiende como la norma jurídica superior de los ordenamientos jurídicos.

Sobre eso podemos decir que en Colombia la reforma de la Constitución no está prohibida y es una de las funciones del legislador expedir actos legislativos. Hay un régimen de modificación abierto, siempre y cuando se cumplan determinados estándares procedimentales.

Aunque la Constitución sólo tiene unos límites formales, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado una serie de limitaciones a la reforma. Todas las diferenciaciones de restricciones a la reforma fueron propuestas, pero es de especial interés los límites materiales.

Propuestos por Ross, De Vega, Guastini, Ramírez Cleves, estos límites son los que proponen la existencia de estructuras básicas del Estado inalterables. Su desequilibrio cambiaría la idea misma de Constitución y crearía otra. A ello se le entiende como sustitución constitucional.

La Corte Constitucional colombiana acogió esa teoría de límites materiales a partir de la sentencia C-551 de 2003. Desde ese pronunciamiento se puede entender qué es sustitución en el derecho colombiano y cuándo se entiende producida.

Uno de los hallazgos más trascendentales para esta investigación fue que no necesariamente un cambio en un artículo constitucional sustituye. Es necesario comparar la modificación por aparte y las estructuras básicas por otra. Si la idea de Constitución no cambia con la modificación es una reforma permitida. Sobre todo si haciendo un análisis sistemático de la Constitución se soporta la modificación con el resto de cuerpo constitucional. Con una interpretación que le dé efecto útil a ambos es suficiente.

De ahí concluimos que es remota posibilidad de sustitución por parte de la jurisprudencia internacional. El mismo papel de la Corte IDH y la paridad entre el corpus iuris interamericano y la Constitución colombiana sustentan ese resultado.

Es más, las decisiones de adecuar el derecho colombiano al corpus iuris interamericano le dan más preponderancia a los derechos humanos y fundamentales. Son restricciones frente a una posible violación a los mismos, aún por encima de normas que revistan validez por ser proferidas en expresión de democracia.

No obstante, hemos visto alejada la posibilidad de sustitución, es necesario dejar claro en caso de que haya una jurisprudencia interamericana que pueda sustituir la Constitución esta debe incumplirse. Ello porque la teoría de los límites materiales a la reforma constitucional es aplicable en todo el ordenamiento jurídico colombiano. Además porque el valor de esa jurisprudencia de norma de rango constitucional, lo que hace que deba ceder ante valores y principios que tiene más relevancia en el ordenamiento jurídico.

Existe un supuesto hallado en el cual pueda haber sustitución constitucional. Es el supuesto en el cual, la Corte IDH ordene al Estado colombiano una modificación constitucional que tenga efectos sustitutivos. Como esa obligación debiera cumplirse con procedimientos internos, el procedimiento idóneo es la expedición de un acto legislativo. En caso que se profiera ese acto legislativo sustitutivo, existe un término de un año para ser demandado. Si ello no ocurriera quedará en firme la sustitución constitucional.

Esa sola posibilidad muestra un vacío en el entendimiento de la jurisprudencia interamericana en el Derecho colombiano. Porque la misma, en determinado caso, tendría efecto sustitutivo de la Constitución Política colombiana.

La última de nuestras conclusiones en este acápite fue que la Corte IDH tiene poder contramayoritario en defensa de los derechos humanos y fundamentales. Y nuestra decisión fue la de defender esa atribución, para darle sentido al papel de esa instancia jurisdiccional internacional.

Al igual que en el derecho interno con la Corte Constitucional, internamente no es un tema pacífico. Se mostraron como existen oposiciones e invitaciones a no acatar las sentencias⁸⁰ de la Corte IDH que se profieran contramayoritariamente. El caso Gelman fue un referente de estudio porque mostró cómo se le exigió un ejercicio responsable y garantista de democracia al pueblo uruguayo. La democracia no es omnipotente, debe respetar los derechos de los que no hacen parte de la mayoría.

⁸⁰ Las que tengan la relevancia para ser acatadas. Se mostró anteriormente que esas serían en principio las que resuelvan procesos en los que el Estado colombiano es parte.

Tal como se encabezó este trabajo con la frase de Martín Luther King, una injusticia amenaza la justicia en todas partes. Para eso es el control de convencionalidad, para advertir injusticias en otros Estados y revisar si en el Estado mismo se está cometiendo la misma injusticia.

CONCLUSIONES

Respuesta al objetivo general

El concepto de Bloque de Constitucionalidad fue difícil de asimilar para el derecho colombiano.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional tardó en estabilizar el concepto y aplicarlo.

Seguramente eso se debe a la tradición jurídica del país que encontró la Constitución de 1991 en los primeros años. Pasar a tener una norma jurídica superior que no fuera el código civil y, además, que esa norma traiga una serie de insumos jurídicos no escritos, rompió con la tradición jurídica dominante.

Estamos convencidos que hoy esas reservas a la idea de bloque de constitucionalidad subsisten.

No es sencillo para un funcionario público entender que la Constitución es mucho más de lo que está escrito. Eso es un serio problema que advirtió la doctrina citada (Uprimny, 2008) que enfrentan, por ejemplo, operadores judiciales.

Hoy, es perfectamente posible determinar que la jurisprudencia internacional “puede” ser parte del bloque de Constitucionalidad. Ese condicionante lo entrega el órgano que la expida, las características del proceso y la parte especial de la sentencia.

¿Qué quiere decir lo anterior? Que la jurisprudencia expedida por intérpretes autorizados de normas jurídicas internacionales es la que puede hacer parte del bloque. Respecto del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos, la Corte IDH es el intérprete auténtico del corpus iuris interamericano. En general, la jurisprudencia de ese órgano hace parte del bloque de constitucionalidad colombiano.

Ahora, no todas sus sentencias son parte del bloque. Como algunas sentencias pueden ser i. las proferidas en procesos en los que el Estado colombiano es parte, ii. Aquellas de los procesos en los cuales no es parte Colombia y iii. Las sentencias parte del ius Cogens internacional, dependiendo de cuál clase sea, ellas tendrán efectos distintos en nuestro ordenamiento doméstico.

A este punto le articulamos el valor que le ha dado la Corte Constitucional a estas sentencias. En el primer capítulo lo situamos y, en el segundo, la valoramos.

La conclusión del capítulo segundo es que en procesos en los que es parte el Estado el acatamiento es obligatorio, porque esa jurisprudencia tiene el valor definitivo e inapelable, cuando se le ha reconocido jurisdicción a la Corte IDH. También se debe surtir el acatamiento de las jurisprudencias que entran a ser parte del Ius Cogens Internacional. La ratio decidendi de esas sentencias vinculan al Estado colombiano en su cumplimiento.

Las sentencias que tienen efectos jurídicos más menguados son las que no tienen al Estado colombiano como parte en el proceso. En ese caso cumplen un valor de criterio interpretativo. Vimos como ese valor es suficiente para reabrir el debate de la constitucionalidad de normas. El caso de la Sentencia C-500 de 2014 tuvo lugar en un pronunciamiento nuevo de la Corte IDH, en el que el Estado no fue parte. Esa sentencia rompió el velo de la cosa juzgada y aunque no prosperó la demanda, la Corte analizó y le adjudicó valor a ese tipo de sentencias.

La conclusión de nuestro lado es que, para articular una sentencia de la Corte IDH al ordenamiento jurídico colombiano, la mejor manera es la inserción judicial. El sistema de producción de leyes, por ejemplo, parece bastante rígido y apartado de esos conceptos como para

incorporar una sentencia internacional. El papel más adecuado debiera ser el de la Corte Constitucional en esos casos.

En el capítulo tercero nuestra posición sobre los alcances de la jurisprudencia de la Corte IDH cambió. En algún momento consideramos firmemente la posibilidad de sustitución constitucional. Una revisión al valor de la jurisprudencia de la Corte IDH y al concepto interno de sustitución nos hizo comprobar esa idea en un caso particular y único.

Cuando iniciamos el tercer capítulo teníamos claro algo, si pudiera haber sustitución, esta sería de sentencias en las que el Estado fue parte o las pertenecientes al *ius Cogens*.

Conceptualizamos las bases de los límites al poder de reforma constitucional. Presentemos corrientes teóricas al respecto, hasta arribar a los límites materiales. Esos aparecen en casos donde la esencia misma de la Constitución se pierde en una reforma. Un pilar fundamental de la Constitución se quiebra, y tanto la Constitución como el Estado que apalanca, serían otros.

La Corte Constitucional colombiana acogió esa teoría y hoy es cotidiana en las sentencias de esa corporación.

En el objetivo general nos propusimos determinar los efectos jurídicos de las sentencias de la Corte IDH en el derecho colombiano. Podemos responder que los efectos no son normalmente extremadamente agresivos ni invasivos, sino que le dan valor a los derechos humanos y fundamentales, las garantías de las personas, en subsidio de los Estados, siempre tiende a darle más valor a los derechos. Aun así, se ordene una modificación constitucional, por la tarea de la Corte IDH esa modificación daría robustez a los derechos incorporados en la misma Constitución.

Pero se puede extralimitar, al punto de ser sustitutiva. En caso que se acate una jurisprudencia de ese órgano que tenga efectos sustitutivos y ese acatamiento no se subsane vía Corte Constitucional, la sustitución queda en firme. La posibilidad sustitutiva existe, aunque es excepcional.

No está alejada es la de la limitación al poder popular por la Corte IDH en procura de la defensa de los derechos. Se propuso que la jurisprudencia de ese órgano judicial puede llegar a tener poder contramayoritario; sin embargo, no consideramos que los efectos de ese poder sean lesivos desde la perspectiva de la garantía de los derechos, por lo cual, apoyamos el proceder de la Corte IDH frente a sus opositores.

Normalmente, los críticos apelan a desconocer la validez del derecho internacional, sea expresa o tácitamente, para no acatar decisiones de tribunales internacionales. Es un arma peligrosa de los populistas en los gobiernos. Por esa razón, se justifica el poder contramayoritario de la Corte IDH. Porque ante el nacionalismo extremo (que ha causado incontables vejámenes en la humanidad) los derechos individuales son garantías ante el poder arbitrario.

No es más importante el consenso de la mayoría como la posibilidad de todos de ejercer y disfrutar sus derechos. No se puede concebir que muchos se reúnan y decidan que los pocos no gocen de determinados derechos. La justicia constitucional –y en este caso la convencional– no lo puede permitir.

Temas de investigación futura que surgieron

- Se propuso que la jurisprudencia de ese órgano judicial puede llegar a tener poder contramayoritario; sin embargo, no consideramos que los efectos de ese poder sean lesivos desde la perspectiva de la garantía de los derechos, por lo cual, apoyamos el proceder de la Corte IDH frente a sus opositores. Es un tema que puede motivar la elaboración de nuevas investigaciones.
- Hay un desconocimiento del derecho internacional cuando este no conviene. El Estado colombiano puede estar en medio de un proceso similar al desapercibimiento de obligaciones internacionales.

En el análisis constitucional del acto legislativo 001 de 2017 podemos verlo. Tangencialmente, se menciona la jurisprudencia de la Corte IDH. Cuando acá se mostró que i. el Estado colombiano ha aceptado la obligación de hacer control de convencionalidad. ii. Le ha dado valor a la jurisprudencia de la Corte IDH como parte del bloque de constitucionalidad iii. El sistema Interamericano de derechos humanos cuenta con un bloque duro de sentencias parte del ius cogens internacional que restringen los procesos post bellum. Luego de eso no se puede menospreciar la jurisprudencia en cuestión.

Es cierto que construir un proceso de paz y su implementación no ha de ser tarea difícil. Articular esfuerzos políticos arduos con perfección jurídica es una quimera. Pero también es cierto que el Ius Cogens internacional es imperativo. Y además es extraño que cuando siempre se ha utilizado la jurisprudencia internacional in extenso, en los procesos de revisión constitucional, en este caso no.

Desde la perspectiva de la jurisprudencia internacional, la antedicha sentencia defrauda⁸¹. La Corte Constitucional no cumplió con el deber de hacer control y ahora le trasladó el problema a la Justicia Especial para la Paz. Esta como órgano del Estado debe hacer control de convencionalidad. Se abre un camino a investigaciones futuras por esa vereda.

Ese es un serio problema del Control de Convencionalidad. Y diríamos también, del derecho internacional. Pareciera que políticamente desconocerlo es sencillo. Se apela a la soberanía y las mayorías democráticas para no acatar decisiones internacionales. Vimos que ello jurídicamente es absurdo, puesto que un Estado decide, con base en su soberanía, acoger un tratado y reconocer jurisdicción a jueces internacionales. Las tres ramas del poder público participan en la aceptación de las obligaciones internacionales.

El extraño incumplimiento señala que los Estados deberían proyectar con más audacia las implicaciones jurídicas de adquirir una obligación internacional. No los puede tomar por sorpresa que el derecho internacional resulte contrario a sus intereses.

En conclusión a la crítica a la Corte Constitucional por el análisis del acto legislativo 001 de 2017 dejamos esta reflexión. No solo en Colombia los procesos de paz han sido irrumpidos por el derecho internacional. Uruguay en el caso Gelman es una muestra. Democráticamente se tomó la decisión de rehacer el Estado olvidando los crímenes pasados. La Corte IDH no lo permitió por las víctimas.

En repetidas ocasiones eso ha ocurrido. En el mundo está el ejemplo de Zimbabwe. Luego que se decidió amnistiar a los beligerantes de una guerra civil, luego de un proceso de paz difícil, el Tribunal Africano de DD.HH. le puso freno a esa decisión. (Tribunal Africano de Naciones,

⁸¹ Por ejemplo, el tema de responsabilidad del mando casi que pasó inadvertido.

2014) La razón, la ya conocida imposibilidad de amnistiar delitos de lesa humanidad. Pero lo extrapolable a esa crítica es que en misivas enviadas a ese tribunal, las partes del proceso de paz lamentaban que sus esfuerzos no fueran valorados⁸².

- En ese caso se abre una nueva brecha de investigación: ¿Qué tan proporcional es la intervención jurídica de Tribunales internacionales cuando en países en conflicto se logró la estabilidad y la “paz”? No solo es interesante, sino imperioso, estudiar el tema.
- .Otro tema muy interesante que nos ha dejado este trabajo y puede ser desarrollado en futuras oportunidades, es el de la actualización del concepto de soberanía. Ya no se debe entender ese concepto como en la teoría clásica del Estado de derecho. Los Estados constitucionales y la justicia constitucional trastornan ese concepto.

En un adelantado y progresista fallo, en el inicio de las labores de la Corte Constitucional, el doctor Ciro Angarita Barón propuso lo siguiente

La idea de soberanía nacional no puede ser entendida hoy bajo los estrictos y precisos límites concebidos por la teoría constitucional clásica. La interconexión económica y cultural, el surgimiento de problemas nacionales cuya solución sólo es posible en el ámbito planetario y la consolidación de una axiología internacional, han puesto en evidencia la imposibilidad de hacer practicable la idea decimonónica de soberanía nacional. En su lugar, ha sido necesario adoptar una concepción más flexible y más adecuada a los tiempos que corren, que proteja el núcleo de libertad estatal propio de la autodeterminación, sin que ello implique un desconocimiento de reglas y de principios de aceptación universal. Sólo de

⁸² Aunque también se puede prestar para manipulaciones de criminales amnistiados en peligro de perder esas prerrogativas. Para la muestra, que se vea el botón colombiano.

esta manera puede lograrse el respeto de una moral internacional mínima que mejore la convivencia y el entendimiento y que garantice el futuro inexorablemente común e interdependiente de la humanidad. La paz mundial y la subsistencia planetaria están en juego (Corte Constitucional. C- 574 de 1992 [MP: Ciro Angarita Barón. 1992])

Hay autores como Gargarella, que no han concebido de esa manera las relaciones de derecho y política. En nuestro concepto, sí es por la defensa de los derechos humanos y fundamentales, la prelación al derecho internacional está más que justificada.

- Como última conclusión, los defensores del Ius Constitutionale Commune Interamericano parecen tener la razón. Transitamos hacia un "Sistema Interamericano Integrado" -con un "control de convencionalidad" dinámico y complementario-, lo que está forjando progresivamente un auténtico Ius Constitutionale Commune Americanum como un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región" (Mac-Gregor, 2012. Pág. 671).

BIBLIOGRAFÍA

- **ARTÍCULOS:**

- Arango Olaya, M. (2004). El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Precedente. Revista Jurídica*, (-), 79-102.
<https://doi.org/10.18046/prec.v0.1406>
- Belaunde, D.G. (2015). El Control de Convencionalidad y sus problemas. *Revista pensamiento constitucional* Vol. 20, Núm. 20. Recuperado de
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/14888>
- Bogdandy, V. (2015). Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n.º 34, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2015, pp. 3-50. DOI: 10.18601/01229893.n34.01
- Cajas Sarria, M. (2004). La reforma constitucional: Límites de la corte al congreso. *Precedente. Revista Jurídica*, (-), 13-48. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1412>
- Carbonell, J.C. (1992). Los Valores Y Principios En La Interpretación Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 12. Núm. 35. Mayo-Agosto 1992.
- Ferrer, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. el nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, 9(2), Tomado de http://www.cecoch.cl/docs/pdf/revista_9_2_2011/articulo_13.pdf
- Gargarella, R. (2011). 5 Comentarios sobre la Decisión de la Corte Interamericana en Gelman. Publicado en <http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2011/06/5-comentarios-sobre-la-decision-de-la.html>
- Gargarella, R. A. (1995). Crisis de representación y constituciones contramayoritarias. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/research/crisis-de-representacin-y-constituciones-contramayoritarias-0/005ca100-82b2-11df-acc7-002185ce6064.pdf>
- GozáinI, O. (2008). El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno. ALBANESE. Recuperado de <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/download/802/796/>
- Mac-Gregor, E.F. (2013). Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata). *Tablas CIDH*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31255.pdf>

Pastori Fillol, A. (2011) “Reflexiones sobre los problemas jurídicos vinculados con la ejecución de la sentencia de la corte interamericana de derechos humanos en el caso Gelman c/ Uruguay”. Revista Internacional de Derechos Humanos, Año I, N° 1, Mendoza 2011, p. 190.

Quinche, M.F. (2009). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional 163 núm. 12, julio-diciembre 2009, pp. 163-190. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25586.pdf>

Rincon Plazas, E.R. (2013). ¿Cómo Funciona El Control De Convencionalidad?: Definición, Clasificación, Perspectiva Y Alcances. Revista Iter Ad Veritatem No. 11, 2013. Recuperado de http://www.juecesyfiscales.org/images/stories/articulos/COMO_FUNCIONA_EL_CONTROL_DE_CONVENCIONALIDAD.pdf

Uprimny, R. (2008). Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal. Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad. Recuperado de https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_47.pdf

- **JURISPRUDENCIA CRONOLÓGICAMENTE REFERENCIADA:**

- **-Corte Interamericana de Derechos Humanos:**

Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Sentencia del 05 de Febrero de 2001. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 73

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Almonacid Arellano y otro vs. Chile. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Boyce y otros vs. Barbados Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Heliodoro Portugal vs. Panamá Sentencia de 12 de Agosto de 2008. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Gelman Vs. Uruguay. Sentencia De 24 De Febrero De 2011. Fondo y Reparaciones.

Corte Interamericana De Derechos Humanos. Fontevecchia Y D'amico Vs. Argentina Sentencia De 29 De Noviembre De 2011. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Atala Riffo Y Niñas Vs. Chile Sentencia De 24 De Febrero De 2012. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala. Sentencia del 20 de Noviembre de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Sentencia de 30 de enero de 2014. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

- Corte Constitucional:

Corte Constitucional. Sentencia C- 574 de 1992 [MP: Ciro Angarita Barón]

Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995 [MP: Alejandro Martínez Caballero]

Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 1995 [MP: Eduardo Cifuentes Muñoz]

Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 1997 [MP: Eduardo Cifuentes Muñoz]

Corte Constitucional. Sentencia C-191 de 1998 [MP: Eduardo Cifuentes Muñoz]

Corte Constitucional. Sentencia C- 481 de 1998 [MP: Alejandro Martínez Caballero]

Corte Constitucional. Sentencia C-708 de 1999 [MP: Álvaro Tafur Galvis]

Corte Constitucional. Sentencia C- 228 de 2002 [MP: Manuel José Cepeda Espinosa]

Corte Constitucional. Sentencia C 551 de 2003 [MP: Eduardo Montealegre Lynett]

Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006 [MP: Manuel José Cepeda Espinosa-Jaime Córdoba Triviño y otros.]

Corte Constitucional. Sentencia C- 415 de 2012 [MP: Mauricio González Cuervo]

Corte Constitucional. Sentencia T- 653 de 2012 [MP: Jorge Iván Palacio Palacio]

Corte Constitucional. Sentencia C-500 de 2014 [MP: Mauricio Gonzales Cuervo]

Corte Constitucional. Sentencia C-327 de 2016 [MP: Gloria Estela Ortiz Delgado]

● **LIBROS:**

De Vega, P. (1985). La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente, Madrid: España. Ed. Tecnos.

Guastini, R.(2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico, en Neoconstitucionalismo(s). Madrid: España (Ed). Trotta.

Ramírez Cleves, G. (2005) Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Uprimny, R. (2008). Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Proceso Penal. Recuperado de <http://www.cejamericas.org/BoletinNexos/publicaciones/DialImpactodelcontroldeconvencionalidadLibroBloquedeConstitucionalidadyProcesoPenal.pdf>

Velandia, S. A. (2014). Justicia Nacional o Jurisdicción Interamericana. Bogotá, Colombia: Universidad la Gran Colombia.

- **NORMAS JURÍDICAS:**

Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

Convención Americana sobre los Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 22 de noviembre de 1969.

Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados. Viena, Austria. 23 de Mayo de 1969.