

De la Supremacía de la Constitución a la Supremacía de la Convención*

From supremacy of the Constitution to the supremacy of the convention

Edgar Fabián Garzón Buenaventura**

Resumen

En la cultura de la humanidad desde la edad antigua hasta la contemporaneidad siempre ha existido un orden jurídico que regule el comportamiento para vivir en sociedad, pese a esto, se hizo necesario que se plasmaran derechos y garantías a los ciudadanos y se estableciera la composición del Estado en un orden jurídico que le diera validez a lo que se denominó *constitución*.

Pese a ser acertada, hoy solo es el rezago de una teoría que es fuente histórica mas no fuente material, ya que con la universalización de los Derechos Humanos y sus mecanismos de protección, invita a hacer una lectura del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho procesal constitucional, entre el dialogo Estado-soberanía- derecho de los tratados y fuerza vinculante de las sentencias.

Palabras clave: Derechos Humanos, Constitución. Derecho Internacional.

Abstract

In the culture of humanity from ancient times until the present there has always been a legal order governing the behavior to live in society, despite this, It was necessary that rights and guarantees were established to citizens and made the composition of the State in a legal system that would give validity to what was called constitution. Despite being successful, today is just the lag of a theory that isn't a material source but a historical source, because with the universalization of

Fecha de Recepción: 18 de febrero de 2014

Fecha de Aprobación: 29 de mayo de 2014

* Artículo de reflexión producto del proyecto de investigación titulado “Circulación judicial, trasplantes jurídicos: control de convencionalidad” financiado por la Universidad Cooperativa de Colombia, seccional Bogotá.

* Abogado de la Universidad Libre de Colombia, Filósofo de la Universidad Libre de Colombia, Candidato a Magister en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Nacional Lomas de Zamora (Buenos Aires- Argentina). Coordinador de línea de tendencias de derecho privado y derecho procesal, profesor catedrático de la Universidad Cooperativa de Colombia, Universidad América y Universidad la Gran Colombia.

Human Rights and its protection mechanisms, invites to read the International Law of Human Rights and constitutional procedural law, between the dialogue State-sovereignty treaty law and the binding force of judgments.

Keywords: Human Rights, Constitution, International Law

Introducción

Tras el colapso de la sociedad de las naciones, y el final de la segunda guerra mundial, los Estados se comprometen a crear la organización de las Naciones Unidas dando como resultado la Declaración de Universal de los Derechos Humanos y la Carta de las Naciones, donde se comprometen a respetarlos y dar una amplia gama en las constituciones de los Estados.

Gracias a este esfuerzo el constitucionalismo moderno no solo se quedó en plasmar como se conforma el Estado, sino a establecer garantías y positivizar la moral universal, llevando a consolidar niveles justicia transnacional, la protección de los derechos en tratados internacionales, quedando en el espesor de la noche elementos el principio de autodeterminación de los pueblos y responsabilidad por el hecho ilícito internacional, que hoy en día es su paridad el control de convencionalidad.

1. ¿Qué es una Constitución?

El hombre es un ser sociable por naturaleza, donde necesita la sociedad, para salir del Estado primitivo y salvaguardarse del derecho del más fuerte sobre el más débil, nace de esto la concepción del derecho clásico griego donde plantea la necesidad de orden justo y legal, pero la ley puede ser viciada de acuerdo a la conformación que se estipule en el Estado;

“Las leyes deben ser fundadas en la razón, y nuestra primera cuestión queda en pie.

Solo diré que las leyes son de toda necesidad. Por lo menos, es toda evidencia que las leyes hacen relación al Estado, y una vez admitido esto, no es menos evidente que las leyes son necesariamente buenas en los gobiernos puros y viciosos de los gobiernos corruptos” [...] (Aristóteles. La Política. p. 2)

Por esto se da necesidad, de que el Estado más allá de que haga la ley y establezca los deberes a los ciudadanos se dé un cambio a garantizar derechos, como lo acontecido en la Carta Magna de 1215 donde los duques normandos, le solicitaron a la monarquía garantías que reflejaban el espíritu de sus ciudadanos; no es extraño reflejar que la Carta Magna haya sido ratificada en el parlamento inglés y que se retomara en la *petition of right* de 1628 e igualmente *Bill of right* de 1689 podemos distinguir que ilustrados Constant, Kant, Rousseau, y Locke, encuentran como nicho jurídico que los seres humanos tienen derechos naturales que se deben plasmar en el criterio jurídico como: la validez material de la norma y que estos presupuestos sociales se distinguen sin importan el régimen gubernamental o estatal que reflejen, esto lo que fue denominado Constitución como señala Lasalle (1995), “la Constitución no es una ley como otra cualquiera, sino la ley fundamental del país” [...]

Expresa en tal sentido que lo que hace que sea fundamental no es lo que denominamos factores reales de poder, como: el sistema el democrático, o las funciones del poder público, radica en la supremacía constitucional frente

al orden legal, por los Derechos Humanos y las garantías constitucionales.

“En sentido axiológico, la constitución normas jurídicas en sentido estricto, pero también refleja algunos principios y de naturaleza política y moral, lo que caracteriza la constitución: son los principios que contiene: funciona como un puente entre el derecho y moral (o la política) ya que abra el sistema a consideraciones de carácter moral en un doble sentido: 1) los principios constitucionales, son principios morales positivizados; 2) las justificaciones en el ámbito jurídico tiene que recurrir inevitablemente, a principios morales. Esta concepción corresponde a una visión fuerte del constitucionalismo.” (Ugarte, 2006).

Las constituciones modernas se erigen, más que unos mandatos programáticos formales a consagrar unos catálogos primigenios generacionales de derechos o enunciados descriptivos, se suma a establecer los actos de poder que se marcan en las funciones (Legislativa, Judicial, Ejecutiva) del Estado, bajo cuatro criterios:

- I) La Constitución como norma jurídica de aplicación y de exigibilidad directa.
- II) La Constitución como que somete y determina la vigencia de otras normas.
- III) La supremacía de la Constitución como constitucionalización del derecho
- IV) La supremacía de la Constitución en el plano de la interpretación constitucional.

I) La Constitución como norma jurídica de aplicación y de exigibilidad directa: En el marco del derecho Español y Colombiano, la carta constitucional no consideraba la constitución como una norma.

“Esta aparecía como una simple expresión orgánica o como una mera declaración. En

consecuencia los casos y los problemas jurídicos se resolvían al nivel de la simple ley sin la consideración normativa de la constitución. Análoga circunstancia acontecía en el Sistema español hasta antes de la expedición de la Constitución de 1978. Según explica García de Enterría, en el pasado La Constitución no era una norma jurídica invocable ante los tribunales (...) La Constitución simplemente, se repitió por todas las salas del Tribunal Supremo, no era una norma jurídica que vinculase directamente a los sujetos públicos ni a los privados y que por lo tanto los tribunales no debían siquiera consultarla para dictar sus sentencias”. (Quinche Ramírez, 2010, p. 70)

Pese a esto bajo la Constitución Española de 1978 y la Constitución Colombiana 1991, se consagraron normas de contenido fundamental de aplicación directa que resuelven los casos particulares, dándole al ciudadano herramientas jurídicas para ser exigible sus derechos ante los funcionarios públicos y los particulares, y estos a su vez de ser considerados acreedores a una sanción disciplinaria hasta penal cuando no obedecen el mandato constitucional.

Así la Corte Constitucional de Colombia manifestó: “El Juez administrativo con el fin de amparar y asegurar la defensa de los derechos fundamentales podría, aplicando directamente la Constitución Política, como es su deber, suspender los efectos de los actos administrativos que configuren violaciones o amenazas de trasgresión de aquellos” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-039 de 1997 M.P Antonio Barra Carbonell)

II) La Constitución como norma que somete y determina la vigencia de otras normas La Constitución determina la producción y

el sistema jerárquico de producción normativa, se basa en un criterio validez jurídica, que no es más que esfuerzo del positivismo jurídico, donde fue necesario un mandato de jerarquía normativa que fungiera el prisma dogmático y formal del Estado, fuera boca de pronunciación de los derechos morales de los ciudadanos, y a la vez que desligara el sistema jurídico-nacional de cada Estado con el término “validez” designamos la existencia específica de una norma.

Cuando describimos el sentido, o el significado, de un acto que instituye una norma, decimos que, con el acto de cuestión, cierto comportamiento humano es ordenado, mandado, prescripto, preceptuado, prohibido; o bien admitido, permitido, autorizado. [...] (Kelsen, 2007, p. 23)

Así mismo determina, los requisitos, trámites y procedimientos a que deben someterse la producción la demás normas del ordenamiento, así que si no se somete al trámite fijado se estaría quebrantando e mandato constitucional y por tanto debe ser expulsada del ordenamiento jurídico, “La Constitución es la norma que regula la expedición y relación de todas las normas que comprenden el ordenamiento jurídico, indica la autoridad que la expide, el procedimiento y la materia objeto de regulación” (Charry, 1991, p. 1)

III) La supremacía de la Constitución como constitucionalización del derecho: En el marco del derecho constitucional se pasa de la transición de la legalización del derecho, a la constitucionalización del derecho es quiere decir que pese a cada una sistemas normativos (penal, laboral, administrativo, civil, comercial, etc.) cada una de esta interpretaciones no solo se pregonan en su fuente

sino a la par tiene que tener un cimiento constitucional al respecto, es así los medio hermenéuticos a casos concreto comienzan con un metodología deductiva donde el prisma angular es la carta magna, segundo el derecho aplicar la norma legal y por último el caso particular, esto exige que un juez en busca de su ratio decidendi cite el mandato de la Carta Magna, Guastini sostiene que “... un proceso de transformación de un ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales” (Guastini, 2010, p. 49).

El referente constitucional es el elemento intrínseco donde se cobija cualquier situación hipotética, esto llevar decir que labor es desentrañar en el limbo constitucional la norma aplicable cuando el caso es concreto no hay norma aplicable o dar solidez jurídica de la decisión al, como lo acontecido donde una menor impúber necesita una remodelación del labio mayor ya que tiene una hipertrofia de labio vaginal y como es una cirugía que no está en el POS y pese no ver acreditado vulneración al derecho a la vida, el juez de primera instancia y segunda la deniegan así la Corte Constitucional de Colombia tutela su derecho a la dignidad humana y a la vida.

“Es evidente que en el *sub lite*, la vida de la menor en términos de –existencia vital– no corre ningún riesgo, no obstante, su vida en condiciones dignas, su salud e integridad sexual, su estima y la valoración que tiene de su cuerpo y de su sexo, sí pueden estar potencialmente afectadas debido a que su estado de salud en la dimensión de sus órganos sexuales aparece alterado actualmente por un agrandamiento de sus labios vaginales. Es claro que la ausencia de la cirugía recomendada a la menor por su médico tratante le impide llevar una vida en condiciones dignas, de donde se

deduce que el tratamiento requerido no es de carácter estético, sino que tiene como fin la recuperación de su salud, especialmente bajo condiciones de dignidad y estima adecuadas. La asimetría en los labios vaginales en una mujer y en este caso en una niña en pubertad no pasaría desapercibida en la actividad sexual de la menor, lo cual lesionaría su autoestima al punto de impedirle mostrarse ante sí misma y frente a los demás libre de vergüenza. Así las cosas, se reitera que la cirugía referida no sólo persigue garantizar el derecho a la salud de la menor, entendido este derecho desde una perspectiva integral sino, también, asegurar la vigencia del derecho de la joven a la garantía de la dignidad humana consagrado en el artículo 1º de la Constitución Nacional”. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 561 de 2011. M.P Luis Ernesto Vargas Silva).

De lo anterior se concluye que el esfuerzo no es solo en la preeminencia jurídica, sino en la interpretación de la norma ¿Quién es el encargado de salvaguardarla? ¿Bajo qué criterios se denota? y ¿Cuál es la fuente normativa en que se basa?; vale decir que aunque se esgrime como interpretación jurídica de la norma constitucional en el control constitucional la positivización jurídica se enmarca “en algunos textos de las colonias está presente la idea de la supremacía de la constitución sobre la legislación y, por consiguiente, el rechazo de la idea británica de la autoridad suprema del parlamento.

Así se encuentra en las concesiones y acuerdos West New Jersey y en la Carta Privilegios de Pennsylvania. Es el punto de partida de la jerarquía normativa y del control de constitucionalidad, como forma de protección de los derechos reconocidos en los textos supremos de cada ordenamiento,

bien por los tribunales ordinarios, como en el caso de Estado Unidos, o por los tribunales de jurisdicción concentrada, como los tribunales Constitucionales en el continente europeo a partir de 1920. (Peces- Barba, 1995, p. 150)

IV) La supremacía de la Constitución en el plano de la interpretación constitucional:

Así para la interpretación jurídica encontramos dos caras de la moneda de la fuente jurídica del control de constitucionalidad: a) Derecho Anglosajón (Common Law) b) Derecho Continental Europeo (Civil Law). El primero en el criterio de la supremacía constitucional el denominado judicial review of legislation tres paradigmas marcan en este cimiento: I) The College of Physicians vs Dr. Thomas Bonham (conocido como Bonham’s case) del juez Coke, II) Marbury vs Madison, del juez John Marshall de 1803, III) la Constitución norteamericana de 1787, siendo su control difuso, esto quiere decir que cualquier juez debe inaplicar la norma legal cuando esta quebrante la norma superior, siendo su efecto interpartes, solo referido al caso concreto fijando los Derechos Humanos y la Constitución como el vínculo entre la sociedad y el Estado “sostenemos por evidentes por sí mismas, estas verdades: que todos los hombres son creados iguales y dotados por su creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad” mientras que en el derecho continental Europeo gracias al jurista Austriaco Hans Kelsen propone en el ensayo de 1928 (La garantía jurisdiccional de la Constitución) se majestuosa propuesta la idea de un órgano jurisdiccional que sea el encargado de defender la constitución frente a las demás normas y poderes públicos imponiendo medidas como control por vía de

acción y el de excepción dado a las proximidades del Juez Sir Edward Coke, esto no fue un pleonismo teórico, sino sirvió de resorte a la Constitución Austriaca de 1920. “En efecto, la constitución como norma jurídica se consagró en la constitución federal austriaca de 1920, que recogió el pensamiento del ilustre jurista austriaco Hans Kelsen, quien además de ponente fue miembro de la comisión de constitución del congreso constituyente. Dicho documento fundamental estableció la Corte Constitucional, como un organismo constitucional autónomo fuera del poder judicial, con el objeto de resolver, los conflictos surgidos, dé la aplicación de las normas fundamentales. Con la Carta fundamental austriaca, se generó un nuevo régimen de control de constitucionalidad diverso del estrictamente político que había funcionado en ese continente con anterioridad. Este nuevo sistema ha sido calificado como continental Europeo o Kelseniano, el que se ha caracterizado por configurar un sistema calificado de concentrado (en contraste del difuso del sistema americano), cuya vía es directa ante el órgano especializado, y sus efectos generales o erga omnes, en los supuestos de impugnación de normas legislativas” [...] (Fix Zamudio & Ferrer Mac Gregor, 2009, p. 5)

Teniendo en cuenta lo enunciado falta la responder la última conjetura ¿Quién es el encargado y de salvaguardarla? esto denota dos elementos extrínsecos e intrínsecos que se diferencian en la protección jurídica de la norma suprema Justicia Constitucional y Jurisdiccional Constitucional

“La Jurisdicción Constitucional es el estudio del órgano judicial encargado de tutelar la vigencia efectiva de los Derechos Humanos (como norma fundamental) la supremacía

constitucional y el cumplimiento que regulan los procedimientos constitucionales” (Gozaini. 2011, p. 220)

En la justicia constitucional se enmarca el criterio axiológico de la decisión judicial, siendo el resorte la justicia, las garantías judiciales, la eficacia jurídica, el debido proceso, y las libertades públicas. Así el juez está supeditado no solamente a ser un control legalidad, sino un control judicial constitucional, ya sea por el precedente vinculante del órgano concentrado guardián de la Carta Magna sino que su decisión crea un impacto en los ciudadanos y esta a su vez debe ser lo más plausible para evitar la inequidad jurídica.

De acuerdo a lo anterior la Constitución no es solo un mandato de normas sino también tiene una existencia misma que se permea en el Estado bajo dos dimensiones una a) Cuantitativa b) Cualitativa.

Una dimensión cuantitativa reflejada según en la Corte en el Estado bienestar que permite definirlo como “el Estado estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente caridad”. (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón).

Una dimensión cualitativa, encarnada según la Corte en el Estado constitucional democrático que “se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de un catálogo de principios y derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política”. (Corte Constitucional de Colombia Sentencia. T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón).

2. Universalización de los Derechos Humanos

Para hablar de Universalización de Derechos Humanos tenemos que distinguir su significado “Al utilizar el término Derechos Humanos podemos estar refiriéndonos a una pretensión moral, o un derecho subjetivo protegido por una norma jurídica” (Peces-Barba 1995. P. 24). Así, tras el fracaso de la sociedad de las naciones el 18 abril de 1946 como imperativo para dirimir los conflictos entre los Estados, se llega a crear la organización de las naciones unidas como el mecanismo de justicia transnacional universal entre Estados, siendo su bandera más importante el derecho los Derechos Humanos para sanear las huellas de la segunda guerra mundial, estableciendo la carta internacional de Derechos Humanos, siendo sus características la declaración universal de los Derechos Humanos, los pactos internacionales de Derechos Humanos, y sus protocolos, así el filósofo de Königsberg tenía razón cuando afirmó “La comunidad más o menos estrecha que ha ido estableciéndose entre todos los pueblos de la tierra de que violación del derecho, cometido en un sitio, repercute, en todos los demás de aquí se infiere de que un derecho de ciudadanía mundial no es una fantasía jurídica, sino un complemento necesario del código no escrito del derecho político y del derecho de gentes, que de ese modo se eleva a la categoría de derecho público de la humanidad y favorece a la paz perpetua, siendo la condición necesaria para que pueda abrigarse” (Kant, 2007. P. 261) fue necesario que el imperativo moral fueran los Derechos Humanos que se plasmaron como principios y columnas vertebrales en las Constituciones occidentales dentro los Estados.

En la Constitución alemana de 1949 establece en su artículo 1 párrafo 2 “El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana de la paz y de la justicia en el mundo” igualmente la Constitución Española de 1978 en su artículo 10, párrafo 1 “ La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social”

Así “dentro de las características que habitualmente son atribuidas a los Derechos Humanos, están la universalidad, en cuanto su titularidad y al destinatario de tales derechos; la absolutez, en tanto que son derechos de prima facie, es decir que son requerimientos morales individuales que deben ser atendidos con prioridad, en principio , sobre otra clase de derechos y la inalienabilidad, en el sentido que los Derechos Humanos son tan importantes que sus titulares no pueden renunciar a ellos, que los Derechos Humanos no están a libre disposición de sus titulares” (Quinche 2010, p. 77).

Gracias a esto podemos decir que son universales, y los Estados no pueden denegarlos bajo argumentos de la soberanía el principio de autodeterminación de los pueblos, o relativismo cultural; los Derechos Humanos son naturales, perpetuos, que llevan inmerso un valor veritativo de justicia social, ahora el débil debe ser protegido sobre los abusos del más fuerte, una dialéctica inversa, donde el único perdedor es el que deniega el derecho “El relativismo cultural que sirve de soporte a determinadas críticas políticas contra la universalidad debe ser contemplado con reservas.

Determinados organismos especializados de la ONU, así como diferentes ONG, de modo especial los informes anuales de amnistía – que constituyen un auténtico inventario del horror- denuncia la perpetración de la inconcebible práctica de la circuncisión o mutilación genital femenina (ablación de clítoris) a millones de mujeres de países africanos y asiáticos ; asimismo se inculpa de diversos países islámicos que condenan a la mujer al analfabetismo; se detectan también otras dramáticas violaciones de la dignidad, la libertad y la igualdad de los seres humanos por parte de diferentes tipos de tiranía. En casi todos, estos casos, los crímenes contra los Derechos Humanos se justifican a partir de la idea de que esas prácticas responden a tradiciones culturales y políticas de los países que lo realizan.

La actitud más cómoda ante esos auténticos crímenes contra la humanidad es la inhibición al relativismo cultural o la supremacía constitucional de sus ordenamientos jurídicos” (PerezLuño, 2002, p. 40).

Para unir el derecho internacional de los Derechos Humanos con la carta magna de los Estados occidentales hay una herramienta jurídica la figura el bloque de constitucionalidad, siendo su iniciador Louis Favoreu, que permite entender que la constitución política no se agota en su articulado, sino que implica la integración con otras normas jurídicas como son los Derechos Humanos.

Esto indica que la constitución de los Estados tiene reglas, principios y valores constitucionales que yace fundamentados en normas internacionales y que tiene que interpretarse de acuerdo a sentidos como: Dignidad humana, libertad personal, y derecho de defensa, que constituyen

garantías transnacionales y se deben aplicar sin importar su naturaleza a las diferentes manifestaciones del derecho como: penal, administrativo y civil.

“El bloque de constitucionalidad no sólo permite sino que incluso obliga a interpretar los alcances del nuevo procedimiento penal a partir de las garantías fundamentales previstas no sólo en la Constitución sino también en muchos tratados de Derechos Humanos y de derecho internacional humanitario, con lo cual no sólo constitucionaliza el procedimiento penal sino que obligar analizarlo desde una perspectiva de Derechos Humanos.

Y esto es indudablemente positivo, por cuanto contribuye a que en Colombia, en la práctica, avancemos hacia un sistema penal más garantista. Es pues importante que los distintos operadores jurídicos aprendan a manejar adecuadamente las implicaciones del bloque de constitucionalidad y aprovechen las posibilidades democráticas que derivan de esta figura. Esto es particularmente importante para los jueces de garantías y los jueces de conocimiento ya que a ellos corresponde primariamente asegurar la efectividad de los derechos constitucionales en el proceso penal. [...]”¹

Esto permite hacer una recepción o un puente entre el derecho nacional y el derecho internacional, que su carácter de universal se encuadran en el principio *pro hominen* “según el cual, deben privilegiarse aquellas normas hermenéuticas que sean

¹ Uprymni, Rodrigo. Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo procedimiento Penal [Documento de www].URL<http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf?rd=1oma.htm> P.P 2

más favorables a la vigencia de los derechos de las personas” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-551 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynnnet). Los Estados no puede abstener a reconocer esta garantía señalando la necesidad de su ratificación bajo el principios de soberanía y autodeterminación de los pueblos, ya que estamos hablando de un mandato del derecho internacional de los Derechos Humanos. Así la Corte Constitucional de Colombia aclara el sentido el principio *pro hominen* es una norma del *iuscogens*.

“Ahora bien, al tenor del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, se entiende por norma *iuscogens* o norma imperativa de derecho internacional general “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Por ello, según este mismo artículo de la Convención de Viena, todo tratado que contradiga esos principios es nulo frente al derecho internacional. Esto explica que las normas humanitarias sean obligatorias para los Estados y las partes en conflicto, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normatividad no deriva del consentimiento de los Estados sino de su carácter consuetudinario de Colombia (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero. 18 de mayo de 1995).

Este permite instruir que alcance de dos principios que se marcan como tendencias a) el principio de supremacía constitucional, reflejado en el concepto de soberanía del

Estado b) prevalencia de los tratados internacionales de Derechos Humanos, hoy la tendencia es superar el *vástago* concepto, ya que dentro de los límites del derecho internacional público es la universalización del derecho internacional de los Derechos Humanos “El principio de la supremacía de la constitución comienza a erosionarse, a partir en que el Estado parte en un tratado o convención internacional que reconoce Derechos Humanos- por ejemplo la Convención Americana sobre Derechos Humanos- adquiere obligaciones internacionales objetivas *erga omnes* de respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio”, y de “adoptar las medidas legislativas que fueren necesarios para hacer efectivos tales derechos “(art 11 y 2), esto es. Legislar de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (Rey Cantor, 2008).

La discusión hoy se basa para algunos juristas o doctrinantes que las reglas del derecho internacional de los Derechos Humanos, es supraconstitucional (por encima de la constitución local) infra constitucional (en el mismo sentido de la constitución) supra legal (por debajo la constitución como herramienta hermenéutica de la constitución para llenar los vacíos constitucionales).

Por esto en el estrecho margen del siglo XX donde se decidía que la norma suprema era la constitución de los Estados, hoy en día esta llamada ceder ya que cuando la nación, acepta el cumplimiento de un tratado y más cuando hablamos del derecho internacional de los Derechos Humanos se compromete a su judicialización a nivel internacional quedando como norma suprema el imperativo moral o la exigencia ética los Derechos Humanos.

Pero pese a que esto es afirmativo queda una duda metódica si los Derechos Humanos son universales, un país como: la Guayana Francesa que no acepto la convención americana, ni la competencia contenciosa de la Corte, y viola Derechos Humanos ¿Es susceptible que responda por hecho ilícito internacional? ¿Ante qué organismo? ¿Cuál va ser su fuente jurídica normativa?

“En su discurso histórico hacia la universalización el Derecho Internacional de los Derechos se ha orientado por principios básicos, inspiradores de toda evolución. Ellos son principio de universalidad, integralidad e indivisibilidad de los derechos protegidos, inherentes de la persona humana y por consiguiente anteriores y superiores al Estado y demás formas de organización política y social, así como el principio de complementariedad de los sistemas y mecanismos de protección (de base convencional y extra convencional, de ámbito global y regional). El presente *corpus iuris* de protección en forma, de ese modo, un todo armónico e indivisible. En este universo conceptual y necesariamente en virtud de lo establecido en los tratados de Derechos Humanos, los ordenamientos jurídicos internacional e interno se presentan en constante interacción de salvaguardar los derechos consagrados prevaleciendo la norma- de origen internacional o interna que en cada caso proteja mejor al ser humano.” (Raffin, 2008, p. 215).

3. Control de Convencionalidad

Gracias al imperativo moral de los Derechos Humanos como exigencias éticas universales, se plasma un primer encuentro dentro la justicia y el orden legal positivo, pese a esto fue necesario que irradiara en la constitución,

la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Carta de las Naciones Unidas, los tratados y protocolos que sirvieron de resorte jurídico, para la consolidación del respeto de los derechos, las garantías judiciales, y el acceso de la justicia que operan bajo un mapa de ruta que sigue el mandato normativo internacional “Los pueblos, como Estados que son, pueden considerarse como individuos en estado de naturaleza- es decir, independientes de toda ley externa-, cuya convivencia en ese estado natural es ya un perjuicio para todos y cada uno. Todo Estado puede y debe afirmar su propia seguridad, requiriendo a los demás para que entren a formar una especie de constitución, semejante a la constitución política que garantice el derecho a cada uno [...] (Kant, 2007, p. 256).

Antes de hablar del control de la convención como mecanismo procedimental internacional de protección de los Derechos Humanos, se distingue que aparte del sistema universal de Derechos Humanos en cabeza de la ONU, se encuentra los mecanismos regionales de protección de Derechos Humanos como: a) Sistema Europea de Derechos Humanos que nace con la Convención Europea y Derechos Humanos de 1950 (Pacto de Roma), que protegen a las ciudadanos Europeos de los 31 países que ratificaron la competencia del Tribunal, cuando el Estado vulnera la convención de Europa el ciudadano pueden recurrir directamente, sin necesidad de agotar los trámites internos en busca de la satisfacción de su garantía; hoy en día fue reformado por el protocolo No 11, fusionándose la comisión y la Corte creando como único órgano el Tribunal Europeo de Derechos Humanos b) Sistema Africano este nació el 27 de junio de 1981 por la Asamblea General de Unión africana bajo la Carta

Africana y de los Pueblos de 1981 (Carta de Banjul) pese ha tenido problemas en su conformación se estableció en su control como el organismo la no judicial comisión africana de Derechos Humanos y de los pueblos, quien cumple la función de promoción de Derechos Humanos y de recomendaciones a los 53 Estados que hacen parte del sistema, gracias a esta labor mediante el protocolo de 1988 entrado en vigor el 25 de enero de 2006 la Corte Africana de Derechos Humanos quien hasta el momento no ha cumplido una mayor actuación peso a la firma de los 53 Estados 23 a la aceptación la competencia de la Corte c) Sistema Interamericano: este nació bajo el pacto de San José de Costa Rica de 1969, este organismo esta cimentado por un organismo cuasi jurisdiccional Comisión Interamericana de Derechos Humanos el mecanismo judicial la Corte Interamericana de Derechos Humanos que cumple la función de ser la guardiana de la Convención Americana.

“Según el termino de convención (contrato, tratado) se entiende un determinado procedimiento de creación de normas o el producto de tal procedimiento, la norma creada por ese procedimiento específico, la convención (contrato, tratado) puede ser definida ya sea como creación de normas por las manifestaciones concordantes de voluntad de dos o varios sujetos, ya que como una norma o un orden creados, en virtud del ordenamiento jurídico por las manifestaciones concordantes de voluntad de dos o varios sujetos, ya como una norma o un orden creados, en virtud del ordenamiento jurídico por las manifestaciones concordantes de voluntad de dos o más sujetos “ [...] (Kelsen, 2007. P. 21)

Gracias a esto los organismos internacionales, ratificados ejercen un control del tratado o de la convención para la protección

del derecho internacional de los Derechos Humanos, frente a los ordenamientos de los países miembros del ordenamiento suscripto surgiendo así lo que se denomina Convención. “Podemos definir al control de convencionalidad como una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente. Control enraizado en la efectiva vigencia de los derechos y garantías [...] (Albanese, 2008. P. 15)

Este mecanismo de protección de Derechos Humanos gracias derecho de los tratados, se enuncia un principio angular que se describe I) Pacta sum servanda II) Principio de buena fe. Convención de Viena. 23 de mayo de 1969.

26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

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.

“De este modo, el punto de partida es el derecho internacional donde cabe señalar el principio de buena fe consagrado en el art. 31.1 de la Convención de Viena, por lo cual si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de Derechos Humanos, como es el caso de la convención americana sobre de Derechos Humanos, tiene la obligación de realizar los mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana, que es, además, uno de los órganos principales de la organización de los Estados Americanos, que tiene como función promover la observancia y la defensa de los Derechos Humanos en el hemisferio” [...] (Gozaíni, 2008. P 94.)

Esto nos indica que cuando un Estado acepta la naturaleza de un tratado y no hacen reservas de ningún tipo este hace parte integral del ordenamiento jurídico y más cuando el objeto de la convención es de derecho internacional de los Derechos Humanos, por eso hoy la meta es la internacionalización de las garantías judiciales efectivas y más aún cuando hablamos de imperativos morales como: son los Derechos Humanos siendo admisible la jurisdicción transnacional; el llamado hacer velar el cumplimiento efectivo de los derechos y protección judicial, ya sea independiente del sistema regional de protección de Derechos Humanos que hablemos. "En la actualidad la instalación de la Norma Fundamental en el vértice superior del sistema no es absolutamente cierta, si consideramos la influencia que traen los tratados y convenciones internacionales, que cuando refieren a Derechos Humanos colocan un modelo de supergalidad constitucional que denominamos supremacía convencional [...]" (Rey Cantor, 2008, p. LI).

Por esto independiente el país o Estado, las sentencias que dicten la Justicia Transnacional tiene fuerza vinculante dentro los Estados Signatarios y es de obligatorio cumplimiento y no pueden basarse ya principios como soberanía o principio de supremacía constitucional, bajo de ser considerados responsable internacionalmente por hecho ilícito.

"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, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas

y obligaciones internacionales de protección de los Derechos Humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que 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, 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 interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs Uruguay. Reparación y Costas Sentencia 24 de Febrero de 2011. P.P 189)

Vale mencionar que el control de la convención americana de Derechos Humanos opera en dos sentidos a) por nivel concentrado que está en cabeza por la Corte interamericana de Derechos Humanos b) por nivel difuso que son los funcionarios públicos de los países que ratificaron la convención americana como la competencia contenciosa de la Corte.

En el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México (2010) el voto razonado del Juez *Ad-Hoc* Eduardo Ferre Mac-Gregor manifestó.

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención

Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana²

4. La República de Colombia y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

Realizando un recuento dentro de la universalización de los Derechos Humanos, y el control de convencionalidad, vale destacar como se consolidó dentro de la jurisdicción nacional Colombiana frente a la jurisdicción transnacional de los Derechos Humanos.

“La posición dentro los países iberoamericanos son rica y variada, dependiendo a la recepción dentro de la justicia local o la supeditación que hacen del derecho internacional de los Derechos Humanos; para el Estado Colombiano el valor jerárquico es supraconstitucional.

- a) La adopción de la concepción monista en materia de Derechos Humanos y por ende quedan incluidos como derechos protegidos todos los derechos reconocidos en los tratados vigentes para Colombia en materia de Derechos Humanos.
- b) La obligación de interpretar los Derechos Humanos consagrados en la Constitución conforme a los tratados internacionales.
- c) La no taxatividad del catálogo de derechos consagrados en la Constitución.
- d) La obligación del Estado de sancionar las disposiciones de orden interno que prevé el art. 2 del Pacto de San José de Costa Rica (en adelante PSJCR) a los efectos de hacer operativos y efectivos los derechos previstos en los tratados.
- e) La necesidad de interpretar los Derechos Humanos teniendo en cuenta las doctrinas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el seno de la convención constituyente que sancionó estas normas, según refiere detalladamente Nieto Navia, varios convencionales coincidieron en que el derecho internacional de los Derechos Humanos debía tener primacía sobre todo el derecho interno, incluida la Constitución nacional; algunos de ellos, inclusive propusieron la primacía de todo el derecho internacional sobre el interno, con una fórmula muy interesante “debemos hacer (...) el examen previo de constitucionalidad de los tratados, pero que una vez adoptados, ellos son nuestra norma real y suprema y debe ser aceptada por todos. [...]”³

² Corte interamericana de Derechos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs México, Reparaciones y Costas. Sentencia 26 de Noviembre de 2010

³ Manili, Pablo La recepción del derecho internacional de los Derechos Humanos por el derecho constitucional iberoamericano. Recuperado <http://www.pablomanili.com.ar/articulos.php>

Colombia aceptó el 21 de junio de 1985 presentó un instrumento de aceptación por el cual reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido bajo condición de estricta reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno. El mismo instrumento reconoce la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, bajo condición de reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, reservándose el derecho de hacer cesar la competencia en el momento que lo considere oportuno. Que fue hecho Ley de la República mediante la Ley 16 de 1972, haciendo cumplimiento el Pacto de San José de Costa Rica.

Parece que en su línea jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional de Colombia ha sido prolija en aceptar que el control de convencionalidad en el sistema interamericano es de amplia gama siendo extensiva a cualquier actuación judicial dentro de los procedimientos administrativos o civiles.

“Los sistemas universal e interamericano de protección de los Derechos Humanos, han establecido una multiplicidad de preceptos normativos, ampliamente desarrollados en la jurisprudencia de los órganos internacionales, los cuales, si bien han estado orientados principalmente a proteger todas las garantías inherentes al debido proceso en los juicios penales, se han hecho extensivos a los procedimientos civiles y administrativos. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha

sentado una jurisprudencia, según la cual, las garantías mínimas establecidas en el numeral 2° del artículo 8° de la Convención se aplican también a los procedimientos de carácter civil y administrativo y, por ende, en éstos, los individuos tienen derecho al debido proceso en los términos reconocidos para la materia penal. Ha señalado así el Tribunal Interamericano:

Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas (Corte Constitucional de Colombia M.P Humberto Antonio Sierra Porto. 22 de Noviembre de 2005. C-1189 de 2005, p. 32)

Pero de acuerdo a un giro del Tribunal Constitucional Colombiano “La Corte Constitucional no es juez de convencionalidad, esto es, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado (Corte Constitucional de Colombia. M.P Jorge Iván Palacio. 24 de Noviembre de 2010. C-941 de 2010, p. 3)

Esta sentencia de la Corte Constitucional de Colombia es una contradicción entre la comprensión de la naturaleza jurídica del Derecho internacional de los Derechos Humanos es un retroceso al cumplimiento del derecho procesal Constitucional que llevaría a eventualmente a una sanción pecuniaria al establecer la correlación de la convención americana con la legislación nacional.

Lista de referencias

Libros

Aristóteles. (1988) *La Política*. Editorial Gredos. Madrid.

Albanese, Susana (2008). *Control de Convencionalidad*. Editorial Ediar.

Cantor Rey, Ernesto (2008). *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*. Editorial Porrúa.

Charry, Juan Manuel. *Sistema normativo de la Constitución de 1991*. Editorial Temis

Ferres Mac Gregor- Fix amudio (2009). *Las Sentencias de los Tribunales Constitucionales*. Editorial Porrúa.

Gozaini, Osvaldo Alfredo. (2011). *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I. Editorial Porrúa.

Guastini, Ricardo. (2010). "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano". En: *neo constitucionalismo*. Editorial Trotta.

Lasalle, Ferdinand. (1995) *¿Qué es una Constitución?* Editorial Siglo XXI.

Peces- Barba Gregorio. (1995). *Curso de Derechos Fundamentales*, Editorial Cursos colección universidad Carlos III de Madrid.

Pérez Luño Antonio (2002). *La Universalidad de los Derechos Humanos y el Estado Constitucional*. Editorial Universidad Externado de Colombia.

Quinche Ramírez. Manuel Fernando. (2010) *Derecho Constitucional Colombiano de la carta 1991 y sus reformas*. Editorial Doctrina y Ley

Kant Emanuel (2007). *Paz Perpetua*. Editorial Porrúa.

Kelsen, Hans (2007). *Teoría Pura del Derecho*. Editorial, Porrúa.

Kelsen, Hans (2007) *El Contrato y el Tratado*. Editorial Coyacán.

Ugarte Salazar Pedro. (2006) *La democracia Constitucional*. Editorial Fondo de Cultura Económica.

Páginas Electrónicas

Uprymni, R. (s/f) *Bloque de Constitucionalidad, Derechos Humanos y Nuevo procedimiento Penal* [Documento de www]. URL <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf?rd=1oma.htm>

Manili, P (s/f) *La recepción del derecho internacional de los Derechos Humanos por el derecho constitucional iberoamericano*. Recuperado <http://www.pablomanili.com.ar/articulos.php>

Sentencias

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Reparaciones y Costas. Sentencia 26 de Noviembre de 2010. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Corte interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs Uruguay. Sentencia 24 de Febrero de 2011 Reparaciones y Costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Corte Constitucional de Colombia Sentencia. T-406 de 1992 M. P. Ciro Angarita Barón

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-225 de 1995. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-039 de 1997 M. P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional de Colombia.
Sentencia C-551 DE 2003 M. P. Eduardo
Montealegre Lynnet.

Corte Constitucional de Colombia, Sen-
tencia T 561 de 2011. M. P, Luis Ernesto
Vargas Silva.

Corte Constitucional de Colombia C-1189
de 2005 M. P. Humberto Antonio Sierra
Porto.

Corte Constitucional de Colombia. C-941
de 2010 M. P. Jorge Iván Palacio.