

El presidencialismo, el control de convencionalidad y la democracia en los países andinos*

Recibido: noviembre 9 de 2012 | Aprobado: abril 29 de 2013

Manuel Fernando Quinche Ramírez**

manuel.f.quinche@urosario.edu.co

Resumen Este escrito explicita que en las condiciones actuales del constitucionalismo y del presidencialismo de los países andinos, el control de convencionalidad es un instrumento útil para la realización de los derechos humanos y de la democracia, por vincular al juez común y a las otras instituciones estatales, en la tarea del control del poder, ya no solo desde la Constitución y las leyes de los distintos Estados, sino desde el derecho convencional, desde el derecho contenido en las convenciones internacionales sobre derechos humanos suscritas por los Estados andinos, que cuentan con un órgano judicial de vigilancia, control y adjudicación de responsabilidad.

Palabras clave

Presidencialismo, democracia, control de constitucionalidad, control de convencionalidad, Convención Americana, Corte interamericana.

Presidentialism, conventionality control and democracy in Andean countries

Abstract This article specifies that in the actual conditions of constitutionalism and presidentialism of the Andean countries, the control of conventionality is a useful instrument to attain human rights and democracy, as it links the common judge and other state institutions to the task of controlling power, not only from the Constitution and the laws of the different States, but also from conventional law, and from the law contained within the international conventions on human rights signed by the Andean states which have a judicial body for oversight, control, and determination of responsibility.

Key words

Presidentialism, democracy, judicial review, conventionality control, American Convention, Interamerican Court of Human Rights.

* Este artículo presenta resultados de la investigación *El control de convencionalidad* adelantada para optar al título de Doctor en Derecho por la Universidad Externado de Colombia. Director: Néstor Osuna Patiño.

** Estudiante de Doctorado en Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Jurisprudencia, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá-Colombia. Profesor de posgrado en varias universidades nacionales. Ha sido perito ante la Corte Interamericana.

Introducción

El tema de este escrito es los vínculos existentes entre el control de convencionalidad y la democracia de los países andinos¹. El control de convencionalidad es una institución creada al interior del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (en adelante SIPDH o Sistema Interamericano), que vincula las funciones de los jueces comunes y otros funcionarios de esos países, a la defensa de los principios democráticos y los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o la Convención Americana). Específicamente ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte Interamericana):

193. Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, 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, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, 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.

Este escrito explicita que en las condiciones actuales del constitucionalismo y del presidencialismo de los países andinos, el control de convencionalidad es un instrumento útil para la realización de los derechos humanos y de la democracia, en la medida en que vincula directamente al juez común y a las otras instituciones estatales, en la tarea del control del poder, desde la Constitución y las leyes de los distintos Estados, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante el DIDH), y más precisamente, desde

¹ La expresión “países andinos” se usa aquí en referencia a Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia

² Corte IDH. *Caso Gelman contra Uruguay*. Sentencia de febrero 24 de 2011. Serie C No. 221, párrafo 193.

el derecho convencional, el derecho contenido en las convenciones internacionales sobre derechos humanos suscritas por los Estados andinos, que cuentan con un órgano judicial de vigilancia, control y adjudicación de responsabilidad.

Para desarrollar el tema se procede de la siguiente manera: En primer lugar, acontece una presentación general del comportamiento constitucional reciente de los países andinos, en relación con el presidencialismo latinoamericano y el dominio que tienen los Presidentes sobre la Constitución y sus reformas. La finalidad de esta sección es la de explicitar los rasgos comunes de comportamiento en la región, así como la manera como se erosiona la democracia al operar el poder constituyente desde el presidente y no desde el pueblo. En segundo término se introduce el tema de los controles jurídicos en la región, desde los procesos sucesivos de legalización, constitucionalización e internacionalización del derecho. El objetivo de este apartado es presentar el control de convencionalidad dentro de las dinámicas del derecho en la región. En la tercera parte del escrito se trabaja el control de convencionalidad, mostrando su origen, su desarrollo y su concurrencia con el control de constitucionalidad, en la tarea de poner límites al ejercicio del poder estatal y más precisamente, del poder presidencial. El texto finaliza en la cuarta sección, reclamando la realización de la democracia como proyecto normativo inacabado en los países andinos, considerando los déficits del presidencialismo, desde la Carta Democrática Interamericana y la contribución eventual que a su causa haría el control de convencionalidad.

1. El comportamiento constitucional de los países andinos, el presidencialismo y sus controles

Cuando los libros de texto de Derecho Constitucional de los países andinos presentan las experiencias fundacionales del constitucionalismo moderno, detienen su atención en tres casos concretos: el constitucionalismo británico, el proceso de independencia norteamericano y los sucesos de la revolución francesa. Más precisamente señala Brewer, que la Revolución Norteamericana de 1776, la Revolución Francesa de 1789 y el período de la Revolución Hispanoamericana (1810 – 1830) son, desde el punto de vista político, tres de los acontecimientos más importantes del mundo moderno.

Respecto de esta última, identifica el autor siete aportes políticos hechos por las dos primeras, que fijaron el rumbo del constitucionalismo latinoamericano (Brewer, 2008: 21 a 27).

Tales aportes serían: La existencia de la Constitución Política como texto escrito, patente en la Declaración de Derechos del Estado de Virginia del 12 de junio de 1776, y la Constitución de Estados Unidos de América, del 17 de septiembre de 1787; la idea de colocar al pueblo como el origen y fundamento de la organización constitucional del Estado; el reconocimiento y declaración formal de los derechos del hombre, patente en las declaraciones formales de existencia de esos derechos; el principio de la separación de poderes, que se formuló “en primer lugar, en la Revolución Norteamericana, razón por la cual la estructura constitucional de los Estados Unidos, en 1787, se montó sobre la base de la separación orgánica de poderes” (Brewer, 2008: 24); en quinto lugar señala el autor, que esos dos procesos constitucionales dieron lugar a los dos sistemas de gobierno dominantes, el presidencialismo, heredado de la experiencia norteamericana, y el parlamentarismo, dominante en Europa; la idea de un Poder Judicial independiente, separado del monarca y que actuara en nombre de la Nación, que en el caso norteamericano daría lugar al control constitucional judicial; y la organización territorial del Estado, con la forma federal diseñada por los norteamericanos y el municipalismo heredado de la Revolución Francesa.

Desde los anteriores rasgos, fue construido el constitucionalismo de los países andinos, que a lo largo de dos siglos se comporta como un sistema reformista e inestable, caracterizado por los cambios de Constitución y las reformas sucesivas. De esta manera ha sido instalado un constitucionalismo circular, que descansa en el prejuicio de creer que los problemas de esos países se solucionan simplemente con la expedición de nuevas constituciones políticas, o con la reforma sucesiva de las existentes.

La profusión de textos constitucionales es un rasgo determinante en la región. Carpizo señala que durante los primeros 150 años de vida independiente, las 19 naciones de América Latina expidieron 227 Constituciones (Carpizo, 2009: 62). En el caso concreto de los países andinos, la consideración del siglo XIX evidencia su inestabilidad constitucional. Así se tiene que durante ese siglo Perú contó

con ocho constituciones nacionales, dentro de un período que fue de 1823 a 1879³, mientras que Venezuela, que “entre los países de América Latina, es el que más Constituciones ha tenido: en total, 25 Textos Fundamentales a lo largo de nuestra historia política moderna (1811-1984)” (Brewer, 1985) expidió once constituciones nacionales entre 1811 y 1893. Similar circunstancia aconteció en Ecuador, donde fueron expedidas trece constituciones nacionales en el período que fue de 1821 a 1897⁴, así como en Bolivia, país en el que fueron expedidas diez constituciones nacionales entre los años 1826 y 1878⁵. El caso colombiano no fue distinto y en él es posible diferenciar dos períodos de gran profusión constitucional: el período de las llamadas *Constituciones provinciales* y el período de las Constituciones políticas nacionales, que durante el siglo XIX asistió a la expedición de ocho textos constitucionales⁶.

Estas constantes del cambio y del reformismo constitucional se mantuvieron a lo largo del siglo XX y se desarrollan con gran fuerza en el XXI. Así se tiene por ejemplo para el caso de Perú, que la Constitución Política de 1993 establecida por Alberto Fujimori, ha sido reformada mediante diez *leyes de reforma constitucional*, como las denomina el artículo 206 de esa Constitución⁷. En Ecuador, la Carta Política de 1998 fue sustituida por la Constitución de 2008 bajo la presidencia de Rafael Correa, quien ya la reformó mediante referendo efectuado el 7 de mayo de 2011, que entró en vigencia el 13 de julio del mismo año, enmendando el artículo 77 numeral 9, el artículo 77 numerales 1 y 11, el artículo 312, las disposición transitoria vigésimo novena, el artículo 20 del Régimen de transi-

³ Las constituciones políticas peruanas del Siglo XIX fueron expedidas en 1823, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867 y 1879. Ver <http://cervantesvital.com/portal/constituciones/> Visita de abril de 2011.

⁴ Las constituciones políticas ecuatorianas del siglo XIX fueron expedidas en 1821, 1830, 1835, 1843, 1845, 1851, 1852, 1861, 1869, 1870, 1878, 1884 y 1879. Ver <http://www.cervantesvital.com/portal/constituciones/> Visita de abril de 2011.

⁵ Las constituciones políticas bolivianas del siglo XIX fueron expedidas en 1826, 1831, 1834, 1839, 1843, 1851, 1861, 1868, 1871 y 1878. Ver <http://www.cervantesvital.com/portal/constituciones/> Visita de abril de 2011.

⁶ Estas fueron expedidas en los años 1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1858, 1863 y 1886. Ver: Restrepo, Carlos. *Las Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1996.

⁷ Se trata de las leyes 26470 de 1995, 26472 de 1995, 27365 de 2000, 27680 de 2002, 28389 de 2004, 28390 de 2004, 28480 de 2005, 28607 de 2005, 29401 de 2009 y 29402 de 2009. Tomado de: <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>. Visita de agosto 2011.

ción y los artículos 179 y 181 de la Carta Política⁸, para obtener su reelección. Para el caso de Bolivia lo que se tiene es la expedición en el año 2009, de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, que derogó expresamente la Constitución de 1967⁹. En cuarto lugar está Venezuela, que en el año 1999 bajo la presidencia de Hugo Chávez derogó la Constitución de 1961, expidiendo la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que fue reformada mediante la Enmienda No. 1 de febrero 15 de 2009, que eliminó todos los límites de reelección en los cargos de elección popular¹⁰. Finalmente y para el caso de Colombia, la Constitución vigente es la de 1991, que para agosto de 2012, había sido reformada en 36 oportunidades.

Los Estados latinoamericanos y sus constituciones optaron por el establecimiento del régimen presidencial, erigiendo al Presidente de la República como la figura central de todo el sistema político, conjuntando en él las calidades de jefe de Estado y de jefe de gobierno, que aparecen separadas dentro de los regímenes parlamentarios. Alrededor de la figura del presidente latinoamericano han sido dispuestas varias semblanzas que van desde su identificación con un monarca constitucional, con un caudillo populista, hasta la postulación como verdadero agente de la democracia.

En América Latina el régimen ha tomado rasgos propios, hasta llegar a una forma degradada como es el presidencialismo, que se manifiesta en tres hechos propios del sistema y de los presidentes latinoamericanos: tienen concentrado el poder público del Estado (i), no asumen en concreto ninguna responsabilidad por el inadecuado o extralimitado ejercicio de sus funciones¹¹ (ii) y no les gusta entregar el poder, de modo tal, que propician toda suerte de reformas constitucionales para hacerse reelegir continuamente¹² (iii).

El crecimiento del presidencialismo, ha llevado a que en la actualidad exista una gran preocupación alrededor de la figura pre-

⁸ En: <http://www.consultapopular2011.org/> . Visita de agosto 2011.

⁹ En: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/view/36208>. Visita de agosto de 2011.

¹⁰ Ver la Enmienda en: http://www.ministeriopublico.gob.ve/c/document_library/get_file?p_l_id=40513&folderId=14478&name=DLFE-311.pdf . Visita de agosto de 2011.

¹¹ Un buen ejemplo de esto fue el presidente Uribe en Colombia, quien continuamente asumía la “responsabilidad política” por sus actos, a sabiendas que no traería ninguna consecuencia.

¹² Este hecho es fácil de probar. Basta recordar entre los más recientes, a Fujimori en Perú, Álvaro Uribe en Colombia, Hugo Chávez en Venezuela, Evo Morales en Bolivia, Rafael Correa en Ecuador, Saúl Menem en Argentina, Leonel Fernández en República Dominicana y tantos otros de la región.

sidencial y los poderes del presidente en la región, con propuestas concretas, como la de racionalizar y razonabilizar el poder en los sistemas presidenciales, “esto es, que los objetivos del poder deben alcanzarse con instrumentos y decisiones adecuados en una sociedad libre y plural, y que entre esos objetivos debe figurar la equidad social” (Valadés, 2009: 15). De hecho, el XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional dispuesto en Argentina en octubre de 2013, enunció como tema central el “Presidencialismo y Parlamentarismo en Iberoamérica”.

Este asunto del presidencialismo como forma degradada del sistema presidencial de gobierno, fue estudiado por la Corte Constitucional colombiana al ejercer el control sobre la Ley 1354 de 2009, que convocaba a un referendo destinado a la tercera presidencia sucesiva de Uribe. Allí la Corte señaló respecto del sistema de gobierno presidencial, que este tiene dos rasgos: la elección directa o indirecta del presidente por el pueblo durante un lapso determinado, sin la participación de las cámaras legislativas (i), y el ejercicio autónomo y continuo del poder durante el período establecido, el que no depende de la confianza o la refrendación por parte del Congreso (ii). En lo que tuvo que ver con el presidencialismo, la Corte, citando a Hauriou y Duverger, lo definió como “manifestaciones deformadas del sistema presidencial”, especialmente desarrolladas en Latinoamérica, indicando que “Al examinar los factores determinantes de la deformación de los sistemas presidenciales latinoamericanos coinciden los autores en señalar *“la preponderancia presidencial”* como la causa principal que, en unas ocasiones, llega a los extremos de la dictadura y en otras oportunidades equivale a un acentuado predominio del poder ejecutivo sobre los otros dos poderes, forjado con fundamento en una concentración de funciones que, primordialmente, afecta al órgano legislativo y logra alterar el equilibrio pretendido mediante la inclusión del principio de separación de poderes en las constituciones.”¹³ De esta manera y al concentrar la mayoría de los poderes, el presidente queda en posición de propiciar la realización de la democracia, o de impedirla, mediante el ejercicio autoritario de sus poderes, la manipulación del texto constitucional y sobre todo, acentuando la concentración del poder y su continuidad indefinida.

¹³ Sentencia C-141 de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto, consideración jurídica No. 6.2.1.4.2.

Un elemento que afecta y desmejora la calidad de la democracia en los países andinos, está directamente relacionado con el vínculo existente entre los poderes del Presidente y el ejercicio del poder constituyente, el poder que establece y reforma las constituciones. La teoría constitucional tradicional indica que el titular del poder constituyente es el pueblo, y que este actúa tanto en los momentos fundacionales en los que se crea una nueva Constitución (caso en el cual operaría el poder constituyente primario), como en los momentos de reforma constitucional (evento en el cual operaría el poder constituyente secundario). No obstante, la práctica real en los países andinos evidencia cada vez más, que el ejercicio del poder constituyente no corresponde en realidad al pueblo, sino que son los presidentes quienes en términos reales crean las constituciones y las reforman.

De esta manera y a modo de balance en la región, lo que se tiene es un constitucionalismo caracterizado por la constante expedición de nuevos textos constitucionales, o por la reforma sucesiva de los existentes, conducida por los presidentes de la república de cada uno de los Estados y no propiamente por el pueblo, que trae consigo la erosión progresiva de los elementos estructurantes de los regímenes democráticos como lo son la división de poderes, la participación política, la integridad de los derechos de los ciudadanos y el propio control. En este sentido resulta útil indagar ahora por el tipo de controles jurídicos existentes en la Región.

2. Los controles jurídicos en la región andina, en los procesos de legalización, constitucionalización e internacionalización del derecho

Para Kaplan en América Latina “El Estado nacional que se construye a partir de la emancipación refleja la nueva situación de satelización, la estructura socioeconómica y el clima cultural-ideológico en emergencia” (Kaplan, 1969: 199). La formación de los Estados Nacionales en América Latina aconteció como un proceso de formación iniciado en la época de la Independencia, que continúa en la actualidad. En tanto Estados postcoloniales y como lo señala Aguilar, las nacientes naciones tomaron como referente de construcción la noción de Estado que se había venido creciendo en la Modernidad Europea, adoptando además el modelo de constitución

escrita que les propiciaba la experiencia francesa y la norteamericana. De esta forma y a su manera, comenzaron a diseñar y a establecer sus sistemas normativos, sus procedimientos y sus instituciones, tomando como referente principal las instituciones del derecho francés, que resultaron dominantes durante el siglo XIX y muy buena parte del XX (Aguilar, 2000: caps. I y III).

El punto es que en estos países y hasta hace poco, el derecho fue un fenómeno relativamente complejo, de variables definidas. De hecho, se trataba de un fenómeno preferentemente local, hasta provinciano, dominado por la lectura fuerte del principio de soberanía nacional propio de los Estados westfalianos, fácilmente anticipable, en el que los conflictos eran resueltos desde un simple Código, desde el derecho local, desde la concepción básica del principio de legalidad y la supremacía de la ley. Por contraste, basta observar el comportamiento del derecho actual, para percibir que este se presenta hoy como un fenómeno bastante complejo, menos anticipable, que tiene cada vez más variables, muchas de ellas provenientes del Derecho Internacional.

De esta manera a los fenómenos locales de “normativización”, “legislación”, “regulación”, “reglamentación” y otros similares, cuyo acento estaba fijado en el sistema local o nacional de producción de normas y que además le apostaba todo a él, le sobrevienen hoy otros fenómenos contemporáneos concurrentes desde el Derecho Internacional, por el que los derechos locales se *impregnan*, se *irrigan* (Favoreau, 2000: 43), o simplemente se *internacionalizan*¹⁴, bajo fenómenos descritos como de “*interconexión* entre los ordenamientos jurídicos”¹⁵, “*convergencia* entre los sistemas jurídicos”¹⁶, “*interrelación* entre el derecho local y el derecho internacional”¹⁷, “*complementariedad* entre sistemas jurídicos y sistemas de control” (Raffin, 2008: 215), que plantean la necesidad de establecer mecanismos de *coordinación* entre los derechos y los sistemas jurídicos.

¹⁴ Corte IDH. Voto disidente del juez Cancado Trindade, consideraciones 6 a 12 en *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 30 de Noviembre de 2007 Serie C No. 174.

¹⁵ (Martín, 2004)

¹⁶ Corte IDH. Voto disidente del juez Cancado Trindade, consideraciones 6 a 12 en *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 30 de Noviembre de 2007 Serie C No. 174

¹⁷ Pablo Pérez cit. por (Rey, 2008: XLI).

Dentro de esa dinámica del derecho actual, es posible identificar tres procesos recientes de la vida del derecho presentes en la mayoría de los países de América Latina tras el período de la independencia que corresponde a tres niveles sucesivos de complejización, en el último de los cuales tiene lugar el control de convencionalidad. Así se tiene una fase inicial que duró casi dos siglos, que puede ser identificada como el proceso de *legalización* del derecho, en el que simplemente se ejerció control de legalidad; un segundo período, en el que la Constitución Política de los distintos países asume carácter normativo, dando lugar al proceso de *constitucionalización* del derecho y al control estricto de constitucionalidad; y finalmente un proceso más reciente, de *internacionalización* de los derechos locales, que ha dado lugar en el SIPDH, a la formulación del control de convencionalidad. Para presentar el anterior suceso y sus controles, uso la secuencia descrita por Ferrajoli en un artículo titulado “Pasado y futuro del estado de derecho”, en el que me parece, se describe con acierto esa periodización (Ferrajoli, 2003: 13 a 29).

2.1 El proceso de *legalización* del derecho y el control de legalidad

El establecimiento de la República fue hecho bajo la influencia de la legalidad francesa, como primera recepción del derecho de la modernidad, tras el proceso de independencia. Esta primera comprensión, articulada en la construcción de la soberanía nacional, que se conservó durante todo el siglo XIX y buena parte del XX, asumió el derecho simplemente desde la ley, con dominio del principio de legalidad y el débil establecimiento del control de legalidad. En este sentido el derecho era no solo nacional, sino hasta provinciano (Cifuentes, 1994: 7), en el sentido de vivir de espaldas al desarrollo y progreso de los demás sistemas jurídicos y vivir muy orgulloso de ese encerramiento.

Este fue el escenario dominante en la comprensión y aplicación del derecho en América Latina durante casi doscientos años. Bajo tal circunstancia, ni la Constitución ni el Derecho Internacional tuvieron carácter normativo, ya que el valor de los enunciados jurídicos y del derecho fue reducido simplemente a la ley. La evidencia palmaria de este modelo se encuentra en la primitiva formulación del sistema de fuentes del derecho, que fue vertido sin más en el

Código Civil, que además fue tomado del Código de Napoleón de 1804 y que aún hoy se encuentra formulada en algunas constituciones políticas.

El principio dominante es el de legalidad, según el cual, las actuaciones gobernantes y gobernados, quedan sometidas únicamente al imperio de la ley. De esta manera, la ley, entendida como la expresión de la voluntad general, pasó a ser el único criterio de identificación del derecho válido. Se supone que ella despersonalizaba el poder, con sus características de generalidad, impersonalidad, obligatoriedad y coercibilidad, algunas de ellas rastreables en el Código Civil. En este modelo el legislador es la figura central, pues es de los representantes del pueblo de donde emana la ley. Dentro de esta comprensión acontece algo muy grave para la interpretación del derecho, y es que se instala el método genético u originalista, de acuerdo con el cual el sentido “verdadero” de las normas es el dado por su autor y no por el usuario, como debería ser. Como bien se sabe, la interpretación originalista es la más conservadora y sacrifica en la mayoría de los casos los derechos de las personas.

El juez allí tiene una función pasiva: simplemente aplica la ley que los legisladores han promulgado. Ese juez es algo así como un mandadero del legislador y también del Presidente, pues simplemente se limita a aplicar la ley, independientemente de la Constitución y aún de sus propios efectos. Peor aún, bajo tal comprensión el juez no es agente de la democracia, sino un aplicador mecánico de leyes. El asunto es tan sensible, que bajo el régimen presidencialista y las dictaduras recurrentes en América Latina, los jueces se convirtieron en simples servidores de los presidentes y de los militares dictadores.

En el panorama de la legalización del derecho, que lo reduce todo a la simple ley local, los conflictos jurídicos se resuelven con total desprecio de la Constitución y del Derecho Internacional, reducido a ser simple derecho diplomático, lejano a los derechos de las personas y los tribunales. Dentro de esas mismas dinámicas y comprensión, la mayoría de los países de América Latina se dedicaron a suscribir y ratificar múltiples tratados públicos sobre derechos humanos (entre ellos la Convención Americana), sin entender cabalmente que adquirían obligaciones jurídicas imperativas directas. Como consecuencia de lo anterior, experimentaron y experimentan hoy sensaciones de extrañamiento cuando se declara su responsabilidad internacional por la violación del derecho convencional, que

en virtud del principio de legalidad, era para ellos simplemente indicativo o simbólico, pero no normativo. Esta situación es muy extraña e injusta, pues mientras el ciudadano tiene que soportar toda la legislación y la reglamentación que al Estado se le ocurre, el Estado se niega a cumplir las obligaciones que voluntariamente se impuso.

Ferrajoli describe este primer nivel del derecho, identificándolo con el nacimiento del Estado legislativo de derecho, “con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido ‘puesta’ por una autoridad dotada de competencia normativa” (Ferrajoli, 2003: 16), para el caso el legislador, como autor del Código, o como suele suceder en América Latina, el Presidente de las República y el agresivo instrumento de su legalidad: el decreto.

Para evidenciar las limitaciones e inconsecuencias de este modelo primitivo, baste referir como caso emblemático, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia que declaró la constitucionalidad del “Estatuto de Seguridad” promulgado por un presidente represor de apellidos Turbay Ayala¹⁸. Durante su presidencia, el país estuvo regido por el “estado de sitio”, bajo cuya condición fueron expedidas muchas normas arbitrarias y represivas, entre ellas, el Decreto 1923 del 6 de septiembre de 1978, eufemísticamente denominado “Estatuto de seguridad”. El punto es que al surtir el control ante la Corte Suprema, algunos ciudadanos intervinieron alegando la violación de los derechos humanos, así como la violación de convenios internacionales ratificados por Colombia, que prohibían la violación de esos mismos derechos. Al resolver el caso bajo el modelo de legalización del derecho, la Corte declaró la constitucionalidad del decreto, afirmando la fatuidad del Derecho Internacional respecto de los derechos. Específicamente y a modo de conclusión señaló: “En resumen: *Estas cuestiones son problemas de relaciones interestatales que, por lo mismo, no pueden definirse ante tribunales nacionales y como asuntos de derecho interno. De modo que, mediante esta acción sólo pueden plantearse infracciones directas de la Constitución*”.¹⁹

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de octubre 30 de 1978. M.P. Luis Carlos SÁCHICA Aponte

¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia de octubre 30 de 1978. M.P. Luis Carlos SÁCHICA Aponte, citando un precedente de la misma Corporación

(cursiva dentro del texto). De esta manera, el control era mínimo, pues era simple control de código, control de legalidad.

2.2 El proceso de *constitucionalización* del derecho legal y el control de constitucionalidad

En este plano se da la asunción del carácter normativo de la Constitución, es decir, el hecho de operar con la Constitución como una norma jurídica de aplicación directa, con mayor fuerza vinculante que la simple ley. De esta manera, al simple principio de legalidad le es superpuesto el principio de supremacía de la Constitución, de modo tal que las leyes y los enunciados legislativos serán aplicados solo en cuanto no contradigan la Constitución. Ferrajoli identifica este hecho con el advenimiento del Estado Constitucional de Derecho, donde “La subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite a la vez que la completa” (Ferrajoli, 2003: 19).

Este nuevo contexto del derecho implica un tránsito que va *de la legalización del derecho, a la constitucionalización del derecho* y existe la tendencia a caracterizarlo bajo la expresión Neoconstitucionalismo²⁰, que para el caso colombiano García caracteriza desde la concurrencia de tres elementos (García, 2010: 311-366): la expedición de una nueva Constitución Política de carácter normativo, con control estricto de constitucionalidad; prácticas jurisprudenciales renovadas, caracterizadas por el establecimiento de reglas obligatorias de origen judicial; y desarrollos teóricos novedosos, acordes con el nuevo texto y las prácticas derivadas de él. En efecto, bajo el simple Estado de derecho, lo que acontecía era la legalización del derecho, es decir, que el derecho se enseñaba, se ejercía y se decidía tan sólo desde la ley, lo que implicaba que la propia Constitución quedara legalizada, es decir, sometida a las interpretaciones y a las aplicaciones de la ley. La supremacía de la Constitución y su carácter normativo implican el tránsito a un modelo inverso: aquel en el que la enseñanza y la aplicación del derecho están regidas por la Constitución,

²⁰ Alrededor de este tema la literatura es abundante. Ver como referencia: (Carbonell, 2003; Carbonell –García, 2010) y (Rodríguez, 2011).

de modo tal que los asuntos legales pasan a ser constitucionalizados, es decir, mediados hermenéuticamente por la comprensión y la aplicación de la Constitución. De esta manera, al primitivo control de legalidad le es superpuesto el control de constitucionalidad, el control desde la Constitución.

En este contexto acontece la constitucionalización de las distintas especialidades, como pueden serlo el derecho agrario, el derecho de familia, el derecho laboral, el derecho civil, el derecho administrativo, etc. El hecho de la constitucionalización no es un asunto regional. Guastini refiriéndose al sistema italiano, lo describe como “un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales” (Guastini, 2003: 49), y Aguiló, en el caso español, lo remite a aquellos casos en los que “La noción de laguna normativa será desplazada por la de la laguna axiológica y la del caso difícil, pues de la comprobación de la falta de regulación (o de regulación defectuosa) se procederá a buscar en las fuentes constitucionales la respuesta correcta del caso en cuestión” (Aguiló, 2004: 58).

En el sistema colombiano acontecen procesos perceptibles de constitucionalización. Baste para el caso referir el acontecido con las trabajadoras sexuales, por el que les son reconocidos derechos laborales y prestacionales, que involucra hasta el lenguaje, en el sentido que el derecho deja de referirse a ellas como “prostitutas”, hasta incluirlas adecuadamente en el sistema como “trabajadoras sexuales”²¹; o como aconteció con la expedición del Código de Procedimiento Penal de Uribe (Ley 906 de 2004), diseñado para que la víctima no tuviera ninguna oportunidad real de actuación dentro del proceso, cuyos derechos tuvieron que ser constitucionalizados por medio de la sentencia C-209 de 2007²²; o en el establecimiento del juez de garantías, que es un verdadero juez constitucional, todo ello en la línea de un proceso en el que eventualmente se precise “la importancia de constitucionalizar todos los tipos de dominación social, no solo aquella que se origina en el Estado”²³, es decir, la de los colegios, la de los hogares, la de los hospitales.

²¹ Sobre el punto es muy ilustrativa la sentencia T- 629 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

²² Sentencia C-209 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

²³ Sentencia SU-641 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

En el plano del derecho privado, los procesos de constitucionalización son notorios e importantes. Bastaría referir la constitucionalización del régimen patrimonial existente hoy entre las parejas del mismo sexo²⁴, y en general la constitucionalización de los derechos de ese gran grupo de colombianos que constituyen la población LGTBI, en planos concurrentes como lo son el régimen del matrimonio²⁵, la seguridad social en salud, la seguridad social en pensiones, la adopción y la familia entre parejas del mismo sexo.

2.3 El proceso de *internacionalización* del derecho constitucional y de los derechos locales. El control de convencionalidad

El siglo XXI de los países andinos muestra índices de una nueva transformación, que ha sido caracterizada como de “internacionalización del derecho”, en el sentido que el derecho nacional, el derecho local, comienza a ser interferido y modificado por normas provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Penal Internacional, y del Derecho Internacional clásico y privado (Sieckmann – Clérico – Capaldo, 2012).

En estos casos, el derecho nacional, el derecho local, como derecho vigente, cede su lugar para la aplicación del Derecho Internacional, que adquiere mayor fuerza vinculante bajo la aplicación del principio de supremacía de la Convención, que redefine la noción de legalidad y se integra al principio de supremacía constitucional. Este suceso, que es de ocurrencia en el derecho de la integración europea²⁶, en el contexto latinoamericano viene siendo soportado desde normas como el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, al disponer que “I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”

Esta norma ha dado lugar al despliegue del control de convencionalidad y adicionalmente, a las implementaciones de la teoría

²⁴ Se trata del establecimiento de estos derechos inicialmente por medio de la Sentencia C-075 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, y la línea jurisprudencial que de allí se desprende.

²⁵ Sentencia C-577 de 2011, M.P. Eduardo Mendoza Martelo.

²⁶ Al respecto ver: (Mazzetti, 2011: 13 a 28).

del derecho viviente, uno de cuyos componentes entiende que “Los tratados de Derechos Humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.”²⁷

Este mismo contexto ha dado lugar a la regla jurídica de sometimiento del derecho interno al Derecho Internacional, presente en numerosos tratados, de modo tal, que los Estados partes en las convenciones quedan obligados a ajustar sus normas de derecho interno, a las normas de Derecho Internacional. Este tipo de cláusulas han cobrado eficacia recientemente, bajo el suceso de la complejización del derecho y de las teorías que lo soportan. Emblemático resulta el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, que ha servido de fundamento para declarar la responsabilidad internacional de diversos Estados²⁸.

Este suceso de la internacionalización del derecho viene siendo registrado por autores y jueces internacionales, para quienes resulta evidente que la solución de casos, pleitos y asuntos locales, especialmente los “casos difíciles” ya no acontece desde las normas internas de los distintos Estados, sino desde normas internacionales. Un punto de partida de este nuevo suceso, está relacionado con la comprensión contemporánea de los tratados públicos como normas constitucionales del orden internacional. Patiño y Urueña venían ya señalando que esos tratados son verdaderos textos constitucionales (Patiño, 2005: 13) y (Urueña, 2008: 419 a 446). Más aún, para el caso específico del control constitucional, ya desde la década de los 80, Aragón venía anticipando que de hecho, entre las cláusulas materiales de valor de la Constitución democrática, se encontraban insertas las convenciones internacionales, sugiriendo incluso su prevalencia (Aragón, 1999: 90).

Este suceso, así registrado por politólogos, internacionalistas y constitucionalistas, es percibido incluso por los cultores del derecho administrativo, usualmente tan legalistas, conservadores y autore-

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 016 de 1999. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrafo 14.

²⁸ Resultan emblemáticas las sentencias proferidas contra México, en las que se le ordena modificar su legislación interna en materia electoral, penal y de justicia penal militar. Al respecto ver las sentencias de fondo proferidas en los casos *Castañeda Gutman contra México*; *Radilla Pacheco contra México* y *Cabrera García y Montiel Flórez contra México*.

ferenciales. Así por ejemplo Cassagne, quien al registrar la erosión del modelo tradicional del legicentrismo en el caso argentino y por extensión, en el latinoamericano, señala que la influencia reciente europea “se proyectó fundamentalmente en tres aspectos: 1) una mayor operatividad de los principios y garantías establecidos en la Constitución con la idea de hacerlos más efectivos; la incorporación de numerosos tratados sobre derechos humanos al plexo constitucional, y 3) *el reconocimiento del principio de convencionalidad* que atribuye a los tratados una jerarquía superior a la ley (...)” (Cassagne, 2009: 127) (resaltado fuera de texto).

Debe referirse que el suceso de la internacionalización del derecho no sólo acontece al nivel del derecho público y de la protección de los derechos humanos, sino que acontece también y con gran intensidad, al nivel del derecho económico. Prueba de ello es el despliegue de las cláusulas y contenidos derivados de los distintos Tratados de Libre Comercio (TLC) que vienen suscribiendo los países de la región, cuyos efectos tan solo comienzan a insinuarse. Ni qué decir también de instituciones como el arbitraje internacional, en virtud del cual, instituciones fundadas en el Derecho Internacional, vienen a decidir conflictos jurídicos que eran resueltos antes por autoridades o jueces nacionales, teniendo sus decisiones gran repercusión sobre los sistemas locales, aún más allá de lo previsto por su propia legislación.

Dentro de tal proceso viene aconteciendo el control de convencionalidad, entendido como control desde el Derecho Internacional, ahora superpuesto a los controles de legalidad y de constitucionalidad con los que tradicionalmente han venido operando los países de la región.

3. El control de convencionalidad como control jurídico y como control democrático. Una reconstrucción de ese control desde la Corte Interamericana

Como fue mencionado, el control de convencionalidad es una figura construida desde las actividades de la Corte Interamericana. Una de las maneras de presentar sus elementos constitutivos en relación con la democracia, es la de reconstruir la figura desde la evo-

lución de los fallos de la Corte Interamericana, tal como se hace a continuación, adoptando como criterio los usos concretos que de la expresión ha venido haciendo la Corte Interamericana. La muestra jurisprudencial va del año 2006 hasta el 2011, cuando es proferida la sentencia de fondo del *Caso Gelman contra Uruguay*, que contiene el balance de este control hasta esa fecha.

3.1 El primer uso de la expresión “control de convencionalidad” en la Corte Interamericana

Se suele afirmar que el primer uso de la expresión “control de convencionalidad” aconteció en un voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, en la sentencia de fondo proferida en el *Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala*. Independientemente de la pertinencia de esa anotación, se toma aquí como punto de partida la sentencia de fondo proferida en el *Caso Almonacid Arellano contra Chile*, relacionada con la regla de proscripción de las amnistías, que es adoptada por unanimidad.

Los hechos probados señalan que el señor Luis Alfredo Almonacid Arellano, de 42 años, profesor de enseñanza básica, miembro del Partido Comunista, secretario provincial de la Central Unitaria de Trabajadores y dirigente gremial del magisterio, casado, padre de tres hijos, fue asesinado a la salida de su casa y en presencia de su familia, el 16 de septiembre de 1973 por miembros de la “Fuerza de Carabineros”, cinco días después del golpe de Estado dado por Augusto Pinochet al Presidente Salvador Allende. La investigación penal fue difícil y dilatada, siendo remitida finalmente a la justicia penal militar, la que el 28 de enero de 1997 decretó un sobreseimiento total, fundado en la amnistía dispuesta por el Decreto ley 2191 de abril 18 de 1978. Interpuesto el recurso de casación, la Corte Suprema confirmó la impunidad.

La cuestión era si se configuraba o no la responsabilidad del Estado, con ocasión del juzgamiento ante la justicia militar y la impunidad consecuente, de los responsables del crimen de lesa humanidad, por aplicación del Decreto Ley 2191 de 1978 de amnistía. La tesis de la Corte estuvo fundada en la regla del *Caso Barrios Altos*, estableciendo que la existencia de las leyes de amnistía “... constituye *per se* una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, dada su naturaleza, el

Decreto Ley No. 2191 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile²⁹.

Como consecuencia de lo anterior, la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado por violación de numerosos derechos contenidos en la Convención. Adicionalmente en los puntos resolutivos 3, 5 y 6 la Corte declaró que la norma interna (el Decreto Ley 2191 de 1978) era incompatible con la Convención Americana, ordenándole a Chile adoptar medidas de supresión sobre esa norma³⁰. La regla sobre control de convencionalidad se encuentra en el párrafo 124 del fallo:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana³¹ (resaltado fuera de texto).

Este enunciado, que para entonces fue toda una novedad, reitera cuatro cuestiones que en general habían pasado desapercibidas en América Latina: Que las normas vertidas en los tratados públicos

²⁹ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile*. Sentencia de septiembre 26 de 2006. Serie C No. 154, párrafo 119.

³⁰ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile*. Sentencia de septiembre 26 de 2006. Serie C No. 154, puntos resolutivos 3, 5 y 6.

³¹ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano contra Chile*. Sentencia de septiembre 26 de 2006. Serie C No. 154, párrafo 124.

sobre derechos humanos son derecho vigente, plenamente exigible en el orden interno (i); que las normas vertidas en los tratados públicos sobre derechos humanos obligan nominal y sustantivamente tanto a los Estados como sujetos suscriptores, como a los jueces del Estado parte (ii); que las normas de derecho interno no pueden mermar o disminuir los efectos de la norma convencional (iii); que los jueces internos están obligados a acatar y aplicar tanto las normas contenidas en los tratados públicos sobre derechos humanos, como las reglas vertidas en las interpretaciones que hace la Corte Interamericana, como intérprete última de la Convención Americana (iv).

3.2 Control de convencionalidad sobre prácticas estatales que impiden el acceso a la justicia

La segunda ocasión en que la Corte Interamericana se refiere específicamente al control de convencionalidad, es en la sentencia de fondo proferida en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Agua-Alfaro y otros) contra Perú*. Como novedad y avance significativo, el control de convencionalidad no va a ser ejercido sobre leyes, sino sobre prácticas estatales que impidieron el acceso de los trabajadores a la justicia, impuestas por Alberto Fujimori tras el autogolpe de Estado que dio en Perú.

La situación del Perú de aquel entonces fue muy análoga a la de Venezuela años después bajo el mandato de Hugo Chávez: en los dos casos y mediante el uso de decretos presidenciales, se propicia un quiebre institucional, que da lugar a la expedición de una nueva Constitución Política en cada uno de esos países. Ahora bien, como el cambio de Constitución y de instituciones implica un proceso de transición entre el antiguo y el nuevo régimen, los dos sujetos implementaron mecanismos de destitución de los antiguos trabajadores estatales y de los jueces, de modo tal que la nueva burocracia oficial y judicial quedara conformada por servidores del presidente recién instalado. Así fueron expedidos decretos presidenciales que suprimían los cargos públicos, destituían a los funcionarios o los declaraban en interinidad, para luego citar a concursos con procedimientos de exclusión inimpugnables, impidiendo el acceso a un recurso judicial claro y efectivo que permitiera defender sus derechos.

El punto es que en el año 1992 Fujimori declaró un “Estado de emergencia y reconstrucción nacional”, implementando como

mecanismo, la expedición de numerosos decretos ley, que establecieron de facto, un nuevo régimen jurídico para el país, en el que aconteció el cese de los trabajadores del Congreso y la reestructuración del sistema judicial, ahora plenamente sometido al Presidente. Así el “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional” emitió entre otros, el Decreto Ley No. 25640 de 21 de julio de 1992 que autorizó la ejecución del proceso de racionalización del personal del Congreso de la República, que conduciría a la cesación de 257 personas, que luego promoverían el caso ante la Corte Interamericana.

La Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado, decidiendo que este había violado en perjuicio de las 257 víctimas, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Adicionalmente la Corte dispuso la adopción de medidas que en general fueron muy tibias. El enunciado sobre control de convencionalidad, que además contiene la regla del caso, está contenido en el párrafo 128 del fallo, que recoge el precedente del *Caso Almonacid Arellano contra Chile*:

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. 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. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones³².

Este caso presenta dos novedades respecto de sus antecesores. En primer lugar no recae sobre leyes, sino sobre la violación o la afectación concreta de derechos de las personas: el acceso a la jus-

³² Corte IDH. *Caso de los Trabajadores cesados del Congreso contra Perú*. Sentencia de noviembre 24 de 2006. Serie C No. 174, párrafo 128.

ticia y el recurso judicial efectivo. En segundo término, la Corte reiteró la regla que obliga a los jueces locales, finales destinatarios del control de convencionalidad, a tener una actitud proactiva en los casos de violación a los derechos humanos.

3.3 Cuatro casos contra México en el escenario del control de convencionalidad

Entre los años 2009 y 2011 la Corte Interamericana emitió cuatro sentencias de fondo que declararon la responsabilidad internacional de México por la violación de los derechos contenidos en la Convención. Se trató de las sentencias proferidas en los casos *Radilla Pacheco contra México*, *Fernández Ortega y otros contra México*, *Rosendo Cantú y otra contra México* y *Cabrera García y Montiel Flores contra México*, y en todas ellas la Corte Interamericana puntualizó elementos relacionados con el control de convencionalidad. La cuestión fue tan importante, que la recepción de esas condenas en México condujo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a disponer el control de convencionalidad, en el sentido que los jueces mexicanos en los asuntos de sus competencias deben aplicar el derecho interno y el convencional.

El punto es que el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana el 11 de junio de 2011, con votación de 7 contra 3, consideró que la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso de la desaparición de Rosendo Radilla Pacheco, obligaba a la Suprema Corte mexicana a pronunciarse en favor del control difuso, es decir, la posibilidad de que todos los juzgadores interpreten y apliquen directamente la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, lo que implica el ejercicio del control de convencionalidad³³.

Los hechos del caso estuvieron referidos a la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, acontecida a manos del ejército en el Estado de Guerrero, México. Según la Comisión Interamericana, las violaciones derivadas de este hecho se prolongaban hasta la fecha del juicio, por cuanto el Estado mexicano no había establecido el paradero de la víctima ni se habían encontrado sus restos. De esta manera, a más de 33 años de los hechos, existía total

³³ Diario la Jornada. México. Junio 11 de 2011: <http://www.reforma.com/nacional/articulo/615/1229810/>

impunidad ya que el Estado no había sancionado penalmente a los responsables, ni asegurado a los familiares una adecuada reparación.

Rosendo Radilla Pacheco, nacido en 1914, fue líder agrario en el Estado Guerrero y compositor de “corridos”, con especial actividad durante la década de los 60 y 70. El 25 de agosto de 1974, durante un viaje a Chipalcigo, Guerrero, fue detenido en un retén militar, siendo trasladado al Cuartel Militar de Atoyac de Álvarez, donde fue torturado, para ser luego desaparecido, en el desarrollo de una acción encuadrable en el contexto de una política pública de desaparición forzada de personas, caracterizada como la “Guerra sucia de los años 70”.

Durante el trámite de la instancia, el Estado hizo un reconocimiento parcial de responsabilidad internacional. Sin embargo no aceptó el hecho de la impunidad, ni la violación del derecho a la vida. La discusión de fondo se dio alrededor de la desaparición forzada, la impunidad propiciada por el Estado y la existencia de normas de derecho interno, contrarias a la Convención Americana y los estándares internacionales establecidos por la Corte Interamericana. La Corte aceptó el reconocimiento parcial efectuado por el Estado y adicionalmente declaró su responsabilidad por la violación de derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

El fallo incluyó doce decisiones relacionadas con las medidas de reparación y su efectividad. En lo atinente a medidas dispuestas como consecuencia del control de convencionalidad sobre leyes, deben ser reseñados los puntos resolutivos 10 y 11 que señalaron que:

“10. El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...)

11. El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 215 A del Código Penal Federal con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (...)”³⁴.

³⁴ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco contra Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de noviembre 23 de 2009. Serie C No. 209, puntos resolutivos 10 y 11.

La regla específica acerca del control de convencionalidad está contenida en el párrafo 339 de la sentencia, que invoca varios precedentes y adicionalmente, en cita a pie de página que se incluye aquí, referencia el ejercicio del control de convencionalidad como regla, en el sistema interno de México, lo que constituyó una novedad significativa:

“339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control 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. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana³⁵”³⁶.

3.4 La dimensión democrática del control de convencionalidad en relación con la función de los jueces

La sentencia de fondo proferida en el *Caso Gelman contra Uruguay* es una de las más importantes en la historia reciente de la Corte Interamericana por numerosas razones, algunas de las cuales escapan al ámbito de lo puramente jurídico. En primer lugar habría que llamar la atención sobre el dramático suceso que abarca este caso alrededor de la figura de Juan Gelman³⁷, el más grande de los poetas argentinos actuales, a la fuerza convertido en investigador de

³⁵ Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, *supra* nota 19, párr. 124; *Caso La Cantuta Vs. Perú*, *supra* nota 51, párr. 173, y *Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 78.

³⁶ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco contra Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de noviembre 23 de 2009. Serie C No. 209, puntos resolutivos 10 y 11

³⁷ Juan Gelman nació en Buenos Aires en 1930 y es el más grande de los poetas argentinos de la actualidad. Su obra poética abarca numerosas etapas, especialmente marcadas por la persecución militar y el

los hechos que rodearon la desaparición y asesinato de su hijo y su nuera, así como la puesta en adopción de su nieta a manos de militares uruguayos y argentinos. En el plano estrictamente jurídico esta sentencia es muy importante, pues constituye el punto de llegada de dos de las líneas jurisprudenciales más consolidadas de la Corte Interamericana: la línea que desarrolla la regla de proscripción de las leyes de amnistía, indultos y perdones, y la línea del control de convencionalidad, vinculada en este fallo con la figura del juez como agente y realizador de la democracia.

Los hechos, reconocidos parcialmente por el Estado en su aceptación de responsabilidad, están relacionados con la desaparición y asesinato de los esposos Marcelo Ariel Gelman y María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, ocurridos tras su detención en Buenos Aires el 24 de agosto de 1976, a manos de militares argentinos. De acuerdo con la Corte, “los hechos comenzaron a perpetrarse en colaboración con autoridades argentinas en un contexto de práctica sistemática de detenciones arbitrarias, torturas, ejecuciones y desapariciones forzadas perpetradas por las fuerzas de seguridad e inteligencia de la dictadura uruguaya, en el marco de la doctrina de seguridad nacional y de la Operación Cóndor”³⁸. El contexto general del asunto se refería al acuerdo hecho por los militares de Chile, Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Brasil alrededor de la “Operación Cóndor”, una política de Estado que operaría en tres áreas: la vigilancia política de disidentes, refugiados o exiliados; la realización de acciones encubiertas de contra-insurgencia; y la ejecución de acciones conjuntas de exterminio.

Los temas de la impunidad, la proscripción de las leyes de amnistía y el control de convencionalidad se encuentran muy vinculados. En el caso de Uruguay y como parte del proceso de restitución del régimen democrático, fue expedida la Ley 15848 del 22 de diciembre de 1996, de impunidad, allí llamada “de caducidad”, que en su artículo 1 establece que “*ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1 de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales*”. Dicha ley ha tenido un

establecimiento de la dictadura en Argentina, que lo condujeron al exilio en 1973. Entre sus textos más destacados se cuentan *Gotán*, *Los Poemas de Sidney West*, *Hechos*, *Comentarios*, *Citas*, *Composiciones* y *Dibaxu*, un hermoso conjunto de poemas escrito en lengua Sefardí entre 1983 y 1985.

³⁸ Corte IDH. *Caso Gelman contra Uruguay*. Sentencia de febrero 24 de 2011. Serie C No. 221, párrafo 44.

tránsito singular. En 1988 la Suprema Corte de Justicia declaró su constitucionalidad, la que no obstante fue atacada mediante referendo en 1989, sin lograrse la mayoría requerida para su derogación. Posteriormente el 19 de octubre de 2009 la Suprema Corte de Justicia de Uruguay declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1, 3 y 4 de la ley de caducidad y resolvió su inaplicabilidad en el caso que fallaba. Este hecho animó la realización de un segundo referendo en octubre de 2010, que tampoco fue exitoso, lo que ha traído como consecuencia que se siga aplicando la ley de caducidad.

En su raciocinio la Corte vinculó la existencia y aplicación de la ley de caducidad con la violación de numerosos derechos, así como con la obligación estatal de someter su derecho interno a las normas de la Convención (artículo 2), precisando que ni siquiera las decisiones del pueblo ejercitadas por referendo tienen el poder de consumir la impunidad por la violación de los derechos humanos mediante leyes de amnistía, pues sobre esas decisiones debe ser también ejercido el control de convencionalidad, como límite de los poderes de las mayorías y garante de la realización de los principios democráticos:

“239. 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”* (*supra* párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que “el límite de la

decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”³⁹ (resaltado fuera de texto).

De esta manera vinculaba la Corte alrededor del control de convencionalidad los temas de la democracia, la defensa de los derechos humanos, los límites del poder político y los límites del propio pueblo, de las mayorías populares.

4. La democracia, el presidencialismo y el control de convencionalidad

El Sistema Interamericano cuenta con un documento propio en materia de democracia. Se trata de la *Carta Democrática Interamericana*, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 11 de septiembre de 2011 en Lima, Perú. El documento, que parece articulado desde los modelos de democracia representativa, participativa, incluyente y electoral, está construido, como otros de su clase, desde dos zonas textuales, la primera de cuales contiene las consideraciones y motivaciones del texto, que luego dan paso a la segunda parte, constituida por el articulado de la Carta.

De acuerdo con sus propios signatarios, la Carta es sobre todo una guía con pretensiones normativas, concebida en la idea de mejorar el funcionamiento de los sistemas democráticos de la región. De allí la tajante afirmación del artículo 1 con el que da comienzo, según la cual, “Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla.” En la parte considerativa del texto, que es bastante amplia, el documento dice recoger como precedentes el *Compromiso de Santiago* de 1991, la *Declaración de Nassau* de 1992 y la *Declaración de Managua* de 1993, suscritos por los Estados partes, apostando a la preservación de la democracia representativa, como el supuesto indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región; así como al

³⁹ Corte IDH. *Caso Gelman contra Uruguay*. Sentencia de febrero 24 de 2011. Serie C No. 221, párrafo 239.

derecho a la participación, como elemento central para el mantenimiento del régimen democrático. De esta manera representación y participación son presentadas como los elementos esenciales de la democracia en la región.

Tres cuestiones contenidas en la parte motiva deben ser resaltadas aquí, por ser funcionales al control de convencionalidad. En primer lugar, la importancia de la relación existente entre la democracia y las instituciones del SIPDH encargadas de la defensa de los derechos y del cumplimiento de las obligaciones de los Estados partes. Al respecto la consideración nueve es explícita, pues justifica la expedición de la Carta, “Reafirmando que la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática y reconociendo la importancia que tiene el continuo desarrollo y fortalecimiento del sistema interamericano para la consolidación de la democracia.”⁴⁰ En segundo término se explicita como elemento necesario para la realización de la democracia, que los Estados cumplan las obligaciones internacionales que han adquirido por el derecho convencional, al entender “que todos los derechos y obligaciones de los Estados Miembros conforme a la Carta de la OEA *representan el fundamento de los principios democráticos del hemisferio*” (resaltado fuera de texto); y en tercer lugar, una referencia explícita a lo que allí se denominó el “desarrollo progresivo del derecho internacional”, que como se ha visto, además de ser un hecho innegable, propicia el nacimiento, desarrollo y aplicación del control de convencionalidad.

En sus elementos normativos la Carta está constituida por 28 artículos, distribuidos en seis secciones, las dos primeras se refieren a “La democracia y el sistema interamericano” y “La democracia y los derechos humanos”; la tercera trabaja la relación existente entre la democracia y la pobreza; mientras que las tres últimas, que van de los artículos 17 a 28, atienden al régimen electoral, a la cultura democrática y al establecimiento de una serie de medidas que pueden ser tomadas en los casos de quebrantamiento de facto del régimen democrático. El caso más reciente de aplicación de estas últimas es el relacionado con el régimen de facto establecido en Honduras el 28 de junio de 2009, que la Comisión Interamericana describió

⁴⁰ Carta Democrática Interamericana, novena consideración.

como “el derrocamiento del Presidente democráticamente electo y la ruptura del orden democrático constitucional”⁴¹.

En sentido funcional y ahorrando muchas discusiones, el texto adopta tres contenidos explícitos para el Sistema Interamericano: en el artículo 3 enuncia los elementos esenciales de la democracia; en el artículo 4 fija los componentes fundamentales para el ejercicio de la democracia y finalmente en el artículo 8 recaba en el carácter fundamental del SIPDH y sus instituciones, para la realización de la democracia.

Como *elementos esenciales* de la democracia representativa se disponen: el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos. Como *componentes fundamentales* de la democracia fueron fijados: la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública; y el respeto por los derechos sociales, y la libertad de expresión y de prensa.

Ahora bien, el artículo 8 del instrumento vincula expresamente la defensa del régimen democrático, al derecho a interponer denuncias o peticiones al SIPDH en referencia a sus órganos (la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana), recabando en la relación existente entre la defensa de los derechos y la democracia, bajo una fórmula explícita: “Los Estados Miembros reafirman su intención de fortalecer el sistema interamericano de protección de los derechos humanos para la consolidación de la democracia en el hemisferio”.

Al considerar las actividades de la Corte y de la Comisión Interamericana durante los últimos veinte años, así como la gran congestión que se presenta en la Comisión, en virtud de la demanda de justicia que elevan los ciudadanos de la región afectados en sus derechos, lo que se pone de presente es la real insuficiencia del derecho interno de los distintos Estados para evitar tanto la violación de los

⁴¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Honduras: Derechos humanos y golpe de Estado*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 30 diciembre 2009. En: <http://www.cidh.org/pdf%20files/HONDURAS2009ESP.pdf> registro de septiembre 20 de 2012.

derechos humanos de sus nacionales, como la preservación de los elementos esenciales y de los componentes fundamentales de la democracia en los Estados de la región. En este sentido, el SIPDH y sus controles, entre los que se cuenta el control de convencionalidad, aparece como una institución válida y necesaria, concurrente con los controles de legalidad y constitucionalidad, en la causa común de la defensa de los derechos y de la democracia.

La evidencia alrededor de la insuficiencia del derecho interno y sus mecanismos, para la realización de los elementos esenciales de la democracia y la defensa de los derechos en la región es abundante. Más aún, la consideración de los casos, lo que revela es que el control ejercido desde la Convención Americana ha sido el único capaz de poner en evidencia los contextos, las políticas públicas y los aparatos organizados de afectación del régimen democrático y de violación masiva o integral de los derechos humanos en los distintos países. Así por ejemplo, la Corte Interamericana y el control desde la Convención, fueron los únicos capaces de evidenciar y juzgar la demencial política estatal de desaparición forzada sobre niños que los jueces internos de El Salvador, Uruguay y Guatemala habían aceptado y consentido con su control de legalidad. Análoga fue la circunstancia de Colombia, donde el control desde la Convención probó la violación de los derechos humanos por la alianza del Ejército con los paramilitares, consentida por los jueces de Colombia y su control de legalidad⁴², llegando incluso al punto que alrededor del 30% de los miembros del Congreso de la República tuvieran vínculos con los paramilitares, como luego lo explicitó la Corte Suprema de Justicia de ese país. Ni qué decir de la gran cantidad de fallos proferidos contra Perú, caracterizados por la política pública de exterminio de los opositores políticos, bajo cuyo suceso se llegó a la persecución de los jueces del Tribunal Constitucional. O para referir finalmente los casos en los que la Corte Interamericana ha declarado la responsabilidad internacional de los Estados por tener leyes y normas electorales que impiden el ejercicio de los derechos

⁴² La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado en cinco oportunidades la responsabilidad internacional del Estado colombiano por las actuaciones de los paramilitares con el ejército colombiano en los casos: *Caso de los 19 comerciantes contra Colombia*; *Caso de la Masacre de Mapiripán*; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*; *Caso de las Masacres de Ituango* y *Caso de la Masacre de la Rochela*.

políticos y democráticos de los ciudadanos o de las comunidades que habitan sus territorios⁴³.

Esa insuficiencia del derecho interno, del control de legalidad y del control de constitucionalidad, en la tarea de proteger la democracia y los derechos humanos en la región, resulta evidente al relacionar los temas del presidencialismo andino, el modo como se ejerce el poder constituyente en esa zona y el control de convencionalidad. Según se afirmó en la sección primera de este escrito, una anomalía de la región andina, hace que el poder constituyente realmente le pertenezca al Presidente de la República y no al Pueblo, en una situación en la que el control de legalidad y el control de constitucionalidad poco pueden. En sentido contrario, el control de convencionalidad aparece como una opción capaz de neutralizar la usurpación. Una buena evidencia de la insuficiencia de los controles de legalidad y constitucionalidad y la necesidad de otro control más fuerte, la ofrecen el caso peruano en la manera como se estableció allí la Constitución de 1993, así como el caso colombiano, en relación con el modo como se adelantan las sucesivas reformas a la Constitución de 1991.

Fujimori declaró un “Estado de emergencia y reconstrucción nacional”, implementando como mecanismo, la expedición de numerosos decretos ley, que establecieron de facto, un nuevo régimen jurídico para el país. El establecimiento de la nueva excepcionalidad y el procedimiento de “blanqueo” fueron descritos por la Corte Interamericana así:

“89.2 El 5 de abril de 1992 el Presidente Fujimori Fujimori transmitió el “Manifiesto a la Nación” en el cual expresó, inter alia, que se sentía “en la responsabilidad de asumir una actitud de excepción para procurar aligerar el proceso de [...] reconstrucción nacional, por lo que [...] decidí[ó] [...] disolver temporalmente el Congreso de la República [...] modernizar la administración pública [y] reorganizar totalmente el Poder Judicial.” Al día siguiente, con fundamento en el mencionado manifiesto, el señor Fujimori instituyó transitoriamente el llamado “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”, a través del Decreto Ley No. 25418 (...).”⁴⁴

⁴³ Al respecto pueden ser trabajadas las sentencias proferidas en el *Caso Castañeda Gutman contra México*, o en el *Caso Yatama contra Nicaragua*

⁴⁴ Corte IDH. *Caso de los Trabajadores cesados del Congreso contra Perú*. Sentencia de noviembre 24 de 2006. Serie C No. 174, párrafo 89.2.

Para el efecto, dispuso tres medidas concretas: Disolver el Congreso de la República hasta la aprobación de una nueva estructura orgánica del Poder Legislativo; permitirle al Presidente el ejercicio las funciones que corresponden al Poder Legislativo, a través de Decretos Leyes; y dejar en suspenso los artículos de la Constitución Política y las normas legales que se opusieran a ese decreto ley⁴⁵.

Dentro de esta línea y en el marco de aplicación de la Resolución 1080 aprobada el 5 de junio de 1991 por la Asamblea General de la OEA, se convocó a elecciones y se conformó el llamado “Congreso Constituyente Democrático” (CCD), una de cuyas primeras acciones fue la de dictar las denominadas “leyes constitucionales”. Dentro de ese marco normativo, aconteció el cese de los trabajadores del Congreso y la reestructuración del sistema judicial, ahora plenamente sometido al Presidente. Así, el 16 de abril de 1992 el “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional” emitió el Decreto Ley No. 25438 mediante el cual constituyó la Comisión Administradora del Patrimonio del Congreso de la República, a la cual se le encargó que “adopt[ara] las medidas administrativas y dict[ara] las acciones de personal que [fueran] necesarias”. El 6 de mayo de 1992 el Decreto Ley No. 25477 dispuso que la Comisión Administradora “iniciar[ía] un proceso de racionalización administrativa, el mismo que deb[ía] concluir dentro de 45 días contados a partir de la publicación de [dicho] Decreto”. Mediante el Decreto Ley No. 25640 de 21 de julio de 1992 se autorizó la ejecución del proceso de racionalización del personal del Congreso de la República, que conduciría a la cesación de 257 personas, que luego promoverían el caso ante la Corte Interamericana.

El punto es que en esa situación, numerosos funcionarios vieron afectados sus derechos prestacionales, máxime si se tenía en cuenta, que los múltiples decretos suprimían de facto los recursos administrativos o judiciales de defensa. La Corte encontró que los hechos que dieron origen a la denuncia y el juzgamiento se enmarcaban dentro de un proceso constituyente, convergente con la expedición de leyes y disposiciones administrativas que dispusieron ceses masivos de trabajadores, que resultaban violatorios de la Convención

⁴⁵ Corte IDH. *Caso de los Trabajadores cesados del Congreso contra Perú*. Sentencia de noviembre 24 de 2006. Serie C No. 174, párrafo 89.2.

Americana. La tesis del fallo está contenida en el párrafo 129 de la sentencia, así.

“129. En conclusión, la Corte observa que este caso ocurrió en un contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales para afrontar hechos como los del presente caso. En ese contexto, y en particular el clima de inseguridad jurídica propiciado por la normativa que limitaba la impugnación respecto del procedimiento de evaluación y eventual cesación de las presuntas víctimas, es claro que éstas no tenían certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que se consideraran vulnerados, fuera administrativa, contencioso administrativa o de amparo.”⁴⁶

Desde allí la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado, decidiendo que este había violado en perjuicio de las 257 víctimas, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la misma. Adicionalmente, la Corte recabó en la obligación que tienen los jueces locales en efectuar no solo control de legalidad y constitucionalidad, sino en ejercer control en los asuntos de sus competencias desde la Convención Americana.

Si bien el caso se refiere a derechos de los trabajadores, la reconstrucción hecha por la Corte evidencia el inmenso poder del presidente en América Latina, que lo lleva a ejercer el poder constituyente. Aunque en el caso de referencia con posterioridad fue convocada una Asamblea Constituyente, conformada por los seguidores del mismo presidente Fujimori, que consumaría la actuación, lo cierto es que la implementación del mecanismo a punta de decretos, minimizó de facto la presencia real poder del poder constituyente, sin control efectivo alguno. Tanto fue convertida la Constitución en un artefacto del Presidente y no del pueblo, que años después el mismo sujeto la modificaría en provecho de su propia reelección, como lo hacen de continuo los presidentes latinoamericanos, des-

⁴⁶ Corte IDH. *Caso de los Trabajadores cesados del Congreso contra Perú*. Sentencia de noviembre 24 de 2006. Serie C No. 174, párrafo 129.

calificando y suprimiendo también el control de constitucionalidad, llegándose al exceso de destituir a los magistrados el Tribunal Constitucional que se opusieron a la reelección, evento por el que fue de nuevo condenado el Estado peruano, mediante la sentencia de fondo proferida en el *Caso del Tribunal Constitucional contra Perú*⁴⁷.

Una segunda evidencia del desplazamiento del poder constituyente del pueblo hacia el presidente latinoamericano, la ofrece el acontecimiento de las sucesivas reformas a la Constitución de 1991 en Colombia. Ocurre que los presidentes colombianos con procedimientos formalmente válidos, han ejercido el poder constituyente, imponiendo las reformas constitucionales que han querido. Peor aún, lo han concentrado todo: radican los proyectos de reforma constitucional; las hacen aprobar por su bancada parlamentaria; y más recientemente, impusieron la sanción presidencial del acto reformatorio, es decir, que si al final no les gusta lo que radicaron y lo que su Congreso les aprobó, entonces ellos mismos lo objetan y lo archivan⁴⁸.

La Constitución Política de ese país establece en el artículo 374, que la Constitución podrá ser reformada en virtud de tres mecanismos: mediante trámite en el Congreso, por medio de referendo constitucional o mediante asamblea constituyente. A la fecha han sido aprobados 36 actos reformatorios de la Constitución, 35 de los cuales han sido tramitados por el Congreso de la República y tan solo uno, por demás inane, por la vía del referendo constitucional.

Ahora bien, de acuerdo con los libros de texto y las normas vigentes en ese país, los actos de reforma de la Constitución deben ser adelantados por el poder constituyente secundario, para el caso centrado en el Congreso de la República. Sin embargo, la evidencia empírica demuestra es que en materia legislativa y muy especialmente en materia de reformas constitucionales, el último el Congreso no tiene iniciativa, o simplemente no la ejerce. Por el contrario lo que se evidencia, es que el Congreso simplemente aprueba lo que le lle-

⁴⁷ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional contra Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

⁴⁸ Esto acaba de ocurrir en julio de 2012, cuando el presidente de Colombia al momento de la “sanción” del Acto Legislativo (que no está prevista como competencia de ese presidente en la Constitución Política de 1991) objetó una reforma constitucional que había sido aprobada por el poder constituyente secundario (el Congreso de Colombia). Debe precisarse, que la objeción recayó sobre la aprobación de un texto que meses antes, el mismo presidente había radicado ante el Congreso.

va el Presidente, y que todas esas aprobaciones van por cuenta de los parlamentarios de la bancada del Presidente, dentro de un escenario en el que la oposición política es mínima o simplemente simbólica. En pocas palabras, la reforma constitucional nace del Presidente, se tramita en el Congreso por las bancadas del Presidente y ahora, también, al final, las sanciona el Presidente.

Este hecho se ha acentuado durante las últimas administraciones presidenciales. Durante los dos períodos de Álvaro Uribe (2002-2006 y 2006-2010) fueron aprobadas 16 reformas constitucionales, y cuatro características de esas reformas, validan la tesis del desplazamiento del poder constituyente del pueblo hacia el Presidente, pues: La iniciativa de las reformas correspondió al Presidente y no a los congresistas o al pueblo; las reformas fueron aprobadas por unanimidad por las bancadas del Presidente (de hecho durante el período de hablaba de “la aplanadora uribista en el Congreso”); la mayoría de las reformas tuvieron como instrumento de realización la expedición de decretos presidenciales; y adicionalmente, las reformas consistieron en hacer constitucional lo que la Corte Constitucional había declarado contrario a la Carta Política⁴⁹, o lo que le había sido negado al presidente en su intento de referendo.

Con la administración del Presidente Juan Manuel Santos las cosas no cambiaron. Durante los dos primeros años de este período presidencial han sido aprobadas siete reformas constitucionales, que además de las características ya reseñadas para las reformas de Uribe, además, son ahora sometidas a sanción presidencial, con lo cual se acaba de instalar el dominio presidencial sobre la Constitución y sus reformas, en el sentido que el presidente las radica, sus adeptos las tramitan, sus seguidores las aprueban (el nombre que se le ha dado a todo aquello es “Unidad Nacional”) y él las sanciona, es decir, verifica que sus servidores aprobaron lo que él quería y no otra cosa.

Dentro de este contexto de presidencialismo extremo, de gran concentración del poder, ahora desplegado también sobre el dominio de la Constitución y sus reformas, el déficit democrático es innegable, así como el incumplimiento de los elementos esenciales de la democracia, identificados en la *Carta Democrática Interamericana*, aceptada por los Estados miembros de la región. Pero peor aún, lo

⁴⁹ Tal el caso del Acto Legislativo No. 2 de 2005, que suprimió la “dosis personal” de narcóticos, que la Corte Constitucional había aceptado mediante Sentencia C-221 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

que pone de presente la evidencia empírica, además del desplazamiento, es la insuficiencia de los controles internos de legalidad y constitucionalidad para evitar la afectación del régimen democrático, el que se ve necesitado de un control externo más vinculante, como parece serlo el control de convencionalidad.

Finalmente cabe advertir en el escenario de ese presidencialismo en el que se trata lo público como personal, que no es coincidencia que el Perú de Fujimori y la Venezuela de Chávez, hayan sido declaradas internacionalmente responsables muchas veces, por la violación de los derechos contenidos en la Convención Americana, por actos relacionados con los procesos constituyentes que ellos mismos promovieron. Tampoco es coincidencia que en la actualidad sea justamente el presidente de Venezuela quien promueva la reforma del sistema de competencias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dentro de una estrategia encaminada a minar el valor normativo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el control de convencionalidad y las garantías democráticas. Para terminar valga decir, que desafortunadamente Colombia ha entrado en el mismo juego de impedir el crecimiento del control y la realización de los derechos en la región, como lo pone de presente el hecho de no haber asistido a la audiencia programada en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el día 2 de noviembre de 2012, con ocasión de la denuncia hecha por grupos de derechos humanos alrededor de “los hostigamientos que contra ellos realiza Alejandro Ordoñez, el Procurador General de la Nación” (Villa, 2012), por la eventual violación de derechos de género de la población LGBTI. 

Referencias

Bibliográficas

Aguilar, José Antonio (2000). *En pos de la quimera. Reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Aragón, Manuel (1999). *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Brewer, Allan (1985). (comp. y estudio preliminar) *Las constituciones de Venezuela*. San Cristóbal: Universidad Católica de Táchira.

Brewer, Allan (2008). *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Hispanoamericana (1810-1830) y sus aportes al constitucionalismo moderno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Carpizo, Jorge (2009). *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia – Universidad Autónoma de México.

Carbonell, Miguel (2003). (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.

Carbonell, Miguel – García Jaramillo, Leonardo (2010) (eds.). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, 2da ed., Madrid: Trotta.

Cassagne, Juan (2009). *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires: Marcial Pons.

Cifuentes, Eduardo (1994). “Derechos fundamentales e interpretación constitucional”. En: *Nuevas corrientes del Derecho Constitucional colombiano*. Bogotá: Dike.

Favoreau, Louis (2000). *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ferrajoli, Luigi (2003). “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en: Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.

García Jaramillo, Leonardo (2010). “El neoconstitucionalismo en Colombia: ¿entelequia innecesaria o novedad pertinente?”, en: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Guastini, Ricardo (2003). “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”. En: Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.

Kaplan, Marcos (1969). *Formación del Estado Nacional en América Latina*. Buenos Aires: Amorrortu.

- Martín, Lorenzo (2004). *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*. Madrid: Civitas.
- Mazzetti, Luca (2011). “La influencia el proceso de integración europea sobre los ordenamientos constitucionales nacionales con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa”. En: *Realidades y tendencias del derecho en el Siglo XXI*. Bogotá: Universidad Javeriana – Temis.
- Patiño, Carlos (2005). *El origen del poder en Occidente*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Quinche, Manuel (2012). *Derecho Constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Temis.
- Raffin, Marcelo (2008). “La globalización de la efectiva vigencia de los derechos humanos. El rol de las personas en la búsqueda de la perfección de los sistemas de control internacionales”. En: *El control de Convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar.
- Restrepo, Carlos (1996). *Las Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rey, Ernesto (2008). *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. México D.F.: Porrúa – Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.
- Rodríguez, César (2011). (coord.) *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Sieckmann, Jan – Clérico, Laura – Capaldo, Griselda (2012). (eds.) *Internacionalización del Derecho Constitucional. Constitucionalización del Derecho Internacional*. Buenos Aires: Fundación Alexander von Humboldt – Universidad de Buenos Aires, EUDEBA.
- Ureña, René (2008). *Derecho de las organizaciones internacionales*. Bogotá: Universidad de los Andes – Temis.
- Valadés, Diego (2009). *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*. Lima: Adrus.
- Villa, Santiago (2012). *El comienzo del fin de la CIDH*. En: <http://www.elespectador.com/opinion/columna-385329-el-comienzo-del-fin-de-cidh> Registro de noviembre 6.

Normativas

- Corte IDH. *Caso Gelman contra Uruguay*. Sentencia de febrero 24 de 2011. Serie C No. 221, párrafo 193.
- Corte IDH. Voto disidente del juez Cancado Trindade, consideraciones 6 a 12 en *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú*. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo. Sentencia de 30 de Noviembre de 2007 Serie C No. 174.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala Plena. Sentencia de octubre 30 de 1978. M.P. Luis Carlos SÁCHICA Aponte.

Corte Constitucional Colombiana, sentencia T- 629 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao.

Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-209 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda.

Corte Constitucional Colombiana, sentencia SU-641 de 1998, M.P. Carlos Gaviria.

Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-075 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar.

Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-141 de 2010, M.P. Humberto Sierra Porto

Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-577 de 2011, M.P. Eduardo Mendoza.

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile*. Sentencia de septiembre 26 de 2006. Serie C No. 154, párrafo 119

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile*. Sentencia de septiembre 26 de 2006. Serie C No. 154, puntos resolutivos 3, 5 y 6

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano contra Chile*. Sentencia de septiembre 26 de 2006. Serie C No. 154.

Corte IDH. *Caso de los Trabajadores cesados del Congreso contra Perú*. Sentencia de noviembre 24 de 2006. Serie C No. 174.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco contra Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de noviembre 23 de 2009. Serie C No. 209.

Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, *supra* nota 19, párr. 124; *Caso La Cantuta Vs. Perú*, *supra* nota 51, párr. 173, y *Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169, párr. 78.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco contra Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de noviembre 23 de 2009. Serie C No. 209, puntos resolutivos 10 y 11.

Corte IDH. *Caso Gelman contra Uruguay*. Sentencia de febrero 24 de 2011. Serie C No. 221.

Corte IDH. *Caso Gelman contra Uruguay*. Sentencia de febrero 24 de 2011. Serie C No. 221, párrafo 239.

Corte IDH. *Caso de los Trabajadores cesados del Congreso contra Perú*. Sentencia de noviembre 24 de 2006. Serie C No. 174, párrafo 89.2

Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional contra Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Honduras: Derechos humanos y golpe de Estado*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 30 diciembre 2009. En: <http://www.cidh.org/pdf%20files/HONDURAS2009ESP.pdf> registro de septiembre 20 de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 016 de 1999. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párrafo 14.