

**EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD FRENTE AL CONTROL
CONSTITUCIONAL INTERNO: CASO DE ANÁLISIS ACTO LEGISLATIVO 01
DEL 2005**

**REALIZADO POR
ELEONORA ALZATE CORTES**

TUTOR: DR. ALVARO GUERRERO

**UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CALI
INVESTIGACION TRABAJO DE GRADO
SANTIAGO DE CALI ABRIL DE 2018**

Tabla de Contenido

El Control de Convencionalidad frente al Control Constitucional interno: Caso de análisis Acto Legislativo 01 del 2005	1
1. La antinomia que introdujo el Acto Legislativo 01 del 2005 en el Bloque de Constitucionalidad.....	3
2. El Control Constitucional al Acto Legislativo 01 del 2005.....	6
3. El Control de Convencionalidad y su complementariedad del Control de Constitucionalidad.....	15
3.1. Origen y contenido del Control de Convencionalidad.....	16
3.2. Constitucionalización del Derecho Internacional.....	24
3.3. Control de Convencionalidad como medio de control material de las reformas a la Constitución (Acto Legislativo 01 del 2005).....	30

PRESENTACION

Se puede definir el control de convencionalidad como el acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna respecto de la norma internacional y, más específicamente, en cuanto a la conformidad de la ley a los tratados internacionales respecto de los cuales el Estado ha consentido en obligarse.

El control de convencionalidad puede tener su fuente en el derecho constitucional nacional, en aquellos casos en que la Constitución del Estado ha previsto expresamente la superioridad jerárquica de los tratados internacionales por sobre las normas infraconstitucionales, o bien, la jurisprudencia nacional ha consagrado pretorianamente dicha superioridad. En este caso, para dar cumplimiento a la disposición constitucional, es necesario un órgano jurisdiccional que vele por la conformidad de las leyes a los tratados internacionales.

Por otro lado, la obligación del control de convencionalidad puede encontrar su fuente en el derecho internacional. Primero, en la imposibilidad de alegar impedimentos de derecho interno para no cumplir con las obligaciones derivadas del derecho internacional. Segundo, en la obligación del Estado de adecuar su orden jurídico interno al derecho internacional. Tercero, en la obligación del Estado de garantizar el goce de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales.

En el caso de América Latina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) ha explicitado y resaltado la obligación de los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la CADH) de efectuar un control de convencionalidad.

El Control de Convencionalidad frente al Control Constitucional interno: Caso de análisis Acto Legislativo 01 del 2005

Para iniciar este capítulo es necesario recordar que los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran consagrados tanto a nivel interno como internacional, y su reconocimiento pleno como derechos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada Justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal el cumplimiento, al menos, de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho (Abramovich & Curtis, 2004). Argumento similar utiliza Pisarello (2007): “cuando se afirma que los derechos sociales no son auténticos derechos fundamentales, lo que se pretende decir es que no cuentan con garantías o mecanismos de protección similares a los que se asignan a los derechos civiles y políticos” (p.79).

En ese orden de ideas, y debido al déficit de garantías procesales reconocido frente a la categoría de derechos económicos, sociales y culturales, el presente trabajo ha centrado su atención inicialmente en desentrañar el contenido del principio de progresividad y su correlativa prohibición de regresividad como una serie de obligaciones mínimas que tienen los Estados en relación con los derechos sociales, que constituyen a su vez una condición necesaria para la Justiciabilidad de éstos. Por tal motivo, en lo que resta de la investigación se analizará la importancia de instrumentos y/o herramientas normativas internacionales para la garantía de los derechos sociales fundamentales, para lo cual se examinará sí el denominado Control de Convencionalidad puede ser concebido como un instrumento procesal concreto para remediar la violación de la obligación de no regresividad de dichos derechos.

Para alcanzar este objetivo y concretar el estudio se abordará, en primer lugar, la problemática de la afectación del derecho a la seguridad social que introdujo el Acto Legislativo 01 del 2005, y el consecuente desconocimiento del principio de progresividad a la luz de instrumentos internacionales que consagran dicha protección. Esta situación ha conllevado a considerar la existencia de una antinomia en el bloque de constitucionalidad, el cual se concibe a partir de la adopción¹ de instrumentos normativos de carácter internacional por parte del Estado colombiano, sobre los cuales la Corte Constitucional en las sentencias C-251 de 1997 y C-035 del 2005 ha sentado jurisprudencia sobre su inclusión normativa al mismo nivel jerárquico que la Constitución.

Una vez identificado este aspecto, y como segundo punto de análisis, se revisará en el principal instrumento de control constitucional interno consagrado en el artículo 241 de la Constitución Política (acción de inconstitucionalidad), las limitaciones que se imponen frente a la revisión material o sustantiva de los actos reformativos a la Constitución, y en consecuencia la postura asumida por el Alto Tribunal Constitucional frente al presunto retroceso del derecho a la seguridad social que introdujo el Acto Legislativo 01 del 2005.

¹ “Colombia se inscribe así bajo la concepción monista sobre la dualista respecto a la incorporación automática de normas internacionales al derecho interno, requiriendo únicamente que la norma internacional sea perfeccionada y promulgada internamente, para adquirir el status de norma interna, sin formalidades mayores, tal como lo ordena el inc. 3 del artículo 53 de la Constitución Política” Molina (2005, p. 167)

Como tercer punto de examen, se explorará la posibilidad de aplicar una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad para controlar judicialmente los eventuales retrocesos de las autoridades a partir del denominado Control de Convencionalidad, en un intento de aportar a la dogmática jurídica que permita legitimar el control material de constitucionalidad de las enmiendas a la Constitución. Se pretende resaltar la importancia de instrumentos normativos internacionales para la garantía de los derechos, que lleve, además, a superar el déficit de instrumentos procesales existentes en la tutela y garantía de los Derechos Sociales Fundamentales.

1. La antinomia que introdujo el Acto Legislativo 01 del 2005 en el Bloque de Constitucionalidad

El Acto Legislativo 01 del 2005 fue producto de una serie de intentos² que realizó el Gobierno Nacional de la época por reformar el sistema pensional colombiano. Si bien ya había sido objeto de una gran reforma a nivel legal a partir del año 1994, con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, este sistema no había logrado en sus primeros 10 años de vigencia superar los principales obstáculos que aún hoy siguen aquejándole, como son la baja cobertura, la dificultad de sostenibilidad financiera y la inequidad del sistema pensional, ya que buena parte de los recursos con que se sustenta el reconocimiento económico de las pensiones sale del presupuesto nacional. Este panorama fue el caldo de cultivo que tuvo a su mano finalmente el Gobierno Nacional para convocar al congreso a modificar directamente la Constitución, buscando así blindar de una vez por todas y en definitiva las iniciativas que limitaban principalmente la negociación colectiva en materia pensional, los regímenes especiales y la finalización del régimen de transición consagrado en la ley 100 de 1993, además de la denominada mesada pensional catorce (Guzmán, 2014, pág. 6).

Sin embargo, lo que ha llamado la atención del mencionado acto de enmienda constitucional fue la incorporación de un nuevo principio que delimitaría por completo el derecho a la seguridad social, esto es, el principio de sostenibilidad financiera. De acuerdo con este principio, los recursos son limitados y deben ser distribuidos de la manera más eficiente, logrando un equilibrio financiero para subsanar el déficit y que conduzca a la viabilidad futura del sistema de pensiones. Con esto el Gobierno Nacional le ordenaba a las demás ramas del poder del Estado garantizar la justicia y la igualdad así como la efectividad de los derechos, es decir, la materialización de los mismos en la realidad. El Estado colombiano, a partir del Acto Legislativo 01 del 2005 no solo garantizaría el derecho a la seguridad social en pensiones sino simultáneamente la viabilidad económica de esta última, lo cual implica necesariamente, tal como lo consagra la modificación constitucional, que ninguna ley posterior a la misma pueda

² El primer intento se produjo con la ley 796 de 2003, que convocaba un referendo constitucional con el cual pretendió el ejecutivo reformar la Constitución a través del pueblo. Simultáneamente el Gobierno Nacional solicitó al Congreso aprobar la ley 797 de 2003, buscando modificar sustancialmente el régimen de transición de la ley 100 de 1993. Finalmente, y fiel a su empeño por modificar el derecho a la seguridad social consagrado en el régimen de transición de la ley 100 de 1993, el Gobierno Nacional presentó por segunda vez una reforma legal, esta vez a través de la ley 860 de 2003. Pero esta modificación se encontró con la Corte Constitucional, quien estableció una suerte de “derecho adquiridos al régimen pensional” que hacía imposible la modificación del régimen de transición (sobre este último punto pueden verse los salvamentos de voto de los magistrados Cepeda, Escobar y Uprimny a la Sentencia C-754 de 2004).

desconocer o pasar por alto este principio económico tan importante para los poderes constituidos (Guzmán, 2014, pág. 8).

Ante esta situación se plantea entonces una contradicción normativa al mismo nivel jerárquico, es decir una antinomia constitucional, en aplicación de una norma que para muchos tratadistas es a todas luces anti-técnica, llegando a señalar que la misma no fue más que un esguince a la cosa juzgada constitucional –SC-754 de 2004–, ya que un régimen de transición, por su propia naturaleza jurídica, es un asunto eminentemente legal, transitorio y no de rango constitucional (Mesa, 2015, pág. 114). Se limitan o cercenan los derechos sociales a la negociación colectiva y seguridad social a partir de la aplicación del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional y, en el caso puntual de la seguridad social, se desconoce la aplicación del principio de progresividad, consagrado en el mismo texto constitucional así como en instrumentos normativos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Guzmán (2014, p. 17) refiere además como agravante el hecho de que Colombia adoptó instrumentos internacionales para la protección de derechos sociales que son obligatorios en virtud del *ius cogens*, los cuales fueron ratificados por el país a través de la ley 74 de 1968 (PIDESC) y la ley 319 de 1996 (Protocolo de San Salvador), por lo que sus disposiciones son plenamente aplicables y vinculantes; adicionalmente, en materia propiamente del derecho a la seguridad social, el Estado aprobó mediante la ley 516 de 1999, el Código Iberoamericano de Seguridad Social³, el cual establece entre sus principios fundamentales el compromiso de los Estados parte de elevar progresivamente el nivel mínimo de seguridad social y los niveles de protección, según sus posibilidades (art.4).

Sumado a lo anterior debe tenerse en cuenta que Colombia, mediante Ley 32 de 1985, aprobó la “Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969. Al respecto Sánchez (2015) afirma:

Colombia, en virtud de la aprobación y ratificación de la Convención, se comprometió a cumplir de buena fe los tratados internacionales (principio *pacta sunt servanda*) “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

La Convención dispone en el artículo 27, refiriéndose a los estados parte, que “no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”

De igual manera Colombia mediante la Ley 406 de 1997 aprobó la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre estados y organizaciones internacionales, de 1986.

Mediante este instrumento internacional, Colombia nuevamente, al igual como lo hizo en la Convención de Viena de 1969, se comprometió a respetar el principio *pacta sunt servanda* y a no invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para incumplir un tratado, conforme se dispuso en los arts. 26 y 27 de la nueva Convención. (p.147)

³ “Mediante Sentencia C-125 del 2000, la Corte Constitucional efectuó revisión oficiosa de la ley 516 de 1999, por medio de la cual se aprobó el Código de Seguridad Social” M.P Carlos Gaviria Díaz.

En relación con el principio *pacta sunt servanda*, la Corte Constitucional, en Sentencia C-400 de 1998, señaló:

Pacta sunt servanda no sólo significa que los tratados deben ser formalmente acatados sino que deben ser cumplidos de buena fe, esto es, con la voluntad de hacerlos efectivos. Por ello la doctrina y la jurisprudencia internacionales consideran que el principio de buena fe es parte integrante de la norma Pacta sunt servanda. Este principio de que Colombia debe cumplir de buena fe sus obligaciones internacionales tiene evidente sustento constitucional, pues la Carta señala que las actuaciones de las autoridades colombianas deben ceñirse a los postulados de la buena fe, norma que se aplica también a las relaciones internacionales.

Los artículos 18 y 26, que consagran la observancia de buena fe de los tratados no sólo no violan la Carta, sino que armonizan plenamente con los principios y valores constitucionales, por lo cual esas disposiciones serán declaradas exequibles. Con todo, la Corte precisa que el principio Pacta sunt servanda, si bien es uno de los fundamentos esenciales del derecho internacional, no debe ser absolutizado pues la propia normatividad, así como la doctrina y la jurisprudencia internacionales reconocen que, *en determinados casos, esta norma cede ante otros principios, y por ende un sujeto internacional puede dejar de cumplir las obligaciones derivadas de un tratado sin por ello incurrir en responsabilidad internacional.* (cursivas fuera de texto original)

Lo hasta aquí mencionado significa para Guzmán (2014, p. 18) que Colombia tiene dentro del mismo nivel jerárquico constitucional dos disposiciones totalmente en contravía. De una parte, las normas de derecho internacional consagradas en los artículos 2, 2.1 y 9 del PIDESC, el artículo 26 de la CADH, los artículos 1, 8 y 9 del Protocolo de San Salvador, el artículo 4 del Código Iberoamericano de Seguridad Social, normas que garantizan en su conjunto el derecho a la seguridad social como un derecho humano amparado principalmente por el principio de progresividad, lo cual implica que los Estados no pueden tomar medidas regresivas frente a los mismos y, de otra parte, se tiene al artículo 48 de la Constitución adicionado por el Acto Legislativo 01 del 2005 que se torna como una clara medida regresiva frente al régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993⁴, la mesada catorce, los regímenes especiales y el derecho a la negociación colectiva.

Lo expuesto reafirma que el Acto Legislativo 01 del 2005 introdujo una antinomia al interior del bloque de constitucionalidad, ya que como bien lo ha señalado la Corte Constitucional los tratados de derechos humanos previstos por el artículo 93 de la Carta, ostentan jerarquía constitucional por estar situados a la misma altura de la Carta Política, formando con ésta un solo conjunto normativo de igual rango. Sobre el particular Guzmán (2014) agrega:

Las normas que componen el bloque de constitucionalidad forman el máximo nivel jerárquico en el ordenamiento jurídico, formando un todo indisociable. De acuerdo con la

⁴ “De 557.000 colombianos que se encontraban bajo el régimen de transición a partir de la vigencia del Acto Legislativo 01 del 2005, solo lo conservaron 369.500, quedando por fuera de dicho régimen en promedio 187.500 afiliados, los cuales se debieron someter a los requisitos de la ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, que incrementó en dos (2) años la edad pensional y en seis (6) años las semanas de cotización. El tiempo, edición del 2 de agosto de 2005, pp.1-23” (como se citó en Mesa, 2015).

doctrina de la Corte Constitucional, entre las normas del bloque (en sentido estricto) no existe jerarquía alguna, esto es, no son superiores las normas de la Constitución frente a las disposiciones de derecho internacional en derechos humanos, como lo serían éstas frente a las primeras. Es decir, no existe una supra constitucionalidad ni siquiera de los tratados de derechos humanos en los términos del artículo 93. Estos, así como las normas de la Constitución, forman parte de un conjunto indisoluble y supremo en jerarquía jurídica debido a la especificidad del derecho constitucional colombiano. (p. 101)

Finalmente podemos señalar que dentro del mismo nivel normativo coexisten claramente dos tipos de normas en principio excluyentes que necesitan ser armonizadas a través de la revisión judicial a fin de ponderar su adecuada aplicación en un juicio o test de regresividad con el fin de determinar la razonabilidad de la medida adoptada y evaluar si realmente las autoridades logran derrotar la presunción de inconstitucionalidad que recae prima facie sobre dichas medidas regresivas contenidas en el Acto Legislativo 01 del 2005. Por tal motivo, a continuación, identificaremos el tratamiento dado por la Corte Constitucional en sede judicial, a través del juicio o control de constitucionalidad, al mencionado Acto Legislativo 01 del 2005.

2. El Control Constitucional al Acto Legislativo 01 del 2005

En varias oportunidades el Alto Tribunal Constitucional ha estudiado diferentes cargos en los cuales se alega la inconstitucionalidad de la reforma introducida por el Acto Legislativo 01 del 2005⁵, por violar entre otros los convenios de la Organización Internacional de Trabajo en lo referente a la negociación sindical en consonancia con los artículos 9, 53 y 93 de la Constitución Política y demás normas del bloque de constitucionalidad. Sin embargo, tal y como lo sostiene Guzmán (2014):

La Corte ha establecido, dentro de una línea más bien formalista y poco usual en las anteriores Cortes, que no podía pronunciarse de fondo y por tanto debía declararse inhibida, por cuanto dichos cargos buscaban un control material y su pronunciamiento de constitucionalidad solo estaba limitado a posibles errores de procedimiento cometidos por el Legislativo al tramitar el Acto, dentro de los cuales sí se podía contar el de competencia para la reforma. (p.87)

Se debe mencionar que la postura asumida por la Corte Constitucional no es del todo caprichosa, sino que obedece al contenido del numeral 1 del artículo 241 y 379 constitucionales, de los cuales según Arango (2015): “se desprende que la Corte Constitucional se encuentra facultada para pronunciarse al respecto: “sólo por vicios de procedimiento en su formación, de lo que se colige sin mayores esfuerzos que no podrá emitir control material al respecto” (p. 336). No obstante, se considera necesario identificar las posibles razones por las cuales, dentro del ordenamiento jurídico constitucional, se ha limitado desde sus orígenes esa facultad judicial de control a las enmiendas realizadas a la constitución.

⁵ En Sentencias de Constitucionalidad C-472 y C-986 del año 2006, ambas con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

Un hecho que puede empezar a dar pistas de esa limitación lo ubicamos en la naciente organización política de finales del siglo XIX que abrazó férreamente, mediante la ley 153 de 1887, la concepción francesa que tenía al poder legislativo por centro de gravedad del Estado y, con ella, la idea de que, por definición, tanto él como la ley eran incontestables. Quedan así vestigios de la tradición jurídica francesa ante el tránsito a la concepción norteamericana de la cual es propia la acción de inconstitucionalidad, al pasarse de la idea de un legislativo todopoderoso cuyos actos no están sujetos a ningún control externo, puesto que son el emblema de la soberanía del Estado y del derecho, a la de uno cuyos actos, por eso mismo, se encuentran sometidos al imperio del derecho a través de un control judicial concebido en aras de la supremacía constitucional y de la efectividad de los derechos de los ciudadanos (Portocarrero, 2012, pág. 402).

Pero tal vez el hecho histórico más importante lo constituye una serie de sentencias de la Corte Suprema de Justicia que fueron recortando el alcance de la acción de inconstitucionalidad, hasta afirmar que su objeto no se extendía a la totalidad de las leyes. Es así como Portocarrero (2012) afirma:

El control de constitucionalidad no abarcaba todos los actos del legislativo y especialmente no aquellos que este expedía en su condición de cuerpo constituyente delegado, ya que estos no eran en realidad verdaderas leyes, es decir, actos legislativos stricto sensu, así entre nosotros fuera tradicional darles esa impropia denominación para destacar que habían tenido origen en el Congreso. Al final, luego de que durante muchos años la Corte se declaró inveteradamente incompetente para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución, terminó imponiéndose la tesis de que esos actos sí eran revisables, pero solo por vicios de forma. (p.352)

Sin embargo, en los últimos años el tribunal constitucional ha planteado respecto al alcance y sentido de su función de garante de la norma fundamental, según sentencia C-551 del 2003, que:

El Constituyente derivado no tiene entonces competencia para destruir la Constitución. El acto constituyente establece el orden jurídico y por ello, cualquier poder de reforma que el constituyente reconozca únicamente se limita a una revisión. El poder de reforma, que es poder constituido, no está, por lo tanto, autorizado, para la derogación o sustitución de la Constitución de la cual deriva su competencia. El poder constituido no puede, en otras palabras, arrogarse funciones propias del poder constituyente, y por ello no puede llevar a cabo una sustitución de la Constitución, no sólo por cuanto se estaría erigiendo en poder constituyente originario sino además porque estaría minando las bases de su propia competencia.

[...] su potestad constitucional de controlar los vicios de procedimiento en la formación de una reforma constitucional, “no sólo le atribuye el conocimiento de la regularidad del trámite como tal, sino que también le confiere competencia para que examine si el constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia”. Así pues, las disposiciones del Título XIII de la Constitución permiten identificar una limitación competencial del poder de modificación de la Carta y, de conformidad con esa limitación, so pretexto de la reforma, el constituyente derivado o secundario no puede sustituir la

Constitución; por lo tanto, como ese límite encuentra su origen en las previsiones del Título XIII de la Carta, la Corte tiene competencia para examinar si en ejercicio del poder de reforma se ha sustituido o no la Constitución.

La precitada sentencia da origen a la “teoría de sustitución” de la Constitución, la cual ha sido abordada y desarrollada a su vez en sentencia C-1040 de 2005, recogiendo los criterios sentados por la jurisprudencia en cuanto al concepto de sustitución:

- a. Que el poder de reforma definido por la Constitución colombiana está sujeto a límites competenciales.
- b. Que por virtud de esos límites competenciales el poder de reforma puede reformar la constitución, pero no puede sustituirla por otra integralmente distinta u opuesta.
- c. Que para establecer si una determinada reforma a la Constitución es, en realidad, una sustitución de la misma, es preciso tener en cuenta los principios y valores del ordenamiento constitucional que le dan su identidad.
- d. Que la Constitución no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles y que, por consiguiente, todos sus preceptos son susceptibles de reforma por el procedimiento previsto para ello.
- e. Que el poder de reforma no puede, sin embargo, derogar, subvertir o sustituir en su integridad la Constitución.
- f. Que sólo el constituyente primario tendría la posibilidad de producir una tal sustitución.

En la misma sentencia la Corte avanzó sobre el concepto de sustitución de la Constitución llegando a las siguientes conclusiones:

Primero, como la competencia de un órgano es el presupuesto para analizar el procedimiento que dicho órgano ha de seguir para expedir una norma, el análisis de si el reformador de la constitución actuó dentro de su órbita de competencia es una cuestión diferente y previa a la de juzgar si el procedimiento se llevó a cabo respetando las formas establecidas. También es una cuestión distinta a juzgar si el contenido material del acto acusado contradice la Constitución, lo cual escapa al control constitucional que ejerce la Corte sobre las reformas constitucionales.

Segundo, la especificidad del juicio relativo a la competencia del reformador radica en que en éste la Corte se circunscribe a estudiar si el reformador sustituyó la Constitución, sin que por ello efectúe un control material ordinario del acto acusado. Es decir, en el juicio de sustitución no hay una comparación entre la reforma y la Constitución con miras a establecer si la primera contradice la segunda, dado que, por definición, una reforma constitucional contradice la Constitución por ella reformada.

Tercero, el concepto de sustitución refiere a una transformación de tal magnitud y trascendencia, que la Constitución anterior a la reforma aparece opuesta o integralmente diferente a la que resultó después de la reforma, al punto que ambas resultan incompatibles. La jurisprudencia ha aludido a sustituciones totales y a sustituciones parciales y ha sostenido que el reformador tampoco puede introducir sustituciones parciales entendiendo por tales aquellas en las cuales un eje definitorio de la identidad de la Constitución sea remplazado por otro opuesto o integralmente diferente. En ninguna de sus sentencias la Corte ha declarado inexecutable una reforma constitucional por haber llegado a la conclusión de que el reformador excedió su competencia y sustituyó la Constitución, en todo o en parte. No obstante, la Corte ha suministrado ejemplos para ilustrar cuándo se estaría ante una sustitución total o parcial de la Constitución. Además, en las sentencias en las cuales declaró executable artículos de actos reformativos de la Constitución -fuesen estos referendos o actos legislativos- la Corte estableció que dichos actos no representaban sustituciones parciales de la Carta.

Cuarto, la Corte ha subrayado que el concepto de sustitución se distingue de otros con los cuales no puede confundirse, tales como los de intangibilidad e irreversibilidad, o afectación y vulneración de contenidos, los cuales aluden a juicios materiales de las reformas constitucionales que escapan a la competencia de la Corte Constitucional. La Corte solo tiene competencia para verificar que el poder de reforma, que es constituido, no haya adoptado un acto mediante el cual sustituya la Constitución que lo habilitó exclusivamente para reformarla.

Quinto, la Corte ha fijado criterios de prudencia judicial para orientar el control de los actos reformativos de la Carta e impedir que el subjetivismo determine la conclusión del juicio de sustitución. En esa dirección, esta Corporación ha delineado los rasgos generales del método que ha de aplicarse para identificar sustituciones totales o parciales de la Carta, aunque no ha desarrollado ni precisado sus componentes.

Sexto, la Corte ha dicho que la aplicación del método para identificar sustituciones en ningún caso puede conducir a volver irreformables normas de la Carta porque no hay normas pétreas ni principios intangibles en la Carta de 1991. Toda ella es reformable, más no sustituible.

De este modo, en la presente oportunidad la Corte reitera su jurisprudencia en el sentido de que el reformador de la Constitución no es soberano y ejerce una competencia limitada por las normas adoptadas por la Asamblea Constituyente en 1991. Se subraya que, de conformidad con el artículo 374 de la Carta, la Constitución puede ser “*reformada*” por el Congreso, no derogada, subvertida o sustituida. A su vez, el artículo 380 de la Carta permite distinguir entre la derogación de una Constitución, de un lado, y las reformas introducidas a una Constitución, de otro, reformas que si bien pueden cambiar el contenido de las normas constitucionales no sustituyen la Constitución por otra Carta opuesta o integralmente diferente, como sucedió cuando se promulgó la nueva Constitución en 1991. En el artículo 379 de la Carta se establece que la Corte debe controlar que el reformador respete todos “los requisitos” establecidos en el Título XIII de la Constitución, el primero de los cuales es precisamente la competencia del órgano que expide la reforma regulada en el primer artículo de dicho Título. Esta competencia es un presupuesto para que dicho órgano, en este caso el

Congreso de la República, pueda luego seguir el trámite para modificar válidamente la Constitución. El requisito que debe verificar la Corte es que el Acto Legislativo sea una reforma, no una derogación o sustitución de la Constitución, como lo ordena el artículo 374 en concordancia con el artículo 380 de la Constitución Política. La Corte enfatiza que el único titular de un poder constituyente ilimitado es el pueblo soberano, en virtud del artículo 3° de la Carta. En 1991 el poder constituyente originario estableció un poder de reforma de la Constitución, del cual es titular, entre otros, el Congreso de la República que es un órgano constituido y limitado por la propia Constitución y, por lo tanto, solo puede ejercer sus competencias “en los términos que esta Constitución establece”, no de manera ilimitada. El Congreso, aun cuando reforma la Constitución, no es el detentador de la soberanía que “reside exclusivamente en el pueblo”, el único que puede crear una nueva Constitución. Adicionalmente, la Corte constató que el pueblo puede investir a una Asamblea Constituyente de la competencia para expedir una nueva Constitución, posibilidad expresamente permitida en el artículo 376 de la Carta. Solo por medio de este mecanismo puede ser sustituida la Constitución vigente por una opuesta o integralmente diferente.

Por otro lado, y de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte se ha establecido que una demanda que plantee la sustitución de la Constitución mediante un acto legislativo además de cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, debe sustentar plenamente en qué consiste dicha sustitución. Al respecto la Corte ha dicho lo siguiente:

Ahora bien, el hecho de que el control jurisdiccional ejercido por la Corte se despliegue en los términos indicados por la jurisprudencia significa que en una demanda por sustitución constitucional contra una reforma constitucional el actor debe sustentar plenamente en qué consiste la sustitución denunciada. No le basta, por tanto, afirmar que con la modificación de una disposición en concreto se sustituyó o se derogó la Constitución precedente, sino que debe justificar, con argumentos suficientes, que tal cambio implica la abrogación de la Constitución vigente.

La Corte reconoce que la carga argumentativa se incrementa considerablemente cuando se trata de descalificar una reforma constitucional por considerarla constitutiva de sustitución constitucional. No obstante, la Corte acepta que dicha exigencia es necesaria si se tiene en cuenta la magnitud de la pretensión, la trascendencia de la decisión de la Corte, el compromiso del principio democrático y la naturaleza misma de las disposiciones que se cotejan.

Del recuento jurisprudencial se deben extraer algunos aspectos que consideramos necesarios, a fin de establecer el tratamiento dado por la Corte Constitucional a la reforma de los Actos Legislativos, siendo así como se identifican los siguientes criterios:

- I. La Corte Constitucional no realiza como tal un juicio sustancial o material de la reforma a la constitución, ya que el legislador no se encuentra facultado para sustituir o destruir la Constitución, sino para reformarla.

- II. La potestad constitucional de controlar los vicios de competencia, también le confiere la competencia de examinar si el constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia.
- III. En virtud del vicio de competencia nace la tesis o concepto de la sustitución de la constitución, la cual se refiere a una transformación de tal magnitud y trascendencia que la Constitución anterior a la reforma aparece opuesta o integralmente diferente a la que resultó después de la reforma, al punto que ambas resultan incompatibles.
- IV. En consonancia con el anterior punto, para determinar la existencia de una sustitución a la constitución es preciso tener en cuenta los principios y valores del ordenamiento constitucional que le dan identidad a la Constitución.
- V. Estudiar si el reformador sustituyó la constitución, no implica efectuar un control material ordinario del acto acusado, ya que en la sustitución no hay comparación entre la reforma y la Constitución, dado que, por definición, una reforma constitucional contradice la Constitución por ella reformada.
- VI. El concepto de sustitución a la constitución se distingue de otros con los cuales no puede confundirse, tales como los de intangibilidad e irreversibilidad, o afectación y vulneración de contenidos, los cuales aluden a juicios materiales de las reformas constitucionales que escapan a la competencia de la Corte Constitucional.
- VII. La Corte solo tiene competencia para verificar que el poder de reforma, que es uno de los poderes constituidos, no haya adoptado un acto mediante el cual sustituya la Constitución que lo habilitó exclusivamente para reformarla.
- VIII. Aunque la Corte ha fijado criterios para orientar el control de los actos reformativos de la Carta, delineando los rasgos generales del método que ha de aplicarse para identificar sustituciones totales o parciales de la Carta, dicho método en ningún caso puede conducir a volver irreformables normas de la Carta, porque no hay normas pétreas ni principios intangibles en la Constitución de 1991. Toda ella es reformable, más no sustituible.
- IX. Una demanda que plantee la sustitución de la Constitución debe sustentar plenamente en qué consiste la sustitución denunciada, justificando con argumentos suficientes que tal cambio implica la abrogación, destrucción y/o eliminación de la Constitución vigente.

En aplicación de los lineamientos expuestos, Guzmán (2014) ha indicado:

Se debe empezar por alegar un error de competencia en materia de reforma constitucional, el cual implica toda la carga de argumentación en cabeza del accionante, dado que debe demostrar que con ésta se está sustituyendo o derogando la Constitución vigente o uno de sus elementos medulares de su identidad, pues esto es precisamente lo que le está vedado al Congreso de la República. En esta medida, la Corte no hace este análisis oficioso. Debe estar

demostrado por el accionante cuál es el elemento definitorio de la Constitución, cuál es el elemento nuevo y en qué consiste la subversión del régimen constitucional existente⁶. (p. 87)

Ahora bien, con base en estos presupuestos este mismo autor ha destacado que:

En aplicación del juicio de sustitución a la constitución, la Corte Constitucional jamás se ha pronunciado en cuanto al fondo de una posible violación de los tratados internacionales en materia de eliminación del derecho a la negociación colectiva por parte del Acto Legislativo 01 del 2005, así como de la supresión del régimen de transición, de la mesada catorce y de los regímenes especiales. Siendo una oportunidad valiosísima para que el Tribunal Constitucional y sus formados integrantes les dijieran a los ciudadanos cuáles eran los elementos definitorios de la Constitución de 1991 y si esta modificación al derecho a la seguridad social significaba un desconocimiento de los mismos, se lanzó al vacío dejando esa carga en los ciudadanos. (p. 88)

La tesis de la sustitución de la constitución ha sido objeto de críticas y reparos realizados por doctrinantes como el actual magistrado de la Corte Constitucional Carlos Bernal Pulido, quien ha manifestado que dicha teoría “carece de fundamentación suficiente y no determina claramente que es un elemento esencial de la constitución” (Arango A. G., 2015, pág. 337). Por su parte, al interior de la Corte Constitucional también se ha presentado disidencia respecto al tema, resaltándose la postura del hoy ex magistrado Humberto Sierra Porto, quien, a través de su salvamento de voto, en la sentencia de C-702 de 2010, presentó poderosos argumentos:

Las razones por las cuales me aparto de la tesis de los vicios de competencia y del control de sustitución, son las siguientes: (i) es una tesis contraria al tenor del artículo 241.1 constitucional y a cualquier criterio de interpretación que se emplee para establecer el alcance de este enunciado normativo; (ii) es una tesis que incurre en numerosas contradicciones internas al pretender negar presupuesto esencial, esto es, el control material de los actos reformativos de la Constitución; (iii) implica adoptar un concepto material de Constitución, que en definitiva sería aquel defendido por las mayorías al interior de la Corte Constitucional; (iv) implica que la Corte Constitucional se aparte de los cánones del control jurídico y adopte un modelo de control político e ideológico; (v) significa una desvalorización del poder de reforma a la Constitución y en definitiva puede conducir a una petrificación del ordenamiento constitucional; y (vi) supone alterar el principio de soberanía popular.

Así las cosas, se consideran apropiadas las objeciones presentadas a la teoría de la sustitución, dentro de las cuales se resalta la imposibilidad de ejercer control material de los actos reformativos a la constitución, lo que implica un desconocimiento pleno para la protección de los derechos humanos y la justicia, contrariando el artículo 228 de la Constitución dentro del cual se erige con fin de la administración de justicia la prevalencia del derecho sustancial. Al respecto Arango (2015) afirma:

⁶ Este tipo de juicio puede verse en las sentencias de Constitucionalidad C-178 de 2007, C-472 de 2006, C-740 de 2006, C-986 de 2006, C-153 de 2007.

Verificar el contenido de una reforma constitucional, cualquiera fuere su origen, identificando principios constitucionales y los ejes axiales de la norma fundamental es nada más ni nada menos que un control material de constitucionalidad. Adicional a esto, la doctrina de la sustitución de la constitución elaborada por la Corte Constitucional se fundamenta en parámetros oscuros y de espinosa identificación, que obedecen más al criterio del juzgador que a bases claras identificables plenamente en la norma superior. (p. 338)

De tal suerte que las exigencias impuestas a través del juicio de sustitución a la constitución involucran:

Que tal como lo menciona la Corte Constitucional el juicio de sustitución se distinga de otros, tales como el de intangibilidad e irreversibilidad, los cuales aluden a aspectos materiales, lo que implica para el presente caso dejar inerte el estudio frente a la regresividad normativa que conlleva la aplicación del Acto Legislativo 01 del 2005, sumado a la limitación que trae el numeral 1 del artículo 241 de la Constitución Política, que impone a la Corte realizar sólo juicios de constitucionalidad frente a las reformas a la constitución por vicios en su procedimiento.

La imposibilidad del estudio de fondo de este tipo de reformas, a través del juicio de sustitución a la Constitución, dado que las demandas encaminadas a un estudio material o sustancial serán ineptas, ya que la premisa mayor del juicio de sustitución no está específicamente plasmada en un artículo de la Constitución, sino que es toda la Constitución entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad. Esto genera una gran dificultad ya que la Carta Política de 1991 alberga, por un lado, la protección de garantías sociales que en la mayoría de casos encuentran respaldo en tratados internacionales y, por el otro, normas producto de la restauración neo-liberal que propugnan por la eficacia económica y las libertades individuales, impidiendo identificar al interior del texto normativo una transformación de tal magnitud y transcendía que la reforma parezca total o parcialmente opuesta a lo que resultó después de la reforma, dada la dualidad de proyectos políticos contemplados en la Constitución.

Lo expuesto, deja en claro que el modelo político plasmado en la Constitución de 1991, por un lado, pregona la existencia de un Estado social de derecho, garantista, intervencionista, que procura alcanzar la justicia social, y por el otro, implementa modelos de mercado y apertura económica, constitucionalmente defendidos bajo el principio de la libre competencia económica y demás derechos constitucionales económicos que garantizan el paso a la globalización económica, pretexto bajo el cual, se abandonaría el interés social, avalando la supervivencia del más fuerte.

Siendo este marco de contradicción político-social, al cual está llamado a actuar el máximo tribunal de Justicia Constitucional, para qué medidas de carácter neoliberal, adoptadas en los últimos años -Actos Legislativo 01 del 2005 - 03 del 2011-, que someten a los ciudadanos a una agresiva reducción del gasto público, el desempleo, el debilitamiento de la seguridad social y las privatizaciones, no imponga un vaciamiento progresivo de los derechos sociales debilitando, el alcance mismo del principio democrático y del Estado de derecho.

Frente a este escenario Mario Alberto Cajas Sarria (como se citó en Arango 2015), considera que la postura asumida por la Corte es minimalista porque evade el análisis y la decisión acerca de la presunta sustitución de la Constitución por parte de una reforma, considerada por un amplio sector de la comunidad jurídica como atentatoria contra los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de 1991.

Sobre esta opción metodológica que se conoce como minimalismo judicial y que es defendida por el constitucionalista estadounidense Cass R. Sunstein, la Corte Constitucional a través de sentencia de Constitucionalidad C-816 de 2004, con ponencia de los Magistrado Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny Yepes, decidieron demandas de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 02 de 2003 (Estatuto antiterrorista), acudiendo al minimalismo judicial⁷:

Desde un punto de vista estrictamente lógico y metodológico, razonable, la Corte recuerda que la labor de todos los jueces, y entre ellos la del juez constitucional, no consiste en discutir problemas teóricos sino en resolver los casos que les son planteados, dentro de los plazos y condiciones que establece el ordenamiento. Por ello, en muchas situaciones, es prudente que los jueces se pronuncien únicamente sobre aquellos aspectos que sean necesarios para tomar la decisión del caso, sin entrar a analizar otros temas, sobre todo si se trata de asuntos polémicos en torno a los cuales sea difícil alcanzar un acuerdo.

Como se puede apreciar bajo la metodología del minimalismo judicial, la Corte prefiere, en ciertas ocasiones, evitar el debate profundo y polémico y opta por estudiar asuntos que requieran una menor controversia argumentativa. Al respecto, Arango (2015) afirma:

La Corte Constitucional evade adentrarse en las sendas del debate profundo de temas controvertidos, tal vez con justas razones, pero también es cierto que el tribunal supremo constitucional, no debe hacer del minimalismo judicial una práctica reiterada, como quiera que existen debates sobre derechos fundamentales que conviene sean definidos, máxime si se trata de los derechos de las minorías o que pongan en riesgo la progresividad de los derechos humanos. (p. 341)

De esta forma, queda claro que ante la falta de mecanismos o garantías judiciales adecuadas, para la Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, se debe proceder bajo una conducta que exija imaginar y crear instrumentos procesales aptos para llevar a cabo reclamos efectivos⁸, a fin de garantizar la protección de los derechos humanos y especialmente de los derechos sociales fundamentales, haciéndose necesario superar los obstáculos que dentro del mismo escenario jurídico interno se han identificado.

⁷ La opción metodológica que toma la Corte en la sentencia C-816 de 2004, también ha sido aplicada en las sentencias C-87/2001, C-147/2003, C-839/2003, C-572/2004.

⁸ “Parte de los avances del derecho procesal contemporáneo se dirigen a este objetivo: las nuevas perspectivas de la acción de amparo, las posibilidades de planteo de acciones de inconstitucionalidad, el desarrollo de la acción declarativa de certeza, las class actions, la acción civil pública y los mandatos de seguridad y de injuicio brasileños, la legitimación del Ministerio público o del Defensor del Pueblo para representar intereses colectivos, son ejemplos de esta tendencia” Abramovich & Courtis (2004, p. 46) .

Se hace necesario entonces, explorar la progresiva aplicación del derecho internacional por parte de los tribunales locales, para tal fin, se evaluará la posibilidad de que la Corte Constitucional revise el contenido material de una reforma constitucional, a partir de la adopción del denominado control de convencionalidad, buscando así, nuevas herramientas procesales que permitan determinar la razonabilidad de medidas regresiva sobre la cual recae prima facie la presunción de su invalidez.

3. El Control de Convencionalidad y su complementariedad del Control de Constitucionalidad

En principio el Control de Convencionalidad ha sido aplicado para brindar protección a derechos civiles y políticos y en especial para proteger a víctimas de crímenes de lesa humanidad y evitar así la impunidad frente a estos hechos⁹. Con todo, como se pasará a explicar a continuación, nada impide que dicho instrumento normativo procesal de creación pretoriana por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sea concebido también para brindar garantías plenas a los derechos económicos, sociales y culturales. En el presente acápite se pretende analizar su aplicación frente a la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo 01 del 2005, que limitó el derecho a la negociación sindical en materia pensional y el derecho a la seguridad social, eliminando el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, la mesada catorce y los regímenes especiales.

Así las cosas, se entrará a precisar cómo a partir del proceso de constitucionalización del derecho internacional se concibe dicho mecanismo de control de convencionalidad como un instrumento procesal que permite dar fuerza normativa suficiente a los derechos contenidos en los convenios internacionales de carácter regional, que para el caso nuestro conlleva el análisis de la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 26 como se explicó -in extenso- consagra la obligación de progresividad que tienen los Estados frente a la garantía y plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, así como su correlativa prohibición de regresividad.

Bajo este escenario adquieren mayor importancia dos hechos que ya han sido abordados por separado en la presente investigación, el primero de ellos referente al denominado juicio o test de regresividad que se deriva de la obligación de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales contenida en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como de otros instrumentos jurídicos de carácter internacional como interno que buscan brindar protección efectiva a los derechos humanos y en especial a los derechos sociales. El segundo hecho se refiere a las dificultades que se han identificado en el poder judicial colombiano para poder llevar a cabo el control material de reformas parciales a la constitución, como lo sería en principio el Acto Legislativo 01 del 2005, el cual se constituye en una medida regresiva y por ende inconstitucional e inconvencional frente a la obligación estatal de mejora

⁹ Véanse por ejemplo los casos Barrios Altos Vs. Perú, Tribunal Constitucional Vs. Perú y La Cantuta Vs. Perú en los cuales la Corte IDH aplica el Control de Convencionalidad, comportándose como un verdadero Tribunal Constitucional al declarar inaplicables en todo el país y con efecto erga omnes las leyes de amnistía dictadas en Perú (Hitters, 2009).

gradual de las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales que tiene el Estado colombiano.

Por lo tanto, el análisis inicial se centrará en determinar el origen y contenido del control de convencionalidad, identificando sus principales elementos y/o características; seguidamente se examinará el denominado proceso de constitucionalización del derecho internacional que se requiere para intentar armonizar la aplicación de dicho control al interior de los Estados partes y, finalmente, a modo de conclusión se hará referencia a la posibilidad de aplicar el juicio o test de regresividad frente al Acto Legislativo 01 del 2005, a partir del control normativo de convencionalidad, buscando así adecuar la expedición de leyes y normas del sistema interno al sistema normativo regional de derechos humanos, en aplicación de las reglas y estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia, a riesgo de no incurrir el Estado colombiano en responsabilidad internacional por la violación per se de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

3.1. Origen y contenido del Control de Convencionalidad

Sobre el desarrollo del Control de convencionalidad existe consenso doctrinario con relación a que su origen se anidó en el seno de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, aunque sólo en época reciente se le ha bautizado con dicha denominación. Al respecto Bazán (2011) afirma:

Todo lleva a presumir que fue el hoy ex presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente razonado emitido en el Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala¹⁰, quien en el seno de la Corte IDH utilizó por vez primera la expresión “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte. (p.69)

Aunque el fallo en comento centralizó el contenido semántico de aquella locución en el ámbito del despliegue funcional de la Corte IDH, a la que concibe -mutatis mutandi- como una suerte de tribunal constitucional (o convencional) supranacional, será por iniciativa del mencionado magistrado que posteriormente la jurisprudencia del Tribunal Interamericano intentará realizar una aproximación conceptual a dicho control, siendo claros ejemplos los casos Tibi vs. Ecuador, López Álvarez vs. Honduras y Vargas Areco vs Paraguay, en los cuales se buscó explicar la actividad que en aplicación del Control de convencionalidad realiza la Corte IDH:

1. Analizando los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la convencionalidad de tales actos¹¹.

¹⁰ Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2003, Serie C, N° 101.

¹¹ Corte IDH, Caso Tibi vs Ecuador, Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de septiembre de 2004, Serie C N° 114.

2. Verificando la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención –es decir, el órgano que practica el “control de convencionalidad”–, debe explorar las circunstancias de jure y de facto del caso¹².
3. Aplicando el control de convencionalidad fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana. Pudiendo sólo confrontar los hechos internos –leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo– con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquellos y éstas para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza. (Bazán, 2011, págs. 69-70)
4. Apreciando la racionalidad, oportunidad, necesidad, pertinencia y proporcionalidad de determinados hechos desde la perspectiva de los derechos humanos¹³. (Hitters, 2009, pág. 115)

Este último aspecto que explica la actividad que realiza la Corte frente al Control de Convencionalidad, se constituye de gran interés para los fines del presente trabajo, por tanto, se transcribe el punto 8 de la sentencia Corte IDH (2006c) que refiere:

La lógica del sistema tutelar de los derechos humanos, trasladada a las normas convencionales, reside la ***necesidad de apreciar la racionalidad, oportunidad, necesidad, pertinencia y proporcionalidad de hechos determinados, desde la perspectiva de los derechos humanos***. Esto es evidente, y de ello se ha ocupado la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cuando se trata de considerar los límites y restricciones para el ejercicio de los derechos o la suspensión de las obligaciones del Estado en esta materia. Cabe decir otro tanto del régimen de garantía establecido por la Convención --e inherente a las obligaciones naturales de un Estado en este ámbito--, al que también se pueden y deben aplicar aquellos patrones de apreciación para estimar su existencia y eficacia, y en este sentido, su correspondencia con la propia Convención. (énfasis añadido)

Sin embargo, la definición plena del Control de Convencionalidad se alcanzará en la Corte IDH (2006a) a partir del caso Almonacid Arellano y otros contra Chile, en donde se aborda en los siguientes términos:

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***

¹² Corte IDH, Caso López Álvarez vs Honduras, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de febrero de 2006, Serie C, N° 141.

¹³ Corte IDH, Caso Vargas Areco vs Paraguay, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 155. (Vargas Areco Vs. Paraguay, 2006c)

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, interprete última de la Convención Americana¹⁴. (énfasis añadido)

Ese mismo año la Corte IDH (2006b) se pronuncia en el denominado *leading case*¹⁵ Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú, en el cual precisa y afina, parcialmente, los contornos del “Control de convencionalidad”, señalando que:

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 acciones.¹⁶ (énfasis añadido)

En el caso *Boyce y otros vs. Barbados*¹⁷, la Corte IDH explica de manera concreta de qué forma debe ser implementado el control de convencionalidad en el ámbito interno. Explica que los tribunales nacionales no solo deben limitarse a realizar un examen de constitucionalidad de sus resoluciones, sino también de convencionalidad. Esta línea conceptual se va a mantener jurisprudencialmente y se reitera en sus elementos centrales en el caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, en el cual la Corte IDH (2008) refiere las reglas derivadas de la interpretación del artículo 2 de la convención:

La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la

¹⁴ En ese mismo sentido Corte IDH: Caso la Cantuta Vs. Perú. Sentencia del 29 de noviembre del 2006, párr. 173.

¹⁵ En el caso de los Trabajadores Cesados, la Corte no habló ya de una especie de control, sino que directamente lo calificó como control de convencionalidad, lo que hace presumir que dicha terminología quedó a partir de ese momento anclada en los andariveles de ese cuerpo. (Hitters, 2009)

¹⁶ En el mismo sentido véase Corte IDH: Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Sentencia del 12 de agosto del 2008, párr.180; Caso Radilla Pacheco Vs. México. Sentencia del 23 de noviembre de 2009, párr. 339; Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Sentencia del 30 de agosto de 2010, párr. 236; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 219; Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Sentencia del 30 de enero del 2014, párr..151.

¹⁷ Corte IDH. Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Sentencia del 20 de noviembre de 2007.

defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual *cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales*, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos. (énfasis añadido)

Posteriormente, en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México la Corte IDH (2010) realiza algunas precisiones en cuanto a los órganos internos encargados de ejercer el control de convencionalidad:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. *Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles* están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹⁸ (énfasis añadido)

Al panorama someramente descrito debe agregarse un ingrediente no precisamente menor. En efecto, en el caso Gelman contra Uruguay, la Corte IDH (2011b) expandió fuertemente las fronteras de operatividad del Control de convencionalidad y entronizó la tutela de los derechos fundamentales como límite a las mayorías en el despliegue de la vida democrática, sosteniendo en esa ocasión 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*.¹⁹⁻²⁰ (énfasis añadido)

¹⁸ En el mismo sentido véase Corte IDH: Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam. Sentencia del 30 de enero del 2014, párr.151; Caso de personas dominicanas y haitiana expulsadas vs. República Dominicana. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr.311.

¹⁹ En el mismo sentido véase Corte IDH: Caso de personas dominicanas y haitiana expulsadas vs. República Dominicana. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 497; Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Sentencia del 14 de octubre de 2014, párr. 213-244.

²⁰ La Corte ha involucrado en la obligación de realizar Control de convencionalidad a cualquier autoridad pública, hasta el punto de llegar a convertir dicho el Control en un límite a las mayorías en instancias democráticas. (Bazán, 2011)

En el Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala, la Corte IDH (2012) señala que el parámetro de convencionalidad se extiende también a otros tratados de derechos humanos:

Asimismo, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales *como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará*, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana.²¹ (énfasis añadido)

Seguidamente en el caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, la Corte IDH (2014) menciona que la Convención Americana sobre derechos humanos no impone un determinado modelo de control de convencionalidad:

En relación con los argumentos del representante y de la Comisión [...] sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de estos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, *la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad*. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles. (énfasis añadido)

Finalmente, en la opinión consultiva OC-21/14, sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, la Corte IDH (2014) identifica el parámetro de convencionalidad ampliado de las opiniones consultivas:

Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado *realicen el correspondiente control de convencionalidad*,

²¹ En el mismo sentido véase Corte IDH: Masacres de Rio Negro Vs. Guatemala. Sentencia del 04 de septiembre de 2012, párr. 262.

también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos. (énfasis añadido)

Del recuento jurisprudencial efectuado se pueden identificar los elementos que comportan la aplicación de dicho control normativo. El primero de ellos se refiere al concepto de convencionalidad, el cual según Gamboa (2017) se soporta:

Sobre la base de las ideas de sistema jurídico único, integración normativa, consolidación de un ordenamiento jurídico único en lo público y privado, ruptura del concepto dualista de ordenamientos jurídicos, efecto directo de las obligaciones convencionales y carácter vinculante de sus principios, normas y reglas, todo en función del ser humano. (p. 265)

Seguidamente se identifican los principios²² y/o argumentos básicos sobre los cuales la Corte Interamericana fundó dicho Control:

1. El principio *Pacta Sunt Servada* como elemento articulador del ordenamiento jurídico convencional.
2. El principio de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, por parte de los Estados (quienes se han comprometido a cumplir el Pacto de San José y a obedecer las Sentencias de la Corte);
3. El principio del efecto útil de los convenios, cuya eficacia no puede ser mermada por normas o prácticas de los Estados; y
4. El principio internacionalista que impide alegar el derecho interno para eximirse de aquellos deberes, al tenor del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

Finalmente, es necesario identificar las características configurativas que dieron forma e interiorizaron a nivel regional el contenido normativo de lo que constituye hoy en día dicho Control:

²²Para un análisis que amplía los principios aquí mencionados véase Ramírez (2014, pp. 54 -67)

1. El control de convencionalidad debe ser realizado ex officio y en el marco de competencias y regulaciones procesales correspondientes;
2. La obligación de realizar el control de convencionalidad corresponde a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles;
3. El Control de convencionalidad es una obligación de toda autoridad pública;
4. El parámetro de convencionalidad se extiende a otros tratados de derechos humanos;²³
5. La Convención Americana sobre derechos humanos no impone un determinado modelo de control de convencionalidad;
6. El parámetro de convencionalidad se amplía a las opiniones consultivas de la Corte Interamericana.

Para Sagüez (2013, p.4) se pueden identificar además dos tipos de efectos²⁴ que genera el Control de convencionalidad. El primero de ellos represivo o destructivo, llevando a la Corte Interamericana a examinar la conformidad de los actos constituyentes, Constitución, Leyes, Decretos o demás normas internas, con la Convención Americana y de existir una norma doméstica opuesta declararla inconvencional o anticonvencional²⁵.

El segundo efecto positivo o constructivo consistiría en aquél que realizan los poderes públicos y los jueces internos que deben aplicar y hacer funcionar el derecho local de acuerdo con las reglas del Pacto de San José, y según, también, la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Por tal motivo los funcionarios o agentes del Estado pueden invocar la excepción de inconvencionalidad, la inaplicación o la adopción de una decisión sólo con base en las normas de la Convención, en tanto que los jueces internos de cada Estado en todos los ordenes pueden aplicar un control similar al que efectúa la Corte Interamericana.²⁶

En acotación de lo expuesto, Sagüez (2013) afirma:

En todo caso, el juez local que realice la función represiva y la constructiva que le impone el control de convencionalidad diseñado por la Corte Interamericana, está en verdad actuando

²³ Para el caso que nos ocupa nos referimos no sólo al Pacto de San José de Costa Rica, sino también al Protocolo de San Salvador, al Código Iberoamericano de Seguridad Social y al Pacto Internacional de Derechos Humanos, todos éstos adoptados y ratificados por el Estado colombiano y, por lo tanto, de carácter vinculante en virtud del ius cogens.

²⁴ Para Gamboa (2017), dichos efectos se desprenden de las denominadas reglas objetivas para la sujeción a la convencionalidad.

²⁵ Como ejemplo de este efecto véase el caso Almonacid Arellano (párrafo 123), en el cual la Corte Interamericana señala que cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.

²⁶ Como ejemplo de este efecto véase el caso Rosendo Radilla Pacheco (párrafo 338 a 340), ratificado por ejemplo en el caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek (párrafo 311), y en el caso Cabrera García – Montiel Flores (Párrafo 233).

como agente u operador del sistema interamericano de derechos humanos contemplado por el Pacto de San José de Costa Rica, antes que ejerciendo competencias domésticas como juez nacional. En palabras de Eduardo Ferrer Mac Gregor, aquí el juez nacional, guardián de la convencionalidad, se debe comportar como juez interamericano. (p. 8)

Queda claro que el Control de convencionalidad alude específicamente a una obligación de ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad ex officio, a través del cual se busca la compatibilidad entre las normas locales y las supranacionales, velando por el efecto útil de los tratados sobre derechos humanos y el necesario resguardo del objeto y fin de los mismos. Por lo tanto, no sólo el Tribunal Interamericano deberá llevar a cabo un control de convencionalidad, sino que previamente los jueces locales pueden y deben ejercitar esta tarea, obviamente antes que el pleito llegue a la instancia internacional, aplicando primero el control de constitucionalidad, a la luz de los tratados internacionales ratificados por el Estado parte y también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

A pesar de las virtudes del Control de Convencionalidad como mecanismo procesal de protección de los derechos consagrados en la Convención y demás instrumentos jurídicos del sistema interamericano, que tienen como objeto y fin la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos; según Bazán (2011): “Las posibilidades de éxito de la tesis del “control de convencionalidad” están cifradas en el grado de receptividad de la misma en los derechos internos, la labor de los respectivos operadores jurídicos involucrados y la voluntad política de los Estados” (p. 74).

Ramírez (2012) indica que en este plano el control difuso de convencionalidad presenta “una situación inesperada y a la vez paradójica. La cuestión es que los jueces de base, sean estas altas cortes o no, muestran una gran resistencia en aplicar el derecho convencional y a ejercer el control de convencionalidad” (p. 95). Lo que hace indispensable según Jinesta (2012) dejar de lado “una serie de lastres histórico-dogmáticos muy arraigados en la ciencia jurídica, derribar una serie de mitos (v.gr. la supremacía exclusiva de la Constitución) y, en definitiva, un nuevo paradigma del Derecho Público de los países del sistema interamericano” (p. 3).

Un claro ejemplo de esa resistencia en el plano jurídico interno lo constituye la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional de Colombia, en torno al valor de la jurisprudencia de la Corte IDH, en el sentido de que esta no es *vinculante*, sino que constituye un *criterio de interpretación relevante*, lo que le resta fuerza a la jurisprudencia del alto tribunal regional, y no contribuye a brindar certeza jurídica.

Al respecto, un salvamento de voto a la sentencia C-327 del 2016, intenta dar respuesta a que es lo que realmente niega la Corte Constitucional de Colombia, cuando dice que el control de convencionalidad no existe:

Lo que niega es su deber de seguir a la Corte IDH cuando hay una discrepancia interpretativa entre una y otra, pues, en teoría, ello implicaría desconocer la idea que inspira el bloque, según el cual no hay superioridad jerárquica entre las normas internas y las que se incorporan desde el derecho internacional de los derechos humanos.

Esa actitud es, sin embargo, infundada. Lo único que ocurre cuando se acepta que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante y que el control de convencionalidad existe incluso cuando se presenten tales divergencias es que la discusión se ubica en el plano que le corresponde: el de las cargas de la argumentación en la motivación de las sentencias, como exigencia del respeto al precedente como fuente de derecho, y la utilización del principio pro persona como cláusula de cierre en cualquiera de las tensiones descritas.

En conclusión, la efectividad del Control de convencionalidad implica que los operadores jurídicos internos se despojen de vacuos prejuicios soberanistas a la hora de concretar el control. Se hace necesario entonces abordar en el siguiente apartado la doctrina procesal constitucional de lo que ha dado en llamarse *proceso de constitucionalización del derecho internacional*²⁷, el cual “nace de la interpretación del artículo 2 de la Convención Americana, que impone la obligación de armonización entre el derecho nacional y el internacional, abriendo así el camino para una constitucionalización de una convención supranacional” (Hitters, 2009, pág. 117). Según Ramírez (2014), en dicho proceso “se acepta que los tratados sobre derechos humanos tienen una dimensión constitucional, es decir, que son constituciones del orden internacional, que implican la supremacía y respeto de los derechos humanos” (p. 7).

Constituye esto la base fundamental que nos lleva a insistir en un indispensable diálogo que debe existir entre la Corte IDH y los tribunales locales a fin de intentar superar las dificultades identificadas para la aplicación en sede interna del Control de convencionalidad a partir de la función de integración que ostentan los derechos humanos. Se evidencia así la interacción que se presenta cada vez con mayor énfasis entre el derecho internacional y el derecho interno, los cuales se auxilian mutuamente en el proceso de tutela de los derechos humanos, permitiendo superar definitivamente y de una vez por toda la visión clásica que los distinguía radicalmente.

3.2. Constitucionalización del Derecho Internacional

Tal como se anticipó al inicio de este capítulo, nos proponemos identificar la forma más adecuada de establecer un diálogo judicial entre las cortes internacionales y los jueces de los máximos tribunales nacionales, teniendo en cuenta el desafío que implica para el control de constitucionalidad, la aplicación en el ordenamiento jurídico interno del Control de convencionalidad.

Sobre el particular Diego García-Sayán (2005), al analizar la interacción entre la Corte Interamericana y los tribunales internos, utilizó el término “nacionalización”²⁸ del derecho

²⁷ Para Alvarado (2013), la constitucionalización del derecho internacional, se comprende desde la lectura del esquema de protección del constitucionalismo multinivel y, por lo tanto, desde el pluralismo constitucional.

²⁸ El término nacionalización del derecho internacional fue retomado por el entonces Juez Diego García-Sayán en voto concurrente a la Sentencia de la Corte IDH (2010), al señalar que: Altos tribunales latinoamericanos vienen nutriéndose de la jurisprudencia de la Corte en un proceso que podríamos llamar de “nacionalización” del derecho internacional de los derechos humanos. Para que ocurra ese importante proceso de interacción entre tribunales nacionales e internacionales en la región, en el cual los primeros están llamados a aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y observar lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es preciso que se continúe incentivando el diálogo sustantivo que lo permita. En el marco de las acciones de muy distinta naturaleza

internacional de los derechos humanos, para referirse a la situación actual del derecho internacional:

En efecto, el extraordinario desarrollo de principios, normas, decisiones y organismos de protección internacional no se ha reflejado en iguales progresos en el ámbito interno. Por ello es que algunos señalan que, si bien la universalización de los derechos humanos de la que nos habla Norberto Bobbio ha sido una etapa sustancial para la consolidación de la protección de los derechos humanos básicamente cumplida, **en la actualidad el desafío es el de la “nacionalización” de los derechos humanos como camino para hacerlos efectivos.** (p. 326) (énfasis añadido)

En este sentido, en los últimos años se han generado importantes avances e interacciones entre el derecho internacional y el derecho interno²⁹, sin embargo, aún prevalecen retos para que en el futuro esa interdependencia e interacción se pueda reflejar más nítidamente en los procesos jurídicos e institucionales internos.

Tal como ocurre en el ordenamiento jurídico colombiano, donde la doctrina de la Corte Constitucional³⁰ y el derecho interno, no dan lugar a la “supraconstitucionalidad” en aplicación del principio de Supremacía de la Constitución, por lo tanto, a lo máximo que puede aspirar un tratado público, es a estar al nivel de la Constitución, tal como se entiende a través de la figura del bloque estricto de constitucionalidad.

Para superar este tipo de obstáculos que restringen la adopción a nivel interno de la aplicación plena de la Convención Americana y demás instrumentos internacionales que tienen como sustrato axiológico la protección y la realización de los derechos fundamentales, son varios los autores que han mencionado la necesidad de incentivar un diálogo sustantivo que conlleve a una relación articulada entre los mecanismos de salvaguarda ofrecidos por los diversos niveles de protección de los derechos humanos.

que permiten incentivar tal diálogo, la presente decisión de la Corte Interamericana de valorar positivamente lo actuado en materia de reparación del daño material en el ámbito interno constituye un paso importante en este camino (párr. 33).

²⁹ Muestra de ello para el caso colombiano en aplicación del control de convencionalidad es la sentencia C-327 de 2016, en donde si bien la sala plena afirmó que “en nuestro ordenamiento constitucional no existe un control de convencionalidad que permita el estudio de la constitucionalidad de una norma frente a un tratado de forma autónoma y automática”. A pesar de tal afirmación, la Corte Constitucional analizó directamente la conformidad del art. 90 CC con el artículo 4 de la CADH. La situación descrita, es decir, negar la existencia del control de convencionalidad que, al mismo tiempo se adelanta, puede calificarse como una contradicción performativa: en el plano del discurso se niega la existencia de esta herramienta de garantía de los derechos humanos, mientras en el plano operativo y, en ejercicio de sus funciones, el Tribunal declara la conformidad del artículo 90 CC con el 4 de la CADH.

³⁰ La Corte Constitucional entiende que no se admite de manera alguna supremacía de los tratados internacionales sobre la Constitución Política, razón suficiente para que el ejercicio a que llama integración del bloque de constitucionalidad a la luz de la jurisprudencia colombiana con los tratados y convenciones internacionales y demás instrumentos del derecho internacional sea el de acrecentar la Constitución para efectos del control de constitucionalidad, lo que lleva de manera reiterativa a la Corte Constitucional a sostener que ella lo que está llamada a hacer es control de constitucionalidad y no control de convencionalidad, e incluso de los mismos tratados. (Gamboa, 2017, pág. 134)

Dicho diálogo inter-judicial a pesar de las dificultades que presenta, se puede afirmar hoy en día existe y tiende a fortalecerse en la región. Al respecto, Alvarado (2013) afirma:

Debido a la conjugación de varios factores, hoy en día existe un diálogo interjudicial en la región que permite la articulación de una red judicial interamericana -en cuyo seno la Corte IDH funge como tribunal constitucional- en virtud de la cual se ha conformado un ius comune interamericano. Esta red, además de ayudar a perfeccionar la tutela ofrecida a los individuos, facilita el ejercicio de funciones constitucionales más allá de los ordenamientos estatales y, por lo tanto, nos permite hablar, ya no solo de un modelo de gobernanza multinivel, sino de un escenario de constitucionalismo multinivel que se articula gracias a un modelo de pluralismo constitucional. (p.350)

En ese sentido, continúa Alvarado (2013) refiriéndose a la existencia de dicha red judicial interamericana producto del diálogo inter-judicial, gracias a la conjugación de tres factores particulares: el contexto en el que se crea, las normas en las que se funda y las herramientas de las que se sirve. En cuanto al contexto, puntualiza este autor que son dos los fenómenos que han determinado los rasgos característicos, tanto del ordenamiento interamericano como de los derechos nacionales; estos son la humanización y el neoconstitucionalismo. Al respecto, afirma:

Estos son dos procesos concomitantes que desde escenarios diferentes – nacional e internacional–confluyen en la búsqueda de un objetivo común y coinciden en las herramientas para su consecución. En efecto, humanización y neoconstitucionalismo coinciden en reconocer, en primer lugar, la relevancia de la dignidad humana para el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, la necesidad de proteger a los derechos humanos. En segundo lugar, ambos procesos asumen la importancia de los jueces para lograr tal salvaguarda. Finalmente, humanización y neoconstitucionalismo reconocen el papel fundamental que tiene la interacción de los ordenamientos nacionales e internacional dado su nuevo objetivo común. Esta confluencia de objetivos y herramientas explica el porqué las normas de uno y otro ordenamiento permiten su armonización. (p. 351)

En referencia a las normas en que se funda la existencia de la red judicial interamericana. Alvarado (2013, p. 351) refiere, que son varias las normas útiles al proceso de armonización. En primer lugar, el principio de subsidiariedad (preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH); en segundo lugar, las obligaciones generales de respeto, garantía (art. 1.1 CADH), adaptación (art. 2 CADH) e interpretación idónea (art. 29 CADH); en tercer lugar, el derecho de acceso a la justicia previsto en los artículos 8 y 25 CADH, y, finalmente, las normas dedicadas al alcance de la reparación (art. 63 CADH), así como a la obligatoriedad y al procedimiento de supervisión de cumplimiento de sentencias (art. 67 y 68 CADH y 69 del Reglamento Corte IDH).

Además de las normas nacionales e interamericanas, los propios jueces de protección, sirviéndose de ellas, han desarrollado herramientas jurisprudenciales que obligan al diálogo y a la armonización. El juez nacional se sirve de la regla de interpretación conforme, en virtud de la cual han de interpretarse las normas nacionales a la luz de los mandatos internacionales de protección, buscando con ello la interpretación más favorable al ser humano. Gracias a esta técnica, los jueces nacionales se ven obligados a conocer y usar las normas y la jurisprudencia

interamericana. Se Agrega que junto con este marco constitucional de recepción y armonización se encuentran los artículos 1.1 y 2 CADH, así como su artículo 29. Estas normas vienen a reforzar las disposiciones nacionales sobre jerarquía e interpretación allí donde estas existen, o bien a llenar el vacío que deja su ausencia en los ordenamientos que no las contemplan. En este sentido Alvarado (2013, p. 352) indica que bien sea por mandato constitucional o en virtud de una obligación internacional, el juez local se encuentra compelido a proyectar su trabajo a la luz de las normas regionales; no se trata de una mera cuestión de deferencia o de un simple ejercicio de derecho comparado sino del estricto cumplimiento de un deber jurídico.

En acotación a lo indicado, Alvarado (2013) afirma:

El contexto para el diálogo está servido. Se observa pues un círculo de trabajo resultado de las normas de jerarquía y armonización, así como de las obligaciones de respeto, garantía y adaptación, y gracias al cual se ha logrado una severa transformación en la forma que los ordenamientos nacionales y el ordenamiento interamericano se relacionan. Así pues, bien sea en virtud de las normas constitucionales, como consecuencia de los mandatos internacionales o a raíz de la suma de unas y otras, el diálogo interjudicial resulta no solo práctico sino, sobre todo, obligatorio. (p. 353)

Justamente en el marco de este contexto normativo surgen las herramientas judiciales que coadyuvan con dicha interacción, como son el control de convencionalidad y la interpretación conforme, que constituyen muestras diferentes de un mismo proceso de armonización. Al respecto Alvarado (2013) afirma:

Así, los funcionarios judiciales se encuentran obligados, siempre, a procurar la interpretación más favorable a los derechos humanos (interpretación conforme, bien sea en virtud de una cláusula constitucional que así lo disponga o del art. 29 CADH). En caso de no lograr esa interpretación, y según sus propias competencias, deberán ya sea abstenerse de usar la norma o expulsarla del ordenamiento jurídico (control de constitucionalidad/convencionalidad). Se trata, en todo caso, de ejercicios de armonización que, con efectos diferentes, procuran la protección efectiva de los derechos humanos. (p. 353)

Así las cosas, se identifica el marco normativo nacional e internacional como un todo, y a las herramientas judiciales señaladas como causa y consecuencia lógica de su articulación. Todo lo mencionado “ha dado lugar al creciente diálogo interjudicial con base en el cual se crea un andamiaje de protección que permite la progresiva armonización de los ordenamientos constitucionales con el derecho interamericano a través de la consolidación de un *ius commune interamericano*” (Alvarado, 2013, p. 353).

Por tanto, ese ejercicio de intercambio, según Alvarado (2013) nos permite “hablar de la existencia de una red judicial multinivel y constitucional, esto es, un andamiaje articulado en varios niveles, entre los cuales no hay una relación de jerarquía (infra), cuyo objetivo es la organización con miras al cumplimiento de objetivos constitucionales” (p. 353).

Lo mencionado permite identificar que el diálogo sustantivo propuesto es el resultado de un conjunto de mecanismos de salvaguarda de los derechos humanos, que se han agrupado en un *ius*

comune Interamericano denominado constitucionalismo multinivel, que se desarrolla a partir del activismo judicial nacional e internacional que obligan al diálogo y armonización judicial, bajo normas y herramientas de derechos humanos que se utilizan para su efectiva protección.

Todo esto acontece tal como lo señala Alvarado (2013, p. 354) atendiendo al contexto planteado en el que la Corte IDH puede declarar la incompatibilidad de una norma nacional con el derecho interamericano y exigir de los Estados su expulsión del ordenamiento jurídico, así como requerir a los mismos para que adelanten todos los trámites necesarios para acoplar el derecho interno a los mandatos regionales.

Así mismo, los pronunciamientos de la Corte IDH surtirían efectos de “cosa interpretada” toda vez que en ellos el órgano judicial regional determina el contenido y alcance de las cláusulas convencionales con fuerza de autoridad, llevando a los jueces nacionales, bien sea en virtud de mandatos constitucionales o de las normas interamericanas, ha reconocer la vinculatoriedad de la jurisprudencia interamericana.

Es de aclarar que las funciones jurisdiccional y consultiva que cumple la Corte IDH³¹ como tribunal constitucional regional “no implican su superioridad jerárquica respecto de las cortes constitucionales nacionales. Por el contrario, estamos en presencia de un vivo ejemplo de pluralismo constitucional, gracias al cual lo importante no es quien ofrece la protección, sino que en efecto esta la misma asegurada” (Alvarado, 2013, p. 355). Por lo tanto,

Además de la afirmación de la Corte IDH como juez constitucional, el diálogo interjudicial ha permitido también la conformación de un *ius commune* interamericano. La idea de *ius commune* surge en el campo de los derechos humanos para dar cuenta de la existencia de un estándar mínimo de protección, construido desde los estrados judiciales, cuya salvaguarda resulta obligatoria a la luz de los mandatos constitucionales e internacionales que vinculan a los Estados. Su existencia proviene del reconocimiento de la dignidad humana como valor universal dotado de contenido desde la perspectiva pluralista que permite respetar las diferencias en el entorno regional y global. (p. 355)

Tal como concluye Alvarado (2013), lo expuesto deja entrever que existe en efecto una estructura multinivel que permite la protección de los derechos humanos en la región. Ahora bien, la articulación de este escenario multinivel no responde tan solo a una estrategia de gobernanza. Su puesta en marcha obedece a un proceso mucho más profundo: el de la constitucionalización del derecho internacional, concepto que ha retomado en su jurisprudencia la Corte IDH (2007):

En el plano internacional propiamente dicho, los tratados de derechos humanos tienen una dimensión "constitucional", aquí mencionada no en sentido de su posición en la jerarquía de normas en el derecho interno, que de todos modos está rehén de lo que determinan las constituciones nacionales proyectándose de ahí con variaciones al orden internacional, **sino más bien en el sentido mucho más avanzado de que construyen, en el propio plano internacional, un orden jurídico constitucional de respeto a los derechos humanos.** Párr.

³¹ Estatuto de la Corte IDH, Resolución No. 448 adoptada por la Asamblea de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en la Paz, Bolivia, octubre de 1979.

7. (énfasis añadido)

De ese modo, se puede alcanzar un *ordre public* internacional con mayor cohesión de respeto a los derechos humanos. **La "constitucionalización" de los tratados de derechos humanos, a mi juicio, acompaña, así, pari passu, el control de su convencionalidad.** Y este último puede ser ejercido por los jueces de tribunales tanto nacionales como internacionales, dada la interacción entre los órdenes jurídicos internacional y nacional en el presente dominio de protección. Párr. 10. (énfasis añadido)

La obligación general del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos **abre camino para su "constitucionalización", o sea, la "constitucionalización" de una convención internacional** (enteramente distinta de la pretendida internacionalización del derecho constitucional, y mucho más avanzada que esta última). Párr. 12. (énfasis añadido)

De lo traído a colación a nivel doctrinal como jurisprudencial, Alvarado (2013) infiere que el contenido del *ius commune* obliga a todos los poderes públicos tanto a nivel nacional como internacional, y en particular supone límites a la capacidad normativa de los Estados. Se trata, por ende, de normas vinculantes y no meramente programáticas. Así mismo, gracias a la articulación de la red, esas normas constitucionales cuentan con una garantía jurisdiccional en virtud de la cual se deben descartar todas aquellas normas que las contravengan. Igualmente, la red permite evidenciar –y cumplir con– la obligación de hacer una interpretación conforme, al mismo tiempo que pone de presente la influencia de ese *ius commune* regional sobre la vida jurídica y política de la región.

Con lo anterior, se logra la constitucionalización de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el propio plano internacional, pero bajo un orden jurídico constitucional de respeto a los derechos humanos, del que hacen parte los Estados. Dicho entendimiento del proceso de constitucionalización del derecho internacional, deja en claro la necesidad de intensificar la aplicación de la red judicial interamericana, producto del diálogo inter-judicial entre el nivel internacional e interno, a fin de dar aplicación a la figura del Control de Convencionalidad.

Todo lo anterior supone una redefinición total en el sistema de las fuentes del derecho, un replanteamiento de una serie de categorías dogmáticas y el resurgimiento de otras absolutamente novedosas. Como lo señala Jinesta (2012):

La cuestión fundamental que subyace en esta discusión es que ni siquiera el poder fáctico o constituyente originario debe desmarcarse del parámetro de convencionalidad y, en particular, del derecho internacional de los Derechos Humanos por su carácter supraconstitucional y de *ius cogens* (p. 20).

Finalizamos este apartado haciendo referencia a lo que Alvarado (2013) denomina “pluralismo constitucional”, el cual se desarrolla de la mano del mencionado constitucionalismo multinivel y la idea de red constitucional, y se entiende a partir del reconocimiento de que existen diferentes escenarios y autoridades constitucionales que se relacionan de forma “heterarquica” y complementaria antes que siguiendo reglas de jerarquía. En este contexto, la

relación entre los diferentes ordenamientos -nacional e internacional- no se concibe en términos de jerarquía sino de heterarquía.

Así pues, Alvarado (2013) refiere que en el marco del constitucionalismo multinivel y, por lo tanto, del pluralismo constitucional, las relaciones entre los diferentes niveles se regulan atendiendo a los principios y objetivos constitucionales comunes, no según una norma última, bien sea esta del derecho nacional, regional o universal. Según KUMM (como se citó en Alvarado, 2013) “la coherencia o unidad de la práctica constitucional se garantizan no con un texto, ni con el poder constituyente, ni con un árbitro final, sino con la deferencia mutua y el compromiso institucional, atados con principios comunes” (p. 364).

En este contexto, Alvarado (2013) afirma:

El constitucionalismo multinivel es la propuesta erigida ante la nueva realidad internacional en la que el pluralismo constitucional enmarca el ejercicio de la autoridad pública y la consecución de los cometidos constitucionales. En dicho escenario, la red constitucional es la forma a través de la cual se consolida el proceso de constitucionalización y el diálogo entre los diferentes niveles (bajo presupuestos de complementariedad, subsidiariedad, margen de apreciación y clausula Solange, entre otros), es la herramienta para su concreción. (p. 365)

De esta manera es posible concluir que la forma más adecuada de establecer un diálogo judicial entre la cortes internacionales y los jueces de los máximos tribunales nacionales se da en virtud de la aplicación de un diálogo sustantivo que origine una red judicial interamericana, que constituya tanto a nivel nacional como internacional un orden jurídico de respeto a los derechos humanos, atado a principios y objetivos comunes que se sustentan en el *ius commune* interamericano. En ello deben confluir todas las autoridades públicas de los Estados parte de la Convención, en cumplimiento del deber de acatar las obligaciones derivadas principalmente de los artículos 2 y 1.1. de la Convención Americana sobre derechos humanos, dentro del escenario denominado pluralismo constitucional.

3.3. Control de Convencionalidad como medio de control material de las reformas a la Constitución (Acto Legislativo 01 del 2005)

El acto legislativo 01 de 2005 introdujo una antinomia en el bloque de constitucionalidad colombiano, al consagrar a nivel constitucional el principio económico de sostenibilidad financiera con el cual limitó el derecho a la seguridad social en materia pensional, generando a su vez una contradicción normativa frente a instrumentos internacionales que consagran la protección progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales.

En ese orden ideas, el Estado colombiano desde antaño hace parte de una tradición jurídica de respeto a los derechos humanos, adoptando y ratificando toda una serie de instrumentos normativos internacionales de protección de los derechos económicos, sociales y culturales, entre los cuales se encuentran:

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado mediante

Ley 74 de 1968.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”, aprobada mediante Ley 16 de 1972.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, aprobado mediante Ley 319 de 1996.
- Código Iberoamericano de Seguridad Social, aprobado mediante Ley 516 de 1999.

Como rasgo característico de estos instrumentos internacionales encontramos que en todos se hace mención explícita al principio de progresividad, como una obligación de respeto que tienen los Estados parte frente a las condiciones de goce y ejercicio alcanzadas en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, que conlleva una prohibición correlativa consistente en no realizar medidas regresivas sin justificación.

Por otro lado, debe reiterarse que dichos instrumentos adquieren carácter vinculante para el Estado colombiano, en virtud de las Leyes 32 de 1985 y 406 de 1997, mediante las cuales se aprobó la Convención de Viena sobre los derechos de los tratados, que en el artículo 26 consagra la obligación de cumplir de buena fe todo tratado que entre en vigor para el Estado. Además, el artículo 27 añade que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Disposiciones que constituyen el desarrollo específico en materia de Derechos Humanos del principio *pacta sunt servanda*.

Además de lo anterior, hay que recordar que en el ámbito convencional interamericano existe el deber para el Estado colombiano de adoptar todas las disposiciones de derecho interno a fin de hacer efectiva la vigencia de los derechos, libertades y garantías instituidas en la Convención, deber establecido en el artículo 2º de la Convención Americana sobre derechos humanos.

Tal como puede observarse, el Estado colombiano está sujeto a un control internacional tripartito conformado, por un lado, por el principio de progresividad, por el otro, por el principio *pacta sunt servanda* y, finalmente, por el denominado control de convencionalidad que le obliga a llevar a cabo una adecuación normativa interna con las disposiciones de la Convención Americana.

No obstante, los principios de progresividad y *pacta sunt servanda*, si bien constituyen fundamentos esenciales del derecho internacional, no deben ser absolutizados, pues la propia normatividad, así como la doctrina y la jurisprudencia internacionales, reconocen que, en determinados casos, estas normas ceden ante otros principios y, por ende, un sujeto internacional puede dejar de cumplir las obligaciones derivadas de un tratado sin por ello incurrir en responsabilidad internacional.

Sin embargo, sobre el principio de progresividad, como se tuvo oportunidad analizar, es la propia doctrina y jurisprudencia internacionales las que se han encargado de delimitar la

obligación que contiene a través de la correlativa prohibición de regresividad, con lo cual busca llevar a cabo un juicio o test de proporcionalidad que permita evidenciar que la medida regresiva se justifica, constituyendo un límite al margen de configuración que tiene el legislador.

Así las cosas, los derechos económicos, sociales y culturales en Colombia encontrarían garantías múltiples, dados los dispositivos de protección con que se cuenta. Con todo, la realidad nos muestra otra cosa, ya que, como se señaló, la Corte Constitucional colombiana no realiza control material a las reformas constitucionales, quedando limitada solo al control por vicios de procedimiento en su formación. Esto conlleva un claro déficit de garantías en los mecanismos de protección de estos derechos, frente a medidas a nivel constitucional que se tornan regresivas, como lo constituye para el objeto del presente análisis el Acto Legislativo 01 del 2005. Al respecto, Arango (2015) señala:

La justicia constitucional colombiana, encabezada por la Corte Constitucional, carece de un medio por el cual hacer efectivo un control material a las reformas constitucionales que efectúen los poderes constituidos, por lo cual el control de convencionalidad se puede convertir en medio idóneo para llevar a cabo el control material de las enmiendas a la Carta, bien sea como una teoría autónoma o como complementaria de la doctrina de la sustitución de la constitución. (p. 352)

De allí la importancia que tiene la aplicación del control de convencionalidad a nivel interno como parámetro reforzado de justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales, a través del cual el juez constitucional mediante el control difuso y/o abstracto de convencionalidad estaría en la obligación de ejercer *ex officio* dicho control entre las normas internas y la Convención. Sobre el particular Gamboa (2017) afirma:

Aunque tradicionalmente se suele oponer a esta afirmación el que los procesos constituyentes (o de reforma a la constitución) son muestra excelsa del poder soberano de los Estados, *legibus solutus*, es claro que en el contexto actual del pensamiento jurídico tal afirmación resulta, cuanto menos, imprecisa. En efecto, aunque no se duda que las normas de la Constitución son muestra evidente del ejercicio político democrático de una sociedad, es bien claro que tal circunstancia, por sí sola, no implica, de suyo, un aval para la arbitrariedad (p. 323).

Lo anterior deja en claro que, si bien la reforma constitucional que derivó en el Acto legislativo 01 de 2005 se enmarcó en el ejercicio pleno de las competencias democráticas con que cuenta el constituyente derivado, dicho poder de reforma se encuentra sujeto al control de convencionalidad. Gamboa (2017) indica:

El ejercicio del poder soberano de los Estados, bien sea del poder constituyente o el de enmienda, supone un necesario respeto por las normas de derecho internacional en materia de Derechos Humanos. De esta manera, mal puede invocarse esta competencia para procurar un quiebre o desmonte de algunas de las cláusulas del Estado social y democrático de derecho (p. 327).

Lo expuesto nos lleva a confrontar la prohibición de regresividad de los derechos económicos, sociales y culturales con el Acto Legislativo 01 de 2005, encontrando que sobre éste último recae *prima facie* una presunción de inconstitucionalidad, que hace necesario activar el dispositivo de convencionalidad, a fin de determinar, tal como lo ha mencionado la Corte IDH, la necesidad de apreciar la racionalidad, oportunidad, necesidad, pertinencia y proporcionalidad³² de las medidas que constituyen dicha reforma constitucional, desde la perspectiva de los derechos humanos.

Mientras no se realice el control material de reforma a la constitución y no se justifique razonablemente dicha medida regresiva, ya sea mediante el control de constitucionalidad o supletivamente mediante el control de convencionalidad al Acto Legislativo 01 del 2005, podemos afirmar que la Constitución política de Colombia consagra una norma constitucional que es *prima facie* inconstitucional y que por lo tanto, genera responsabilidad internacional para el Estado colombiano, al consagrar una disposición contraria a los cánones, principios y obligaciones que contiene la Convención Americana sobre derechos humanos, principalmente frente a la obligación de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales que señala el artículo 26 de la convención. Al respecto Gamboa (2017) afirma:

Toda norma nacional que ampare violaciones al derecho internacional y sus principios (sustantiva) desconoce la convencionalidad y compromete la responsabilidad de los Estados miembros. Normas nacionales que amparen hechos contra el derecho internacional son materialmente contrarias a las bases de construcción del sistema convencional, en este sentido el mantenimiento de normas que violen el orden convencional y el derecho internacional son fuente de imputación objetiva de responsabilidad estatal (sustantiva). El mantenimiento de un orden jurídico contrario a la convención, compromete la responsabilidad del Estado. El artículo 2 de la CADH impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria de la Convención. (p. 350).

Así las cosas, actualmente el Estado colombiano se encuentra infringiendo la Convención Americana sobre derechos humanos y demás instrumentos jurídicos internacionales adoptados y ratificados por el Estado para la protección de los derechos sociales, al mantener vigente el Acto Legislativo 01 del 2005, sin haber ejercido ningún tipo de examen con el fin de detectar el incumplimiento de la prohibición de regresividad, frente a la restricción de los derechos al régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993, la mesada catorce, los regímenes especiales y el derecho a la negociación colectiva.

De tal forma, se legitima una medida que implicó la modificación o derogación de normas que garantizaban determinados niveles de realización del derecho social fundamental a la seguridad social y se desconoció el *ius commune* internacional, que da cuenta de la existencia de un estándar mínimo de protección a los derechos humanos.

En este sentido, se requiere identificar el derecho a la seguridad social bajo una función de derecho de no intervención, comportándose como derechos de defensa, por ello, en este supuesto, hay que someter al Acto legislativo a un examen de proporcionalidad. La cual una vez

³² Para un análisis en detalle de la aplicación del principio de proporcionalidad en el contexto del Control de convencionalidad véase. (Gamboa, 2017, pág. 380).

la argumentación del afectado, refiere una fuerte restricción producida a su derecho a causa de la regresión, se le corre al Estado la carga de la prueba y de la justificación agravada, según la doctrina dominante.

Al respecto, Clérico 2018 afirma:

El retroceso frente al nivel de protección alcanzado se debe presumir en principio ilegítimo y, a su vez, se debe someter a un control judicial estricto. Para que la presunción de inconstitucionalidad pueda ser derrotada, el Estado tienen que demostrar y justificar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo del derecho afectado. Asimismo, debe demostrar que el retroceso se ha aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles, es decir, que no pudo ser evitado. (p. 135)

Tal como se ha indicado, es precisamente la no aplicación del test de regresividad sobre el mencionado Acto Legislativo, lo que ha conllevado a generar una presunción de responsabilidad internacional del Estado colombiano por la violación *per se* de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, siendo así como el Estado colombiano contraría la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención³³, ante la acción del poder legislativo al desarrollar normas contrarias al sistema convencional y por su parte el poder judicial al omitir y mantener un orden jurídico *prima facie* contrario a la Convención, desconociendo el ordenamiento jurídico internacional y el *ius commune* que lo componen.

³³ Esta obligación implica para los Estados la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen la violación de garantías previstas en la Convención, y la expedición de normas y desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de esas garantías.