

El Monismo Dialógico, como solución efectiva al problema del conflicto normativo. La doctrina monista dialógica internacionalista de los derechos humanos, en adelante llamada monismo dialógico, no es otra cosa que el mecanismo de solución de conflictos normativos, de carácter internacional, más eficiente y realmente aplicable en el contexto actual, que manteniendo la postura de la supremacía del derecho internacional, no desconoce y da participación y posibilidad de aplicación a las normas de derecho interno, amparado en el principio fundamental pro homine y en el dialogo de las fuentes.

MONISMO DIALÓGICO EL REY DEL ZEITGEIS



Luis Carlos Pineda Acosta

Autor: Luis Carlos Pineda Acosta
Título: Monismo Dialógico
Técnica: argumentativo
Dimensiones: Variables
Año: 2018

MONISMO DIALÓGICO, EL REY DEL ZEITGEIS

**EL MONISMO DIALÓGICO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
COMO PROPUESTA DE SOLUCIÓN A LOS CONFLICTOS NORMATIVOS DE
DERECHO INTERNACIONAL EN COLOMBIA.**

Luis Carlos Pineda Acosta

Universidad Federal de Mato Grosso Brasil.

Luispineda8425@hotmail.com

Sumario:

INTRODUCCIÓN

**I- RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS (D.I.D.H) Y EL DERECHO INTERNO EN
COLOMBIA EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL
TRADICIONAL.**

§ 1- Teoría MONISTA en las relaciones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno colombiano.

A- 3 x 3 tres razones, tres reglas, tres principios para entender la aplicación de la doctrina monista en el ordenamiento jurídico colombiano.

B- 1 x 1 un análisis constitucional, un análisis jurisprudencial y un análisis doctrinal del ordenamiento jurídico colombiano frente a la doctrina monista.

§ 2- suficiencia de la doctrina monista moderada frente al problema de la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno colombiano.

A- Análisis de la positivización de las normas internacionales de derechos humanos en el derecho interno colombiano.

B- aplicación de la doctrina monista respecto al bloque de constitucionalidad en la relación del derecho internacional de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico colombiano.

II- DOCTRINAS MODERNAS: COORDINADORAS, EL PLURALISMO CONSTITUCIONAL Y EL MONISMO DIALÓGICO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO SOLUCIÓN AL CONFLICTO NORMATIVO DE DERECHO INTERNACIONAL EN COLOMBIA.

§ 1- Análisis de las doctrinas modernas con el pretexto de justificar su inaplicabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano.

A- Doctrina del pluralismo constitucional y su planteamiento retrospectivo.

B- Doctrina coordinadora y su justificada inaplicabilidad.

§ 2- Aplicación y justificativa de la doctrina monista internacional dialógica de los derechos humanos y el derecho interno colombiano.

A- Importancia del monismo dialógico internacional de los derechos humanos, su sustento, beneficios de su aplicación desde el principio pro homine.

B- Casos que Justifican la aplicación e importancia del monismo dialógico internacional de los derechos humanos.

CONCLUSIONES

Resumen:

MONISMO DIALÓGICO, EL REY DEL ZEITGEIS

Desde 1998 la corte constitucional colombiana se manifestó a través de la sentencia C-400 de 1998 sobre la ley que aprueba los tratados internacionales, organización internacional y derecho de los tratados, marcando el derrotero a seguir, para la aplicación e interpretación de los mismos, pero olvidó una cosa, o más bien, encontró fácil, no desgastarse en adoptar una posición única bien haya sido de adoptar el monismo constitucionalista, o el monismo internacionalista, y prefirió refugiarse en el monismo moderado, encontrando la facilidad de en el ejercicio normativo, acomodar su posicionamiento a la teoría más favorable a sus intereses. Situación que hoy la coloca como uno de los países con el más alto índice de demandas ante la corte interamericana, por violación de los derechos humanos.

Hoy día existe un marcado carácter de interdependencia entre los Estados, a través del cual se trata de garantizar de manera efectiva la progresiva aplicación por las cortes constitucionales de los

instrumentos internacionales de derechos humanos; relación esta, que conlleva a la creación de normas comunes que regulan las relaciones entre los derechos fundamentales, humanos, económicos, sociales, ambientales y todas las categorías de derechos entre sí. En este trabajo argumentaré como el instrumento llamado **monismo internacionalista dialógico**, es la solución al problema normativo, y puede ser la clave para la efectiva protección y garantización de los derechos humanos en el derecho interno colombiano.

PALABRAS CLAVE: Monismo, dialogismo, derechos humanos, principio pro homine, diálogo de las fuentes, derecho internacional, derecho privado, sentencia C-400 de 1998, control de convencionalidad.

Resumo:

MONISMO DIALÓGICO, O REI DO ZEITGEIS

Desde 1998, a Corte Constitucional colombiana declarada por sentença C-400 de 1998, sobre a lei que aprova um tratado internacional, organização internacional e direito dos tratados, marcando o itinerário a seguir, para a aplicação e interpretação deles, mas esquecendo uma coisa, ou melhor, achei fácil não usar a adotar uma posição única ou foi a adotar o monismo constitucional, ou o monismo internacionalista, e preferiu refugiar-se no monismo moderado encontrar a facilidade do exercício regulamentar acomodar o seu posicionamento para a teoria mais favorável aos seus interesses. Situação que hoje o coloca como um dos países com maior índice de demandas perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por violação dos mesmos direitos.

Atualmente existe um marcado caráter de interdependência entre os Estados, através do qual se busca garantir de forma efetiva a aplicação progressiva pelos tribunais constitucionais dos instrumentos internacionais de direitos humanos; esta relação, que leva à criação de regras comuns que regulam as relações entre os direitos fundamentais, humanos, econômicos, sociais, ambientais e todas as categorias de direito entre si. Vai argumentar neste trabalho como o instrumento chamado dialógico monismo internacionalista é a solução para problemas de regulação, e pode ser a chave para uma proteção efetiva e garantia dos direitos humanos no direito interno colombiano.

PALAVRAS-CHAVE: Monismo, dialogismo, direitos humanos, princípio pró homine, diálogos de direito internacional, direito privado, julgamento C-400 de 1998, controle de convencionalidade.

Abstract:

MONISMO DIALÓGICO, THE KING OF THE ZEITGEIS

Since 1998 the Colombian constitutional court manifested itself through the judgment C-400 of 1998 on the law approval of international treaty, international organization and law of the treaties, marking the course to follow, for the application and interpretation of the same, but I forget one thing, or rather, found it easy, not to wear out in adopting a unique position whether it was to adopt constitutionalist monism, or internationalist monism, and preferred to take refuge in moderate monism, finding the facility of normative exercise, accommodating its positioning to the theory most favorable to their interests. Situation that today places it as one of the countries with the highest rate of demands before the Inter-American Court of Human Rights, for violation of the same rights.

Nowadays there is a marked interdependence character among the States, through which it is tried to guarantee in an effective way the progressive application by the constitutional courts of the international human rights instruments; This relationship, which leads to the creation of common rules that regulate the relationships between fundamental rights, human, economic, social, environmental and all categories of law among themselves. In this paper I will argue how the instrument called dialogical internationalist monism, is the solution to the normative problem, and can be the key to the effective protection and guarantee of human rights in Colombian domestic law.

KEY WORD: Monism, dialogism, human rights, pro homine principle, dialogue of international law sources, private law, judgment C-400 of 1998, control of conventionality

INTRODUCCIÓN

MONISMO DIALÓGICO, EL REY DEL ZEITGEIS

EL MONISMO DIALÓGICO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO PROPUESTA DE SOLUCIÓN A LOS CONFLICTOS NORMATIVOS DE DERECHO INTERNACIONAL EN COLOMBIA.

En este artículo se presenta el material específico y la conclusión principal de la investigación realizada sobre la aplicación de la doctrina monista dialógica internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico colombiano.

Es preciso entender si efectivamente la doctrina monista dialógica internacional de los derechos humanos tiene aplicabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano, y si su aplicación sería la solución efectiva al conflicto normativo internacional, además, es fundamental estudiar la constitución política de Colombia, el derecho internacional aplicable en el país, la doctrina y la jurisprudencia respecto al tema.

El abordaje que se realiza de la doctrina monista dialógica internacional de los derechos humanos, y su aplicación como solución al conflicto normativo internacional en el ordenamiento jurídico colombiano, se hace de forma deductiva, partiendo de una base general de los dos derechos, tanto internacional de los derechos humanos, como privado colombiano, hasta llegar al objetivo particular de determinar la aplicación en el ordenamiento jurídico, de la doctrina monista dialógica internacional de los derechos humanos propuesta por el Dr. Valerio Mazzuoli.

Este texto está dividido en dos partes. En la primera, se analizará críticamente la aplicación de la doctrina monista en el ordenamiento jurídico colombiano, sus limitaciones e incapacidad de resolver el problema de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y este; en la segunda parte, se analizará la existencia de relación de dialogo entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno colombiano, y la posible aplicación de esta doctrina como mecanismo de solución del conflicto normativo, por tanto, la reflexión en esta primera sección será puramente teórica, en la segunda parte, se dará un giro de la teoría a la práctica.

Del mismo modo se analizan casos puntuales y se estructura una conceptualización apropiada del tema.

Hoy día existe un marcado carácter de interdependencia entre los Estados, a través del cual se trata de garantizar de manera efectiva la progresiva aplicación por las cortes constitucionales de los instrumentos internacionales de derechos humanos; relación esta, que conlleva a la creación de normas comunes que regulan las relaciones entre los derechos fundamentales, humanos, económicos, sociales, ambientales y todas las categorías de derecho entre sí.

Así las cosas, los Tratados de derecho internacional de los derechos humanos resultan ser el instrumento fundamental para el desarrollo de dichos Estados y el cumplimiento de sus objetivos constitucionales de garantizar todos los derechos, especialmente los fundamentales y humanos.

Sin embargo surge el problema de determinar el procedimiento de incorporación de tales tratados internacionales en el ordenamiento interno de cada Estado, así como la determinación del rango que ocupan en dicho ordenamiento jurídico, y es ahí cuando efectivamente entramos a analizar la participación del dialogismo y su aplicación dentro del ordenamiento jurídico colombiano, para de manera efectiva determinar con precisión si en Colombia tiene aplicación la doctrina del monismo internacionalista dialógico de los derechos humanos, para lo cual es preciso mencionar, que en Colombia y en general en Latinoamérica se ha adoptado la teoría monista para proteger los principios de igualdad, seguridad jurídica, legalidad y unidad política, así como para mantener el orden social y político.

I - RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (D.I.D.H) Y EL DERECHO INTERNO EN COLOMBIA EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL TRADICIONAL.

§ 1- Teoría Monista en las relaciones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno colombiano.

Al referirnos al monismo internacionalista dialógico de los derechos humanos, es inevitable remontarnos a explicar aspectos básicos fundamentales de la teoría monista, que ha regulado a través del tiempo la relación entre el derecho internacional y el derecho interno de cada país, para poder hacer entendible el concepto y la aplicación del mismo en el derecho actual, específicamente en el ordenamiento jurídico colombiano.

Así, tenemos que La doctrina monista, cuyo máximo exponente es HANS KELSEN, y de hecho la aceptada por la mayoría de países en Latinoamérica, plantea la unidad de un sistema jurídico que

encierra tanto el ordenamiento interno de cada país como el ordenamiento internacional, esta doctrina admite dos líneas principales, dependiendo de la primacía que se le dé a un ordenamiento u otro, clasificándose en constitucionalista o internacionalista, y a su vez, tal como lo afirma Verdross (1976):

[...] solo puede dar cuenta de la realidad jurídica una teoría que, reconociendo, desde luego, la posibilidad de conflictos entre el Derecho Internacional y el derecho interno, advierta que tales conflictos no tienen carácter definitivo y encuentran su solución en la unidad del sistema jurídico [...]

y en consonancia con Luís Eduardo SCHOUERI, (1995, p. 92) quien manifiesta que

[...] el monismo paso por un proceso de evolución que se llama “monismo moderado”, el cual reconoce que es posible la existencia de normas internas e internacionales contrarias, mas esa es una situación precaria, debiendo el conflicto ser resuelto de acuerdo con el procedimiento previsto en el Derecho Internacional Público [...]

Atendiendo a que reconozca la posibilidad de conflicto entre las normas internacionales y las estatales, y al mismo tiempo advierta que este no tiene un carácter definitivo y solucione la situación con la unidad de los sistemas, se clasifica en radical y moderado.

Ahora bien refiriéndonos exclusivamente al tema de derechos humanos y dentro de la doctrina monista internacionalista; ha creado recientemente una nueva doctrina el Dr. Valerio Mazzuoli, llamada MONISMO INTERNACIONALISTA DIALÓGICO, la cual se fundamenta en el dialogo de las fuentes, es decir en la comunicación entre los ordenamientos tanto estatal como internacional y encontrando su base en el principio pro homine, es decir, atendiendo siempre a la aplicación del derecho más favorable a la persona, en aras de proteger y garantizar su dignidad humana.

A - 3 x 3 tres razones, tres reglas, tres principios para entender la aplicación de la doctrina monista en el ordenamiento jurídico colombiano.

TRES RAZONES: extraídas de la **teoría monista internacionalista** como son: 1) La unidad del ordenamiento jurídico internacional de los derechos humanos con el ordenamiento privado colombiano, situación justificada con la firma y ratificación de los tratados internacionales de

derechos humanos por parte de Colombia. 2) La jerarquía entre las normas del ordenamiento jurídico internacional de los derechos humanos y el privado colombiano, aceptada expresamente en su cuerpo constitucional como más adelante en detalle veremos.3) Los conflictos normativos entre el ordenamiento jurídico internacional de los derechos humanos y el privado colombiano en razón a la teoría monista moderada adoptada por Colombia; en este sentido analizar estas razones permite entender el recorrido del derecho interno colombiano a través del tiempo para solucionar el problema de la aplicación de la norma internacional de derechos humanos en su ordenamiento jurídico, problema que aún no ha sido resuelto, quedando en evidencia la suficiencia programada del monismo moderado.

En el mismo sentido, revisamos **TRES REGLAS:** extraídas de la **doctrina monista constitucionalista**, de aplicación propia por el ordenamiento interno colombiano, así: 1) La norma superior prevalece sobre la inferior. 2) La norma posterior deroga la anterior. 3) La norma especial se prefiere sobre la general. Sin duda alguna, estas reglas llevan por cualquier camino interpretativo a la conceptualización que la jerarquía y primacía radica en la norma de derecho internacional, toda vez que está siempre será de carácter superior, por lo general es la norma posterior, y aun si no lo fuere, las posteriores no pueden ser contrarias a esta, y así, ostenta para todos los efectos la norma internacional, el carácter de especial sobre la materia que tratase.

Adicionalmente, siendo la base sustentable de la presente argumentación, se tienen los **TRES PRINCIPIOS** extraídos de la **doctrina monista internacionalista:** 1) “**pacta sunt servanda**” contemplado en el artículo **26** de la convención de Viena 1969. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. No requiere mayor explicación este principio en razón a la manifiesta, clara y precisa anotación de la obligación de cumplir lo expuesto en los tratados ratificados. 2) principio de la “**buena fe**” expuesto en el artículo 31 de la convención de Viena de 1969 como regla general de interpretación. Y que a letra dice: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. 3) principio “**pro homine**” explicado por el Artículo **29** de la **Convención americana sobre derechos humanos (pacto de san José) Normas de Interpretación** y que a letra dice: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la

convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración americana de derechos y deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Analizadas las tres reglas, las tres razones y los tres principios, podemos decir que Colombia al ratificar y aceptar los principios expuestos en la convención de Viena de 1969 deja ver a toda luz que, en caso de conflicto entre las normas de derecho internacional y el derecho interno, prevalecerán las normas de derecho internacional, tal como se expuso en líneas anteriores, evidenciándose una aplicación precisa de la **Doctrina monista internacionalista**.

B - 1 x 1 un análisis constitucional, un análisis jurisprudencial y un análisis doctrinal del ordenamiento jurídico colombiano frente a la doctrina monista.

Ahora bien, desde el derecho interno colombiano, el análisis debe hacerse desde de la constitución política de Colombia, la jurisprudencia y la doctrina colombiana, encontrado entonces que **LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA** presenta varias disposiciones así: en su **Artículo 4** sin lugar a dudas, señala que La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Consagrándose la aplicación de la **Doctrina monista constitucionalista**. Así mismo, en su **Artículo 9**, señala que Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia... evidenciándose una vez más la aceptación de la **Doctrina monista constitucionalista**.

En el sentido expuesto, estos dos artículos se refieren de manera general a la aplicación de tratados internacionales de cualquier derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, ahora, para los **Derechos Humanos** específicamente encontramos las siguientes consagraciones: en su **Artículo 5** de manera expresa indica que, el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad. Aceptando la **Doctrina monista internacionalista**. En el mismo sentido en su **Artículo 93** señala

que, “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (Subrayado para resaltar por el autor)

También, a través del Acto legislativo 02 de 2001, en su artículo 1, ordena, Adiciónese el artículo 93 de la Constitución Política con el siguiente texto: El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”. Dejando de manifiesto la aplicación de la **Doctrina monista internacionalista.**

También, en su **Artículo 94**, estipula que, “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Sustentando una vez más, la aceptación y aplicación de la Doctrina **monista internacionalista.**

También en su **Artículo 170.** Señala que “Un número de ciudadanos equivalente a la décima parte del censo electoral, podrá solicitar ante la organización electoral la convocación de un referendo para la derogatoria de una ley.

La ley quedará derogada si así lo determina la mitad más uno de los votantes que concurran al acto de consulta, siempre y cuando participe en éste una cuarta parte de los ciudadanos que componen el censo electoral.

No procede el referendo respecto de las leyes aprobatorias de tratados internacionales, ni de la Ley de Presupuesto, ni de las referentes a materias fiscales o tributarias” (Subrayado para resaltar por el autor) confirmando la aceptación de la **doctrina monista internacionalista.**

Y por último, en su **Artículo 214** expresa que, “los estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones: 1. Los decretos legislativos llevarán

la firma del Presidente de la República y todos sus ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de Excepción. 2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. (Subrayado para resaltar por el autor) En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos... ratificando una vez más la aplicación y aceptación de la **Doctrina monista internacionalista.**

Hasta ahora se ha demostrado, que en el ordenamiento jurídico colombiano existe una doble tendencia, una nacionalista, enfocada hacia la aplicación de la doctrina monista constitucionalista, en cuanto se refiere a los tratados internacionales que no atienden específicamente el tema de derechos humanos, y otra más internacionalista encaminada hacia la protección específica de los derechos humanos y en lo referente a los tratados que de forma precisa los protegen. Más es importante resaltar que dependiendo de la línea de derechos que se intenta proteger, la clase de monismo aplicado varía, así tenemos que para derechos económicos, sociales, culturales y del ambiente, se aplica la doctrina monista constitucionalista, y tratándose de derechos humanos y fundamentales, hablamos de la aplicación de la doctrina monista internacionalista. Pero ahí no termina la cosa, ni se resuelve la situación, veamos entonces la posición jurisprudencial.

En lo que se refiere a la **JURISPRUDENCIA COLOMBIANA** es preciso mencionar algunas sentencias de la Corte Constitucional Colombiana, que esgrimen fuertes argumentos sobre el tema para dilucidar y entender el camino recorrido por el derecho colombiano para determinar la aplicación de la doctrina del monismo internacionalista dialógico en lo que respecta a los derechos humanos, así entonces, la Sentencia C-400 de 1998: **ley aprobatoria de tratado internacional-organización internacional y derecho de los tratados.**

En los siguientes términos se refiere la corte a los principios ya mencionados: “**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.

PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN TRATADO INTERNACIONAL 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.

TRATADO INTERNACIONAL Y SUPREMACIA CONSTITUCIONAL La Carta establece una clara prevalencia de la Constitución sobre los tratados, con dos excepciones: de un lado, aquellos que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, los cuales se integran al bloque de constitucionalidad; y, de otro lado, igualmente gozan de un status particular los tratados de límites, puesto que éstos, conforme al artículo 102 de la Carta, son normas particulares pues representan elementos constitutivos del territorio nacional, y por ende del propio Estado colombiano. Por ende, con excepción de los tratados de fronteras y ciertos convenios de derechos humanos, en virtud del artículo 4º superior, son inaplicables en nuestro país todas aquellas normas previstas por instrumentos internacionales que desconozcan preceptos constitucionales. En el plano interno, la Constitución prevalece sobre los tratados, por lo cual un convenio contrario a la Carta es inaplicable. La Carta reconoce que uno de los principios que orientan nuestras relaciones internacionales es la norma *Pacta Sunt Servanda*, pero sin perjuicio de la supremacía de la Constitución en el orden interno”.

Así mismo, desarrolla un acápite llamado: “Las **tensiones entre Pacta sunt servanda, la prevalencia de los tratados y la supremacía de la Constitución**”. Donde plantea lo siguiente: “En consonancia con el principio *Pacta sunt servanda*, el siguiente artículo del convenio bajo revisión señala que no podrán los Estados ni las organizaciones internacionales invocar el derecho interno o las reglas de la organización para justificar el incumplimiento de un tratado,

salvo en el caso de que se trate, conforme al artículo 46, de una violación manifiesta de una disposición fundamental de derecho interno relativa a la competencia para celebrar tratados.

Las convenciones de Viena sobre los tratados recogen una concepción monista internacionalista, mientras que el artículo 4º superior parece consagrar un monismo constitucionalista, puesto que señala que la Carta prevalece sobre cualquier otra norma. En ese orden de ideas, el anterior interrogante puede ser reformulado así: ¿es compatible el monismo internacionalista de la Convención de Viena con el monismo constitucionalista que deriva del artículo 4º de la Constitución?

El examen precedente permite entonces mostrar que la Carta de nuestro país no defiende un monismo constitucionalista rígido, como podría entenderse a partir de una lectura aislada del artículo 4º superior, puesto que la Constitución establece que Colombia reconoce los principios de derecho internacional aceptados por el país y que el Estado debe promover la internacionalización sobre bases de equidad y reciprocidad (CP arts. 9º y 226). Ahora bien, como la primacía de los tratados sobre el ordenamiento interno es un principio del derecho internacional que ha sido ampliamente aceptado por Colombia, y constituye la base para la formación de relaciones equitativas entre las naciones, ese principio se entiende en cierta medida también incorporado en la Carta, por la vía indirecta de los artículos 9º y 262. Por ello la Corte había señalado que la norma *Pacta sunt servanda*, al ser una “medida de seguridad y estabilidad jurídica dentro del orden internacional”, encuentra un cierto sustento en el artículo 9º superior ya que pretende alcanzar “la paz, la seguridad y la convivencia entre los Estados”. Igualmente, en posterior decisión, esta Corporación precisó que “dentro de los principios fundamentales del derecho internacional se encuentra el *Pacta Sunt Servanda*, que obliga al respeto y cumplimiento de lo acordado en los tratados internacionales. Como consecuencia de este principio, las autoridades colombianas están obligadas a velar por la observancia de los tratados ratificados por Colombia.”

Tenemos entonces que en un primer plano la corte indica que el constitucionalismo colombiano no es rígido, toda vez que su ordenamiento constitucional posibilita, la integración de normas internacionales en la propia constitución, evento que de alguna manera resuelve el problema de las contradicciones entre el derecho internacional y el derecho interno colombiano; así mismo, señala

que esta regla no se predica respecto de todos los tratados, sino sólo de los que tratasen sobre derechos humanos, es decir, de aquéllos que conforman el bloque de constitucionalidad.

En segundo lugar, la Corte afirma que aun cuando los tratados pueden llegar a tener cierta prevalencia en el orden interno, ello no implica la invalidez de todas las normas contrarias a un acuerdo internacional.

Para justificar esta afirmación desarrolla un acápite entero en el que habla de "monismo moderado, doctrinas coordinadoras o de la integración dinámica entre el derecho internacional y el derecho interno en el constitucionalismo colombiano".

Del análisis de lo expuesto la corte afirma las siguientes: **ineludibles consecuencias de: 1) inaplicación de tratados inconstitucionales, 2) interpretación conforme al derecho internacional de las leyes y 3) cambio de jurisprudencia sobre la competencia de la Corte en el control de los tratados perfeccionados.**

... en virtud del principio Pacta sunt servanda, que encuentra amplio sustento en la Carta (CP art. 9º), como ya se ha visto, es deber de los operadores jurídicos aplicar las normas internas distintas de la Constitución de manera que armonicen lo más posible con los compromisos internacionales suscritos que tiene el país.

Como podemos observar, el problema aun, no queda resuelto, quedando abierta la puerta a posibles erradas aplicaciones e interpretaciones de los tratados internacionales, e incluso de la normatividad interna, al no tenerse claridad efectiva sobre una línea, directriz o parámetro único que posibilite la real solución del conflicto presentado.

Así, también es importante traer al análisis, la sentencia C- 269 de 2014, en la cual la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de varios artículos de la Ley N° 37 de 1961, "Por la cual se aprueba el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas" (Pacto de Bogotá). Lo más importante para señalar es que en esta, la corte, se refirió justamente de la sentencia C-400 de 1997, indicando lo siguiente:

“relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno” No pueden definirse rígidamente a través de monismos jurídicos concluyentes de la prevalencia absoluta de la Constitución o de los tratados, tampoco acudiendo a las teorías alusivas a una suerte de paralelismo entre los sistemas jurídicos”

Es pertinente anotar que la aceptación de un principio por el Estado colombiano, no implica predicar su inmutabilidad ni su condición absoluta o perpetua. En ese sentido, los principios de derecho internacional son susceptibles de variar en virtud de un cambio de valores de la sociedad internacional o ser objeto de diversas interpretaciones, algunas de ellas constitucionalmente admisibles y, a su turno, otras contrarias a la Carta.

El reconocimiento de un principio de derecho internacional como integrante del ordenamiento jurídico interno demanda que el mismo resulte plenamente compatible con el estatuto superior. Su admisibilidad como parámetro normativo en virtud de lo establecido en el artículo 9° debe, en todos los casos, someterse a la previa verificación de su compatibilidad y no oposición –absoluta o parcial– a las exigencias de la Carta y a las normas de derecho internacional que, según lo dicho en los numerales anteriores de este capítulo, pueden prevalecer en el orden interno. Ningún principio del derecho internacional puede integrarse al contenido normativo del artículo 9° y erigirse en parámetro de control, si no supera un examen constitucional que deberá surtirse al momento de ejercer las diferentes competencias en materia de control de constitucionalidad y que, en todo caso, también tendrán la obligación de desarrollar las autoridades encargadas de definir su aplicación.

Esta exigencia de verificación de compatibilidad con la Carta se fundamenta en el hecho de que cualquier disposición que pretenda integrarse al ordenamiento jurídico de Colombia, se encuentra sometida a la regla de reconocimiento que se deriva del artículo 4° de la Constitución Política.

Vista esta situación podemos inferir que la corte constitucional colombiana persiste en el problema, sin encontrar aun la efectiva solución a la aplicación y prevalencia de los tratados internacionales en el derecho interno. Dejando puertas abiertas para entender que existe en Colombia la posibilidad de aplicar el dialogo de las fuentes, caminando entonces a la aplicación de la doctrina monista internacionalista dialógica de los derechos humanos.

DOCTRINA COLOMBIANA

Para el caso de Colombia, unos de los mayores doctrinantes es Enrique Gaviria Liévano, quien a letra en su sexta edición del libro derecho internacional público señala: “es muy difícil afirmar la

existencia de ordenes jurídicos separados, e independientes. El derecho interno y el internacional son interdependientes.

La práctica demuestra que hay una relación muy estrecha entre ambos sistemas. Un Estado no puede establecer un ordenamiento jurídico interno violando las normas internacionales. No puede por ejemplo despojar de todo derecho a los extranjeros, ni derogar el paso inocente por aguas territoriales. Estas instituciones aparecen como limitaciones internacionales a la actuación del estado en el ámbito interno. Fenómeno que demuestra la interferencia del orden internacional en el orden interno...

Por otro lado, si se acepta la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, puede llegarse a desconocer importantes normas constitucionales de derecho interno de los estados, pero si por el contrario se acepta la supremacía del orden interno sobre el internacional se cae en el peligro de sujetar al capricho de los estados la existencia del derecho internacional.

Es necesario estudiar detenidamente cada caso y evaluar las repercusiones que pueda crear en concreto cada posición”.

Posición esta que de hecho a toda luz acepta la existencia de un orden único y además aplicado en el ordenamiento jurídico colombiano, y que además hace referencia a la necesidad de estudiar cada caso en concreto para aplicar la doctrina más acertada, pero sin embargo se queda corto el autor al no indicar el objeto de tal aseveración, el cual en fin último sería la garantización de los derechos humanos, y además al no señalar el mecanismo para tal solución, que de conformidad con lo planteado por el Dr. Mazzuoli, sería el dialogismo internacional de los derechos humanos.

§ 2- suficiencia de la doctrina MONISTA moderada frente al problema de la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno colombiano.

Las doctrinas jurídicas tienen por objetivo dar solución a los problemas y necesidades de cierto momento histórico, en que se esté ubicado, atendiendo el contexto político, económico y social, pretendiéndose explicar, regular y solucionar los problemas de la realidad atinentes al estudio, que para nuestro caso es la superación del problema de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno y la aplicación apropiada de la normativa respectiva.

Teniendo claro este contexto decimos que existen muchas teorías y se han realizado múltiples planteamientos a los problemas, pero aun No se tiene un norte claro, lo que es cierto es que el camino seguido hasta ahora ya no es atinente. Es decir, que el contexto en que se desarrollaron las teorías tradicionales sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno ha cambiado mucho, lo que indica la necesidad de una nueva forma de comprender. Ahora bien, aun cuando existe claridad sobre la necesidad de un cambio y se han creado teorías apropiadas se persiste en la aplicación suficiente de la teoría tradicional monista.

En este sentido y habiendo estudiado la sentencia C 400 de 1998 y C 269 de 2014 podemos aseverar que el monismo moderado, si bien es la doctrina dominante, aplicada, y en efecto suficiente, hay que reconocer que se queda corta frente al problema, toda vez que su aplicación no resuelve de manera eficaz, garantizando la aplicación efectiva de los derechos humanos, los casos del contexto actual, donde aún no se determina por parte del ordenamiento jurídico interno colombiano, una total sumisión al derecho internacional, o una plena supremacía sobre este, tratándose a media luz, con moderaciones suficientes la garantización efectiva de los derechos humanos desconociendo el marco del dialogo y restando importancia al principio pro homine.

A- Análisis de la positivización de las normas internacionales de derechos humanos en el derecho interno colombiano.

Se ha dicho que la constitución de 1991 es la Constitución de los derechos humanos.

Más de 85 artículos contienen enunciados y detallados los derechos humanos de manera expresa, en especial en los principios fundamentales de la Constitución y en su preámbulo.

Pero serían solo letra en papel, sino existieran mecanismos para su protección, Sin estos, los derechos no hubieran sido más que un simple discurso y los dos mecanismos principales son: la acción de tutela y la Corte Constitucional; la primera que es el mecanismo idóneo eficaz y que goza de total celeridad para la protección de los derechos humanos, está contenida en el artículo 86 de la C.P.

Con el binomio **Tutela – Corte** los derechos humanos y fundamentales dejaron de ser lejanos privilegios sujetos a la discrecionalidad de las autoridades, sin autonomía y ausentes de toda eficacia; para convertirse en la herramienta más pronta para la efectiva protección de los derechos humanos y fundamentales.

La tutela es mecanismo favorito del constituyente para seguir definiendo, y protegiendo el contenido de los derechos humanos y la Corte es su guardián.

Pero no es suficiente, a pesar de estar debidamente estipulados, y contar con un guardián llamado corte constitucional y un mecanismo ágil y eficaz llamado tutela, y de haber sido Colombia el segundo país en ratificar el pacto de san José, y de contar el ordenamiento jurídico con herramientas de análisis, y de su jurisprudencia demarcar como camino el monismo moderado, sin determinar si es constitucional o internacional, es Colombia, de acuerdo con publicación del 26 Nov 2014 por Juan David Laverde Palma del periódico El Espectador, se conoció un informe de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado en el que se evidencia que la CIDH tiene en su poder 1.614 peticiones pendientes de estudio inicial, 360 expedientes en trámite, 281 admitidos y 75 con informes de fondo de la CIDH. En total el Estado ha sido condenado 14 veces por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “siendo el segundo país con mayor número de fallos de todo el hemisferio”, solo por debajo de Perú. Esto debido al efecto del caso Petro, el cual ha generado el descredito y la morosidad de la justicia colombiana y los antecedentes sobre millonarias condenas al Estado, que provocaron en el último año un súbito incremento del 37% en el volumen de asuntos tramitados contra Colombia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Lo que indica la ineficacia de la doctrina aplicada para resolver los casos determinados sobre derechos humanos.

B- limitación en la aplicación de la doctrina monista respecto al bloque de constitucionalidad en la relación del derecho internacional de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico colombiano.

Entiéndase por bloque de constitucionalidad el conjunto de normas que se utilizan como parámetro para analizar la validez constitucional de las leyes.

Este bloque está integrado en sentido lato:

- (i) El preámbulo de la constitución política de Colombia
- (ii) el articulado de la Constitución política de Colombia.
- (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93)
- (iv) las leyes orgánicas colombianas.
- (v) las leyes estatutarias colombianas.

Esta figura del bloque de constitucionalidad ha tenido aceptación limitada, por la doctrina colombiana y por la misma Corte constitucional colombiana. En efecto, existen decisiones que evidencian la falta de consenso al interior de la misma corte, respecto de la delimitación conceptual y normativa de esta figura. Por ejemplo, en el Auto 034 de 2007, la Corte constitucional manifestó que si bien algunas normas internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se incorporaban vía artículo 93, ello no se aplica a normas de características similares, como, por ejemplo, los Protocolos de la Convención. Incluso, en esta misma providencia, la Corte se ocupó de aclarar que en ningún caso las normas del bloque eran supraconstitucionales, pues la confrontación de normas de rango legal con disposiciones contenidas en el bloque no genera automáticamente su constitucionalidad o inconstitucionalidad, pues en todo caso esas normas deberán ser interpretadas de manera sistemática con la Constitución.

De los extractos citados y de las reglas expuestas se desprende, una vez más, que la Corte da vueltas alrededor de las teorías tradicionales, insiste en la "integración" de las normas internacionales al ordenamiento interno, habla de la necesidad de respetar los compromisos internacionales, pero avala su incumplimiento si son contrarios a las normas internas, especialmente a las constitucionales, aunque insiste en la necesidad de intentar su articulación.

La propia Corte afirma explícitamente que ni monismo ni dualismo son suficientes; sin embargo, se abstiene de hacer alusión de forma explícita a un nuevo modelo o a los principios que habrán de regir la nueva relación entre los ordenamientos.

II- TEORÍAS MODERNAS: COORDINADORAS, EL PLURALISMO CONSTITUCIONAL Y EL MONISMO DIALÓGICO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO SOLUCIÓN AL CONFLICTO NORMATIVO DE DERECHO INTERNACIONAL EN COLOMBIA.

§ 1- Análisis de las doctrinas modernas con el pretexto de justificar su inaplicabilidad.

A- Doctrina del pluralismo constitucional y su planteamiento retrospectivo.

Pluralismo constitucional

En palabras de Dra. Paola Acota Alvarado, Según el pluralismo constitucional, el derecho internacional y derecho interno son dos ordenamientos diferentes que, no obstante, comparten

varios puntos de intersección, sin que ello implique relación jerárquica alguna, por lo que resulta necesario formular una serie de principios para su acoplamiento. Estos principios se construyen tomando en consideración los objetivos de ambos ordenamientos y lo mejor de cada uno de ellos.

Así las cosas, a la luz de esta teoría no existe una regla única, última de solución de controversias, no se trata de afirmar que siempre prevalece "X" o "Y" tipo de norma; los dilemas habrán de solucionarse caso por caso y para ello no podrán aplicarse reglas de talante formalista basadas en el origen de la norma o en su destinatario o en cuestiones de temporalidad (posterior deroga prior), la resolución del conflicto dependerá de la autoridad normativa sustantiva, de cada una de las variables en juego. De ahí que para poder llegar a una conclusión resulte fundamental aplicar los principios que tejen la relación entre derecho internacional y derecho interno.

Esta doctrina no tuvo acogida en el ordenamiento jurídico internacional, toda vez que su base o conceptualización radica en la separación de los ordenamientos sin prioridad jerarquía y con una intención de solución compleja e inadecuada de las controversias normativas, enmarcada en la subjetividad jurídica, debido a que propone la ausencia de reglas formales, dejado a discrecionalidad de la autoridad normativa sustantiva la decisión, situación que evidencia a toda mirada la inestabilidad e ineficacia de su aplicación, adicional a que es tema superado el tema de la unidad jurídica internacional con prevalencia de esta en el derecho interno, poniendo en riesgo u omitiendo además el principio de la seguridad jurídica.

B- Doctrina coordinadora y su justificada inaplicabilidad.

Las tesis conciliadoras parten, al igual que las monistas, de la unidad de las distintas ramas jurídicas en un sistema único. Sin embargo, se diferencian de aquellas por que no aceptan que las relaciones entre el Derecho Internacional y el derecho interno dependan de la subordinación de un sistema a otro. Por el contrario, sostienen que en realidad lo que gobierna a las relaciones entre ambas ramas es el principio de la coordinación.

Se trata de una posición doctrinal en la cual coinciden autores de distintas nacionalidades, que intentan resolver el problema de las relaciones entre el Derecho Internacional y el derecho interno por vía de la práctica que casi siempre resulta menos conflictiva y problemática que las mismas

formulaciones teóricas, pero esta como lo plantea el Dr. Mazzuoli, (derecho internacional público 2017 pg.89)

[...] no encontró cabida ni en las normas ni en la jurisprudencia internacional, sencillamente por desconocer la primacía del derecho internacional sobre el interno, desconociendo la aplicación de principios y la existencia de reglas formales para la solución de la discusión normativa [...]

§ 2- Aplicación y justificativa de la doctrina MONISTA internacional dialógica de los derechos humanos y el derecho interno colombiano.

A- Importancia del monismo dialógico internacional de los derechos humanos, su sustento, beneficios de su aplicación desde el principio pro homine.

En palabras del Dr. Mazzuoli, (derecho internacional público contemporáneo 2017)

[...]Como se ve, la solución monista internacionalista para el problema de la jerarquía entre el Derecho Internacional y el Derecho interno es relativamente simple: un acto internacional siempre prevalece sobre una disposición normativa interna que le contradice. O sea, la orden jurídica interna debe siempre ceder, en caso de conflicto, en favor de la orden internacional, que traza y regula los límites de la competencia de la jurisdicción doméstica estatal. En este caso, y el Derecho Internacional que determina tanto el fundamento de validez, como de dominio territorial, personal y temporal de validez de las ordenes jurídicas internas de cada Estado. Es decir, no habrá dos órdenes jurídicas coordinadas como una concepción dualista, más habrá dos órdenes jurídicas, una de las cuales (el derecho interno) es subordinada a la otra (el derecho internacional) que le es superior. [...]

[...]Esta solución monista internacionalista tiene a bien servido el Derecho Internacional tradicional, contando con el apoyo de la mejor

doctrina (tanto en Brasil, como en el resto del mundo). Ocurre que cuándo está en juego el tema "derechos humanos" una solución más fluida puede ser adoptada, posición esta que no deja de ser monista, tampoco internacionalista, más refinada como dialogismo (que es la posibilidad de un "diálogo" entre las fuentes internacional e interna, a fin de escoger cual es la "mejor norma" a ser aplicada en el caso concreto) [...]

Así, en lo que atañe al tema de los derechos humanos es posible hablar de la existencia de un monismo internacionalista dialógico. O sea, si es cierto que a la luz de la orden jurídica internacional los tratados internacionales siempre prevalecen a la orden jurídica interna (concepción monista internacionalista clásica), no es menos cierto que tratándose de los instrumentos que versan sobre derechos humanos puede haber coexistencia y diálogo entre esas mismas fuentes. Percíbase que la prevalencia de la norma internacional sobre la interna continua al existir, también cuando los instrumentos internacionales de protección autorizan la aplicación da norma interna más benéfica.

Más aún, si respaldamos esta doctrina em la aplicación del principio pro homine donde podría Encontrar su sustento, y en el "diálogo de las fuentes", es decir, la búsqueda de la solución de un caso no sólo por la aplicación de una única fuente del derecho, sino por la aplicación de la fuente más favorable a la protección de los derechos humanos, independientemente de que dicha norma está presente en un tratado internacional o en la legislación nacional.

De acuerdo com el Dr. Mazzuoli, O principio internacional pro homine, a rigor, significa que "al interpretarse una norma de derechos humanos el intérprete/aplicador del derecho debe procurar por la aplicación que sea más favorable a la dignidad de la persona". Este principio es fundamentalmente de carácter interpretativo e tiene como finalidad garantizar la protección y la promoción de los derechos humanos.

La adopción de un monismo más dialógico es una gran contribución del sistema interamericano al fortalecimiento del derecho posmoderno, ya que el diálogo entre las fuentes más heterogéneas, de los convenios internacionales a los sistemas nacionales, permite a los "jueces coordinar estas fuentes y escuchar lo que dicen".

Otro efecto del “diálogo de las fuentes del derecho” es reforzar la percepción de que el trabajo de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos es complementario y de apoyo al derecho interno. Es decir, el sistema interamericano asume que la primacía de la defensa de los derechos humanos pertenece a los Estados; por lo que los sistemas internacionales y regionales de protección de los derechos humanos en ningún momento son rivales de la jurisdicción de los Estados, pero les ayudan indicando principios que deberán adoptarse a nivel nacional, con miras a la promoción de un propósito común a los Estados de la comunidad internacional: la protección más rápida y efectiva de estos derechos.

Por lo tanto, en la misma forma que el art. 29 b de la Convención Americana establece que sus disposiciones deben ceder el paso a la legislación nacional o de otros tratados ratificados por un Estado cuando estos dispositivos resultan más beneficiosos para los seres humanos, también deben aplicar los Estados, en su contexto nacional, las disposiciones de la Convención Americana cuando éstas se prueban más efectivas para la protección de los derechos humanos que las normas de la legislación interna (69). En otras palabras, la utilización por la Comisión y por la Corte Interamericanas del “diálogo de las fuentes del derecho” en temas ambientales es una importante contribución del sistema interamericano, no sólo a la solución de casos a nivel internacional, pero sobre todo a las relaciones jurídicas internas ya que el estudio y el análisis de dichas técnicas interpretativas debería proporcionar un incentivo a los Estados Partes de la Convención sobre la adopción en sus respectivos sistemas jurídicos de actitudes más eficaces para la solución de conflictos y la protección del medio ambiente y de los derechos humanos.

El diálogo entre los artículos de la Convención Americana y las normas de otros tratados internacionales y de la legislación nacional, con miras a la aplicación de la más beneficiosa al ser humano, está garantizado en el art. 29 b, de la Convención Americana, que no permite ninguna interpretación con el objetivo de limitar el alcance de los dispositivos no sólo de la propia Convención, así como de otros tratados internacionales ratificados por Estado-parte.

B- Casos que Justificarían la aplicación e importancia del monismo dialógico internacional de los derechos humanos.

Para el efecto traeremos el mencionado Caso Petro, que también puede ser el caso "Samuel Moreno Rojas" o cualquier otro, siempre que la Procuraduría General de la Nación ha impuesto las

sanciones de inhabilidad, destitución y suspensión a muchos funcionarios elegidos por votación popular, sin importar el cargo que desempeñen. La relevancia de traer este caso radica en la razón de ser el más recientemente sonado y de mayor trascendencia dada la importancia del personaje, quien ahora es candidato presidencial. Para efectos de demostrar la aplicación y efectividad de la doctrina monista dialógica internacional, como solución efectiva al problema normativo, vamos a concentrarnos solo en el conflicto normativo entre la norma constitucional que le otorga competencia al Procurador General de la Nación para destituir a funcionarios elegidos democráticamente a través de voto popular, y el artículo 23 de la Convención Americana CADH. Que prohíbe la mencionada competencia.

El derecho como ciencia social, real, objetiva y en ocasiones subjetiva a su conveniencia, garantista de los derechos del elemento más mudable de la sociedad, llamado hombre, tiene la obligación y más que ella, el deber de mudar al paso que este lo hace, que al fin de cuentas es el eje central de su existencia, es el creador y modificador de su objeto de estudio; un derecho que no cambia, que no muda, que desconoce el contexto histórico actual en el que está, es un derecho suficiente, con ausencia de efectividad, y cuando me refiero al derecho, no solo lo hago en el sentido de la norma estricto sensu, lo hago refiriéndome a su esencia, su objeto, su realidad, y en especial a los elementos, reglas, principios, y doctrinas de las cuales se vale para su formal y eficaz validez, y protección de la sociedad, que por efecto, y por el fenómeno de la globalización, del mismo objeto, es internacional.

Bien sabido es, y más claro no podría estar, que el derecho internacional es la base, el fundamento, la razón de ser, de los derechos internos, nacionales o bien llamados constitucionales, de cada país, que se valen de él, sus doctrinas y principios para intentar la correcta aplicación y protección de los derechos humanos y fundamentales, sin dejar de lado las otras generaciones de derechos como los sociales, políticos, económicos, culturales, del ambiente, de las comunicaciones, la solidaridad y la esperanza, que hoy cuentan con gran protección por lo menos en el papel.

Es premisa imperante que los derechos humanos reconocidos en las normas internacionales deben ser garantizadas a todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado; además que está prohibido, por la Convención de Viena y por la Convención Americana el desconocimiento o incumplimiento de una norma internacional amparándose en la aplicación de una ley interna.

En este caso, ya hubo pronunciamiento del consejo de estado después de casi tres años de estudio, el consejo se pronunció de manera favorable al candidato presidencial Gustavo Petro, El presidente del Consejo de Estado, Octavio Ramírez, explicó que para tomar esta decisión "se tuvo en cuenta además del acervo probatorio, el anuncio que hizo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) donde advirtió que no era posible, a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos, imponer inhabilidades políticas por sanciones administrativas, disciplinarias o fiscales. Reiteró que estas solo pueden aplicarse cuando existen fallos de un juez penal.

Pero antes de este ajustado a ley, y reconecedor de la norma internacional, pronunciamiento del consejo de Estado, la Corte Constitucional colombiana había resuelto en sede de revisión una de las tutelas resueltas por el Tribunal Administrativo de Bogotá, donde negó las pretensiones de la demanda inicial por falta de legitimación activa de la actora así, la Corte constitucional tuvo en cuenta algunas sentencias dictadas respecto de otros casos en los que se habían cuestionado decisiones de la Procuraduría General de la Nación que habían destituido otros funcionarios elegidos popularmente.

Ahora bien teniendo claro, en concordancia con la doctrina monista internacionalista, acertada en su concepción, que el derecho es un orden único, comprendido, respetado y aceptado por la sociedad, y que para el efecto que esta lectura nos atañe, jerárquicamente aplicable sobre el derecho interno, hay que reconocer que tiene una suficiencia limitada y hasta excesiva, maltratada por el mal uso y abuso, de los principios generales del derecho propio, y eso lo observamos cuando en la sentencia proferida contra el candidato Gustavo Petro, la Corte constitucional planteó que el análisis del caso López Mendoza contra Venezuela no era aplicable en su totalidad, ya que los elementos fácticos y contextuales no eran iguales. Además de asegurar que de conformidad con el precedente sentado con la sentencia SU-712 de 2013, el hecho, que una autoridad de naturaleza administrativa como lo es la Procuraduría general de la nación, emitiera decisiones que limitan los derechos políticos de los ciudadanos elegidos popularmente, era compatible con el art. 23 de la CADH, en la medida en que allí no existen prohibiciones expresas frente a la posibilidad

de que los Estados adopten mecanismos de restricción de esas libertades diferentes a los contenidos en esa disposición.

Pero muy inteligentemente en su razonable raciocinio, el Dr. Mazzuoli, dio vida a una nueva doctrina que a mi parecer y estoy seguro que al de los lectores, luego de pasar sus ojos por estas líneas; es exacta, precisa y totalmente aplicable en nuestro contexto actual, toda vez que, sin dejar de ser monista, es decir, reconociendo siempre la unidad de los órdenes jurídicos, es también internacionalista, lo que lo hace una figura ultra aplicable, pero mejor aún, siendo monista, e internacionalista, da posibilidad al dialogo de las fuentes, como señala el mismo autor: “más finamente llamada dialógica” sin desconocer nunca el objeto principal y fin último del derecho que es la protección de los derechos humanos, tenemos así entonces, la figura jurídica del momento, llamada “doctrina monista dialógica internacionalista de los derechos humanos”, doctrina que propone en su esencia el dialogo de las fuentes basada en un principio de carácter general e imperativo como lo es el principio pro homine.

La doctrina monista dialógica internacionalista de los derechos humanos, en adelante llamada monismo dialógico, no es otra cosa que el mecanismo de solución de conflictos normativos, de carácter internacional, más eficiente y realmente aplicable en el contexto actual, que manteniendo la postura de la supremacía del derecho internacional, no desconoce y da participación y posibilidad de aplicación a las normas de derecho interno, amparado en el principio fundamental pro homine y en el dialogo de las fuentes.

No deja de ser esta teoría interesante, ni menos efectiva en razón a posturas diferentes como el dualismo u otras teorías como el pluralismo constitucional y las doctrinas conciliadoras que respectivamente terminan siendo monismo y dualismo disfrazados y conceptualizados con enfoques imprecisos, incapaces de solucionar el verdadero problema de la relación entre el derecho internacional y los derechos internos.

Sin duda alguna al aceptarse la doctrina monista, se acepta de hecho, por defecto, la existencia de primacía de un orden sobre el otro que dependiendo del enfoque que se haga de su cuerpo normativo, podrá ser constitucionalista o internacionalista, notándose así que tenemos ya una primera división de nuestra gran teoría, y es precisamente esta clasificación la que genera la situación que hoy nos obliga a estudiar su solución, me refiero entonces al problema de la jerarquización de las normas de un orden sobre el otro, situación que ha llevado a los Estados por

su indecisión e inestabilidad de la aplicación, a grandes sanciones jurídicas por parte de la corte interamericana de los derechos humanos, generalmente por restarle o mejor negarle, primacía al orden del derecho internacional, dejándose ver como un orden inferior, incapaz de solucionar un caso de manera oportuna, eficaz, eficiente y demostrable.

Así tenemos entonces si en el caso Gustavo Petro, en vez de aplicar la doctrina monista moderada que predica la corte constitucional en sentencia C- 400 de 1998 se hubiera aplicado la doctrina monista internacionalista dialógica o llamado monismo dialógico internacionalista, el resultado sería, exclusivo, garantizando la protección efectiva de los derechos humanos del demandante y reconociendo la primacía del orden internacional sobre el interno, y respetando la obligatoriedad que tiene el orden interno respecto del internacional, teniendo así, el juez constitucional que reconocer los efectos propios del artículo 23 de convención americana, y asegurando al país cumplimiento del principio “pacta sunt servanda” evitando futuras sanciones,

Así mismo, el juez realizaría además de una interpretación conforme con el ordenamiento constitucional sin desconocer lo estipulado por la convención americana, ofreciendo efectividad en el respeto al debido proceso, la posibilidad del escenario de dialogo entre las normas en conflicto, sin perder el horizonte de la garantizacion efectiva de los derechos humanos del demandante, aplicando el principio internacional pro-homine y por sobre todo contexto, entender la obligación especial de aceptación y aplicación de la norma internacional sobre el derecho interno en razón a la más simple acción, la ratificación de los tratados, la cual lo obliga.

En esta línea de interpretación jurídica, para este y todos los casos que encierren derechos humanos, el derecho interno constitucional debe dialogar siempre con los principios, reglar, normas que garanticen y efectivicen la mayor protección de los derechos humanos, que normalmente resulta del ordenamiento internacional.

Del estudio y análisis de las jurisprudencias citadas, tenemos que la doctrina aplicable en Colombia es el “monismo moderado” coordinadora, o de la integración dinámica, doctrina que debe ser replanteada por la corte constitucional, y voltar su mirada hacia la doctrina del Monismo dialógico internacional, que en su amplio bagaje, y profunda garantizacion de los derechos humanos, le permitirá cumplir a través del dialogo de las fuentes y sin desconocer el principio pro homine, con la real, efectiva y loable tarea de garantizacion.

Hoy la comisión interamericana de derechos humanos tiene para estudio aproximadamente 1614, demandas por violación de los derechos humanos, solo de Colombia, quien además figura con y 14 condenas, únicamente por debajo de Perú. Y qué mal, tener que referenciar estas estadísticas cuando Colombia, se caracteriza internacionalmente porque su constitución de 1991 es llamada la constitución de los derechos humanos, contemplando en su texto de forma directa más de 85 artículos referidos y a la protección de los mismo, ahh y se engrandece con su aclamada acción de tutela y su gran corte constitucional, conformando lo que matemáticamente sería un binomio cuadrado perfecto, que en la realidad mal funciona, y más diría yo que no por su propia esencia sino por fallas de los órganos que garantizan su aplicación, pero ese es otro tema que en este texto no se discutirá.

En un principio, el monismo, vestido de gala, pero mal peinado, llamado doctrina coordinadora, parecería la solución al gran problema de la jerarquización de las normas de carácter internacional en el derecho interno, pero resulta ser esta doctrina, poco consecuente con la realidad, demarcando un nivel de subjetividad muy alto, dejando a discrecionalidad sin marco de justificación o control, la decisión del problema por parte del derecho interno, además de no admitir la innegable realidad de sumisión que tiene este, respecto de la orden internacional a la cual se adhiere al ratificar los tratados.

Parecería también interesante la retrospectiva propuesta del pluralismo constitucional, que no es otra cosa que un dualismo entaconado, negador de la implicación de jerarquía y desconocedor de la intersección absoluta entre los ordenamientos.

Pero bien fue concebido el monismo dialógico, como figura, que consciente de la existencia del marcado carácter de interdependencia entre los Estados, a través del cual se trata de garantizar de manera efectiva la progresiva aplicación por las cortes constitucionales de los instrumentos internacionales de derechos humanos; propone como solución, los Tratados de derecho internacional de los derechos humanos que resultan ser el instrumento fundamental para el desarrollo de dichos Estados y el cumplimiento de sus objetivos constitucionales de garantizar todos los derechos, especialmente los fundamentales y humanos. en caso de encontrarse en conflicto normativo, la aplicación del mismo atendiendo lo estipulado por el derecho interno, única

y exclusivamente respecto de la real, efectiva y eficaz garantización de los derechos fundamentales y humanos del sujeto, abre la puerta al diálogo de las fuentes, diálogo que es permitido por el derecho internacional, autorizando la discusión de la aplicación del derecho interno, para dar protección al bien jurídico tutelado, sin desconocer que tal facultad de escogencia es en el mismo ejercicio de la función del derecho internacional, la propia capacidad de tomar como parámetro el propio derecho interno, para así, en su productiva y garante actividad, proteger los derechos humanos.

La doctrina monista dialógica es, en su efecto, “summa cum laude” en el zeitgeist actual, la doctrina que enseña a aprehender a aprender, dado que las doctrinas más clásicas en su suficiencia, tienen un método complicado, esta doctrina busca derribar ese patrón radical de jerarquización absoluta e intransigente, permitiendo el diálogo de las fuentes, permitiendo expandir de forma adecuada su marco de acción y protección, demarcando unas líneas progresivas de derecho hacia el futuro.

Esta doctrina toma conciencia de cuán complejo es el conflicto y ofrece de la manera más pequeña, la solución más grande.

Para el caso puntual de Colombia, país caracterizado por tener la llamada “constitución de los derechos” constitución de 1991 creadora del binomio cuadrado perfecto: “corte constitucional” “acción de tutela” y ser el segundo país en ratificar el pacto de san José, observamos al analizar la sentencia C- 400 de 1998 que debe replantear la doctrina adoptada y voltar su mirada hacia la doctrina monista dialógica internacional; atendiendo como lo plantea el Dr. Mazzuoli, “esa dualidad de fuentes, que alimenta la completud del sistema, significa, sea el Derecho interno que sea, que en caso de conflicto el intérprete debe optar por la fuente que proporciona la norma más favorable a la persona protegida (principio pro homine), pues lo que se busca es la optimización y la maximización de los sistemas (interno e internacional) de protección de los derechos humanos. Podrá, inclusive, el intérprete, aplicar ambas normas aparentemente anti-nómicas conjuntamente, cada cual en lo que tienen de bueno para la protección del derecho de la persona, sin que necesite recurrir a los conocidos (y, en el ámbito de los derechos humanos, superados) métodos tradicionales de solución de antinomias (jerarquía, especialidad y cronológico)”

CONCLUSIÓN

¿Es la solución efectiva, el monismo dialógico del derecho internacional de los derechos humanos, al problema de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno colombiano?

Partiendo de la base que dependiendo del momento histórico en el que se esté, y de las características intrínsecas que el contexto imprima al ordenamiento jurídico y a los problemas jurisprudenciales, doctrinales y teóricos del momento, si, es la solución el monismo dialógico internacional, toda vez que esta doctrina manteniendo la postura de la supremacía del derecho internacional, no desconoce y da participación y posibilidad de aplicación a las normas de derecho interno, amparado en el principio fundamental pro homine y en el dialogo de las fuentes.

Bastante se ha dicho, y ampliamente analizado la situación actual del país frente al tema objeto de estudio, y siempre en cada acápite de discusión, a lo largo del texto se llega a la misma conclusión, es la teoría monista dialógica la solución al problema de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, toda vez que siempre va a permitir un dialogo necesario para la efectiva garantización de los derechos fundamentales.

El dialogo como fuente siempre será un mecanismo solucionador de conflictos, y amparado o sustentado en principios jurídicos internacionales como el pro homine, será aún una mayor herramienta de solución.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMARRILLO, Govea Laura convergencias y divergencias entre los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos Revista Prolegómenos - Derechos y Valores - pp. 67-84, 2016, I

CARDUCCI, Michele; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria tridimensional das integrações supranacionais: uma análise comparativa dos sistemas e modelos de integração da Europa e américa latina. Forense 2014.

FABRA, Lucas. Aspectos das teorias acerca da interpretação do Direito internacional face ao direito nacional e concepção adotada no ordenamento jurídico brasileiro.

FERRER, MacGregor Eduardo; Herrera Gracia Alfonso. Dialogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre los tribunales constitucionales y las cortes internacionales, in memoriam Jorge Carpizo. Tirant lo Blanch México 2013.

GAVIRIA, Liévano Enrique. Derecho internacional público, sexta ed. Temis 2005.

HILDEBRANDO, Accioly. DO NASCIMENTO e Silva G.E. BORBA Casella Paulo. Manual de direito internacional público 16 ed. Saraiva 2008

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de direitos humanos e interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Monismo internacionalista dialógico. *Consulex*, vol. 324 (Julho 2010), p. 50-51.

MEZZETTI, Luca; ARCARO Conci Luiz Guilherme. Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

PALLARES, Bossa Jorge. Derecho internacional público. 2 ed. Editorial Leyer 2004

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

Estudios constitucionales vol.14 no.1 Santiago jul. 2016 versión *On-line* ISSN 0718-5200.

Catalá I Bas Alexandre H. Diálogo entre tribunales y creación de un sistema de protección de derechos humanos abierto en red *Universitat de València, Dialnet*.

Grupo de investigación de themis. Revista de Derecho. Análisis jurisprudencial

PEREIRA, Carioca Anna Rebecah. A relação do direito internacional público com o direito interno e a jurisprudência nacional publicado em 28 de May de 2013.

VASQUEZ, Arango carolina. *Ubicación de las normas internacionales de contenido económico en el ordenamiento jurídico colombiano: análisis doctrinario* DOI: 10.17533/udea.esde.v73n161a11.

REVISTA DE LA FACULTAD, universidad nacional de córdoba Argentina, Vol. VI • Nº 2 • Nueva serie II (2015)

Revista Internacional de Derechos Humanos / ISSN 2250-5210 / 2015 Año V –Nº 5

VIANA, De Araujo Bruno Manoel, PILAU, Sobrinho Liton Lanes, GALDINO, Cardin. Valéria Silva analise XXV CONGRESSO DO CONPEDI, CURITIBA