¿EL ESTADO CONSTITUCIONAL EN JAQUE?

II

EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL

FLORALBA
PADRÓN PARDO
MAGDALENA
CORREA HENAO
(EDITORAS)

¿EL ESTADO CONSTITUCIONAL EN JAQUE?

TOMO II

EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

¿El Estado constitucional en jaque? Tomo II : el Estado constitucional y el derecho internacional / Paola Andrea Acosta Alvarado [y otros] ; Floralba Padrón Pardo y Magdalena Correa Henao (editoras). - Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2018.
312 páginas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587729702

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos – Jurisprudencia 2. Derecho constitucional 3. Derecho internacional 4. Derecho internacional público 5. Democracia 6. Derecho y economía -- Aspectos constitucionales I. Padrón Pardo, Floralba Alejandrina, editora II. Correa Henao, Magdalena, editora III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

342 SCDD 21

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.
Septiembre de 2018

ISBN 978-958-772-970-2

© 2018, FLORALBA PADRÓN PARDO Y MAGDALENA CORREA HENAO (EDITORAS)
© 2018, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57 1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: octubre de 2018

Imagen de cubierta: *El Jardín de las delicias* (es uno de los cuadros que componen el tríptico), por El Bosco c. 1500-1505, pintura al óleo sobre tabla, 220 cm × 389 cm, Museo del Prado
Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: José Ignacio Curcio Penen
Composición: Marco Robayo
Impresión y encuadernación: DGP Editores S.A.S.
Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

PAOLA ANDREA ACOSTA ALVARADO
BERNARDO CARVAJAL SÁNCHEZ
ALEXANDRA CASTRO FRANCO
MAGDALENA CORREA HENAO
ALEXEI JULIO ESTRADA
FLORALBA PADRÓN PARDO
DANIEL RIVAS-RAMÍREZ
WILFREDO ROBAYO GALVIS
JULIÁN TOLE MARTÍNEZ
BERNARDO VELA ORBEGOZO

CONTENIDO

Prólogo 11
Juan Carlos Henao

Presentación 17
Floralba Padrón Pardo

El Estado constitucional y el derecho internacional 27
Floralba Padrón Pardo
Magdalena Correa Henao

El vicio surrealista del monismo y el dualismo ante la metamorfosis del derecho internacional público 45
Daniel Rivas-Ramírez

El gobierno de lo público por medio de un derecho global no oficial 79
Bernardo Carvajal Sánchez

El *soberanismo* anacrónico de la política exterior colombiana: una reflexión sobre el derecho, la ciencia y el poder referida a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia de las Naciones Unidas 111
Bernardo Vela Orbegozo

El principio de seguridad jurídica como mecanismo de control de ingreso de las obligaciones internacionales al ordenamiento jurídico colombiano 145
Wilfredo Robayo Galvis

La naturaleza jurídica de las leyes aprobatorias de tratados y su impacto en el sistema normativo de la Constitución colombiana de 1991 165
Paola Andrea Acosta Alvarado

La "neutralidad" de la Constitución Económica colombiana. ¿Cómo racionalizar la economía social de mercado con la proliferación de tratados de libre comercio y tratados bilaterales de inversión? 183
Julián Tole Martínez

Un cambio necesario en el control de constitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados internacionales de contenido económico 217
Daniel Rivas-Ramírez

Colombia y el derecho de asilo: el reto de aplicar los estándares interamericanos 257
Alexandra Castro Franco

El derecho-deber a defender la democracia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La sentencia del caso López Lone *vs*. Honduras 283
Alexei Julio Estrada

Uno de los logros más importantes de la historia de la humanidad ha sido la conceptualización y puesta en funcionamiento del Estado constitucional, el cual se ha consolidado como uno de los ejes fundamentales del avance y desarrollo de las instituciones y de los derechos de buena parte de las sociedades actuales. Desde su germen en las revoluciones liberales de los siglos XVII y XVIII, y hasta nuestros días, el Estado constitucional ha sido el motor que ha impulsado a las naciones en la búsqueda de formas de organización cuyo propósito principal es el bienestar de los ciudadanos en un plano de igualdad y libertad, con una clara idea de limitar el poder de los gobernantes, y con énfasis en la realización incluyente y democrática de los derechos de los ciudadanos.

Desde la independencia del Imperio español el Estado constitucional colombiano ha jugado un rol esencial en la construcción de la nación. Ya en la Constitución de 1821 se dispusieron cláusulas de igualdad y libertad que apuntaban a establecer el deber de todos los ciudadanos de respetarla y obedecerla. De igual modo, en la Constitución de 1832 se propugnó por instaurar el Estado constitucional a partir de una clara separación de poderes y un férreo principio de legalidad, fielmente expresados en su artículo 179, el cual prohibía "a todo funcionario o corporación pública, el ejercicio de cualquier función o autoridad, que la Constitución o la ley no le haya expresamente delegado". También se destaca el artículo 181 del mismo texto constitucional que manifestaba: "… los granadinos son iguales delante de la ley, cualesquiera sean sus fortunas y destinos".

Si bien los ejemplos expuestos son de alguna manera antiguos, en ellos se evidencia una aspiración constante de los ordenamientos jurídicos colombianos. No obstante, en diversas ocasiones nuestro país ha vivido episodios en los que ciertos grupos han tratado de imponer una ideología contraria a esa forma de organización política; y aunque esos episodios se encuentran en diferentes pasajes de nuestra historia, como la *Dictadura de Bolívar* y *El Bogotazo*, es quizás la llamada *Regeneración* el ejemplo más patente de una crisis de los fundamentos del Estado constitucional.

Por Regeneración se conoce al período político de finales del siglo XIX, cuyo propósito principal era subvertir el orden instaurado por los liberales radicales en la Constitución Política de 1863. Esta última se caracterizaba por ser extremadamente liberal en cuanto al favorecimiento de un federa-

lismo agudo y a la concesión de derechos y garantías personales. En esas circunstancias, un grupo de reaccionarios, comandados por Rafael Núñez y Miguel Antonio Caro, asumieron el poder después de la Guerra Civil de 1885, derogando la Carta del 63 e imponiendo la Constitución de 1886 que, por un sinnúmero de motivos, de los cuales solo enumeraré dos, concretó la negación total del Estado constitucional.

La primera norma que ilustra perfectamente el ánimo de la Regeneración es el artículo transitorio K de la Constitución de 1886 que declaraba: "… mientras no se expida la ley de imprenta, el Gobierno queda facultado para prevenir y reprimir los abusos de la prensa". Amparado en esa norma el régimen clausuró decenas de periódicos y le impuso pena de confinamiento a cientos de periodistas que valientemente desplegaron sus plumas para denunciar las atrocidades cometidas día a día.

Pero quizás la máxima afrenta cometida por la Regeneración contra el Estado constitucional fue la expedición de la Ley 61 de 1888. Dicha norma, que hoy en día se conoce como Ley de los Caballos, por cuanto su nacimiento se debió a una masacre de equinos atribuida a los liberales radicales, le otorgaba facultades extraordinarias al Presidente de la República para que administrativamente pudiera imponer penas de confinamiento, expulsión del territorio, prisión o pérdida de derechos políticos por el tiempo que creyera necesario. Bajo la égida de la Ley de los Caballos la Regeneración introdujo un Estado de policía en el cual el orden estuvo por encima de la libertad y del derecho. En esas circunstancias, y ya en la tónica de restringir las mínimas libertades civiles, el Gobierno persiguió, desterró y acribilló a sus opositores políticos. Entre ellos, a nuestro codirector Santiago Pérez, quien fue desterrado a finales del siglo XIX.

Fue precisamente en esa oscura época cuando un grupo de maestros, fieles a las ideas liberales, y liderados por Nicolás Pinzón Warlosten, se dio a la tarea de fundar el Externado de Colombia como respuesta a las injustas medidas represoras implementadas por la Regeneración o, dicho de otra manera, como una manifestación de las ideas de declaración de derechos y de limitación del poder del Estado. Como es obvio, los inicios estuvieron plagados de tropiezos y desventuras. Nuestra casa de estudios sufrió como ninguna otra institución educativa los embates del régimen que en múltiples ocasiones trató de clausurarla y desterrar a sus miembros. No obstante, siempre resurgió al calor de la defensa de sus ideales de pluralismo y libertad. Es por eso que desde su misma génesis el Externado ha estado comprometido

con el respeto de los fundamentos del Estado constitucional y de la filosofía que lo alimenta, los cuales ha considerado como los ejes axiales de sus enseñanzas y de sus actuaciones frente al pueblo colombiano.

En la presentación que escribí en febrero de este año para el libro de Juan Camilo Rodríguez Gómez (*La luz no se extingue. Historia del Primer Externado. 1886-1895*), publicado por nuestro sello editorial y que, sin ambages, sugiero leer, afirmaba:

> … podría hoy pensarse que los valores que se expresan en este libro y que enuncian nuestra identidad no merecen mayor atención, más allá del registro del dato histórico, de interés para una historia de las ideas en el tránsito del siglo XIX al XX y, como dijimos, para una historia de la pedagogía por aquella época. Podría hoy decirse que los tiempos han cambiado y que lo que ocurría a finales del siglo XIX es por completo diferente de lo que ocurre en el siglo XXI, donde la tecnología y la globalización permiten una información universal, disponible para cualquiera, que puede aprehender por estos medios todos los puntos de vista útiles para su devenir vital. Si bien en parte dicha percepción es indiscutible, observo, sin embargo, con la misma preocupación de nuestros fundadores, que en la sociedad actual siguen existiendo maneras de ver el mundo que son excluyentes, que se consideran depositarias de la verdad única y completa, que se permiten ser arrogantes, que por seguir dogmas renuncian a la posibilidad –que es, propiamente, un deber: el deber de la libertad y de la auténtica convicción personal, y por esa vía de la dignidad– de cuestionarlo todo; que temen a la libertad.

Es por lo anterior que no solamente en el contexto de la Regeneración el Externado ha hecho una defensa férrea del Estado constitucional. En múltiples ocasiones nuestra Universidad se ha puesto en pie de lucha pacífica en favor de dicha institución. Un ejemplo de ello se encuentra en la época de la dictadura de Rojas Pinilla, durante la cual el Gobierno, en un episodio de autoritarismo a ultranza, expulsó a un grupo de estudiantes de la Universidad Nacional y prohibió su aceptación en cualquier otra universidad del país. En vez de amilanarse ante dichas presiones, nuestro rector, Ricardo Hinestrosa Daza, recibió a los estudiantes en un acto de valentía y pundonor frente al régimen que ya para esa época había clausurado los diarios *El Tiempo* y *El Espectador* y cometido masacres contra sus contradictores.

En épocas más recientes nuestra casa de estudios también ha tenido que soportar los embates de los violentos que han querido llevar a Colombia por los senderos de la intolerancia y el sectarismo. En la década de los años ochenta varios de nuestros más queridos maestros pagaron con su vida la

defensa que hicieron de nuestro Estado constitucional. Fieles a sus ideales, que eran los ideales externadistas, los egresados y profesores Rodrigo Lara Bonilla, Enrique Low Murtra, Alfonso Reyes Echandía, Manuel Gaona Cruz, Emiro Sandoval Huertas, Carlos Medellín Forero y Fabio Calderón Botero, para citar solo algunos, perecieron en una cadena de hechos deleznables y vergonzosos para nuestro país. Igual recordación merecen las manifestaciones llevadas a cabo en nuestra universidad para protestar contra los asesinatos y torturas que de manera sistemática se dieron durante el gobierno de Turbay Ayala (1978-1982), en aplicación del tristemente célebre Estatuto de Seguridad.

El Externado ha sido siempre un faro para la democracia colombiana. Nunca ha dejado de perseverar en la defensa del anhelado Estado constitucional. Prueba de ello es su participación activa en los múltiples intentos de reforma a la Constitución de 1886 que, aunque no se pudieron llevar a buen término, a la postre fructificaron en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 en la que varios de nuestros más eminentes constitucionalistas, encabezados por los maestros Fernando Hinestrosa y Carlos Restrepo Piedrahita, jugaron un papel crucial en el diseño y expedición de la Carta de 1991.

Hoy en día me complace saber que el Externado, a través de sus enseñanzas en cada una de las Facultades, y con la defensa a ultranza de los derechos fundamentales, le sigue apostando a la formación y consolidación de un Estado constitucional con mayor razón social.

El libro que tengo el placer de presentar, editado por las doctoras Floralba Padrón Pardo y Magdalena Correa Henao, es fiel muestra de cómo reflexionamos en la actualidad sobre los quebrantos de los fundamentos del Estado constitucional en el mundo, en América Latina y en nuestro propio país. En los cuatro tomos que componen la obra *¿El Estado constitucional en jaque?*, una treintena de docentes investigadores del Departamento de Derecho Constitucional, del Departamento de Medio Ambiente y de la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales hacen un análisis minucioso del pasado, presente y futuro del Estado a partir de cuatro enfoques: *Los retos del componente democrático* (Tomo 1); *El Estado constitucional y el derecho internacional* (Tomo 2); *El Estado constitucional en periodos de transición* (Tomo 3), y *Aproximaciones críticas al fenómeno constitucional* (Tomo 4).

Me emociona afirmar que las reflexiones planteadas en esta obra colectiva servirán para alimentar el debate de las reformas constitucionales necesarias para el país, y darán las claves para solucionar los problemas que hoy aquejan

nuestro Estado constitucional. Nuevamente el Externado hace presencia en el país estudiando uno de los temas de mayor actualidad y trascendencia.

Juan Carlos Henao
Bogotá, septiembre de 2018.

Para nosotras es grato presentar un nuevo aporte académico del Grupo de Investigación del Departamento de Derecho Constitucional en el cual participan profesores de otras áreas del derecho y de la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales de nuestra casa de estudios. Este trabajo se centra en la vigencia y estabilidad del Estado constitucional contemporáneo. *¿El Estado constitucional en jaque?* recoge los esfuerzos investigativos de más de treinta investigadores colombianos en torno a los diferentes desafíos que afronta el Estado constitucional, en lo que respecta en particular a la democracia, el derecho internacional, los procesos de transición y la reconfiguración de los principios rectores del Estado.

Antes de iniciar la presentación de los cuatro tomos que componen esta obra, quisiéramos aprovechar estas líneas introductorias para recordar la figura del maestro Carlos Restrepo Piedrahita y la herencia que nos dejó tras su fallecimiento, reivindicando sus enseñanzas y preocupaciones, todavía vigentes, las cuales, en todo caso, caracterizan el trabajo que aquí presentamos.

* * *

Uno de los grandes aciertos en la historia del derecho y de la sociedad fue haber dado el paso del Estado liberal al Estado constitucional, y posteriormente al Estado social de derecho. Esto debido a que significó el reconocimiento de la fuerza, la supremacía y la rigidez constitucional y, por tanto, de los elementos orgánicos y dogmáticos que se contemplan en una Constitución[1]. Gracias a ello, y a las reivindicaciones sociales y/o políticas, es que hoy tenemos amplios catálogos que reconocen nuestros derechos, así como también un complejo y nutrido aparato estatal que, en principio, vela por nuestro interés general, orientado por los principios de la separación de poderes, la legalidad, la seguridad jurídica y la garantía de derechos.

---

1 En términos generales, el Estado constitucional lo circunscribimos al modelo que surge después de la Revolución francesa, pero podemos identificar cuatro modelos de constitucionalismos: el revolucionario francés; el evolutivo inglés; el originario de Estados Unidos y el modelo que se construye con la Teoría del derecho público alemán. Sin embargo, en todos ellos podemos identificar tres ideas que son comunes denominadores del Estado constitucional: una de un texto superior (Constitución), una de limitación de poderes y una de declaración de derechos. Al respecto, y por todos, consultar Carlos de Cabo Martín. *Teoría histórica del Estado y del Derecho constitucional*, Barcelona, PPU, 1993.

Pese a lo anterior, la realización de los objetivos basados en la confección y consolidación del Estado constitucional es ampliamente cuestionable, particularmente en los Estados recientes, cuyas economías aún no están plenamente desarrolladas. No obstante, lo que verdaderamente ha llevado a controvertir el éxito y la vigencia del Estado constitucional son las constantes transformaciones sociales, culturales, económicas, políticas y tecnológicas que lo obligan a afrontar nuevos escenarios para los que originalmente no estaba preparado.

Para empezar, desde las postrimerías del siglo XX e inicios del XXI existe una marcada y creciente tensión entre dos de los ejes fundamentales del Estado constitucional: el sistema capitalista y la democracia. El componente democrático en que se basa el Estado constitucional está cada vez más en riesgo debido al robustecimiento de los intereses privados en desmedro de las instituciones democráticas, el modelo representativo y el interés general como fin esencial del Estado.

Así, por ejemplo, desde la década de los años ochenta la caída de los precios del petróleo y la consecuente flexibilización del componente social del Estado condujeron a reformular la vinculatoriedad de las cláusulas del Estado social nacida al finalizar la Segunda Guerra Mundial. Con ello, en los Estados de Europa occidental, en Estados Unidos, y de manera más tardía en los Estados latinoamericanos, los conceptos de solidaridad y asistencia del Estado para buscar la igualdad material entre los ciudadanos tuvieron que ser revisados debido al surgimiento de las ideas socialdemócratas y neoliberales, y comenzaron a ser interpretados y supeditados a la buena salud de las finanzas de los Estados.

Aunado a lo anterior, el ingreso a un mundo globalizado e interconectado también ha obligado a cuestionar la concepción tradicional del Estado constitucional. Si bien es cierto que para el momento en que se consolidaron los Estados constitucionales ya se preveían las relaciones entre ellos como una realidad, no se anticipó que fuese a ocurrir un cambio de paradigma hacia la cooperación, ni mucho menos que las fronteras territoriales tenderían a la irrelevancia

En tal sentido, los Estados empezaron a tejer relaciones que superaban los conceptos de soberanía y de territorio, crearon y fortalecieron instituciones supranacionales, abrieron las fronteras y establecieron alianzas que fueron más allá de la libertad de circulación de bienes y servicios, de la libertad de locomoción de los ciudadanos, de la determinación de monedas uniformes,

del principio de prelación o prevalencia de las normas jurídicas emitidas por los organizaciones internacionales, hasta llegar a la cesión de competencias propias de los órganos de representación política (congresos y parlamentos) a órganos técnicos, y a la creación de ordenamientos jurídicos con la misma fuerza y rango que las propias Constituciones.

Como ejemplo de esas organizaciones sobresale la Unión Europea, la cual, a través de una verdadera integración interestatal y social, ha logrado los mayores desarrollos y avances en los ejes mencionados. En el caso de América Latina se destaca la Comunidad Andina, que a pesar de no haber logrado una verdadera integración, ha experimentado algunos alcances en materia de libertad de circulación de personas y del principio de prelación de normas jurídicas internacionales, haciendo que su derecho derivado sea de aplicación inmediata, con plenos efectos jurídicos para sus Estados parte.

Sin embargo, ese tipo de organizaciones supusieron un riesgo adicional a la cesión de soberanía (tradicional) para los Estados. De hecho, con la aparición de organizaciones internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Europeo y la Comisión Europea, entre otros, el riesgo trasgredió la soberanía económica de los Estados, aumentando a su vez la tensión existente entre el sistema económico y el modelo democrático representativo.

Así, la crisis económica financiera de 2008 y el colapso de los elementos de la globalización, sumado a la ausencia de controles al sistema financiero del modelo capitalista, hicieron que los gobiernos de algunos países de la Unión Europea empezaran a tambalear, al punto de afectar las bases del Estado constitucional. Lo anterior dejó al descubierto el déficit democrático de las instituciones de la Unión Europea, los escasos y deficientes controles al sector financiero que soportaban la supervivencia de los Estados y de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y la falta de legitimidad de las instituciones que tomaban las decisiones principales. Entonces, países del sur de Europa, en particular Portugal, España y Grecia quedaron al arbitrio de las decisiones de la Comisión Europea, del Banco Europeo y de los líderes de la Unión: Alemania y Francia.

A su vez, esa situación llevó a que se confirmaran algunos temores surgidos incluso antes de la crisis económica; en concreto, quedó demostrado que la globalización, junto con la proliferación y expansión de instituciones multinivel y de normas internacionales, afecta (tanto positiva como negativamente) el diario transcurrir de los Estados y sus ciudadanos, circunstancia

que se corroboró al comprobar que quienes moldean el sistema y la vida de los ciudadanos son instituciones técnicas y foráneas que no cuentan con una legitimidad democrática, como los congresos o los parlamentos nacionales.

A su vez, este escenario está enmarcado por el deterioro de las instituciones propias de la democracia representativa (parlamentos y congresos, partidos y movimientos políticos), la baja participación en las elecciones periódicas de los Estados y la poca legitimidad de los representantes políticos, así como por una completa desafección de los ciudadanos por los circuitos democráticos y su permanente reclamo por espacios de mayor participación.

En el caso latinoamericano, y en general en el Sur Global, los desafíos que el Estado constitucional ha debido afrontar han sido aún mayores, en particular debido a su pasado colonial, a las particularidades históricas, sociales y económicas de estas latitudes, y al desarrollo tardío de su constitucionalismo.

La aparición de los Estados latinoamericanos ha sido relativamente reciente, lo que los ha obligado en muchos casos no solo a replicar y extrapolar elementos y tendencias extranjeras, sino a la vez a entrar a un escenario global impuesto.

En primer lugar, esa es una de las razones por las que el constitucionalismo del Estado social de derecho llegó de manera tardía. En Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia se empezó a construir o delinear el Estado constitucional con un modelo latinoamericano en el cual las Constituciones se caracterizaron por ser muy amplias en reconocer derechos fundamentales, haciendo de su materialización y eficacia una cuestión propia de la labor de los jueces (especialmente de los tribunales constitucionales) y no del desarrollo de las funciones de los poderes ejecutivo y legislativo.

En tal sentido, es claro que existe déficit democrático de las instituciones representativas, desconexión de los ciudadanos con los partidos políticos, congresos atrapados en una corrupción patológica, además de un permanente incumplimiento de las funciones encaminadas a confeccionar leyes para hacer realidad los mandatos constitucionales del Estado social de derecho, sin dejar de mencionar el marcado presidencialismo mediante el cual los presidentes terminan por anular los poderes de los gobiernos territoriales afectando con ello la institucionalidad del Estado.

Como lo destacamos atrás, en la estructura de esos Estados constitucionales aumenta el rol de los jueces con la misma fuerza con que se desploma el de los congresos y el de los presidentes, permitiéndoles con ello proferir sentencias que van incluso más allá del caso concreto, de los efectos *inter*

comunis, al delimitar políticas públicas y realizar control político a las decisiones del gobierno nacional.

Fenómeno que se conoce como el caso de las sentencias estructurales, cuyo origen se remonta a 1954 cuando en Estados Unidos se profirió la emblemática sentencia Brown *vs*. Board of Education, y que se ha convertido casi en un elemento identificador del nuevo constitucionalismo del Estado social de derecho, pues ese tipo de sentencias se encuentran en los altos tribunales del Sur Global y también en tribunales regionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, por ejemplo, en el tribunal interamericano ha habido varios casos en los que ha sido más ambicioso en cuanto a las medidas tomadas para delimitar las políticas públicas, entre ellos el caso González y otras *vs*. México (campo algodonero) en 2009; en Argentina se destaca el caso de prevención y saneamiento del daño ambiental en la cuenca Matanza-Riachuelo en 2008; en Sudáfrica, la sentencia de TAC *vs*. República de Sudáfrica que en 2002 logró el reconocimiento del derecho al acceso a los retrovirales para madres infectadas de VIH, y finalmente, en Colombia se destacan las sentencias T-025 de 2004 sobre política pública para la población desplazada, T-762 de 2015 sobre hacinamiento carcelario y T-622 de 2016 sobre el río Atrato.

Fue a partir de ese protagonismo judicial, consciente de las características geopolíticas, que en el Estado constitucional contemporáneo comenzaron a visibilizarse en el mundo jurídico nuevos conflictos, y nuevos sujetos de derechos que reclaman o reivindican protección o actuación del Estado. Tal es el caso del reconocimiento de personería jurídica al medio ambiente, de los derechos de los pueblos indígenas y de las comunidades afrodescendientes, así como la reivindicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

Sin embargo, sumado a lo anterior, el constitucionalismo latinoamericano ha tenido que reconocer y afrontar las realidades sociales propias de sus Estados. Así, por ejemplo, Ecuador y Bolivia han replanteado y reconfigurado su Estado constitucional en clave del reconocimiento de sus pueblos indígenas; y aunque Colombia no ha sido ajena a las transformaciones, el contexto nacional ha mostrado elementos adicionales y cualificados como los más de sesenta años de conflicto armado interno, que ponen en la cuerda floja al Estado constitucional.

Es por ello que necesariamente los fundamentos teóricos y los elementos del Estado constitucional deben ser interpretados de manera diferente tanto para las situaciones de normalidad como para las de transición (de la

guerra a la paz, de un conflicto armado a la paz), pero respondiendo a las características propias de cada Estado constitucional.

De allí que los desafíos de renovación que el Estado constitucional está llamado a afrontar son, entre otros, cómo reducir el déficit democrático de las instituciones representativas; cómo dotar con más democracia las decisiones dentro del Estado constitucional; cómo imprimirle mayor legitimidad a la toma de decisiones de los gobiernos, de los Congresos y de los órganos de decisión internacional; cómo responder a la visibilidad de los sujetos del derecho no contemplados por el derecho constitucional; cómo entender y responder a las relaciones entre la Constitución y las reglas del derecho internacional; cómo superar las tensiones entre el principio de prelación, el de supranacionalidad y el de la supremacía constitucional; cuál debe ser el papel del derecho constitucional en los periodos de transición hacia la paz; cómo ponderar la flexibilidad de los periodos de transición y la garantía de los derechos; cuál debe ser el papel de las ramas del poder público en el marco de los periodos de transición, y cuáles deben ser los fundamentos teóricos que el Estado constitucional debe reconfigurar para afrontar esos nuevos desafíos.

Hasta aquí hemos hecho un repaso de los problemas y los interrogantes actuales propios del Estado constitucional, que obligan a la academia a reflexionar en los fundamentos teóricos, la redemocratización del discurso constitucional, la revisión de las relaciones con el derecho internacional y cómo debe responder el Estado en situaciones de conflicto o en períodos de transición. Es por ello que llamamos a reflexionar en el Estado constitucional, a pensar en las amenazas que afronta y en los obstáculos que deberá seguir sorteando[2].

---

2 Vale la pena señalar que estas inquietudes guardan estrecha relación con las preocupaciones actuales de los teóricos del derecho constitucional a nivel mundial. Para ello basta con revisar el programa de la última conferencia anual de la Sociedad Internacional de Derecho Público (ICON-S 2018). A modo de ejemplo proponemos revisar las presentaciones que los principales autores de la(s) teoría(s) constitucional(es), David Landau, David Law y Mark Tushnet, hicieron en este evento celebrado en junio en la Universidad de Hong Kong, hablando de la importancia de reivindicar el constitucionalismo en contexto, y la forma en que las democracias constitucionales han entrado en crisis; además, Rosalind Dixon acerca de las fallas institucionales en el derecho constitucional comparado; Stephen Gardbaum, Tom Ginsburg y Tom Daly respecto de los cambios populistas en el constitucionalismo liberal; Theunis Roux en relación con el constitucionalismo deliberativo; Mattias Kumm acerca de las nuevas perspectivas para el pluralismo constitucional y legal; Vicki Jackson respecto de la importancia de repensar la paz y la construcción de las constituciones;

* * *

Con base en los interrogantes y preocupaciones planteados, el Grupo de Investigación del Departamento de Derecho Constitucional ha organizado la presente obra integrando las diferentes perspectivas y áreas de estudio del Departamento. Es por ello que el proyecto editorial *¿El Estado constitucional en jaque?* no responde a una metodología, a una disciplina o a una perspectiva únicas. Por el contrario, la principal virtud de esta obra es precisamente la libertad de opinión e investigación y el pluralismo que tienden, dentro de los límites que nos impone la formación jurídica, a la interdisciplinariedad y a una educación para la libertad con la impronta del Maestro Fernando Hinestrosa Forero.

Pese a lo anterior, para efectos de identificar los cuatro ejes que orientan el proyecto y determinar los interrogantes puntuales que los guían, desde el principio contamos con un equipo asesor integrado por colaboradores con diversa formación y experticia. Así, gracias al apoyo de nuestros colegas Carolina Rico Marulanda, Daniel Rivas-Ramírez, Diego Moreno Cruz, Juan Camilo Caicedo, Marcos Criado de Diego y Paola Andrea Acosta Alvarado fue posible estructurar y promover las convocatorias temáticas para cada uno de los tomos que integran esta obra.

El lector podrá dar fe y juzgar por sí mismo las diversas formas y perspectivas a través de las cuales se elaboraron los capítulos que integran esta obra. Sin embargo, al hacerlo también podrá apreciar que, mediante las diferentes lecturas e interpretaciones, los autores que participan en estos cuatro tomos dan respuesta a los interrogantes propuestos.

El hecho de que cada tomo tenga una presentación específica, nos exonera de profundizar al respecto. Basta con señalar que la publicación que el lector tiene en sus manos está compuesta por cuatro volúmenes que contienen un total de treinta y ocho ensayos, formando cada tomo una unidad conceptual. Como se podrá observar por quien recorra el índice y consulte la obra, en más de una ocasión los escritos fueron redactados a varias manos por expertos de diferentes áreas del derecho público, lo cual, como hemos anticipado, fue elemental para lograr el objetivo trazado.

El primer tomo, *Los retos del componente democrático*, reúne diez escritos que abordan el desafío por antonomasia de los Estados constitucionales: la

---

y cientos de académicos más discutiendo cuestiones relacionadas con el uso de tecnologías, la diversidad, la identidad, la democracia y el derecho internacional.

democracia. En él los autores Néstor Osuna, César Vallejo, Alfonso Palacios, Carlos Gechem, Carolina Rico, Paola Montilla, Germán Lozano, Lucas Gómez, Andrés Macías, Juan Sebastián Narváez, Sofía Alejo, Karen Marriner, Sergio Fernández, Magdalena Correa, Paula Robledo y quien suscribe estas líneas, estudian cuestiones que van desde el fenómeno del populismo, la crisis del modelo representativo, la gestión y el control parlamentarios, hasta la participación ciudadana en el control social y las consultas populares.

El segundo tomo, *El Estado constitucional y el derecho internacional*, se compone de nueve investigaciones en torno a diferentes aristas de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Así, a través de los aportes de Daniel Rivas-Ramírez, Bernardo Carvajal, Bernardo Vela, Wilfredo Robayo, Paola Andrea Acosta, Julián Tole, Alexandra Castro y Alexei Julio se detectan las innegables consecuencias de la incidencia del derecho internacional en el ordenamiento del Estado constitucional. En consecuencia, en este volumen se abordan los efectos nacionales de las transformaciones del derecho internacional, la aparición de un derecho global no oficial, la incoherencia del Estado colombiano frente a su política exterior, los diferentes mecanismos de armonización entre los dos ordenamientos, la apertura al derecho internacional económico y sus implicaciones constitucionales, y, finalmente, los desafíos nacionales para alcanzar e implementar diversos estándares interamericanos, como los migratorios y democráticos.

El tercer tomo, *El Estado constitucional en periodos de transición*, contiene ocho capítulos que analizan los diferentes desafíos de Colombia en el marco de su transición después del acuerdo de paz con las FARC. Así, las contribuciones de Carolina Montes, Diego Moreno, Francisco Barbosa, Fabio Estrada, Héctor Vargas, Héctor Wiesner, Yolanda Sierra, Valentina Ordóñez, Marcelo Lozada, María Camila Medina y Juan Camilo Caicedo, permiten hacer un balance general de los diferentes aspectos que conforman la implementación de ese acuerdo. De allí que en las páginas que integran este tomo el lector encontrará diversos análisis relacionados con la sostenibilidad ambiental, el control de constitucionalidad, la sustitución de la Constitución, el principio de proporcionalidad de la sanción penal, el papel de los jueces locales, la utilidad de la reparación simbólica y, por supuesto, el desarrollo normativo para la transición.

Finalmente, en el cuarto tomo, *Aproximaciones críticas al fenómeno constitucional*, que incluye once escritos, se hace un análisis crítico de algunos de los elementos diferenciadores del constitucionalismo latinoamericano.

Así, Marcos Criado, Federico Suárez, Juan Carlos Upegui, Camilo Umaña, Soraya Pérez, Alejandro Santamaría, Filipo Burgos, Lina Malagón, Andrés Gutiérrez, Edgar Solano, Angélica Arango e Iván Otero examinan algunos de esos elementos. En suma, en este volumen el lector encontrará una reflexión general de la teoría crítica constitucional, una propuesta crítica respecto de la *financialización* del Estado, una reivindicación del binomio público-privado, y también podrá apreciar reflexiones críticas en torno a la garantía de los derechos, la inclusión de la diversidad natural, cultural e ideológica, y a las facultades y competencias del poder judicial.

Queda en manos de la academia, de los operadores jurídicos y de la sociedad en general un aporte investigativo que busca ofrecer herramientas teóricas para superar lo que se vaticina como una de las mayores crisis de nuestro modelo constitucional. Tenemos la profunda convicción de que su exhaustiva discusión permitirá continuar de manera crítica y constructiva la construcción de un mejor Estado constitucional.

Es preciso finalizar esta presentación con varios agradecimientos. En primer lugar, a todos los profesores e investigadores del Departamento de Derecho Constitucional, del área de Derecho del medio ambiente y de la Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales de nuestra casa de estudios, que respondieron a nuestro llamado para participar en este proyecto. Su compromiso y entrega ha sido la clave para alcanzar nuestro objetivo editorial. En segundo lugar, a las personas que apoyaron el planteamiento, la revisión y la edición de cada uno de los tomos. También los pares académicos que revisaron cada uno de los volúmenes, cuyos comentarios y sugerencias fueron claves para que la obra mejorara sustancialmente. Al doctor Jorge Enrique Sánchez y a todo el equipo del Departamento de Publicaciones; y finalmente, a la doctora Magdalena Correa, directora del Departamento de Derecho Constitucional y mi compañera en este viaje editorial, pues sin su apoyo incondicional y su confianza, no habría sido posible su culminación.

Floralba Padrón Pardo

FLORALBA PADRÓN PARDO
MAGDALENA CORREA HENAO

El Estado constitucional y el derecho internacional

1. ¿CUÁLES SON LAS RELACIONES ENTRE EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL?

La aparición del Estado constitucional y la formación del derecho internacional como ordenamiento jurídico han sido procesos históricos, políticos y jurídicos paralelos que, a pesar de las diferencias en su desarrollo, jamás han sido excluyentes entre sí. Por el contrario, a diferencia de lo que en su momento los teóricos clásicos afirmaban, siempre se ha tratado de procesos y ordenamientos dinámicos que se relacionan entre ellos y tienen una influencia recíproca (y desigual) que en muchas ocasiones ha llevado a cambios sustanciales al interior de uno y otro[1].

Es por ello que la evolución reciente del derecho internacional contemporáneo ha supuesto un motor adicional para la desestabilización del Estado constitucional[2]. Naturalmente, las cosas ya no son tan sencillas como antaño cuando el derecho internacional se acordaba y se desarrollaba entre Estados medianamente igual de poderosos y autónomos, y que podían controlar los efectos de sus propias decisiones.

Los fenómenos de la descolonización, y la aparición de nuevos sujetos y actores en el escenario internacional, por ejemplo, las organizaciones internacionales, los individuos y las empresas trasnacionales, han llevado a que el contexto sea mucho más complejo, en particular debido a que el *sistema de fuentes* del derecho internacional se ha diversificado[3]. En concreto, ya no se puede hablar de que los Estados tienen la última palabra respecto de lo que ocurre en el derecho internacional, sino que ahora otras fuerzas tienden a doblegar los intereses y el *soberanismo* de las decisiones internacionales.

Ese ha sido, en parte, uno de los factores que han llevado a que la fragmentación del derecho internacional, tanto a nivel sustancial como a nivel institucional, sea una realidad no solo para este, sino también para los

---

1 Eduardo Correia Baptista. "Current State of International Law on its relations with Municipal Law", en Marko Novakovic. *Monism & Dualism. Basic Concepts of Public International Law*, Belgrado, University of Belgrade, 2013, pp. 34-60

2 Neil Walker. *Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders*, International Journal of Constitutional Law, 2008, p. 373.

3 Bernardo Vela Orbegozo. *Lecciones de Derecho Internacional*, t. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Estados[4], lo que ha dado como resultado que las relaciones y el actuar de los Estados sean aún más complejas, toda vez que ahora la diversidad de regímenes normativos especializados dentro del ordenamiento internacional conduce a la asunción de un mayor número de compromisos internacionales que pueden llegar a ser contradictorios y excluyentes entre sí.

Podemos observar, entonces, que las dinámicas propias del derecho internacional hacen que el Estado constitucional termine envuelto en un tipo de *esquizofrenia* normativa al asumir obligaciones internacionales que se convierten en parte integral del sistema nacional de fuentes. Es el caso de Colombia, donde el surgimiento de conflictos normativos de índole internacional se ven reflejados a nivel nacional, como ha ocurrido con los conflictos entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional del medio ambiente y el derecho internacional de las inversiones.

Ese tipo de conflictos normativos internacionales, que se generan en la práctica diaria interna de los Estados como consecuencia de una articulación interordinamental, termina por afectar no solo los intereses internos de cada Estado sino también su responsabilidad internacional. En pocas palabras, a raíz de esas dinámicas el Estado no tiene más opción que hacer un ejercicio de equilibrio entre cuál obligación internacional cumplir y cuál incumplir, y por tanto, ante qué foro responder internacionalmente. En consecuencia, los operadores jurídicos nacionales ya no tienen más opción que operar con el derecho internacional, inclusive cuando se trate de la protección de bienes e intereses tutelados constitucionalmente.

2. Las preguntas y los métodos que orientan la publicación

Ante esta realidad en la que día a día se incrementan los impactos de la normativa internacional en los ordenamientos nacionales, es deber de la academia reflexionar y analizar tanto las consecuencias como los mecanismos de acoplamiento y articulación entre ellos. Obligación que se acentúa por cuanto, en contextos como el colombiano, el derecho internacional tiene impactos cada vez más fuertes en las funciones públicas y el sistema normativo.

---

4 Anne Peters. *The refinement of international law: From fragmentation to regime interaction and politicization*, I-CON, n.º 15, 2017, p. 674.

En ese sentido, al iniciar este proyecto editorial quisimos reivindicar una idea que desde hace años se refleja en el trabajo del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia: el derecho internacional es una herramienta necesaria e invaluable para el estudio del derecho constitucional. Es por esa razón que en esta oportunidad le propusimos a nuestros colegas de la línea de investigación en Derecho Internacional Público (la cual hace parte integral de nuestro Grupo de Investigación en Derecho Constitucional) que, a partir de las diferentes perspectivas y disciplinas desde las que se estudia el derecho internacional, intentaran responder los principales interrogantes referidos a la forma como las relaciones interordinamentales afectan y transforman al Estado constitucional.

Para tal propósito, con el apoyo de la profesora Paola Andrea Acosta, diseñamos una serie de preguntas que ayudaron a la transversalización de nuestros objetivos generales (*supra ¿El Estado constitucional en Jaque?*) con los diferentes proyectos de esta línea de investigación. Esos interrogantes (o más bien, preocupaciones) podemos resumirlas de la siguiente manera:

– ¿Cuál es la necesidad de renovar conceptos tales como monismo y dualismo, o expresiones como la incorporación del derecho internacional o el lugar de las normas internacionales en la pirámide normativa y las consecuencias que ello tiene en el sistema de fuentes?

– ¿Cuál es el papel del funcionario público en la eficacia del derecho internacional y, consecuentemente, el de su temor al prevaricato?

– ¿Cuáles son las implicaciones que tiene la contradicción entre obligaciones internacionales que ponen en tela de juicio los objetivos constitucionales (p. ej., medio ambiente *vs*. inversión, derechos humanos *vs*. lucha contra la corrupción) y la función estatal?

– ¿La respuesta del Estado frente a la institucionalidad desarticulada es contradictoria del derecho internacional?

– ¿Cuáles son y cómo operan los mecanismos de acoplamiento entre el derecho internacional y el derecho interno, por ejemplo, el margen de apreciación nacional, la integración sistémica o la identidad constitucional, entre otros?

Ahora bien, aun cuando en principio estas preguntas orientadoras de nuestra investigación parecerían generales, se elaboraron así por una razón en particular: en aras de mantener nuestro pensamiento heterodoxo, transdisciplinar e incluyente, quisimos que nuestras premisas originales

fueran lo suficientemente abiertas para que aceptaran no solo las diferentes perspectivas, sino también las diversas metodologías y aproximaciones a la investigación.

Eso también se ve respaldado por la concepción que hemos querido aceptar y transmitir acerca de lo que es y no es el derecho internacional. En concreto hemos de destacar que a pesar de que en América Latina existe una fuerte tendencia al pensamiento ortodoxo y normativista en lo que respecta al derecho internacional[5], desde nuestra casa de estudios, y en particular desde la línea de investigación en Derecho Internacional Público, estamos en un proceso de construcción, aceptación y promoción de otras concepciones y teorías tanto del derecho internacional como del derecho constitucional.

En particular podemos resaltar el uso de otras disciplinas como la historia (e historiografía), la sociología, la etnografía, y otras ciencias sociales y políticas[6], pero también el trabajo adelantado por los integrantes de esta línea de investigación se nutre y desarrolla diferentes teorías. Así, por ejemplo, es frecuente encontrar en sus trabajos elementos de las aproximaciones críticas al derecho internacional y otras teorías diversas como el *ius constitutionale commune*, la gobernanza global y el derecho administrativo global[7].

---

5 Magdalena Correa Henao y Verónica Delgado Pérez. "La enseñanza del Derecho Internacional desde unos pensum y desde adentro del Derecho en su conjunto", en *Repensando y renovando el estudio del derecho internacional dentro, desde y sobre América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Universidad de los Andes y Universidad del Rosario, 2018 (en prensa); Laura Betancur Restrepo y Enrique Prieto Ríos. "Educación del derecho internacional en Bogotá: un primer diagnóstico a partir de los programas de clase y su relación con las epistemologías del no conocimiento", *Revista Derecho del Estado*, n.º 39, julio-diciembre de 2017, pp. 53-89.

6 Al respecto consultar, en general, *Revista Derecho del Estado*, n.º 39, en la que se publicó una edición monográfica sobre *Educación en Derecho Internacional*; en particular cfr. Paola Andrea Acosta Alvarado. "Redial e imperialismo y derecho internacional. Oportunidad para la reflexión", *Revista Derecho del Estado*, n.º 39, agosto de 2017, pp. 3-16, y Daniel Rivas Ramírez. "Del colonialismo a la emancipación epistémica. Un aporte doble al debate sobre la relación entre imperialismo y derecho internacional", *Revista Derecho del Estado*, n.º 39, julio-diciembre 2017, pp. 17-19; también Bernardo Vela Orbegozo. *Colombia no es una isla. Una contribución al debate sobre la formación del Estado colombiano en el entorno global*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

7 Ídem. Así como también los aportes de los profesores Magdalena Correa, Paola Andrea Acosta y Jorge Roa al proyecto iccal dirigido por el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, y que se pueden apreciar en la participación anual de sus seminarios y publicaciones; tan solo para mencionar algunas Paola Andrea Acosta. "*Ius commune interamericano*, brevísimas notas sobre el concepto de diálogo", en Armin von Bogdandy; Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de