

CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL (CM): EL NUEVO PARADIGMA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES⁴

Jaime Cubides Cárdenas

Angélica María Grandas Ferrand

Juan Marcelino González Garcete

El Estado ha tenido un amplio desarrollo teórico⁵ a lo largo de la historia de la humanidad, sin embargo, se puede concluir que, en esencia, cada uno de los pensadores lo determinan como una entidad creada, en toda sociedad, para la protección de los derechos de cada uno de los integrantes de la misma. En este sentido, para el caso colombiano, el Estado se instituyó como uno con carácter Social de Derecho, a partir de la Constitución Política de 1991. Así, se obliga a proteger

.....
4. Este capítulo presenta resultados del proyecto de investigación La convencionalización del Derecho: el caso del ordenamiento jurídico colombiano desde la justicia multinivel y el posconflicto, que forma parte de la línea de investigación Fundamentación e implementación de los Derechos Humanos, del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, del Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CISJUC), de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

5 En 1668, Hobbes nos hace ver, que las sociedades humanas que se debaten entre la barbarie y la civilización, tienen ante sí la tarea de apelar al poder de la razón, a este llamado derecho natural, para instaurar de común acuerdo la legitimidad de un poder político capaz de asegurar la paz y garantizar la justicia para todos (Carrillo, 2002). Igualmente, el filósofo Rousseau, en su libro sobre el contrato social —1762—, determina cómo los seres humanos deciden expresar su legítimo derecho de defensa, para así, de común acuerdo, crear un ente dotado con dicho poder para que salvaguardase a cada uno de ellos, lineamientos que, en similar medida, fueron expuestos por el pensador británico John Locke entre 1660 y 1662.

cada uno de los derechos consagrados en la Carta Magna, puesto que la finalidad misma del Estado es fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz (Const., 1991). Al igual, tiene el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Const., 1991, art. 2).

Sin embargo, el cumplimiento por parte del Estado de estas obligaciones, ratificadas internacionalmente⁶, ha sido una tarea no lograda en la práctica, pues en Colombia se vive hace más de medio siglo un conflicto armado que ha generado múltiples violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, dejando para el año 2016 un total de 7.762.840 víctimas, de las cuales 6.803.961⁷ son víctimas del desplazamiento forzado. Esta información, de carácter estatal, ha sido establecida por la Unidad Administrativa para la Atención y Reparación de las Víctimas, por lo que frente a esta se establece la duda respecto a su capacidad para abarcar el real número de afectados por estos conflictos

Esta población merece un especial trato y reconocimiento dentro de la nación, así mismo, es función del Estado garantizar sus derechos como víctimas, derechos consagrados tanto internacionalmente como dentro del ordenamiento jurídico colombiano, como lo es el derecho a la justicia, a la verdad, y a la reparación (Ley 1448, 2011). Para llevar a cabo esto, cada una de las instituciones estatales, en ejercicio de sus funciones, deben garantizar el debido cumplimiento de los Derechos Humanos. En este ámbito, se presentan dos esferas de protección, como se ha intentado demostrar sumariamente en las anteriores líneas, que son las garantías constitucionales y las consagradas en tratados y convenios internacionales y regionales. Las primeras están protegidas por órganos jurisdiccionales como la Corte Constitucional y las segundas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

.....
6 Carta de las Naciones Unidas de 1945, San Francisco. Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, París. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de mayo de 1948, Bogotá. Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1959. Convención Americana sobre Derecho Humanos de 1969 en San José de Costa Rica.

7 Para mayor exactitud ver estadísticas tomadas de la Unidad Administrativa para la Atención y Reparación de las Víctimas. Recuperado de internet, el 14 de Junio de 2016, <http://rni.unidadvictimas.gov.co/RUV>

Al momento de proteger estos derechos existe una confrontación entre estas órbitas de protección que, en cierta medida, es delimitada por el concepto de subordinación y soberanía. De esta manera, la Corte Constitucional determina que las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad no establecen referentes autónomos del control de la misma y que la Corte Constitucional no es juez de convencionalidad en referencia a la figura pretoriana creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], en materia de aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Quinche, 2014). Por esto, en la actualidad se presenta una problemática, tanto para los Estados como para los mismos jueces, al momento de determinar la aplicabilidad de una norma nacional o internacional, teniendo como posible solución la aplicación del Constitucionalismo Multinivel [CM].

Conceptualización del CM

El CM es una construcción teórica que tiene su origen en los escritos de Ingolf Pernice (Bárcena, 2008; Montesino, 2015; Pizzolo, 2012). En estos, el autor manifiesta qu

[...] El constitucionalismo multinivel se basa en los supuestos de que el contrato social, concepto desarrollado por Rousseau, no conduce necesariamente a un Estado unitario y que la noción de Constitución no está necesariamente ligada a un concepto rígido del Estado. Esta nueva concepción crea espacio para una organización pluri o multinivel de autoridad y responsabilidad pública. Los Estados federales son un ejemplo clásico de que una sociedad puede ser organizada en una estructura de Estado de dos niveles, en el que se limita la autoridad pública, otorgada a los organismos llamados “Estados”, tanto en el nivel nacional y subnacional; así, estos poderes quedan divididos entre los dos niveles de gobierno de acuerdo con sus respectivas constituciones. Son un ejemplo no sólo de la posibilidad de tal división, sino también de la variedad de formas en las que la relación entre los dos niveles de autoridad pública original y básicamente autónoma puede ser organizada. Sin embargo, el Constitucionalismo Multinivel no implica necesariamente la condición de Estado en cada nivel. La característica esencial de un sistema de dos niveles o un multinivel constitucional (federal) es que la legitimidad de los diversos niveles de gobierno no se deriva de uno al otro. Más bien, cada nivel de gobierno tiene “original” legitimidad, por un lado, en la medida en que se basa democráticamente sobre la voluntad general de las personas afectadas por sus políticas y, por el otro, puesto que tiene

jurisdicción directa sobre las personas (ciudadanía) de las que su legitimidad es derivada. El Constitucionalismo Multinivel tiende un puente sobre el aparente conflicto entre constitucionalismo europeo y el constitucionalismo de los estados miembros (Pernice, 1999, p. 709)⁸.

Para este autor no se puede limitar la protección de los Derechos Humanos a causa de la concepción unitaria y totalitaria del Estado, propia de la construcción teórica del siglo XVIII y XIX. En cambio, debe ser contemplada la existencia de una pluralidad de autoridades en varios niveles, con lo cual se rompen conceptos sobre supremacía y se transforma la definición de soberanía. Por ello, la forma de corresponder entre los distintos niveles organizativos de alcance constitucional puede denominarse como “pluralismo institucional paritario” y presume la distinción del viejo prototipo escalonado del ordenamiento estatal que una vez fijó Kelsen (Hoyos & Rodríguez, 2011).

Así, lo relevante en esta corriente es que propone, como una forma de diluir las citadas áreas críticas, una solución al problema de la jerarquía normativa, dejando a un lado el problema mismo (Pizzolo, 2012). En otras palabras, postula el proceso a través del cual el ordenamiento comunitario adquiere rasgos que lo aproximan a un ordenamiento de tipo constitucional⁹ (Torres, 2011). Se remite entonces, al hecho de que estos estándares comunitarios se basan en un instrumento “constitucional” consentido, que establece y define las instituciones y sus respectivas funciones, confiriendo poderes específicos a las mismas, determinando los derechos de las personas sujetas a su autoridad, formalizando los procedimientos para participar en el ejercicio de esos poderes y organizando las operaciones para la toma de decisiones, etc. (Pernice, 2012).

Es costumbre hablar de la nueva lógica de un Constitucionalismo “Multinivel” o “Plural” que implica la conjugación y la compatibilización de las sucesivas capas de protección jurídica, en distintos niveles constitucionales (Pereira, 2014). Esta situación es consecuencia de lo que podríamos llamar *principio del mínimo estándar convencional*, que está presente también en otros escenarios típicos

8 Traducción de los autores.

9 La perspectiva del Constitucionalismo Multinivel es, presentemente, de manifiesto carácter metódico en la medida en que no entraña en su interpretación juicios de valor a favor de una inédita reclamación de poder supranacional, sino que más bien se limita a un análisis de los hechos tal como se produce evidentemente en la realidad política y jurídica, base estructural que se rescata para las nuevas interpretaciones de los Derechos Fundamentales en los contextos jurídicos internacionales (Hoyos & Rodríguez, 2011).

•Constitucionalismo Multinivel (CM)•

—como el de los Estados federales— de la llamada ”protección multinivel” de los Derechos Fundamentales (Rodríguez, 2015). Esta doctrina surge como resultado de una creciente preocupación por una también cada vez mayor complejidad de los ordenamientos jurídicos (Montesinos, 2015).

CM Europeo

En Europa se presentan tres tipos de ordenamientos que protegen los Derechos Humanos, uno es el consagrado en la Convención de 1950 como el sistema europeo de protección¹⁰, otro tiene que ver con el amparo dado por la Unión Europea¹¹ y, finalmente el ofrecido por cada uno de los Estados europeos para la defensa de derechos. Ante esta pluralidad, y sus correspondientes confirmaciones, surgieron tres corrientes para dirimir esta problemática: la teoría de la soberanía compartida, el contextualismo jurídico y el Constitucionalismo Multinivel (Pizzolo, 2012).

Sobre la teoría de la soberanía compartida, se debe tener en cuenta que, en tiempos recientes, para rehuir del término federal, parece incidirse en los caracteres de asociación de los Estados soberanos que ejercen autoridad compartida en ciertas áreas (Del Valle, 2013). Esta unidad es construida a partir de la soberanía de cada ordenamiento estatal y es posible entender que se hable de cesión de autoridad a la Unión Europea, sin que realmente se distorsione el concepto jurídico de soberanía (Alaez et al., 2014, p. 14). Por ende, se está ante una soberanía compartida o “colectiva” que está vinculada tanto al reconocimiento desde fuera (tal y como ocurre con todo Estado-nación), como a la aceptación desde dentro por parte de sus Estados miembros y para cada área de actuación política (Schmidt, 2007).

.....
10 Los elementos básicos del sistema europeo se encuentran en el Convenio para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas, aprobado en Roma el día 4 de noviembre de 1950. Un primer aspecto a tener en cuenta es que el Convenio se firma en el marco del Consejo de Europa, en cuanto que sus signatarios son, como indica el Preámbulo, miembros del mismo, siendo esa pertenencia la condición para su firma (Art. 59), y que diversos órganos, a los que se refiere el Convenio (Comité de ministros, Secretario General), son órganos del Consejo de Europa. Por otro lado, debe recordarse el contexto histórico en que se produce, una Europa que aún sufría las consecuencias de una Guerra Mundial iniciada por la agresión de regímenes totalitarios, y en la que era bien presente la amenaza de la extensión de nuevos conflictos. El Convenio, como indica expresamente su Preámbulo, se basaba en la creencia de que el mantenimiento de la paz reposaba en la existencia de regímenes democráticos y de un respeto común de los Derechos Humanos (López, 2013).

11 Es cierto que la UE aporta, por primera vez, una apuesta institucionalizada por la paz y por el desarrollo conjunto, pero no debemos confiar: la meta está aún muy lejos. Queda mucho por hacer. Hay que seguir avanzando, consolidando los logros obtenidos y afrontando nuevos desafíos. Ser europeo hoy implica la responsabilidad de comprometerse en seguir construyendo (Núñez, 2010).

En materia del contexto jurídico, Bárcena (2008) manifiesta que el origen de este

[...] se encuentra en las tesis del liberalismo político. Ello se comprende cuando se analiza la relación que Weiler propone entre la nación y el Estado, en el marco de la UE. En el plano de la comunidad política, la nación canónica es para él un artefacto necesario porque proporciona un potente catalizador que dimensiona la pertenencia común de los ciudadanos a una sociedad política, un sentimiento de originalidad que funcionaría como un amortiguador de los excesos individualistas y narcisistas de las sociedades capitalistas contemporáneas. Por el contrario, el Estado se ha demostrado en el curso de la historia del siglo XX europeo, como una perversa maquinaria encargada de desviar las virtudes primarias de la nación política, hacia nacionalismos irracionales que alcanzaron su cenit en las propuestas totalitarias e inhumanas postuladas por el fascismo. El proceso de integración europea tiene en este sentido la función de civilizar y pacificar las relaciones entre las naciones europeas, a través de una densa red económica, institucional y jurídica, que obliga a repensar el bienestar individual de las naciones europeas, en los términos de un bienestar colectivo europeo y de la dimensión social que en ocasiones parece ofrecer el mercado. El supranacionalismo es entonces la expresión del proyecto comunitario de la integración europea, el principio normativo que limita los excesos del Estado nación y sus tradicionales abusos con respecto a la frontera (p. 100).

Ahora bien, en materia del CM es necesario mencionar que desde el año 2000, la Unión Europea estableció su propia carta de Derechos Humanos, donde se crea una nueva esfera de protección en Europa¹², por lo cual se necesita utilizar una metodología multinivel que parece adecuada para entender los fenómenos constitucionales actuales, incluso si es necesario rechazar el peligro de asociarla a la idea de “falsas jerarquías” (Pereira, 2014). La idea de Constitucionalismo Multinivel, aplicada al proceso de integración europeo, procede de Pernice. Sólo en sus teorizaciones más recientes, el autor ha concedido un papel relevante a la protección multinivel de Derechos Fundamentales (Rodríguez, 2015). El concepto desarrollado por Pernice eleva los Tratados Constitutivos de las relegadas

.....
12 “En la medida en que establece los fines últimos del poder político liberal democrático, una declaración de derechos sirve también para sentar el fundamento del demos o cuerpo político [...] en otras palabras, parece más adecuado describir el cuerpo político como el conjunto de personas que viven bajo una misma declaración de derechos civiles y políticos que como una comunidad de rasgos culturales heredados [...] la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, incluso a falta de valor jurídicamente vinculante, es ya un paso muy significativo para la construcción de una auténtica democracia constitucional” (Diez, 2002, p. 24).

comunidades europeas a la categoría de Constitución. Se centra en las interconexiones entre los ordenamientos nacionales y el comunitario europeo, todo sobre la base de que los Tratados Constitutivos efectivamente cumplen las funciones de un texto constitucional (Montesinos, 2015).

La respuesta dada por el CM en Europa intenta establecer, en primer lugar, un estándar mínimo de protección, en el que no importa la esfera de defensa que se ejecute, siempre y cuando se mantengan ciertos estándares. Como lo expresa Rodríguez (2015), la aplicación de los parámetros del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el sistema europeo de protección de los mismos, genera un criterio claro para la delimitación del mínimo común que ningún Estado miembro puede lesionar. Por otra parte, en el seno de la Unión Europea, el Tratado de Lisboa supone, por lo general, un avance en la institucionalización de los mecanismos de participación democrática. Entre estos avances pueden destacarse el aumento del papel y del poder del Parlamento Europeo, la creación del derecho de iniciativa ciudadana, el reconocimiento y promoción del papel de los interlocutores sociales y el reforzamiento del papel de los Parlamentos nacionales (Storini, 2012).

En síntesis, el actual sistema europeo establece, de forma material, Constituciones comunitarias, como el Tratado de Lisboa, en el que se decretan los principios y las reglas fundamentales de la Unión Europea, aunque no sea formalmente una Constitución (Pereira, 2014). Así mismo, se instituyen la de la Convención Europea y las constituciones nacionales legítimamente constituidas, por lo que, para algunos autores, es correcto colocar los dos niveles constitucionales en un mismo escalón jerárquico y reconocer a la Constitución Europea el carácter de ley suprema que las Constituciones contemporáneas escritas ostentan generalmente (D'Atena, 2010).

Sin embargo, teniendo en cuenta que para la “formación de la comunidad” y para la “vida de la comunidad”, independientemente de que sea estatal o supraestatal, los Derechos Fundamentales desempeñan una función de conformación cultural (Kotzur, 2009). Por ello, se evidencia que con el establecimiento del CM, el enfoque garantista integra una pluralidad de ordenamientos bajo la finalidad única de materializar la protección de los Derechos Humanos. Esto quiere decir que los Derechos Fundamentales se encuentran protegidos de forma conjunta por cada uno de estos niveles, tanto el interno, como el de la Unión y la Convención.

Respecto a esto, la respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a las cuestiones prejudiciales suscitadas, es trascendental para el diseño de la protección de los Derechos Fundamentales en Europa, por lo que cabe resaltar el paso que el Tribunal Constitucional Español ha dado y que es fundamental en esta materia, así como el que lo haya hecho con la profundidad que la trascendencia de las cuestiones planteadas requería (Pérez, 2012).

Sobre esto resulta pertinente apuntar lo expresado por Miranda (2015), quien manifiesta, en referencia a la situación actual de protección de los Derechos Humanos en Europa, la existencia de un conjunto de niveles de protección, comenzando por las constituciones nacionales que después de la Segunda Guerra Mundial se reformaron y reestructuraron buscando la efectiva protección de las personas. En este primer nivel, los tribunales de cada Estado realizan diálogos jurisdiccionales entre ellos, centrados en los parámetros constitucionales correspondientes. En segundo lugar, se está ante un nivel supranacional constituido por la Unión Europea que, a través de la Carta de Derechos Humanos, suscrita en Niza en el año 2000, y el mencionado Tratado de Lisboa, consagran un diálogo entre los Estados nacionales y el Tribunal de Derechos Humanos, con carácter previo o consultivo. Y, por último, se presenta un nivel internacional en referencia al Tribunal Europeo. En su conjunto y a modo de conclusión sobre el CM en Europa, cada uno de estos niveles tiene un fundamento normativo de protección, el cual se integra con la única finalidad de materializar dichos postulados

Justicia multinivel y CM

Una vez tratado el tema sobre el Constitucionalismo Multinivel, su conceptualización y, en especial, su desarrollo teórico en Europa —es el lugar donde tiene origen esta figura— evidenciamos a lo largo de todo ello una posible confrontación conceptual con la llamada figura de la Justicia Multinivel, siendo clara la necesidad de abordar en el presente texto las diferencias entre cada una de estas.

La figura de la Justicia Multinivel resuelve la problemática de la soberanía, dado que, según lo manifiesta Hillgruber (2009), anteriormente esta última estaba limitada al poder que tiene el Estado sobre su territorio y población. De esta manera, la soberanía tenía dos dimensiones, una interna, representada en el dominio eminente del Estado y una externa, sobre el respeto y reconocimiento que

los demás realizan sobre el mismo. Sin embargo, después de la consolidación de la comunidad universal a través de la Carta de San Francisco de 1945, sobre la fundación de las Naciones Unidas y los posteriores avances en la consolidación de sistemas regionales de protección, se ve afectada esta concepción arcaica de soberanía.

De esta manera, se limita en la actualidad el fortalecimiento de la comunidad universal para la protección de Derechos Humanos con la institución de tribunales ad hoc en materia penal, así como con la formación de sistemas regionales. El primero cronológicamente en Europa fue la institución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual se ha enunciado en los párrafos anteriores. En segundo lugar, en Latinoamérica, se fortaleció el Sistema Interamericano, que tenía sus antecedentes en 1948 con la Carta de la OEA y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y que se consolida con la suscripción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, integrando un órgano jurisdiccional de protección —la Corte IDH—. En tercer lugar, está el Sistema Africano de Derechos Humanos, fruto de la Carta Africana sobre Derechos Humanos. Por último, se deben reconocer los avances que se están realizando con los mismos fines

Apoyando lo dicho por el magistrado Sierra Porto, en este punto es importante señalar que la Justicia Multinivel se debe seguir como una corriente en la cual los jueces, al momento de tomar sus decisiones en pro de la dignidad de las personas, deben aplicar en sus sentencias aquellas disipaciones, ya sean nacionales, regionales, internacionales o en el caso europeo comunitarias, no importa cuáles sean utilizadas, siempre y cuando se materialice la protección de los derechos de las personas que acuden a la jurisdicción del Estado (Quinche, 2014). Cabe aclarar que esta aplicación de la Justicia Multinivel responde a las demandas internas de aplicación normativa. En materia de diálogo jurisdiccional, esta se consolida cuando entre estos tribunales, ya sean nacionales, regionales, internacionales o comunitarios, se profieran sentencias apoyadas en los pronunciamientos pretorianos de los demás.

Lo mencionado determina la diferencia entre el Constitucionalismo Multinivel y la Justicia Multinivel. Esta radica en que el CM unifica los bloques normativos de cada uno de los niveles anteriormente enunciados, para la consolidación de un solo cuerpo normativo que, en sentido material incluye los convenios y tratados,

con sus correspondientes protocolos, y los avances pretorianos que cada órgano realiza sobre la protección de los Derechos Humanos. Mientras tanto, la Justicia Multinivel se enmarca en el ámbito procesal, estableciendo como regla fundamental la efectiva materialización del contenido normativo señalado, al momento de proferir las sentencias por parte de los jueces.

CM y Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Desarrollados los temas sobre el concepto del CM, su aplicación en Europa y la diferenciación con la Justicia Multinivel, es preciso analizar e investigar sobre el posible uso de esta figura dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos [SIDH] para solucionar los problemas que en la actualidad enfrenta el mismo. Como se evidencia en el caso colombiano, hay un rechazo indirecto de los Estados que son parte de la Corte IDH, a los pronunciamientos de esta, situación que se observa por el volumen de condenas recibidas por parte de este Alto Tribunal Regional. Por ello, ante la problemática que se sintetiza en la confrontación de niveles de protección, es indispensable presentar el desarrollo teórico sobre este sistema.

Noción. En el marco que interesa al presente estudio, este sistema se encuentra integrado por dos órganos, uno cuasi jurisdiccional y el otro de carácter jurisdiccional y vinculante, siendo el primero de estos la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], con su sede en Washington D.C., y la segunda la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con su sede en San José de Costa Rica; esta última está conformada por siete jueces (Ferrer, 2012). Ahora bien, ambos órganos tienen como fin último garantizar el cumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH] o pacto de San José, firmado el 22 de noviembre de 1969. El corpus iuris que integra al SIDH, está conformado por todos aquellos instrumentos desarrollados en la Convención, así como todo tratado internacional que habla sobre Derechos Humanos. En otras palabras,

[...] el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos constituye un sistema internacional acordado por los Estados del sistema interamericano con el objeto de establecer estándares mínimos comunes en materia de respeto, garantía y adecuación de los ordenamientos jurídicos nacionales fijados en la convención americana sobre derechos humanos. Que está compuesto por CIDH y la Corte IDH (Alcalá, 2013, p. 3).

En desarrollo del SIDH, y con el fin de dar mayores garantías a las personas en las Américas, se crea un nuevo control por parte de la Corte IDH, que tiene como fin mejorar la protección de las personas, haciendo respetar sobre el Derecho interno lo mandado por la CADH, cuestión que se abordará con mayor profundidad en las próximas líneas.

Control de convencionalidad

Antecedentes. Siguiendo lo planteado por Cubides (2013), este control de convencionalidad no es una creación de la Corte IDH, sino la utilización, por parte de esta, de los parámetros ya establecidos en los tribunales superiores de Francia en el contexto del SIDH, en donde se realizó de una forma taxativa en la sentencia *Almonacid Arrellano vs Chile*. Señala también que en Francia, con base en el artículo 55 de la Constitución de la Quinta República, El Consejo Constitucional, en la decisión número 74-54 DC del 15 de enero de 1975, establece que la confrontación de leyes con tratados internacionales, que para el contexto de Francia es la Convención Europea de Derechos Humanos [CEDH], no es un control de constitucionalidad si no un control de convencionalidad.

Conceptualización. El control de convencionalidad puede, en primera instancia, ser entendido como “una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente” (Alcalá, 2013, p. 519), que en el caso de América es la CADH. En palabras de Humberto Nogueira Alcalá, es un diálogo entre los jueces nacionales y la Corte IDH, en donde

[...] el juez nacional es el juez natural de la CADH, es en reacción positiva o negativa, a sus tomas de posición preliminares que la corte IDH construye el Derecho interamericano. Se concreta así entre las jurisdicciones de los Estados un diálogo y cooperación leal, donde la base de la discusión ulteriores está constituida por las decisiones de los jueces nacionales (Alcalá, 2013, p. 528).

Un diálogo que busca darles a los jueces la facultad mediante la cual cada uno de ellos, como Estado parte de la Convención, vele por los parámetros convencionales, para sortear los obstáculos que se podrían tener en cada uno de los ordenamientos internos, cuando estos están materializados en leyes y demás normas jurídicas que irrespeten gravemente las garantías dadas por la CADH. En este sentido, expresa Eduardo Ferrer Mac-Gregor que

[...] este control le dice a los jueces nacionales que dejen de aplicar leyes que sean contrarias a la CADH y sus protocolos adicionales, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la CADH, los jueces a la hora de ejercer el control, de convencionalidad, deben hacerlo de oficio y dentro de sus competencias y procesos correspondientes (Mac-Gregor, 2013, p. 529).

Pero los jueces nacionales no se pueden limitar simplemente a garantizar los parámetros concebidos en el articulado de la CADH, sino en todo lo regulado por el corpus iuris del SIDH, dentro del cual también se encuentra la jurisprudencia de la Corte.

El control de convencionalidad es enunciado por primera vez en la Corte IDH, en el caso *Almonacid Arellano vs Chile*, el 26 de septiembre de 2006, y es en las sentencias de *trabajadores cesados de Perú y Heliodoro Portugal vs Panamá* en donde se le da un mayor contenido. En estas sentencias, la Corte IDH invita a los jueces nacionales, dentro de sus competencias, a que protejan los Derechos Convencionales, y que, si no lo solicitan las partes, lo apliquen de manera oficiosa bajo el principio de pro persona, pues la Corte de forma sola no puede garantizar eficazmente los derechos de la CADH en toda América.

De esta manera, se entabla un control difuso de convencionalidad, que desde el Juez Promiscuo Municipal hasta la Corte Constitucional —caso Colombia—, desde los jueces locales, hasta los federales —caso México— (Ferrer, 2012), todos y cada uno de ellos deben proteger los mandatos convencionales, ya sea con efectos simplemente inter partes, en caso de jueces ordinarios y de inferior jerarquía, como también efectos erga omnes, cuando se trata de las altas cortes que tienen la competencia de reformar el ordenamiento interno de forma general. Esto, debido a que el control debe ser ejercido por todo órgano judicial o autoridad que administre justicia, en tanto que, el fin de la corte no es “suplantar a los Tribunales Nacionales, sino que busca ejercer con ellos un dinamismo jurisprudencial mediante el cual se haga cumplir cabalmente, con las directrices de la convención, objeto que se logra desempeñar mediante el efectivo cumplimiento del control de convencionalidad”. Dicho control va encaminado a fiscalizar cada una de las normas internas, desde los reglamentos hasta los mismos parámetros constitucionales, como fue el caso de *La Última Tentación de Cristo vs Chile*, donde se cambió el artículo 19 de la Constitución de dicho país (Jinesta, 2011).

Clases de control de convencionalidad

Control de convencionalidad concentrado. Siguiendo a Manuel Fernando Quinche Ramírez, podemos determinar que el control de convencionalidad es ejercido de manera concentrada por la Corte IDH, cuando se presenta ante su competencia, después de haber pasado por la CIDH, pues en sus sentencias mira tanto las normas que defienden los derechos convencionales como los actos que los violentan (Quinche, 2014).

Control de convencionalidad difuso. Este tipo de control es específicamente el que más interesa en esta investigación, pues demanda una actitud por parte de los jueces nacionales, de convertirse en los jueces convencionales más cercanos a las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de la CADH, pues, como ya se ha reiterado anteriormente, es quien debe implicar las normas jurídicas y los actos que contravengan los preceptos de la CADH.

Este tipo de control surge de las obligaciones que impone la Convención al Estado parte (específicamente en los artículos 1 y 2 de la CADH). Humberto Nogueira Alcalá, sintetiza de una manera clara dichas obligaciones, las cuales radican, primero, en que se constituyen, para los jueces, derechos directamente aplicables y con carácter preferente por sobre las normas jurídicas legales internas, ya que el propio ordenamiento jurídico hace suyos, por una parte, los artículos 26 y 31.1, y por otra, el 27 de la Convención. Los primeros determinan la obligación de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales y el segundo, a su vez, establece el deber de no interponer obstáculos de Derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales (Alcalá, 2013). La segunda obligación, es la de “garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la convención a toda persona sujeta a su jurisdicción” (Alcalá, 2013, p. 545).

Se concluye entonces, que la gran obligación del Estado miembro de la CADH, está en adecuar su ordenamiento interno según los principios y mandatos dados por la Convención, ya sea mediante la facultad constituyente o legislativa, derogando y creando normas acordes a dichos preceptos, o por vía jurisdiccional. Es precisamente en este último punto donde debe evidenciarse el diálogo que se mencionó con anterioridad, cuando sean los jueces quienes modifiquen el ordenamiento interno del Estado parte.

Características del control difuso de convencionalidad. 1) Quiénes aplican el control. Según el parámetro ya establecido, junto con lo dicho por Víctor Bazán, se puede determinar que los sujetos que deben aplicar este tipo de control son, primero, El Poder Judicial; luego, los “Órganos del Poder Judicial”, que para el ordenamiento jurídico abarcarían la jurisdicción ordinaria, la constitucional, las especiales y la contencioso administrativa; tercero, los “jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” (Bazán, 2011, p. 73) que, en Colombia, corresponderían a toda aquella autoridad que la Constitución y la ley le designe con facultades para administrar justicia, incluso los inspectores de policía municipales encargados especialmente de resolver querrelas policivas, como lo dice el código nacional de policía colombiano. Finalmente, “cualquier autoridad pública y no solo el poder judicial” (Bazán, 2011, p. 73).

2) Qué normas son examinadas a la luz del control de convencionalidad. Son todas las normas que integran el ordenamiento jurídico interno del Estado parte de la Convención, y que obstruyen de manera abierta los principios y derechos de la CADH. Dentro de estas se encuentran las leyes, los reglamentos y demás normas jurídicas, incluso las de rango constitucional. Para un mejor análisis sistemático y para poder sintetizar lo que se ha planteado hasta el momento, las fuentes de control son, la CADH, principalmente; todo el corpus iuris del SIDH, el cual está conformado por la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; y las interpretaciones dadas por la Corte IDH, como intérprete última de la Convención.

Elementos del control difuso de convencionalidad. Para Noriega Alcalá (2013), “todos los órganos del Estado deben velar porque en su jurisdicción sea cumplida la convención, sin obstáculos internos”. Siguiendo sus postulados, se pueden determinar los elementos del control convencional, los cuales son

- a. Este control debe ejercerlo todos los jueces nacionales y los demás órganos estatales de manera oficios
- b. Se debe tener en cuenta para este tratado lo dicho por la corte IDH
- c. Debe ser ejercido dentro de las competencias de cada una de las autoridades
- d. El control debe ser ejercido bajo los parámetros dados por la convención

•Constitucionalismo Multinivel (CM)•

- e. Se vincula a este control todo el corpus iuris interamericano (Alcalá, 2013, p. 515).

Solución a la problemática en el SIDH. Tradicionalmente, los modelos de incorporación del Derecho internacional al Derecho nacional han sido el monista o el dualista. La realidad de las últimas décadas, sin embargo, ha dado paso a una concepción más bien dinámica del tema en mención. Esta última es producto de la interacción cada vez mayor que existe entre los tribunales nacionales y de estos con los tribunales internacionales (Torres, 2013). A partir de aquí se configura la aplicación del CM en el SIDH, toda vez que con esta implementación se integren cada uno de los avances, tanto nacionales como regionales, en la protección de los Derechos Humanos, conformando un solo cuerpo constitucional materialmente hablando. En otras palabras, sería la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos, nacional y regional, que se articulan para lograr un objetivo común, la protección de los Derechos Humanos. Sin embargo, dicha articulación no se erige como un mero ejercicio de gobernanza multinivel, sino que se desarrolla en el marco de un proceso de constitucionalización del escenario regional. En este orden de ideas, más que de gobernanza multinivel hablamos de Constitucionalismo Multinivel (Acosta, 2013).

En las sentencias de la misma Corte IDH se tienen los sustentos del Constitucionalismo Multinivel, ya que, como la misma Corte manifiesta

[...] no es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor *protección* del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la *protección* absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. Es decir, en aplicación del *principio* de interpretación *más* favorable, la alegada "*protección más amplia*" en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella (Corte IDH, 257, 2012, párr. 259).

Conclusiones

De acuerdo a esta investigación se puede concluir que, en materia de protección de Derechos Humanos, el desarrollo tanto nacional como internacional ha avanzado ampliamente, creándose sistemas regionales que, de forma complementaria, ayudan a las naciones en esa loable labor de proteger los derechos de sus ciudadanos. Sin embargo, ante la imposición de sanciones, por estos sistemas supra nacionales, se presentan divergencias entre los jueces nacionales y los superiores, por lo cual se crea la figura del Constitucionalismo Multinivel. Este establece o crea, de forma implícita, un compendio normativo en el cual se encuentran sintetizadas cada una de las disposiciones tanto nacionales, regionales, como comunitarias, y tiene como único objetivo el proteger los Derechos Humanos, brindándole además una seguridad jurídica al ordenamiento interno de cada Estado parte. En otras palabras, a través del CM estamos ante la presencia de un Derecho sustancial de carácter integrador, el cual, mediante la Justicia Multinivel o también llamada tutela multinivel, se protegen ampliamente estas disposiciones.