

11

SLADI.LASIL

SOCIEDAD LATINOAMERICANA DE DERECHO INTERNACIONAL
SOCIEDADE LATINO AMERICANA DE DIREITO INTERNACIONAL
SOCIÉTÉ LATINO-AMÉRICAINNE DE DROIT INTERNACIONAL
LATIN-AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW



SERIE
DOCUMENTOS DE TRABAJO
SOCIEDAD LATINOAMERICANA DE DERECHO
INTERNACIONAL

**Teorías sobre la relación entre el
Derecho Interno y el Derecho
Internacional**

Paola Andrea Acosta y Julián Huertas
Cárdenas

SERIE DOCUMENTOS DE TRABAJO

El Departamento de Derecho Constitucional es una de las unidades académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. La Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional es una asociación académica creada para la articulación de la academia internacionalista, para la promoción y la producción del debate académico del derecho internacional.

Los Documentos de Trabajo SLADI/Externado de trabajo dan a conocer los resultados de los proyectos de investigación de la SLADI, así como las ideas de sus miembros y de los profesores y estudiantes invitados.

Las opiniones y juicios de los autores de esta serie no son necesariamente compartidos por el Departamento, la Universidad o la SLADI.

Los documentos de trabajo están disponibles en www.icrp.uexternado.edu.co/

Serie *Documentos de Trabajo*, n°11
***Teorías sobre la relación entre el Derecho Interno y el Derecho
Internacional***

Paola Andrea Acosta Alvarado y Julián Huertas Cárdenas

Este documento puede descargarse de la página web del departamento solo para efecto de investigación y para uso personal. Su reproducción para fines diferentes, bien sea de forma impresa o electrónica, requiere del consentimiento del Autor y la Editora. La reproducción de los documentos en otros medios impresos y/o electrónicos debe incluir un reconocimiento de la autoría del trabajo y de su publicación inicial.

Los autores conservan los derechos de autor. La publicación de este texto se hace bajo los parámetros del *Creative Commons Attribution*. El autor del documento debe informar al Departamento de Derecho Constitucional si el texto es publicado por otro medio y debe asumir la responsabilidad por las obligaciones consecuentes.

Para efectos de citación, debe hacerse referencia al nombre completo del Autor, el título del artículo y de la serie, el año, el nombre de la Editora y la editorial.

© 2016, Departamento de Derecho Constitucional,
Universidad Externado de Colombia.
Paola Andrea Acosta, Editora
Calle 12 No. 1-17 Este, Of. A-306. Bogotá Colombia
<http://www.icrp.uexternado.edu.co/>

Presentación

Los *Documentos de Trabajo de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional* (DT-SLADI) son un espacio para la reflexión y el debate. Esta colección servirá especialmente para circular los trabajos en progreso de los grupos de interés de la SLADI y las reflexiones de cualquier de sus miembros.

A diferencia de otros formatos, esta serie ofrece un palco para los trabajos inacabados, para la discusión de las ideas en formación y el perfeccionamiento de los procesos de investigación. Se trata pues, de textos que salen a la luz para ser enriquecidos con la crítica y el debate antes de pasar por el tamiz editorial.

Aquellos que estén interesados en publicar sus textos en esta colección pueden enviarlos a Paola Andrea Acosta al correo paola.acosta@uexternado.edu.co

Pese a que se trata de documentos inacabados, el texto debe contar con un mínimo de desarrollo, debe ser un escrito con una estructura coherente que cumpla con las reglas mínimas de argumentación, redacción y ortografía. En todo caso, cuestiones tales como las notas a pie de página, las referencias externas, las tablas, diagramas o cuadros pueden estar en construcción.

Cada documento debe contar con un resumen en español e inglés de no más de 200 palabras y un sumario. Así mismo, se debe indicar el correo electrónico de contacto del autor o autores y el título en inglés del documento. Una vez remitido el texto, el grupo editorial, previa evaluación, decidirá si lo somete al proceso de publicación.

JORGE VINUALES

Director General

PAOLA ANDREA ACOSTA A

Coordinadora General GI-SLADI.

Editora

Teorías sobre la relación entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional

Este documento es el resultado del trabajo adelantado en el marco del proyecto de investigación convocado por el Grupo de Interés sobre *las nuevas relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno* de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional (SLADI-GIREdIN). Esta iniciativa se desarrolló bajo la dirección de Juana Acosta de la Universidad de la Sabana y Paola Andrea Acosta de la Universidad Externado de Colombia.

INTRODUCCIÓN

Hace 18 años la Corte Constitucional decidió emprender un estudio doctrinal a fin de establecer el modelo teórico que rige las relaciones entre el ordenamiento colombiano y el Derecho Internacional. Tal análisis fue presentado en la sentencia C-400 del 10 de agosto de 1998¹, la cual examinó la constitucionalidad de la Ley 406 de octubre de 1997 –que aprobó la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1986². En esta providencia, la Corte analizó de manera particular el artículo 27 de la Convención, el cual establece la imposibilidad de invocar el derecho interno para justificar el incumplimiento de una obligación internacional – principio de *pacta sunt servanda*. Para llevar a cabo este examen de exequibilidad, la Corte tomó en cuenta los artículos constitucionales 4, supremacía de la Constitución³, y 9,

* Profesora, Universidad Externado de Colombia. Doctora en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en el Instituto Ortega y Gasset - Universidad Complutense de Madrid. Diploma de Estudios avanzados en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales del Instituto Ortega y Gasset – Universidad Complutense de Madrid. Máster en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Diploma de postítulo en Derechos Humanos y Procesos de Democratización del ICTJ-Universidad de Chile. Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: paola.acosta@uexternado.edu.co.

** Profesor de la Universidad de La Sabana. Magíster en derecho internacional, Universidad de La Sabana. Abogado, Universidad del Rosario. Miembro investigador del grupo de investigación de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de La Sabana. Director de la Asociación Colombiana de Estudiantes de Derecho Internacional (ACEDI-CILSA). Contacto: Julian.huertas1@unisabana.edu.co

¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-400 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero: Agosto 10 de 1998).

² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales del 21 de marzo de 1986.

³ El artículo 4 de la Constitución establece:

sobre el reconocimiento de los principios del derecho internacional como uno de los fundamentos de las relaciones exteriores de Colombia⁴. En materia de aplicación del Derecho Internacional en el país, la sentencia en comento concluyó que la Constitución nacional prevalece sobre las normas internacionales.⁵

Esta decisión judicial fue, asimismo, la primera en la que la Corte se refirió de manera explícita a las teorías que intentan explicar las relaciones entre el Derecho interno y el internacional. Para resolver la tensión entre el principio de *pacta sunt servanda* y el de supremacía constitucional, la Corte acudió a las doctrinas que explican la interacción entre los ordenamientos local e internacional. De acuerdo con la C-400-98, existen dos teorías generales que permiten entender dicha interacción: el dualismo y el monismo, en tres modalidades (constitucionalista, internacionalista y moderado). La Corte afirmará al final del día que el Estado colombiano se rige por los postulados del monismo moderado, con sustento en las tesis de Alfred Verdross.

Sin embargo, más allá de la pertinencia de la postura asumida por la C-400-98, resulta de interés comprobar que el tribunal colombiano acudió a las teorías tradicionales del monismo y el dualismo para resolver un examen de constitucionalidad. Asimismo, el criterio adoptado en 1998 se ha convertido en el precedente vigente para entender el papel del Derecho Internacional en Colombia, lo cual explica la necesidad de entender los marcos teóricos empleados por la Corte para interpretar la relación entre el ordenamiento local y el internacional⁶. Que el debate sobre la primacía del régimen internacional o del interno sigue en pleno vigor lo demuestra no solo el análisis de la Sentencia C-269 de 2014, que decidió la exequibilidad de la Ley 37 de 1961, la cual a su vez aprobó el “Tratado Americano de Soluciones Pacíficas” o Pacto de Bogotá,

“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. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”

⁴ El artículo 9 Superior reza:

“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”.

⁵ Para un análisis de otros aspectos relevantes de la C-400-98, ver la crítica de Laura García-Matamoros: Laura García Matamoros, *Control de constitucionalidad de los tratados públicos a la luz del Derecho Internacional*, 1.1, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 98-133 (1999).

⁶ El precedente de la sentencia de 1998 ha sido reafirmado por uno de los fallos más importantes de los últimos años en relación con el Derecho Internacional: la sentencia C-269 de 2014. Esta providencia de 2014 sostuvo, por ejemplo, que “la decisión más importante en la jurisprudencia de este Tribunal, en relación con la comprensión admisible del principio “*pacta sunt servanda*”, fue la adoptada en la sentencia C-400 de 1998” (párr. 4.8.2.5.2).

sino también -por ejemplo- la decisión de la Corte Constitucional italiana no. 238 de 22 de octubre 2014⁷.

En esta sentencia, el tribunal italiano se negó a dar cumplimiento a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*⁸ de 2012. En dicho caso la CIJ defendió el principio de la inmunidad del Estado en contra de las alegaciones de graves violaciones de los derechos humanos por parte de órganos estatales alemanes durante la Segunda Guerra Mundial. Para autores como Anne Peters, la *Sentenza 238* no se trata sólo de cuestión sobre inmunidades, sino primordialmente de la relación entre el derecho internacional (en la forma de una sentencia de la Corte Internacional de Justicia) y el derecho interno, en su aplicación por un tribunal nacional (constitucional)⁹. Igualmente, las tensiones entre normas internacionales e internas abundan no solo en Colombia e Italia, sino en numerosos Estados que se enfrentan al cumplimiento de obligaciones impuestas por un tratado, la jurisprudencia de tribunales regionales y mundiales, o cualquier otra fuente jurídica internacional.

De esta manera, el presente capítulo se centrará en analizar las llamadas teorías clásicas, incluido el monismo moderado, junto con el pluralismo constitucional, una de las propuestas alternativas más comentadas en los últimos lustros. En efecto, nuestro escrito consta de tres partes en las que se examinará i) el contenido de la teoría del monismo y el dualismo, ii) el planteamiento original de la teoría monista moderada de Alfred Verdross y iii) los postulados del pluralismo constitucional a partir de las propuestas de diversos autores contemporáneos. Nuestro objetivo es ofrecer, en breve, el marco teórico que puede ayudarnos a comprender el por qué y el cómo de la jurisprudencia que se analiza en los demás capítulos de este libro.

1. TEORÍAS CLÁSICAS: MONISMO Y DUALISMO.

El debate alrededor de las relaciones entre el Derecho Internacional y el derecho interno cuenta con casi un siglo de historia, durante su desarrollo se ha buscado identificar la postura que los Estados asumen hacia el Derecho Internacional. El binomio monismo-dualismo surge como respuesta a

⁷ La traducción no oficial al idioma inglés se encuentra en: http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf.

⁸ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99.

⁹ PETERS, *Let Not Triepel Triumph – How To Make the Best Out of Sentenza No. 238 of the Italian Constitutional Court for a Global Legal Order* (entrada de blog). Disponible en: <http://www.ejiltalk.org/let-not-triempel-triumph-how-to-make-the-best-out-of-sentenza-no-238-of-the-italian-constitutional-court-for-a-global-legal-order-part-i/> Consultado el 16 de febrero de 2015.

problemas comunes en la vida internacional de los Estados: el alcance de la soberanía estatal, la búsqueda de un ordenamiento jurídico completo y coherente, la obligatoriedad de normas creadas por fuera de los Parlamentos nacionales, la potestad de los jefes de Estado sobre creación de normas externas y su recepción en los ordenamientos nacionales. A finales del siglo XIX y principios del XX, Europa afrontaba un contexto en el que la comunidad internacional sufría cambios significativos en su estructura, con influencias de una concepción hegeliana de la soberanía nacional. También se asomaban conflictos que amenazaban la estabilidad mundial y dejaban en entredicho la eficacia del Derecho ante la política y la fuerza militar¹⁰.

Es en este contexto donde emergen voces que abogan por la unidad del sistema jurídico, conformado por normas locales e internacionales. Así, la teoría del monismo afirma que ambos órdenes -doméstico e internacional- constituyen un único sistema jurídico en el que se hace imposible la coexistencia de ordenamientos jurídicos opuestos. Es necesario resaltar que si bien el monismo insiste en la unidad del sistema, ello no obsta para que pueda distinguir las normas internas de las internacionales. Es decir, el hecho de que el monismo diferencie normas u ordenamientos locales del internacional no lo lleva a separarlos del todo, ni a aceptar las tesis dualistas. El monismo distingue una norma internacional de una local, así como es posible distinguir una norma constitucional (contenida en la Carta Política) de una ley nacional. Aunque son normas distintas, pertenecen al mismo sistema. En esta línea, en un sistema monista es necesario establecer la primacía entre las normas nacionales y las internacionales, por lo cual se debe establecer cuál de los dos órdenes se impone al otro¹¹.

Dentro de las corrientes monistas, es posible encontrar el *monismo de derecho interno o constitucionalista*, el cual sostiene que siempre prevalecen las normas locales sobre las internacionales. Para este tipo de monismo, sería válido justificar el incumplimiento de una obligación internacional con una norma interna. Sin embargo, es difícil encontrar Estados que asuman tal postura. Aunque en ocasiones el Derecho Internacional no es aplicado por los Estados, tampoco es común encontrar una defensa sistemática de la prevalencia de las normas locales frente a las internacionales¹².

¹⁰ Para una introducción al contexto y surgimiento del debate “monismo-dualismo”, ver: Nijman, Janne & Nollkaemper, André, “Introduction – The origins of the debate on the Divide Between International and National Law: the Dualism-Monism Dichotomy”, en Nijman, Janne & Nollkaemper, André, *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford University Press, New York, 2007, pp. 6-10.

¹¹ Kelsen, *La teoría pura del Derecho*, Porrúa, 12ª impresión, México, 2002, p. 332.

¹² Shaw ha analizado los sistemas nacionales de quince Estados en diversos continentes y no es posible hallar casos que se fundamenten en un monismo constitucionalista. Ver Shaw, Malcolm. *International Law*. 6ª ed, Cambridge University Press, New York, 2008, pp. 148-177.

Por otra parte, existe un monismo internacionalista que preconiza la superioridad de las normas internacionales en el sistema jurídico. Según Hans Kelsen, principal expositor de esta clase de monismo, el Derecho Internacional además de estar por encima del local, coordina las relaciones entre los distintos ordenamientos legales de los Estados. Para Kelsen y otros autores monistas, la “tesis de la primacía” del Derecho Internacional, constituye el núcleo de la teoría monista de derecho internacional: “*Kelsen, Kunz, and Verdross saw the central function of international law in coordinating and delimiting the various national legal orders (...)*”¹³.

Asimismo, se debe aclarar que para la mayoría de la literatura anglosajona, el monismo es propiamente de carácter internacional. En su interpretación de las tesis monistas, autores como Shaw¹⁴, Denza¹⁵, Malanczuk¹⁶ y Crawford¹⁷ entienden que el monismo *per se* defiende la primacía del Derecho Internacional sobre el nacional. Por el contrario, otros autores monistas como Kelsen sí contemplan la posibilidad de defender, en el campo teórico, la supremacía del Derecho interno¹⁸. Por supuesto, Kelsen aboga por la prevalencia del Derecho Internacional como fundamento de todo el sistema jurídico, pero ello no impide que reconozca la posibilidad, aunque solo teórica, de una defensa del monismo constitucionalista¹⁹.

En este orden de ideas, junto con la prevalencia de un tipo de normas en un único sistema jurídico, el monismo también plantea un mecanismo de recepción o admisión de las normas internacionales, en particular los tratados, dentro de los Estados. La *incorporación automática* (en ocasiones llamada solo *incorporación*) es la técnica propia del monismo. Este mecanismo indica que un tratado puede tener, sin necesidad de legislación que lo transforme, efectos jurídicos en el ordenamiento interno una vez se haya celebrado de conformidad con la Constitución nacional y ha entrado en vigor para el

¹³ VON BERNSTORFF, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in Universal Law*, Cambridge University Press, New York, 2010. P. 93.

¹⁴ MALCOLM SHAW, *International Law*, 129-139 (6th ed, Cambridge University Press, New York, 2008).

¹⁵ EILEEN DENZA, *The relationship between International and National Law*, en *International Law*, 415-442 (Malcolm Evans, Ed., Oxford University Press, New York, 2003).

¹⁶ PETER MALANCZUK, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 63-64 (7th ed, Routledge, New York, 1997).

¹⁷ JAMES CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law* (8th ed., Oxford University Press, Great Britain, 2012).

¹⁸ KELSEN, HANS. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, 1920, 2nd edn., Tübingen: J. C. B. Mohr, 1928, p. 317. Citado en: Bernstorff, Jochen von. *The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in Universal Law*. New York. Cambridge University Press. 2010, pp. 104-106.

¹⁹ Como se verá más adelante, otros autores monistas como Kunz y Verdross niegan de plano la existencia de un monismo constitucionalista.

Estado. Ello no obsta para que dichos tratados puedan requerir una legislación posterior para la implementación de aspectos prácticos. Cuando no se necesita una legislación, tales tratados se describen como de ejecución automática (*self-executing*)²⁰. La misma idea se encuentra en el concepto de “aplicación directa” de los tratados. En esta línea, para Jackson el término “aplicación directa” lleva a situaciones en las que los particulares pueden invocar y demandar ante tribunales nacionales la aplicación de un tratado, así como la posibilidad de que los gobiernos, o diversos agentes estatales, usen la norma de un tratado como parte del derecho nacional²¹.

En su análisis de las teorías monistas, la Corte Constitucional consideró que defender el modelo monista constitucionalista equivaldría a afirmar que las normas internas del Estado colombiano pueden justificar eventuales incumplimientos de obligaciones internacionales, lo cual no se corresponde con el respeto hacia el Derecho Internacional profesado por Colombia. En virtud del artículo 9 Superior, que permite reconocer principios como el de *pacta sunt servanda*, la Carta Política no permitiría aceptar la postura monista de derecho interno. A su vez, aceptar la teoría monista internacionalista significaría aceptar que el Derecho Internacional prevalece sobre el sistema jurídico colombiano, incluyendo la Constitución. Sin embargo, esta tesis contradice asimismo el principio de supremacía constitucional del artículo 4 de la Carta. En esta misma línea debe ser interpretado el artículo 93 de la Carta, que otorga un *status* especial a los tratados sobre derechos humanos y fronteras, sin establecer que estos tienen prevalencia sobre la Constitución. Por estas razones, la Corte también rechazó la teoría monista internacionalista.

En segundo lugar, el dualismo es la teoría que predica la existencia de dos órdenes separados: el orden Internacional y el orden interno. En esta teoría, defendida entre otros por Triepel²² y Anzilotti²³, se destaca la diferencia de objetos de regulación en ambos regímenes jurídicos²⁴. En este sentido, el

²⁰ AUST, ANTHONY, *Modern treaty law and practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 146.

²¹ Ver: Jackson, John, “Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis”, *The American Journal of International Law*, 86, (2), 1992, pp. 310-311.

²² TRIEPEL, HEINRICH, *Les rapports entre le Droit interne et le Droit international*, Recueil des Cours de l’académie de Droit International de La Haye, La Haye, 1923, pp. 82-83.

²³ ANZILOTTI, DIONISIO, *Corso di diritto intemazionale*, Athenaeum, Roma, 1928. Para un análisis de la evolución del pensamiento de Anzilotti, ver: GAJA, Giorgio, “Positivism and Dualism in Dionisio Anzilotti”, *European Journal of International Law*, 3 (1), 1992, pp. 123-138.

²⁴ Esta es una de las ideas centrales planteadas desde el dualismo, cuya influencia en la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional se explica, entre otras razones, por la presencia de Anzilotti como juez de este tribunal. Para conocer los aportes de Anzilotti a la jurisprudencia de la CPJI, ver: Ruda, José María, “The Opinions of Judge Dionisio Anzilotti at the Permanent Court of International Justice”, *European Journal of International Law*, 3 (1), 1992, pp. 100-122.

Derecho Internacional regula relaciones entre Estados, y entre Estados y los sujetos de Derecho Internacional. Por su parte, el ordenamiento interno vendría a regular las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos, y entre los ciudadanos de un mismo Estado. Se afirma con frecuencia que en casos de conflictos entre una norma local y una internacional al interior de un Estado, el dualismo defiende la prevalencia de la norma interna, toda vez que el Derecho Internacional solo puede prevalecer en el contexto internacional.

La idea dualista de la superioridad normativa habitual del derecho local se explica en gran medida por el mecanismo de recepción propuesto por esta escuela. Según está lógica, la interacción entre los dos ordenamientos solo será posible cuando se incorporen al derecho interno, mediante legislación nacional, las normas internacionales, en especial las convencionales. La *transformación* del Derecho Internacional en derecho interno (o *incorporación mediante legislación nacional*) que afirma el dualismo, supone que los derechos y las obligaciones creadas por los tratados no tienen efecto en el plano interno a menos que se promulgue legislación para incorporarlas y aplicarlas. En virtud de esta separación de los ordenamientos defendida por la escuela dualista, la validez de las normas internas no puede ser afectada por el ordenamiento Internacional, pero la responsabilidad internacional tampoco podría ser desconocida por un Estado que es obligado internacionalmente. Si un Estado promulgara normas contrarias a la normativa internacional, tales normas no serían ilegales en el plano interno, sino hechos que pueden generar responsabilidad para el Estado.

Respecto del dualismo, la sentencia C – 400 de 1998 recordó que dicha teoría plantea la separación y aun oposición de los ordenamientos internacional e interno. La Corte afirmó que esta tesis “podría llevar a negar la existencia misma del derecho internacional”²⁵ y negó sus elementos constitutivos. En consecuencia, descartó la aceptación de un modelo dualista en Colombia.

Como se puede apreciar, el Tribunal constitucional no encuentra en las teorías acá sintetizadas una explicación congruente para el ordenamiento colombiano. La Corte reconoce que se encuentra ante una tensión normativa: “¿es compatible el monismo internacionalista de la Convención de Viena con el monismo constitucionalista que deriva del artículo 4 de la Carta?”²⁶. Al reconocer que Colombia está guiada por principios de Derecho Internacional, pero sin dejar de lado la prevalencia de la Carta Política en el ordenamiento interno, la Corte estima que la solución a la cuestión de la jerarquía normativa se encuentra en ‘la doctrina contemporánea’ del monismo moderado. Al ser

²⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-400 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero: Agosto 10 de 1998), párr. 37.

²⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-400 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero: Agosto 10 de 1998), párr. 37.

invocada por el tribunal como la teoría oficial del Estado colombiano, se hace necesario un abordaje especial en una sección diferente.

2. EL MONISMO MODERADO.

La teoría del monismo moderado fue propuesta por Alfred Verdross, uno de los internacionalistas más destacados del siglo XX.²⁷ Este autor austriaco coincide con la crítica principal del monismo al dualismo, esto es, la imposibilidad de separar los ordenamientos internacionales y nacionales. De igual forma, Verdross afirma que el monismo radical de Kelsen, según el cual toda norma estatal contraria al Derecho Internacional es nula, resulta insostenible. Así, Verdross explica su teoría de la siguiente manera:

[...] [S]olo 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. Doy a esta teoría el nombre de monismo moderado o estructurado sobre la base de la primacía del Derecho Internacional porque mantiene la distinción entre el D.I. y el derecho estatal, pero subraya al propio tiempo su conexión dentro de un sistema jurídico unitario basado en la constitución de la comunidad jurídica internacional²⁸.

En este sentido, Verdross defiende un *monismo moderado* de Derecho Internacional, cuyos cuatro elementos esenciales son: 1) es una teoría que reconoce la posibilidad de conflictos entre el Derecho Internacional y el derecho interno; 2) se fundamenta en la primacía del Derecho Internacional; 3) afirma que los conflictos entre el Derecho Internacional y el derecho interno no tienen carácter definitivo; 4) encuentra la solución a dichos conflictos en la unidad del sistema jurídico que se basa en la constitución de la comunidad jurídica internacional.

En primer lugar, Verdross contradice la tesis dualista de la separación de los ordenamientos jurídicos y demuestra que un tratado y una costumbre internacional pueden obligar también en el ámbito interno de los Estados. Ello es posible cuando la norma internacional “conecta” de forma directa a los ciudadanos de un Estado con el Derecho Internacional²⁹. Esta situación puede generar conflictos entre los ordenamientos local e internacional, por lo cual se puede sostener que una teoría válida debe ser capaz de reconocer este tipo de

²⁷ Para conocer algunos aspectos de la vida y obra de Alfred Verdross, ver: Ver Simma, Bruno, “The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law”, *European Journal of International Law*, 1995, 6, (1), pp. 34-38.

²⁸ ALFRED VERDROSS, *Derecho Internacional Público*, 95 (6a. ed. Edición española, Aguilar, Madrid, 1982). Negrillas y cursivas fuera del texto original.

²⁹ ALFRED VERDROSS, *Derecho Internacional Público*, op. cit., p. 95.

conflictos. Verdross también eleva su crítica a lo que él llama monismo radical, teoría que establece que toda norma estatal opuesta a las normas internacionales es nula automáticamente³⁰. El monismo verdrossiano llegará a afirmar que el Derecho Internacional debe prevalecer en casos de conflictos normativos, pero tal prevalencia no será automática sino que requerirá un mecanismo internacional de adecuación, como por ejemplo, una sentencia de un tribunal internacional.

Asimismo, esta afirmación tampoco debe llevar a aceptar los postulados dualistas. Como se afirmó anteriormente, defender la separación entre ambos ordenamientos –interno e internacional- no es la solución a este problema, ya que para Verdross “la teoría dualista [...] olvida que la obligatoriedad de una ley opuesta al Derecho Internacional solo es a *efectos internos y provisional*”³¹. En esta línea, una norma nacional que se oponga al Derecho Internacional, solo se predicará válida al interior del Estado, pero esa validez solo será provisional. Lo anterior, por cuanto el Estado perjudicado por causa de tal norma tendrá la posibilidad de exigir la derogación o no aplicación de la norma nacional, y el Estado que ha expedido la norma está en la obligación de hacerlo³². Por supuesto, afirma la teoría monista moderada, la solución a esta incompatibilidad estará orientada por la prevalencia del Derecho Internacional. Aunque Verdross reconoce la posibilidad de conflictos normativos entre normas internacionales y locales, también afirma que se trata de un conflicto provisional, el cual será solucionado desde la primacía de las normas internacionales. Como conclusión, afirma Verdross, “el derecho estatal solo puede moverse con entera libertad dentro de los límites fijados por el Derecho Internacional”³³.

Con la presentación anterior, es posible entender los tres primeros elementos de la doctrina monista moderada: es una teoría que reconoce la posibilidad de conflictos entre el Derecho Internacional y el derecho interno; que se fundamenta en la primacía del Derecho Internacional; y que afirma que los conflictos entre el Derecho Internacional y el derecho interno no tienen carácter definitivo.

El cuarto elemento de la definición de la doctrina acá estudiada consiste en aseverar que *la solución a los conflictos entre Derecho Internacional y derecho interno se encuentra en la unidad del sistema jurídico que se basa en la constitución de la comunidad jurídica internacional*. La explicación del

³⁰ VERDROSS cita acá a Kelsen como representante del monismo radical: Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público*, op. cit., p. 96.

³¹ Ídem.

³² Presentado su argumento, Verdross concluye: “Ello prueba que el procedimiento legislativo estatal puede quedar sometido a un *control jurídico-internacional*” (cursivas en el texto original). Ver: Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público*, op. cit., p. 96.

³³ ALFRED VERDROSS, *Derecho Internacional Público*, op. cit., p. 96.

monismo verdrossiano radica en la idea de que la unidad de un sistema jurídico está fundamentada en la norma que da validez a las demás normas del ordenamiento, es decir, la Constitución. Así, en un único sistema que reúne normas locales e internacionales, resulta imprescindible encontrar las normas que operan de manera análoga a como lo hace una Constitución nacional al interior de un Estado³⁴. Para Verdross, existe un nivel normativo superior que abarca a las constituciones nacionales³⁵. Las normas que comprenden este nivel son las que forman la constitución del orden jurídico internacional.

En efecto, como lo ha demostrado Fassbender, la idea de una constitución basada en el Derecho Internacional tuvo en Verdross una evolución que comenzó en 1923, con la propuesta una Constitución mundial abstracta y devino, después de la Conferencia de San Francisco de 1945, en la identificación de la Carta de las Naciones Unidas como la constitución internacional.³⁶ En este orden de ideas, la unidad del sistema jurídico, la supremacía del Derecho Internacional en dicho sistema y la identificación de una especie de Constitución global se resuelven desde un análisis lógico de la estabilidad y validez del Derecho Internacional -en particular sus normas más relevantes- frente al derecho local -en especial las constituciones nacionales.

A este respecto, si las constituciones políticas estatales constituyeran el fundamento del Derecho, tanto nacional como internacional, los cambios de las constituciones determinarían la anulación de los tratados vigentes para dicho Estado. Sin embargo, generalmente se puede constatar que cuando aparecen nuevas constituciones -incluso en situaciones extremas como levantamientos revolucionarios- los tratados no ven afectada su validez frente al nuevo gobierno ni a la nueva Constitución. Es decir, el fundamento de validez de los tratados no descansa en las constituciones estatales, que de por sí son variables, sino en otras normas superiores de carácter internacional. Estos fenómenos demandan la existencia de por lo menos algunas normas internacionales superiores a las constituciones locales o, lo que es lo mismo, a los Estados.³⁷

A lo anterior se debe agregar que, para Verdross, la existencia de normas internacionales en la cúspide del sistema jurídico unitario -es decir, la Constitución internacional- significa que las constituciones nacionales se encargan de aplicar las disposiciones superiores en el orden doméstico. En

³⁴ ALFRED VERDROSS, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, op. cit., 57-59.

³⁵ *Ibid.*, p. 119-120, 126.

³⁶ FASSBENDER, BARDO. “*The United Nations Charter as Constitution of the International Community*”, op. cit., pp. 541-544.

³⁷ SIMMA destaca la evolución del pensamiento de Verdross en este punto, pero no deja dudas sobre la superioridad jerárquica de la constitución universal sobre los ordenamientos nacionales: Simma, Bruno, “*The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law*”, op. cit., pp. 46.

otras palabras, al ser la constitución internacional, de manera indirecta, la constitución de los Estados -y por tanto la constitución del sistema jurídico único-, los Estados se convierten en “órganos” de la constitución global con la función de desarrollar el Derecho Internacional³⁸. No en vano, se ha dicho que Verdross es el inspirador de la corriente contemporánea del constitucionalismo global³⁹.

Con esta exposición, queda claro que el monismo moderado es de naturaleza internacional. Aunque Verdross modera su monismo, no por ello dejar de ser monismo internacionalista. La concepción unitaria del sistema basada en una constitución global, así como la primacía del Derecho Internacional a la hora de resolver conflictos que solo tienen carácter provisional dentro de un Estado, permite entender por qué resulta contradictorio que la Corte Constitucional colombiana haya invocado el monismo moderado como orientación de su jurisprudencia.

En otra contribución se ha analizado cómo el tribunal constitucional tergiversó los postulados verdrossianos y cómo no es posible compaginar la teoría monista moderada con la postura de la Corte⁴⁰. En todo caso, se debe destacar que la jurisprudencia nacional se ha preocupado por identificar su postura con las llamadas teorías clásicas: monismo constitucionalista, monismo internacionalista, monismo moderado y dualismo. Sin embargo, desde hace varios años, algunos autores han cuestionado la utilidad y precisión de las teorías clásicas⁴¹. Para varios de ellos, estos modelos no son suficientes para explicar la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho interno. No obstante, en el caso colombiano, la Corte se pronunció sobre la relación de tales sistemas normativos, sin tener en cuenta los nuevos desarrollos doctrinales. A este respecto, el *pluralismo jurídico* se ha venido erigiendo como una nueva alternativa que busca dar un paso adicional en la comprensión del problema acá analizado.

3. EL PLURALISMO CONSTITUCIONAL: NUESTRA VERSIÓN PARTICULAR.

Las importantes mutaciones que ha experimentado el escenario internacional, junto con la creciente importancia del derecho internacional en la regulación de aspectos claves de la vida cotidiana de un Estado y sus ciudadanos ha puesto en

³⁸ VERDROSS, ALFRED. *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, op. cit., pp. 126-127, 133.

³⁹ A este respecto, ver: KLEINLEIN, THOMAS. “Alfred Verdross as a Founding Father of International Constitutionalism?” *Goettingen Journal of International Law*. N. (4), 2. 2012, p. 408.

⁴⁰ Ver: HUERTAS-CÁRDENAS, JULIÁN. “Monismo moderado colombiano: examen a la teoría oficial de la Corte Constitucional desde la obra de Alfred Verdross” *Vniversitas*, 2016, 132, pp. 197-234.

⁴¹ DENZA, EILEEN, “The relationship between International and National Law”, en Evans, Malcolm. *International Law*. New York. Oxford University Press. 2003, p. 421.

tela de juicio la utilidad de las teorías clásicas que explican las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Hablar de ordenamientos estancos o de transformación no parece viable, pero tampoco parece coherente pensar en un único ordenamiento, universal, o en reglas últimas de solución de controversias.

Ante dicha encrucijada, aparece una nueva propuesta: el pluralismo. Esta teoría, que cuenta ya sus décadas, tiene diversos representantes, todos ellos comparten un punto de encuentro -en el universo jurídico conviven diversos ordenamientos-, pero, cada uno ofrece matices a esta idea general. Detenernos en cada una de estas propuestas excede el objeto de este trabajo, por ello, en esta oportunidad nos concentraremos en el pluralismo constitucional, la versión del pluralismo que en la última década se ha consolidado como una posible alternativa a los modelos clásicos del monismo y el dualismo.

La idea del pluralismo constitucional ha sido usada en el seno de diversas teorías que pretenden explicar el actual escenario jurídico global. Así, Kumm la usa para hablar del giro cosmopolita de dicho escenario⁴², Walker habla de ella desde la perspectiva de la constitucionalización del ordenamiento internacional⁴³, Maduro se sirve del pluralismo constitucional para articular la interacción de los jueces nacionales e internacionales⁴⁴, Komarek o Halberstam para explicar el pluralismo institucional⁴⁵ o interpretativo⁴⁶. Más allá, de los matices entre unos y otros, todos ellos coinciden en la naturaleza constitucional de ciertos componentes/funciones del derecho internacional y, sobre todo, coinciden en que derecho internacional y derecho interno son dos ordenamientos diferentes pero interdependientes cuya relación no es jerárquica por lo que resulta fundamental esbozar una serie de principios que regulen su interacción. Acá nos concentraremos en estos rasgos comunes para intentar darle forma a lo que creemos podría ser una interpretación útil de las nuevas relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno.

⁴² Kumm, Mattias. "The Cosmopolitan turn in Constitutionalism: On the relationship between constitutionalism in and beyond the State". *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*. Dunoff & Trachtman Eds. Cambridge, 2009. p 258-324

⁴³ Walker, Neil. "The idea of constitutional pluralism". *The modern law review*, Vo. 65, No. 3, 2002. p. 317-359

⁴⁴ Maduro, Miguel. "Courts and Pluralism. Essay on a theory of judicial adjudication in the context of legal and constitutional pluralism". *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*. Dunoff & Trachtman Eds. Cambridge, 2009.

⁴⁵ Komárek, Jan. "Institutional dimension of constitutional pluralism", *Eric Stein Working Paper*, N° 3, 2010.

⁴⁶ Halberstam, Daniel. Systems pluralism and institutional pluralism in constitutional law: national, supranational and global governance. *Constitutional Pluralism in the European Union and beyond*. Avbelj, Matj y Komárek, Jan Eds. Hart Publishing. 2012.

Según el pluralismo constitucional⁴⁷, derecho internacional y derecho interno son dos ordenamientos diferentes que, no obstante, comparten varios puntos de intersección⁴⁸, 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, esta teoría, como el dualismo, asume la existencia de dos ordenamientos diferentes. Sin embargo, a diferencia de lo señalado por Triepel y sus seguidores, estos ordenamientos no son compartimentos estancos. A la luz de la nueva realidad, derecho nacional e internacional se solapan pues comparten objetivos, destinatarios, competencias e incluso instituciones. En este sentido, el pluralismo constitucional, como el monismo, reconoce la conexión entre los dos ordenamientos, sin que ello signifique, no obstante, unicidad de los mismos ni mucho menos jerarquía o pretensión de universalidad. Es acá donde aparecen los nuevos elementos: la heterarquía, entendida como la existencia de diversos centros de poder –en este caso normativo, institucional y jurisdiccional- que se relacionan de forma horizontal, sin criterio de autoridad superior alguna, y el acoplamiento visto como el ejercicio a través del cual se logra la convivencia y articulación de los diversos centros de poder.

La pieza clave de este agregado teórico son los principios que permiten dar vida a la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, aquellos que construyen la relación heterárquica y permiten el acoplamiento. Ellos varían según cada autor, en nuestro caso planteamos una intersección y ajuste de varias de las propuestas en juego. Así, creemos, junto con von Bogdandy, que la relación entre estos ordenamientos debe articularse en torno a la regla del efecto directo, al principio de interpretación conforme⁴⁹ y al respeto de ciertos principios que, tal como lo apunta Kumm, son de triple naturaleza: procesales, sustanciales y jurisdiccionales⁵⁰.

⁴⁷ El adjetivo constitucional se refiere a la naturaleza los principios que regulan las relaciones entre estos ordenamientos y no a su pertenencia al ordenamiento constitucional entendido este en términos nacionales. En otras palabras, se trata de principios constitucionales por cuanto ellos constituyen –dan origen y explican- las relaciones entre los diversos ordenamientos en juego.

⁴⁸ “El concepto de pluralismo jurídico no implica una estricta separación entre regímenes jurídicos; por el contrario, promueve la idea de que existe una interacción entre los distintos ordenamientos jurídicos”. Op. Cit. Bogdandy, Armin von. Repensar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional. p 289

⁴⁹ *Ibidem*

⁵⁰ Op. Cit. Kumm. The Cosmopolitan turn, 272 y ss

El profesor Von Bogdandy señala que el efecto directo⁵¹ y la interpretación conforme⁵² deben dejar de ser vistos como meras herramientas técnicas por lo que su contenido debe perfilarse desde los estándares constitucionales. Su función es permitir la articulación de los dos ordenamientos considerándolos de forma sistémica -más no unitaria-, garantizando la legitimidad de las decisiones y asegurando el respeto de cuestiones esenciales tales como la cooperación internacional, el gobierno democrático, la subsidiariedad y la protección de los derechos fundamentales⁵³.

Por su parte Kumm cree que aun cuando el respeto por el principio de legalidad (i.e han de respetarse los compromisos internacionales) es fundamental, no podemos olvidar que este principio no es suficiente ya que en ocasiones puede superarse si entran en juego factores sustanciales, procesales o jurisdiccionales. En sus palabras:

“What it suggests instead is that the presumption in favor of applying international law can be rebutted if in a specific context, when international law violates countervailing principles in a sufficiently serious way (...). [So] besides the principle of legality, which establishes a presumptive duty to enforce international law, the potentially countervailing principles are the jurisdictional principle of subsidiarity, the principle of due process, and the substantive principle of respect of human rights and reasonableness. (...) international law should be applied even against conflicting national law, *unless there is a sufficiently serious violation of countervailing constitutional principles relating to jurisdiction, procedure or substance*”⁵⁴. (Cursiva fuera del texto original)

Nuestra propuesta es una amalgama de estas dos iniciativas. Así, creemos que las normas internacionales no requieren transposición, por lo que tienen efecto directo en el seno del ordenamiento nacional y que su

⁵¹ La doctrina del *efecto directo* implica que las disposiciones internacionales, deben incorporarse de manera directa a los ordenamientos jurídicos internos, sin que sea necesaria la presencia de agentes mediadores para su incorporación, es decir, tienen un carácter autoejecutivo. Este se erige como un mecanismo para lograr el *acoplamiento* necesario entre ambos órdenes jurídicos, que será satisfactorio en la medida en que, tanto funcionarios judiciales como administrativos, se encarguen de esa tarea. Sobre este asunto ver Op. Cit. Bogdandy, Armin von. Repensar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional

⁵² La doctrina de la *interpretación conforme* es otra de las herramientas que sirven para *deconstruir* la pirámide normativa rígida propia del ius positivismo. Esta doctrina obliga a los operadores jurídicos nacionales a desarrollar ejercicios hermenéuticos respecto de normas internacionales teniendo en cuenta los principios del ordenamiento internacional aplicable al caso, los pronunciamientos que sobre los mismos se hayan hecho y, también, nos principios de derecho interno en juego. Al respecto, *ibídem*

⁵³ *Ibídem*, p. 293 y 294

⁵⁴ Op. Cit. Kumm. The Cosmopolitan turn, p. 277

interpretación/aplicación debe hacerse de forma sistémica (teniendo en cuenta tanto el ordenamiento nacional como el internacional) respetando siempre el principio de subsidiariedad, el debido proceso (que en palabras de Kumm es entendido en términos de transparencia, participación y representación⁵⁵) y los derechos humanos.

Sirviéndonos del modelo de Kumm, por una parte, tenemos los principios de “legitimidad procesal compleja”, es decir, aquellos que nos permiten saber, cuándo una autoridad (nacional o internacional) tiene legitimidad, procesalmente hablando. Por la otra, tenemos la legitimidad sustancial, aquella que sirve para determinar si la autoridad está actuando conforme a ciertos principios relevantes.

En palabras de Kumm, cuando hablamos de legitimidad procesal debemos, en primer lugar, pensar en términos de jurisdicción y para ello debemos pasar de la soberanía a la subsidiariedad, es decir, ante un problema/interés común, regulado por normas de diverso origen ha de intentar darse prioridad a la norma/autoridad local⁵⁶ salvo que la consecución del objetivo colectivo no sea posible a partir del trabajo de las autoridades locales o que al realizar un test costo-beneficio resulte necesario ‘romper’ la soberanía para darle prioridad a la norma, interpretación o autoridad internacional⁵⁷. En otras palabras, la soberanía, entendida ahora en términos de responsabilidad, no es el factor determinante a la hora de evaluar la legitimidad de una autoridad/norma.

En segunda instancia, debe pensarse en términos de legitimidad procesal, un tipo de legitimidad que complementa la jurisdiccional y que adiciona criterios de ‘buena gobernanza’. En este sentido, según Kumm, la legitimidad no debe entenderse tan solo desde la perspectiva democrática electoral; en algunas ocasiones la relevancia del interés común en juego puede hacer que las normas nacionales que previenen su salvaguarda, pese a tener respaldo democrático, no puedan prevalecer sobre aquellas internacionales que pretenden su protección (he aquí el vínculo subsidiariedad-proceso y, con ello,

⁵⁵ Op. Cit. Kumm. *The Cosmopolitan turn*, p 296 yss.

⁵⁶ Según Kumm las buenas razones para preferir a las autoridades locales, son, entre otras, la sensibilidad a las preferencias locales, la posibilidad de mayor participación y control, el fortalecimiento de las identidades locales. Op. Cit. Kumm. *The Cosmopolitan turn*. p. 295

⁵⁷ “if there are good reasons for deciding an issue on the international level, because the concerns that need to be adressed are best addressed by a larger community in order to solve collective action problems and secure the provision of global public goods, the arguments from subsidiarity can support and internationa intervention”. Op. Cit. Kumm. *The Cosmopolitan turn*. p. 296

el fundamento para hablar de legitimidad cosmopolita⁵⁸). Así pues, resulta necesario fijarse en otro tipo de factores, según los cuales ha de priorizarse la norma o interpretación cuyo resultado provenga del proceso más transparente, participativo y representativo, un proceso en el que se permita no sólo la participación de los Estados –y sus agentes- sino de otro de tipo de actores, entre ellos, los que representan los intereses de los eventualmente afectados.

En suma, según este autor:

“La idea de una legitimidad procesal que subyace al paradigma cosmopolita tiene tres características fundamentales: reemplaza o reinterpreta la idea jurisdiccional basada en el concepto de soberanía prefiriendo el principio de subsidiariedad; insiste en conectar las preocupaciones sobre democracia con las cuestiones sobre jurisdicción para resolver los problemas de legitimidad procesal y establece estándares de buena gobernanza cuando no puede exigirse un control basado en el democracia electoral”⁵⁹.

Finalmente, la aplicación del derecho –nacional e internacional- debe dar cuenta de una empresa común, la de la salvaguarda de ciertos valores, entre ellos los derechos humanos, por lo que la decisión respecto del uso de ciertas normas debe abogar siempre por la mayor y mejor protección posible de esos valores comunes. En este sentido, hay límites a la actividad de las autoridades en términos de lo que es razonable –razón pública- independientemente de si su actuación está o no fundada en una norma de derecho nacional o internacional.

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 derogat prior*), la resolución del conflicto dependerá de la autoridad normativa sustantiva⁶⁰ de cada una de las variables en juego⁶¹ de ahí que para poder llegar

⁵⁸ “the commitment to an international legal system that is able to effectively identify and address concerns of the international community”. Op. Cit. Kumm. *The Cosmopolitan turn*. p. 301

⁵⁹ Op. Cit. Kumm. *The Cosmopolitan turn*. p. 303 Traducción propia.

⁶⁰ Op.Cit. Ed. Nollkaemper André y Nijman, Janne. Conclusiones. En este mismo sentido, Op. Cit. Kumm. *The Cosmopolitan turn*.

⁶¹ Tal como o apunta Walter, esto es posible toda vez que existen diferentes ordenamientos jurídicos que en una situación determinada permiten diferentes respuestas (en términos de cuál prevalece) de acuerdo con el tema y los actores en juego. Walter, Christian. *Internaional Law in a process of constitutionalization*. En Op. Cit. Ed. Nollkaemper André y Nijman, Janne. p. 204.

a una conclusión resulte fundamental aplicar los principios que tejen la relación entre derecho internacional y derecho interno.

Como se observa, este modelo teórico se inserta en la nueva realidad del escenario jurídico: reconoce las diferencias entre derecho nacional y derecho internacional, niega la idea de un derecho universal, pero reconoce la existencia de unos principios comunes⁶², asume la incompletud de ambos ordenamientos⁶³ y da cuenta de su creciente interconexión e interdependencia por lo que afirma la necesidad de proveer reglas de coexistencia para, además, encontrar respuestas a los problemas comunes⁶⁴. Pese a esta conexión, el pluralismo renuncia a la idea de un ordenamiento universal y, con ella, a la idea misma de jerarquía⁶⁵; así el pluralismo conlleva necesariamente una reformulación metodológica a la hora de articular la relación entre los dos ordenamientos toda vez que la misma implica, necesariamente, un ejercicio de diálogo y acomodación⁶⁶ en el que las cortes nacionales, a quienes el monismo y dualismo ya nos les resulta útil⁶⁷, asumen un rol fundamental⁶⁸ como mediadores o ‘bisagras’ entre los diversos ordenamientos en juego.

⁶² Op. Cit. Paulus. The emergence of the International community.

⁶³ Op. Cit. Gaja. Dualism, a review. Ver también, Walter, Christian. International Law in a process of constitutionalization. Este autor apunta la incompletud del derecho internacional y del propio derecho constitucional, señalando que el derecho internacional complementa y en ocasiones reemplaza las constituciones nacionales, por lo que hay más de un derecho público aplicable a los mismos destinatarios respecto de los mismos asuntos. Según la reflexión que hace este autor, existen diferentes ordenamientos jurídicos que en una situación determinada permiten diferentes respuestas (en términos de cuál prevalece) de acuerdo con el tema y los actores en juego. p. 204.

⁶⁴ Op. Cit. Paulus, Andreas. The emergence of the International Community p. 216-251

⁶⁵ Así, Paulus siguiendo a MacCormick: “the most appropriate analysis of the relations of legal systems is pluralistic rather than monistic, and interactive rather than hierarchical”. MacCormick, Neil. Questioning sovereignty. OUP, 1999. Citado por. Op. Cit. Paulus. The Emergence, P 233.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Op. Cit. Walter. International law in a process of constitutionalization. p. 209. Esta es una de las principales conclusiones del libro editado por Nollkaemper y Nijman. Op. Cit. Nollkaemper André y Nijman, Janne. New perspectives on the divide. p. 357. Es en este sentido, en el que Walter apunta que la relación entre el derecho internacional y el derecho interno es resultado de un proceso deliberativo (p. 214), un proceso de diálogo del juez nacional con las normas internas e internacionales –y sus agentes- a través del cual fundamenta sus sentencias en valores –sin importar donde ellos estén depositados- y no meramente en normas de derecho positivo (Nollkaemper y Janne, p. 357).

La teoría del pluralismo constitucional ha servido para articular muchos de los fenómenos recientes que caracterizan la relación entre el derecho internacional y el derecho interno. Sin embargo, en nuestro contexto dicha teoría no ha aparecido de forma explícita ni en la doctrina ni en la práctica estatal, especialmente la judicial.

Como ya se dijo, y según lo podremos ver en los capítulos que siguen, nuestra jurisprudencia insiste en la referencia a los modelos clásicos, en especial, a un presunto monismo moderado. Pese a ello, la Corte Constitucional no tiene respuestas claras respecto de preguntas claves tales como la necesidad de transformación de las normas internacionales o sus efectos directos, ni respecto de la presunta jerarquía que ocupan las normas internacionales, o las reglas de solución de conflictos entre normas de origen internacional y normas internas. Creemos que estos vacíos, son muestra de la malformación e insuficiencia del modelo teórico usado hasta ahora y, por lo tanto, de un sinnúmero de conclusiones, insuficientes e inconsistentes desde los modelos teóricos tradicionales, que podrían explicarse mejor desde el pluralismo constitucional (*infra*, Conclusiones Generales).

Prueba de ello es la citada sentencia C-269 de 2014, el extensísimo recuento jurisprudencial que hace la Corte en esa oportunidad respecto de las reglas que rigen las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno pareciera dar cuenta de respuestas claras. Sin embargo, una lectura detallada de dicho repaso nos permite ver las grietas en la argumentación de la Corte. Basta citar un par de líneas de apartado 4.2.3 de ese documento que se titula “*El carácter diferenciado de las relaciones del derecho interno y el derecho internacional*”.

[...] El examen cuidadoso de la experiencia constitucional colombiana a partir de 1991, permite identificar algunos rasgos particulares de la relación entre el derecho interno y el derecho internacional. Tales rasgos demandan una aproximación, no a partir de tesis extremas que superpongan una u otra área a las demás sino, por el contrario, una perspectiva que considere que las relaciones entre ellas no se manifiestan -en todos los casos- de manera uniforme.

[...] Así pues, este Tribunal considera que la interacción del derecho interno y el derecho internacional debe interpretarse considerando que las relaciones entre derecho internacional y derecho interno son de diversa naturaleza y alcance.

[...] Entre las diferentes fuentes del derecho interno y el derecho internacional existen relaciones de jerarquía que deben ser tenidas en cuenta por el intérprete de la Carta.

[...] No obstante lo anterior, es posible que algunas de las fuentes del derecho internacional gocen de un predominio respecto de fuentes exclusivamente nacionales. [...] Las relaciones del derecho interno y el derecho internacional también se manifiestan en procesos de armonización o integración.

Como se observa, el propio título, y la premisa general de ese acápite es que las relaciones entre los dos ordenamientos no son idénticas, ellas dependen, podríamos decir, del tipo de norma (internacional y nacional) en juego y su contenido. No obstante, en cualquier caso, se presume el principio de legalidad internacional por lo que la Corte aboga por los procesos de armonización e integración.

Desde nuestro punto de vista, estas ideas parecen conclusiones propias del pluralismo constitucional. Por ello, creemos que, pese a que esta teoría no se ha manifestado de forma explícita en la jurisprudencia constitucional, lo que suele entenderse como contradicciones de la Corte parecen más el atisbo de este nuevo modelo, una aparición que desafortunadamente, se difumina ante la insistencia de relaciones jerárquicas.

Es justamente este el obstáculo mayor de la Corte, desde nuestro punto de vista. Insistir en jerarquías -aún no definidas del todo-, en premisas básicas de molde teórico pensados para realidades ya superadas, es lo que hace que la Corte tenga que dar tantas vueltas para justificar sus decisiones y que, aun así, éstas suelen dejar un sin sabor, un sentimiento de contradicción o cuando menos de confusión. Quizás la Corte haría bien en dejar de intentar usar un modelo manipulado de monismo moderado para reconocer que sus conclusiones, y los vaivenes que ellas tienen, encuentran fundamento y, mejor aún, justificación, en las posibilidades más flexibles del pluralismo constitucional.

En los capítulos que siguen, los miembros de nuestro equipo de investigación nos contarán, desde una perspectiva temática, cuál ha sido la respuesta de la Corte Constitucional en los últimos años a asuntos fundamentales de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, así como el uso que ésta ha hecho de las normas y la jurisprudencia internacional. Tras ese recuento esperamos poder presentar unas conclusiones mejor fundamentada de nuestra inclinación hacia el pluralismo constitucional.

