



ARTÍCULOS

UTOPIA Y PRAXIS LATINOAMERICANA. AÑO: 25, n° EXTRA 8, 2020, pp. 30-40
REVISTA INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA Y TEORÍA SOCIAL
CESA-FCES-UNIVERSIDAD DEL ZULIA. MARACAIBO-VENEZUELA
ISSN 1316-5216 / ISSN-e: 2477-9555

Estado de derecho y modelo constitucional frente a la pandemia 2020

Rule of law and constitutional model against the 2020 pandemic

David MENDIETA

<https://orcid.org/0000-0002-6944-6815>
davidmendieta.gonzalez@hotmail.com
Universidad de Medellín, Colombia

Gloria María ALGARIN HERRERA

<https://orcid.org/0000-0001-7748-2149>
gmalgarin27@gmail.com
Universidad Simón Bolívar, Colombia

Este trabajo está depositado en Zenodo:
DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.4081857>

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es discutir la relación existente entre el Estado de Derecho y las crisis del tipo de Estado. El Estado Legislativo de Derecho surgirá de la crisis del modelo absolutista, las revoluciones inglesa, estadounidense, francesa y los procesos independentistas de América Latina, permitieron su consolidación. Ya con la crisis surgida de la Segunda Guerra Mundial, muchos estados asumieron el modelo constitucional de Derecho. Con una metodología analítico-descriptiva, se pudo concluir que, frente a la mayor crisis sanitaria de los últimos 100 años en el mundo, generada por la pandemia del covid-19 y el uso y abuso de los estados de excepción por parte de los estados para enfrentar dicha crisis, será el Sistema Interamericano de Derechos Humanos uno de los llamados a preservar el Estado de Derecho, consolidando lo que algunos han llamado el Estado Convencional de los Derechos.

Palabras clave: estado legislativo de derecho, estado constitucional de derecho, estado convencional de derecho, control de constitucionalidad, control de convencionalidad, estado de excepción, covid-19.

ABSTRACT

The objective of this work is to show the relationship between the rule of law and crises. The Legislative State of Law will emerge from the crisis of the absolutist model, the English, American, French revolutions and the independence processes of Latin America will allow its consolidation. In other crisis, that arose from the Second World War, many states assumed the constitutional model of Law. With an analytical-descriptive methodology, it was possible to conclude that, in the face of the greatest health crisis of the last 100 years in the world, generated by the covid-19 pandemic and the use and abuse of states of exception by states to face this crisis, the Inter-American Human Rights System will be one of the calls to preserve the rule of law, consolidating what some have called the Conventional State of Rights.

Keywords: legislative state of law, constitutional state of law, conventional state of law, control of constitutionality, control of conventionality, state of exception, covid-19.

Recibido: 28-07-2020 • Aceptado: 30-08-2020



INTRODUCCIÓN

La mayoría de países latinoamericanos alcanzaron su independencia a principios del siglo XIX, es decir, tenemos un poco más de 200 años de vida republicana y durante ese tiempo hemos ido construyendo nuestros estados y nuestros modelos jurídicos, casi siempre teniendo como referentes a Europa y los Estados Unidos. En el siglo XIX, influenciados por los franceses, se establecerá el Estado Legislativo de Derecho, en el que la ley es la norma más importante, por ser emanación directa del legislador, quien ostenta la representación nacional y ésta no se cuestiona¹. Para la época, las constituciones latinoamericanas solo se ocuparán de establecer la estructura del Estado, con lo que se convirtieron en normas de segundo orden, carentes de eficacia directa².

Hasta la primera mitad del siglo XX, en América Latina se buscó alcanzar Estados de Derecho, en su definición clásica, pero se logró el objetivo de manera deficiente e intermitente, con avances y retrocesos, pues los constantes golpes de estado y guerras civiles en la región, así lo impusieron. Después de la Segunda Guerra Mundial, como una respuesta a los excesos y la barbarie del enfrentamiento bélico, se empiezan a implementar en Europa los Estados Constitucionales de Derecho.³

Las nuevas ideas llegaron a nuestra región, pero no alcanzaron mucho auge, pues en la segunda parte del siglo XX, muchos de nuestros países fueron víctimas de dictaduras y solo con la caída de los regímenes totalitarios en países como Argentina, Brasil o Chile, se intentó restablecer el orden jurídico democrático, por la senda del constitucionalismo, en lo que Cruz Villalón denomina, una de las oleadas de los tribunales constitucionales.⁴

No se habían consolidado los estados latinoamericanos constitucionales de derecho, cuando ya se estaba hablando a comienzos del Siglo XXI, de Estados Convencionales de los Derechos. A continuación, se hará una breve descripción del paso del Estado Legislativo de Derecho al Estado Constitucional de Derecho y posteriormente al Estado Convencional de los Derechos. Se evidenciará como las crisis han sido una constante en el proceso de aparición, desarrollo y consolidación del Estado de Derecho y como hoy, momento de la peor crisis sanitaria en 100 años, el reto es conservarlo y evitar el autoritarismo.

1. EL SURGIMIENTO DEL ESTADO LEGISLATIVO DE DERECHO A PARTIR DE LAS CRISIS DE LOS SIGLOS XVII Y XVIII

El estado de Derecho surge como una reacción contra el absolutismo. Los ingleses alcanzarán la monarquía parlamentaria durante su tumultuoso Siglo XVII, varias guerras civiles, el periodo de la república, la restauración de la monarquía, la Revolución Gloriosa de 1688, la declaración de los *Bills of Rights*, entre otros hechos históricos relevantes, les permitirá construir un modelo moderado que Locke llamará *King in Parliament*. De la crisis de este siglo, consolidarán el *rules of law*. A finales del siglo XVIII en EEUU, los padres fundadores de la Unión tienen miedo a la anarquía que podría surgir por el vacío dejado por los ingleses y temor por el surgimiento de una autocracia, es

¹ Pérez Royo, Javier. (2007). Curso de derecho constitucional. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S. A. p. 137.

² "Efectivamente, las primeras Constituciones europeas y de nuestra América fueron, en realidad, nada más que Instrumentos de Gobierno; los jueces se limitaban al rol que les fijó Montesquieu, es decir, conformarse como seres inanimados que modulaban las palabras de la ley; el control de los gobernantes quedaba radicado en las asambleas parlamentarias; el legislador establecía la casación para que los tribunales supremos custodiaran la interpretación y aplicación, tasada o segura, de los mandatos legislativos; y los ciudadanos carecíamos de garantías, sobre todo para ejercerlas en contra del legislador y de los funcionarios administrativos." Cea, José Luis. (2004). Sobre el estado constitucional de derecho como paradigma jurídico. En Rev. derecho (Valdivia) v.16. p. 299.

³ "Parece que ningún país europeo que salga de alguna forma de gobierno no democrático o de una tensión interna importante pueda encontrar mejor respuesta a la exigencia de reaccionar contra demonios pasados, y posiblemente para impedir su vuelta, que la de introducir la Justicia Constitucional en su forma de gobierno." Capelletti, Mauro. (1986). *¿Renegar de Montesquieu?: la expansión y legitimidad de la justicia constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional, N° 17. Madrid. p. 87.

⁴ Cruz Villalón, Pedro. (1987). La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939). CEC. Madrid.

por eso que deciden crear un modelo jurídico y político equilibrado, donde los diferentes poderes interactúan y se limitan entre sí dentro de los parámetros de la Constitución y de la ley.⁵ Por la misma época en Francia, se da el triunfo de la burguesía sobre el antiguo régimen y el establecimiento de un modelo jurídico y político que no depende de la voluntad del rey sino de los intereses de una clase social emergente. Los revolucionarios franceses sitúan la soberanía en la Nación, así: *“El origen de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún órgano, ni ningún individuo pueden ejercer autoridad que no emane expresamente de ella”*⁶. Desde sus inicios, este modelo encuentra en el protagonismo del legislador y la importancia dada a la ley, la herramienta para materializar el concepto rousseauiano de la voluntad general.⁷

Para la época, la naturaleza de la Constitución es política y no jurídica, por lo tanto, no podrá la Constitución someter la voluntad soberana de la nación que se hace manifiesta en la ley⁸. Los revolucionarios franceses, que desconfiaban del poder judicial⁹, fueron reacios a someter la ley al control de la constitucionalidad, a pesar que de manera temprana en 1795, Sieyès ya había propuesto la creación de un jurado constitucional.¹⁰ Durante mucho tiempo el guardián de la Constitución fue el legislador, con lo que se configuró un control de constitucionalidad “político”, por la naturaleza de la autoridad que lo realizaba y “previo”, pues se hacía durante el trámite legislativo.¹¹

La revisión judicial de las normas en los países con tradición europeo-continental, como la mayoría de los latinoamericanos, solo surgirá en el siglo XX, pues para los modelos influenciados por Francia, como se dijo antes, el control de constitucionalidad no era de carácter jurídico, sino político, y dependía de la voluntad del legislador y su máxima obra: la ley. Durante el siglo XIX y gran parte del XX, la ley era incuestionable por ser creación de los representantes de la nación, y la garantía de la Constitución recaía en el poder legislativo, que la hacía efectiva expidiendo leyes.¹² También en Francia, una crisis (la revolución de 1789) permitió el surgimiento del Estado Legislativo de Derecho y su paradigma será la ley, entendida como garantía de la separación de poderes y democracia representativa.

⁵ MENDIETA, David. (2019). A Crise da Democracia e do Sistema de Freios e Contrapesos nos Estados Unidos, pp. 220-232).

⁶ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Artículo 3°. 1789.

⁷ Rousseau, Juan Jacobo. (1754). El Contrato Social. pp. 60-61. Además: “La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos.” Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Artículo 6°. 1789.

⁸ “Había una persona soberana, que era el rey. Era necesario encontrar otra persona soberana que se dirigiera contra él. Entonces los hombres de la revolución han encontrado esta persona soberana en una persona moral: la nación. Han quitado la corona al rey y la han puesto en cabeza de la nación.” Barthélemy-Duez. (1933). *Traité élémentaire de Droit Constitutionnel*. París. p. 74.

⁹ “También era apreciable el recelo existente en la asamblea revolucionaria hacia los jueces en Francia originado en la mera pugna por el poder y en ciertos argumentos históricos que se fijaban en la vinculación de los *Parlements* (Tribunales superiores) al orden feudal. No obstante, este recelo provenía ya del Antiguo Régimen; así en 1667 Luis XIV dictó disposiciones prohibiendo a los tribunales toda aplicación del derecho que no fuese mero automatismo legal.” Hurtado M. Juan Antonio. (2012). Evolución del sistema francés como modelo de control de constitucionalidad. En: *Revista de Derecho UNED*, Núm. 10. p. 712.

¹⁰ “Como se advierte con claridad, se trataba de reafirmar, en relación con el proceso político de decisión, el valor normativo y prescriptivo de la Constitución. Tan es así que el mismo Sieyès, precisamente con la finalidad de sostener el esfuerzo tendente a dar fuerza normativa a la Constitución, propuso instituir un jurado constitucional con la obligación de defender la Constitución de las violaciones que recibiera de alguno de los poderes constituidos, de instruir y filtrar las propuestas de la revisión de la Constitución, de juzgar –de manera equitativa y a petición de los tribunales- sobre los casos y las controversias que la jurisdicción ordinaria no sepa o pueda resolver por defecto del derecho positivo vigente”. Fioravanti, Maurizio. (2001). *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta. p. 119.

¹¹ “El concepto de voluntad general en Rousseau que fue asimilado plenamente en Francia a través de su proceso revolucionario conllevaba, en definitiva, un predominio del legislativo casi absoluto, en contraposición con la idea americana de que el legislativo no es la única fuente del derecho.” Hurtado M. Juan Antonio. (2012). Evolución del sistema francés como modelo de control de constitucionalidad. En: *Revista de Derecho UNED*, Núm. 10. p. 714.

¹² “Desde el punto de vista político ello significa que el parlamento tiene un poder absoluto de disposición sobre la ley a los que se subordinan los restantes actos del Estado”. García Pelayo, Manuel (1991). *Estado legal y estado constitucional de derecho*. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas No 81*, Universidad Central de Venezuela, Caracas. p.37.

Para García- Pelayo las características del estado legislativo de derecho son¹³:

- a) La justiciabilidad de la administración: el sometimiento de su acción por parte de los ciudadanos que se sientan lesionados a una jurisdicción independiente de la propia Administración y que decida en cada caso planteado sobre la legalidad de sus actos.
- b) Primacía de la ley: que las normas jurídicas aprobadas por el Parlamento y solo anulables por otra ley deben someterse las normas sin rango de ley como los reglamentos, ordenanzas, etc., dictadas por el Ejecutivo, las cuales solo serán válidas en la medida en que hayan sido establecidas dentro del ámbito delimitado por la ley y siempre que no sean contrarias a ésta.
- c) La reserva de ley: toda regulación que se refiera a los derechos fundamentales de los ciudadanos, especialmente la libertad y la propiedad, solo pueden tener lugar en forma de ley o en base de una ley.

Durante mucho en la Europa continental y en Latinoamérica se pensó que la ley era sinónimo de orden y que, por representar la voluntad general, la justicia le era inherente. Pero el período de entre guerras y el ascenso del fascismo en Europa demostraron que, aunque los parlamentos ostenten una legitimidad democrática, es posible que luego de ser elegidos desconozcan los derechos fundamentales de las minorías. Cuando el legislador, ya sea por complicidad o por debilidad, se somete al ejecutivo, se presenta una clara concentración del poder y, según la tradición montesquiana, una natural inclinación a abusar de él. El Estado Legislativo de Derecho pensado para evitar el abuso del poder se prestó para abusar del poder. Como puede verse la crisis generada por los excesos y abusos de antes y durante la Segunda Guerra Mundial, llevó a varios países a reevaluar su modelo jurídico y a que surgiera el Estado Constitucional de Derecho.

2. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y LA CRISIS POST SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Después de la Segunda Guerra Mundial en la Europa continental, frente a la incapacidad del modelo legislativo de derecho de hacerle frente al fascismo, se empiezan a implementar Estados Constitucionales de Derecho.¹⁴ Esta forma de organización jurídica del Estado, surge de la necesidad de someter a todos los órganos del poder público a la Constitución, pero muy especialmente al legislador, pues el anterior modelo basado en el imperio de la ley había fracasado; la idea de que la ley es el resultado racional y lógico, que expresa la voluntad general es replanteada; la supremacía de la ley le da paso a la supremacía de la Constitución. Algunos llamaron a este proceso la constitucionalización del derecho.¹⁵ En los Estados Constitucionales modernos, partiendo del principio de la supremacía constitucional, los actos del legislador y del ejecutivo deben estar acordes con el texto constitucional; a esto se le llamó control de constitucionalidad, con lo que se buscó evitar el abuso del poder y garantizar a cada individuo sus derechos fundamentales.¹⁶

¹³ Ibid. p. 37 y 38.

¹⁴ "O Estado passa a ser o instrumento para a realização dos Direitos Humanos, e estes se tomam a base sobre a qual se assenta a convivência humana. Os direitos passam a ocupar o centro de atenção da ordem jurídica e política. Ocorre um declínio na teoria jurídica, da perspectiva positivista do direito acusada de cancelar (em função da difusão de um legalismo extremado) os horrores da guerra." SAMPAIO, Amélia. (2019). Derechos Fundamentales y Derechos Humanos: el estrechamiento de las fronteras conceptuales y la necesidad de un diálogo entre la órbita jurídica interna e internacional. Opinión Jurídica, p. 217

¹⁵ "a partir de una afirmación rotunda de la supremacía de la Constitución sobre todas las normas del ordenamiento jurídico, derivado del nuevo carácter normativo de ésta, se establece una reconstrucción de todo el sistema jurídico, en el que los derechos fundamentales, especialmente, se transforman en el eje central del sistema, irradiando sus efectos sobre todas las demás normas e instituciones jurídicas." Favoreu, Louis. (1996). La Constitucionalización de Derecho. Artículo publicado en las Misceláneas en homenaje a Roland Drago, "La unidad del derecho". París: Económica. p. 25. En este mismo sentido también se puede consultar Balaguer, María Luisa. (2001). El recurso de inconstitucionalidad. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 7.

¹⁶ "El control de constitucionalidad es, esencialmente, control político y, cuando se impone frente a los otros detentadores del poder, es en realidad una decisión política. Cuando los tribunales proclaman y ejercen su derecho de control, dejan de ser meros órganos encargados de

El control de constitucionalidad será la herramienta para hacer efectivos los mandatos del texto constitucional, entendiendo la Constitución no sólo como texto donde se establece la estructura del Estado como fue su connotación en el modelo legislativo de derecho, sino también como compendio de principios y derechos fundamentales. Ya no se requerirá de la ley para garantizar los derechos humanos, sino que al texto constitucional ingresarán un catálogo de garantías individuales y colectivas que tendrán eficacia directa, siendo la más representativa el reconocimiento de la dignidad humana.¹⁷

Si la Constitución es norma de normas y el mapa de ruta de un Estado, entonces todos los poderes constituidos deben actuar conforme a ella; de ahí la necesidad de que exista una autoridad encargada de hacer cumplir la norma superior, que evalúe todos los actos de los diferentes órganos del Estado a los preceptos constitucionales, dicha autoridad es el Tribunal Constitucional quien, junto con los jueces, se convertirán en los garantes de la Constitución y los derechos fundamentales.¹⁸

En el estado constitucional de derecho la soberanía no puede ser absoluta, incluso si el pueblo es su titular. Durante el siglo XVIII dos teorías acerca del poder parecían antagónicas entre sí, una era la Constitución y la otra, la soberanía popular.¹⁹ Es de la esencia del Estado Constitucional limitar el poder y en este sentido los estados fueron adquiriendo en tratados internacionales compromisos encaminados a la protección de los derechos humanos e incluso aceptaron la competencia de tribunales supranacionales, surge entonces una tensión entre la soberanía del Estado y los compromisos adquiridos en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

En el Estado Constitucional de Derecho hasta el pueblo tiene límites, la soberanía popular solo será válida en la medida que vaya en el mismo sentido de los tratados sobre derechos humanos en general y la Convención Americana en particular, esta prevalencia de la jurisdicción internacional sobre la nacional es lo que dará lugar a lo que algunos llaman Estados Convencionales de Derechos.

Desde comienzos del 2020 el mundo atraviesa la mayor crisis sanitaria de los últimos 100 años. Un virus venido de China cambió la forma como vivimos. Muchos países declararon estados de excepción, se limitaron libertades como las de movilización, reunión, culto y se cerraron establecimientos públicos. La mayoría de países se confinaron en mayor o menor grado a sus habitantes y los gobiernos con medidas ordinarias y extraordinarias decretaron cierre de fronteras, toques de queda, limitaciones a las libertades de movilización, reunión, entre muchas otras medidas.

No se discute la gravedad de la pandemia, pero si la posibilidad de que con el abuso de facultades extraordinarias se ponga en peligro el Estado Constitucional de Derecho. Una crisis sanitaria sin precedentes como la generada por el virus del covid-19, ha llevado a una crisis institucional también sin precedentes en el sistema de *checks and balances* y ha puesto en peligro del principio democrático en muchos países,

ejecutar una decisión política y se convierten por propio derecho en un detentador del poder semejante, cuando no superior, a los otros detentadores de poder instituidos". Loewenstein, Karl. (1983). "Teoría de la Constitución". Editorial Ariel. p. 223.

¹⁷ "La expresión 'dignidad humana' no se recogió en los inicios del Constitucionalismo moderno. Se puede afirmar que la historia de esta expresión en el Constitucionalismo es bastante breve, pero al mismo tiempo intensa y exitosa, tanto en el Derecho constitucional – constituciones nacionales– como en el Derecho internacional público –Declaraciones e instrumentos internacionales–...

...La idea de consolidar la dignidad humana como valor absoluto y fundamento del Estado social y Democrático de derecho, a partir del reconocimiento del otro, en sociedades heterogéneas y diversas como las latinoamericanas no es tarea fácil, sino un objetivo de largo aliento que se encuentra también relacionado con el respeto del pluralismo jurídico y la diversidad que debe ser reconocida y respetada por todos, sin que pueda haber ningún tipo de discriminación." Mendieta, D. y Tobón, M.L. (2018a). "La dignidad humana y el Estado Social y Democrático de Derecho: el caso colombiano", en Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), Unisinos. pp. 280 y 288.

¹⁸ "En fin, es rasgo esencial del nuevo paradigma el rol protagónico, activo o dinámico, de todos los jueces en el despliegue de las potencialidades humanistas de la Constitución. Aunque orientados e impulsados por la jurisprudencia irradiante del Tribunal encargado de defender a la Carta Fundamental, los jueces, sin excepción, tienen que pensar y decidir con tal mentalidad garantista, encuadrándose, como es obvio, en los parámetros configurados por las sentencias de esa Magistratura". Cea, José Luis. (2004). Sobre el estado constitucional de derecho como paradigma jurídico. En Rev. derecho (Valdivia) v.16. p. 305.

¹⁹ "La situación del último cuarto del siglo XVIII podía representarse en los siguientes términos: por una parte, la tradición constitucionalista del poder limitado; por otra, la aspiración naciente de poner en discusión la forma política y la misma tradición por el mismo pueblo, que en el caso de Rousseau era sin medias tintas definido como soberano". Fioravanti, Maurizio. (2001). Constitución. De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta. p. 102.

siendo los latinoamericanos los relevantes para el presente escrito. Por la dificultad de reunirse, los poderes legislativo y judicial funcionaron a media marcha y los controles que ellos ejercen al poder ejecutivo se tornaron ineficaces. Si a lo anterior se suma que en muchos países se declararon estados de excepción, se evidencia una ruptura del equilibrio de los poderes públicos.²⁰

Bajo el estado de excepción, los estados ceden intensidad a la hora de garantizar derechos y libertades, produciendo un déficit de protección que se justifica para superar la crisis y se presenta una ruptura temporal del equilibrio de los poderes públicos en favor del ejecutivo y en menoscabo del legislativo y judicial ²¹. Son una paradoja del derecho constitucional pues temporalmente y en cierto grado se incumple con el mandato del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano que dice: "Toda la sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución."

En palabras de Orjuela Botero: "los estados de excepción son una figura contradictoria y por lo tanto altamente polémica. Plantean limitar la democracia, para mantenerla; restringir la Constitución, para conservarla; disminuir el disfrute de los derechos humanos, para garantizar su posterior vigencia; y, en muchos casos, dotar al Gobierno de poderes excepcionales, para evitar una posible dictadura."²². La cual es justificada por algunos autores como Schmitt.²³

Cuando los límites y controles internos de las constituciones estatales fallan y los gobiernos están tentados a abusar de sus poderes excepcionales, se hace necesario reivindicar la importancia de los compromisos internacionales sobre derechos humanos adquiridos por los estados latinoamericanos.²⁴ Hoy más que nunca se debe reconocer el papel que cumple el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como garante del Estado de Derecho en los países de la región.

3. LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL COMO GARANTE DE LOS DERECHOS HUMANOS EN ÉPOCA DE PANDEMIA

La jurisdicción puede definirse como la función específica estatal por la cual el poder público satisface pretensiones²⁵. En pocas palabras es el poder que tiene el Estado de decir el derecho y de hacer justicia. Históricamente fue un poder en cabeza del Estado, pero los estados han suscrito tratados internacionales donde adquieren compromisos y aceptan que autoridades supraestatales creadas mediante estos instrumentos sean competentes de conocer de vulneraciones a los derechos humanos ocurridos en sus territorios, a esto se le ha llamado jurisdicción internacional.²⁶ Por voluntad de los estados se crean

²⁰ "Una crisis sanitaria provocó en Colombia una crisis institucional que mostró la incapacidad de varios controles de ser eficaces durante el confinamiento y obligó a los poderes públicos a considerar y materializar su funcionamiento por canales virtuales. Amparado en la pandemia el Gobierno Nacional extralimitó sus poderes ordinarios y eludió los límites y controles inherentes a sus poderes excepcionales. Al establecer un estado de excepción de facto hubo una fractura del Estado Constitucional de Derecho e incluso durante varios meses Colombia estuvo sometida a la dictadura del covid-19". Mendieta, David y Tobón, Mary Luz. (2020). La pequeña dictadura del covid-19 en Colombia: uso y abuso de normas ordinarias y excepcionales para enfrentar la pandemia. Revista Opinión Jurídica. Vol. 19, número 40. p. 156.

²¹ Tobón, Mary Luz y Mendieta, David. (2017). Los estados de excepción en el régimen constitucional colombiano. Opinión Jurídica, 16(31), p. 67. <https://doi.org/10.22395/ojum.v16n31a3>.

²² Orjuela Botero, Nicolás. (2011). Los estados de excepción en Colombia: una aproximación desde los mecanismos de control. Editorial Universidad San Buenaventura. p. 119.

²³ "La dictadura es un medio para alcanzar un fin determinado; como su contenido solo está determinado por el interés en el resultado a alcanzar y, por tanto, depende siempre de la situación de las cosas no se puede definir, en general, como la supresión de la democracia." Schmitt, Carl. (1999). La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria. Madrid: Alianza. p. 23.

²⁴ "Asegurar que toda restricción o limitación que se imponga a los derechos humanos con la finalidad de protección de la salud en el marco de la pandemia COVID-19 cumpla con los requisitos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos. En particular, dichas restricciones deben cumplir con el principio de legalidad, ser necesarias en una sociedad democrática y, por ende, resultar estrictamente proporcionales para atender la finalidad legítima de proteger la salud". CIDH. Resolución 01 de 2020.

²⁵ Guasp, Jaime. (1961). Derecho procesal civil. Madrid: Civitas. p. 105.

²⁶ "Después de que el Estado ha reconocido al derecho internacional, este orden, por su mismo contenido, determina el ámbito e incluso la razón de validez del orden jurídico nacional. Pero como este efecto sólo puede lograrse por el reconocimiento que el Estado hace del

autoridades supranacionales, con la competencia de sancionarlos.²⁷

El control de convencionalidad es “*el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)*”²⁸. Es deber de todas las autoridades públicas que pertenecen a los estados que suscribieron y ratificaron el Pacto de San José velar por el cumplimiento del *corpus iuris interamericano* y no solo de la Corte Interamericana.²⁹

Es indiscutible la relación que existe entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. Pues la Constitución no se reduce a su articulado, sino que debe entenderse como un conjunto de valores, principios y derechos que tienen origen en diferentes fuentes, entre las que se encuentran los tratados internacionales sobre derechos humanos. Dicho conjunto normativo recibe el nombre de bloque de constitucionalidad.³⁰

Teniendo en cuenta lo anterior, hay autores que consideran que los controles de constitucionalidad y convencionalidad no pueden concebirse de manera aislada, pues el bloque de constitucionalidad es el referente de validez para la ley y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico. Incluso antes que se hablara de control de convencionalidad ya habían estados que habían incorporado la Convención Americana de Derechos Humanos a su bloque de constitucionalidad y el Tribunal Constitucional y los jueces estaban velando por su cumplimiento, como es el caso de Colombia.³¹

El Estado Convencional de Derechos no puede entenderse como la negación o ruptura con el modelo constitucional y democrático, ni de éste con el legislativo de derecho. Todo lo contrario, deben interpretarse como etapas de evolución y perfeccionamiento del Estado de Derecho. La Convencionalización del Derecho es una realidad en nuestra región. Algunas personas que han tomado la vocería de ciertos estados, son renuentes a este fenómeno, pero mientras los Estados sigan siendo parte del Sistema Interamericano Derechos Humanos, deberán acatar las decisiones de las autoridades que integran el sistema. Lo anterior por mandato de la misma Convención Americana de Derechos Humanos. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículos 1, 2, 27, 29, 33, entre otros)

Para el Estado Convencional de Derechos, la validez de las normas internas no está determinada solo por el articulado de la Constitución nacional. La supremacía normativa no debe fundamentarse solo en el

derecho internacional, el derecho internacional determina el ámbito y la razón de validez del derecho nacional sólo en un sentido relativo”. Kelsen, Hans. (1965). Teoría General del Derecho y del Estado. México: Editora Nacional. p. 405.

²⁷ “el control propio, original o externo de convencionalidad recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre los actos domésticos y las disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquéllos y éstas –bajo el imperio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos– y resolver la contienda a través de la sentencia declarativa y condenatoria que corresponda”. García, Domingo y Palomino, José. (2013). El control de convencionalidad en el Perú. En: Pensamiento Constitucional N° 18, 2013, pp. 223-241 p. 225.

²⁸ Ferrer Mc Gregor, Eduardo. (2012). El control difuso de convencionalidad. Dialogo entre la Corte Interamericana y los jueces nacionales. México: FUNDAP. p. 108.

²⁹ “[...] particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad [...]’, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial”. Durán Martínez, Augusto. (2014). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo. Especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. Revista de Investigaciones Constitucionais. Curitiba. v. 1, n. 2. p. 103-130. maio/ago. p. 103.

³⁰ “El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-225 de 1995. (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

³¹ “Mucho antes de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos hablase de control de convencionalidad, quienes en nuestro país están facultados para velar por el cumplimiento de la Constitución, al hacerlo, también velaban por el Pacto de San José. Aunque en la doctrina internacional haya autores que establezcan la necesidad de diferenciar el control de constitucionalidad del control de convencionalidad, en Colombia ambos controles no pueden entenderse de manera independiente.” Mendieta, David, y Tobón, Mary Luz. (2018b). El (des)control de constitucionalidad en Colombia. Revista de Estudios Constitucionales 16(2):51-88. p. 57.

texto de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino complementarse con una serie de normas mucho más amplia que se han denominado: el *corpus iuris interamericano*.

Hoy el Estado Constitucional de Derecho se encuentra en peligro, por la concentración de poderes en el ejecutivo, quien se excusa en el deber de enfrentar la pandemia y los límites y controles venidos del legislativo y judicial se tornan ineficaces.³² Muchos derechos humanos están siendo menoscabados por los gobiernos, argumentando la defensa de un bien mayor como la salubridad pública. No solo las libertades están en peligro. Los Gobiernos pueden estar tentados a manipular la información relacionada con la pandémica, es el caso de Bolsonaro en Brasil que quiso dejar de publicar los datos relacionados con el diagnóstico y muertes por covid-19. También han proliferado la creación de aplicaciones que recogen la información sensible de las personas. Frente a situaciones como las anteriores, derechos como el acceso a la información veraz y transparente y la intimidad, están en riesgo.³³

Como ya se dijo antes, la Convencionalización del Derecho en los países americanos es consecuencia del proceso de internacionalización del derecho. Los Estados de manera voluntaria han contraído obligaciones contenidas en instrumentos internacionales y aceptaron acatar decisiones de órganos supranacionales, competentes para investigar y sancionar hechos de violaciones a los derechos humanos ocurridos en sus territorios. La Convención Americana de Derechos Humanos y el resto del *corpus iuris interamericano* es referente de validez e interpretación de las normas que hacen parte de los ordenamientos jurídicos de los estados que suscribieron y ratificaron el Pacto de San José. En medio de una gran crisis, el protagonismo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se hace evidente y necesario para preservar el Estado de Derecho que los estados latinoamericanos llevan más de 200 años construyendo y consolidando.³⁴

CONCLUSIONES

El Estado de Derecho ha cambiado de paradigma desde que se originó como una reacción al absolutismo. Inicialmente, los países seguidores de la tradición europeo continental como es el caso de los latinoamericanos, tuvieron como referente a la ley, pues era una declaración de la voluntad soberana de la Nación. El Estado Legislativo de Derecho surge de las revoluciones, pero las muchas guerras civiles y dictaduras que hubo en la región durante los siglos XIX y XX, impidieron su consolidación.

Después de la Segunda Guerra Mundial, hubo en la Europa continental un cambio de paradigma de la ley a la Constitución, pues a los textos constitucionales ingresaron derechos fundamentales y sus mecanismos de protección. Lo anterior fue llamado el Estado Constitucional de Derecho. A finales del Siglo XX, en la medida que caían las dictaduras y se solucionaban algunas guerras civiles en América Latina,

³² "Teniendo en cuenta que la Democracia y el Estado de Derecho son condiciones necesarias para lograr la vigencia y el respeto de los derechos humanos, y que la naturaleza jurídica de las limitaciones a dichos derechos puede tener impactos directos en los sistemas democráticos de los Estados, la Comisión reafirma el rol fundamental de la independencia y de la actuación de los poderes públicos y las instituciones de control, en particular de los poderes judiciales y legislativos, cuyo funcionamiento debe ser asegurado aún en contextos de pandemia." CIDH. Resolución 01 de 2020.

³³ "Reconociendo el rol crítico de la prensa, el acceso universal a Internet a través de las fronteras, la transparencia y el acceso a la información pública respecto de la pandemia y las medidas que se adoptan para contenerla y enfrentar las necesidades básicas de la población, así como la preservación de la privacidad y la protección de datos personales de las personas involucradas." CIDH. Resolución 01 de 2020.

³⁴ "Ahora ha llegado el tiempo de concretarlos, de ponerlos en práctica por medio de una fuerte, amplia y global gobernanza constitucional. La idea de igualdad, interdependencia y complementariedad no puede verse limitada a estructuras jurídicas que ya no corresponden más a este mundo que se presencia. Un derecho común que observe las diferencias inherentes al multiculturalismo y considere a los seres humanos tal y como son, se hace muy importante para afrontar los desafíos que el siglo XXI ya mostró que vendrán." Santano, Ana Claudia (2020). Derechos Humanos Para El Desarrollo De Una Sociedad Realmente Globalizada. *Opinión Jurídica* 19 (38), 39-57.

fueron posibles las reformas necesarias para implementar la constitucionalización de la mayoría de ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

A principios del Siglo XXI, se empieza a hablar del Estado Convencional de Derecho, cuyo paradigma es la Convención Americana de Derechos Humanos y lo que la Corte Interamericana ha llamado el *corpus iuris interamericano*. Los estados americanos que suscribieron y ratificaron el Pacto de San José, se comprometieron a respetar los derechos contenidos en este instrumento, tomar las medidas necesarias para hacer efectivos esos derechos y tener en cuentas los parámetros interpretativos de la propia Convención.

Muchos estados latinoamericanos han declarado estados de excepción con el propósito de enfrentar la crisis generada por la pandemia del covid-19, pero esto ha llevado a que derechos como las libertades de movilización, reunión, culto entre otras y derechos como el de información e intimidad se encuentren en riesgo de vulneración. La separación de poderes y la democracia son necesarias para garantizar los derechos humanos, pero es posible que las medidas excepcionales concentren el poder en el ejecutivo y que los límites y controles venidos del legislativo y el judicial se tornen ineficaces. Es allí donde la intervención del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se hace necesaria, como instrumento para preservar el Estado de Derecho.

Aún es pronto para definir los casos en los que se violaron derechos humanos durante la pandemia y cuál será la responsabilidad de los estados en estas violaciones, pero es seguro que se justificarán en los poderes excepcionales para enfrentar la crisis y seguramente habrá casos donde los sistemas jurídicos estatales por negligencia o complicidad no encontrarán responsable de estos abusos. Será allí donde se evidenciará la necesidad de consolidar el Estado Convencional de los Derechos humanos en los países de la región.

El Estado Legislativo de Derecho, luego el Estado Constitucional de Derecho y ahora el Estado Convencional de los Derechos, no son tres formas diferentes y aisladas de concebir jurídicamente al Estado, sino la evolución y perfeccionamiento del Estado de Derecho. Lo que ha cambiado es el paradigma para ser efectivo, llámese ley, Constitución o *corpus iuris interamericano* y las crisis fueron determinantes para su surgimiento, evolución y consolidación.

BIBLIOGRAFÍA

BALAGUER, María Luisa. (2001). El recurso de inconstitucionalidad. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BARTHÉLEMY-DUEZ. (1933). *Traité élémentaire de Droit Constitutionnel*. París.

CAPELLETTI, Mauro. (1986). *¿Renegar de Montesquieu?: la expansión y legitimidad de la justicia constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional, N° 17, Madrid.

CEA, José Luis. (2004). Sobre el estado constitucional de derecho como paradigma jurídico. En *Rev. derecho* (Valdivia) v.16

CRUZ VILLALÓN, Pedro. (1987). *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad* (1918-1939), CEC, Madrid.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. (2014). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo. Especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 103-130, maio/ago.

- FAVOREU, Louis. (1996). La Constitucionalización de Derecho. Artículo publicado en las *Misceláneas en homenaje a Roland Drago*, "La unidad del derecho". París: *Económica*.
- FERRER Mc GREGOR, Eduardo. (2012). El control difuso de convencionalidad. Dialogo entre la Corte Interamericana y los jueces nacionales, México, FUNDAP.
- FIORAVANTI, Maurizio. (2001). Constitución. De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. (1991). Estado legal y estado constitucional de derecho. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas No 81, Universidad Central de Venezuela, Caracas.
- GARCÍA, Domingo y PALOMINO, José, (2013). El control de convencionalidad en el Perú. En: Pensamiento Constitucional N° 18, 2013, pp. 223-241
- GUASP, Jaime. (1961). Derecho procesal civil. Madrid: Civitas, 1961.
- HURTADO M, Juan Antonio. (2012). *Evolución del sistema francés como modelo de control de constitucionalidad*. En: Revista de Derecho UNED, Núm. 10.
- KELSEN, Hans. (1965). Teoría General del Derecho y del Estado. México: Editora Nacional.
- LOEWENSTEIN, Karl. (1983). "Teoría de la Constitución". Barcelona: Editorial Ariel.
- MENDIETA, D. y TOBÓN, M.L. (2018a): "La dignidad humana y el Estado Social y Democrático de Derecho: el caso colombiano", en Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), Unisinos.
- MENDIETA, David. y TOBÓN, Mary Luz. (2018b). El (des)control de constitucionalidad en Colombia. Revista de Estudios Constitucionales 16(2):51-88.
- MENDIETA, David. (2019). A Crise da Democracia e do Sistema de Freios e Contrapesos nos Estados Unidos. En L. G. Arcaro, R. Dias (Coords.), Crise das democracias liberais: perspectivas para os direitos fundamentais e separacao de poderes/ organizadores (pp. 220-232). Lumen Juris.
- MENDIETA, David y TOBÓN, Mary Luz. (2020). La pequeña dictadura del covid-19 en Colombia: uso y abuso de normas ordinarias y excepcionales para enfrentar la pandemia. Revista Opinión Jurídica. Vol. 19, número 40.
- ORJUELA BOTERO, Nicolás. (2011). Los estados de excepción en Colombia: una aproximación desde los mecanismos de control. Editorial Universidad San Buenaventura.
- PÉREZ ROYO, Javier (2007). Curso de derecho constitucional. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S. A.
- SAMPAIO, Amélia. (2019). Derechos Fundamentales y Derechos Humanos: el estrechamiento de las fronteras conceptuales y la necesidad de un diálogo entre la órbita jurídica interna e internacional». *Opinión Jurídica* 18 (37), 209-30. <https://doi.org/10.22395/ojum.v18n37a8>.
- SANTANO, Ana Claudia (2020). Derechos Humanos para el desarrollo de una sociedad realmente globalizada. *Opinión Jurídica* 19 (38), 39-57. <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n38a2>.
- SCHMITT, Carl. (1999), *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza.
- TOBÓN, Mary Luz y MENDIETA, David. (2017). Los estados de excepción en el régimen constitucional colombiano. *Opinión Jurídica*, 16(31), 67-88. <https://doi.org/10.22395/ojum.v16n31a3>

Normas jurídicas citadas

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, 1969.

COMISIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Resolución 01 del 10 de abril de 2020.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C 225 de 1995, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO. 1789.

BIODATA

David MENIETA: Abogado, especialista en Derecho Constitucional y Magister (Colombia) y Doctor en Derecho Constitucional (España). Profesor de Derecho Constitucional Universidad de Medellín y Director del Doctorado en Derecho de la misma institución, miembro del Grupo de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Medellín- Colombia. E-mail: dmendieta@udem.edu.co_ Scopus ID 57208332799.

Gloria María ALGARÍN HERRERA: Abogada de la Universidad Simón Bolívar, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Medellín (Colombia), ex participante del 20° Concurso Interamericano de Derechos Humanos de la American University Washington College of Law (Estados Unidos). E-mail: gmalgarin27@gmail.com