

El principio de convencionalidad: su existencia y aplicación para la defensa constitucional del derecho humano al asilo político en Colombia¹

The principle of conventionality: its existence and
application for the constitutional defense of the human
right to political asylum in Colombia

Gustavo Andrés Cano Cadavid 

Magíster en Derecho Público

Universidad de Caldas

Politólogo y Asesor Jurídico en Derecho Administrativo, Derechos Humanos e Internacional
Público, Constitucional, Policivo y Urbanístico

Correo electrónico: gandresca.cjuridica@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-2794-7347>

¹ El presente artículo es el resultado del trabajo final del proyecto de investigación "El Principio de Convencionalidad: Su existencia y aplicación para la defensa constitucional del derecho humano al asilo político en Colombia" de la Maestría en Derecho Público de la Universidad de Caldas, sede principal del Departamento de Caldas. Contando con la tutoría del profesor Sergio Luis Mondragón Duarte.

Sergio Luis Mondragón Duarte

Doctor en Seguridad Humana y Derecho Global

Universidad del Valle

Docente Nombrado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Correo electrónico: sergio.mondragon@correounivalle.edu.co

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5189-6770>

Resumen

El presente artículo da cuenta de un análisis histórico, social, político y jurídico sobre la existencia de un conjunto de elementos que posibilitan el surgimiento, el alcance y la aplicación del *principio de convencionalidad* como herramienta jurídica y constitucional de raigambre internacional que, para el caso colombiano, nace de una nueva realidad política (Estado Social de Derecho); y como mecanismo de aplicación, producto de la existencia de la Constitución nacional, la aprobación y ratificación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, de la importancia imperativa de los principios como reglas de base y de la participación jurisdiccional; todo lo anterior para la protección del derecho humano al asilo político en Colombia, como de aquellos derechos de igual categoría. Resultado que se consigue a partir de una investigación cualitativa, bajo un método deductivo e inductivo, a partir de una metodología y análisis de contenido que se realiza a través de una descripción explicativa, comparativa y de observación empírica y analítica.

Palabras clave

Bloque de constitucionalidad, Constitución Política de 1991, Convención, excepción de principalidad, principio de convencionalidad, principios, sistema interamericano, test de proporcionalidad.

Cómo citar este artículo:

Cano Cadavid, G. A. y Mondragón Duarte, S. L. (2024). El principio de convencionalidad: su existencia y aplicación para la defensa constitucional del derecho humano al asilo político en Colombia. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 54(140), 1-28. doi: <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v54n140.a03>

Recibido: 05 de marzo de 2022

Aprobado: 22 de febrero de 2023

Abstract

This article provides an account of a historical, social, political and legal analysis on the existence of a set of elements that enable the emergence, scope and application of the principle of conventionality as a legal and constitutional tool with international roots that, in the Colombian case, arises from a new political reality (Social Rule of Law). It is also an application mechanism, resulting from the national Constitution, the approval and ratification of international treaties on human rights, the imperative importance of principles as basic rules and jurisdictional participation. All of the above is for the protection of the human right to political asylum in Colombia, as well as other rights of equal category. This result is achieved from qualitative research, under a deductive and inductive method, based on a methodology and content analysis that is carried out through an explanatory, comparative description and empirical and analytical observation.

Keywords

Principle of Conventionality, Constitutionality Block, Principles, Convention, 1991 Colombian Constitution, Inter-American System, Proportionality Test, Principality Exception.

Introducción

El presente trabajo analiza la creación y aplicación del *principio de convencionalidad* como herramienta jurídica y constitucional, fundada a partir de la relación entre *principio* y *convención*, convalidada dicha unión por medio de antecedentes históricos, de la doctrina y de la Constitución de 1991 que nos permite darle apertura a un nuevo panorama jurídico y visionario, con el propósito de reducir la falta de garantías frente a la protección de los derechos humanos y fundamentales del país, especialmente sobre el derecho humano al *asilo político*. Temas relacionados con el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, promovidos a través de la consecución del nuevo modelo de Estado Social de Derecho que, en la actualidad, surge como norte político, con un amplio horizonte de expectativas.

En cuanto a los aspectos reglamentarios que tenemos en materia de protección de derechos, con ocasión a la realidad jurídica existente y proveniente de los desarrollos institucionales, no cabe duda de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos le han dado la oportunidad a todos los Estados para crear mecanismos supranacionales que admitan el ejercicio del poder a partir de las diferentes posibilidades constitucionales y normativas, que, desde el campo político y social, logran solidificar todas aquellas iniciativas promovidas al servicio del hombre.

Adicional a lo anterior, la labor académica tiene como uno de sus propósitos principales, el determinar la importancia del principio de convencionalidad como garantía de aplicación dentro del marco jurídico y constitucional, en consonancia con los fallos de revisión de tutela de la Corte Constitucional; y si este es un factor vinculante en el marco de los fenómenos jurídicos, políticos y sociales que se han venido desarrollando en Colombia en términos del derecho humano al asilo político. El fin es observar cómo el funcionamiento institucional y normativo de nuestra Nación promueve el respeto por las garantías jurídicas a que tienen derecho los ciudadanos que se encuentran en situación de vulnerabilidad manifiesta frente a acciones de persecución por razones de conciencia ideológica o política, temores fundados por motivo de raza, religión, nacionalidad o pertenencia a determinado grupo social.

El tema de estudio constituye una propuesta de análisis que se refiere a un asunto de interés y de actualidad para la defensa y protección de los derechos humanos: la creación y aplicación de un nuevo principio, el de convencionalidad, según la normatividad internacional vigente y a través del mandato constitucional reconocido. De tal manera que este podría ser ejecutado por los diferentes jueces de la República, especialmente por parte de la Corte Constitucional dentro de sus fallos en instancia de revisión de tutela y sobre aquellos de constitucionalidad, con el fin de analizar su peso teórico como garantía del ordenamiento jurídico interno del país.

A pesar de no tener mayor desarrollo investigativo, desplegándose crearía un nuevo soporte normativo principialístico como modelo de enfoque del derecho constitucional; también aportaría a la transformación jurídico-política de nuestro ordenamiento normativo sobre el respeto y la protección de los derechos fundamentales, constitucionales y humanos. De tal manera que con el pasar del tiempo lograría tener una preponderancia vinculante y protagónica para su interpretación, alcance y aplicación en el marco de en nuestra Constitución, en relación con el derecho internacional.

Este elemento principialístico no solamente obligaría a que los operadores jurídicos deban basar sus sentencias sobre una normatividad interna, sino que, además, deban vincular preceptos categóricos internacionales de gran importancia que determinen su validez en pro de las garantías constitucionales que se esgrimen de los artículos 1, 2, 4, 9, 93 y 94 de la Ley Fundamental, con vocación al protagonismo participativo del bloque de constitucionalidad.

El Principio de Convencionalidad: El surgimiento de su esencia como teoría de interpretación hermenéutica a partir de su consecuencia histórica, política y constitucional

Sin duda alguna los *principios*, desde su noción y construcción simbólica, han marcado una tendencia importante en la historia de los seres humanos, de las comunidades culturalmente, y de la vida política y social de las Naciones. La interpretación de los principios siempre ha sido desde una visión prospectiva del pensamiento y bajo su razón mítica, una base importante que ha exteriorizado resultados de causa y efecto sobre lo que puede producir su inclinación en cuanto a un objeto de análisis determinado o por determinar. Desde interpretaciones muy antiguas, según su objeto de estudio inicial, Aristóteles (1994), con base en su idea, indicó que,

... es principio (de una cosa) lo primero a partir de lo cual la cosa resulta cognoscible, por ejemplo, las premisas lo son de las demostraciones. En otros tantos sentidos se habla también de «causas», ya que todas las causas son principios. Y ciertamente lo común a todo tipo de principios es ser lo primero a partir de lo cual algo es, o se produce, o se conoce. (p. 207)

La existencia de los principios subyace en el planteamiento de un sinnúmero de teorías abarcadas dentro del campo ético, teleológico, social, político, jurídico, entre otras ramas elementales supérstites de la historia, surgidas a raíz de las costumbres o prácticas comunes entre los seres humanos. El resultado de su noción, entonces, tomando como concepto el primer lenguaje del hombre, el lenguaje más universal, el más enérgico, y el solo de que tuvo necesidad antes de que fuese importante persuadir a los hombres reunidos, fue sin duda el grito de la naturaleza (Rousseau, 1820, p. 39); la misma que en pleno desarrollo fue incidiendo en la creación de modelos importantes de comunicación para la interpretación de un sinnúmero de concepciones, juicios de valor y reglas de conducta, entre otros aspectos, los cuales, luego, fueron dados constructivamente de la mano de elementos surgidos del término de ideología, expresión forjada por Cabanis, Destutt de Tracy y sus amigos, quienes le asignaron por objeto la teoría (genética) de las ideas (Althusser, 1820, p. 39).

Entonces, podríamos decir que los principios son una expresión y manifestación de sensaciones y emociones, cuyas pasiones deliberadas

entre los hombres trazan efímeramente una serie de sentidos de definición sobre un mismo precepto en construcción o ya establecido, e insertado positivamente en una sociedad y en un Estado como último propósito y fin político. Asimismo, son una base importante para el cimiento, la formación y el fortalecimiento de los Estados democráticos garantistas de las libertades sociales e individuales. Su estereotipo abstracto ha servido para positivizar normas y reglas interpretativas que han propiciado el orden jurídico, social y político de las cosas. Como ideas madre, se encuentran ajustados a través de unas capacidades y necesidades reflexivas del hombre, cuyo propósito ha sido la consecución, alcance y materialización de la justicia como un mecanismo de influencia en la historia. Todos estos elementos han tenido un objetivo fundamental: el orden social como factor decisivo dentro del ejercicio sociológico relacionado con los *acuerdos de voluntades*; así como la exigencia de unos valores morales convertidos en reglas, los cuales, posteriormente, se han ido consolidando en patrones, según su aprobación o desaprobación social. Esto último ha permitido el renacimiento de la hermenéutica, no solo de su concepto en sí, sino de su importancia en la aplicación del derecho y la política dentro de los modelos y formas de Estados constitucionales.

En consecuencia, dentro de la disciplina jurídica, los principios se han convertido en una amalgama de ideas basadas en un deber ser; y en conjunto, en aquellas obligaciones políticas dentro de un marco constitucional y normativo, las cuales se logran caracterizar, según su estimación, desde las ciencias del derecho, y a través de dos modelos aplicativos: morales y jurídicos. Los primeros se dan con base en aquellos principios del derecho natural, con relación a la interpretación del bien y del mal, cuyo origen se encuentra arraigado, desde la misma esencia del ser, a causas, acciones y fines; estos últimos son “[...] una disposición racional verdadera y práctica, respecto de lo que es bueno para el hombre” (Aristóteles, 2001, p. 187) (la paz, la justicia, los acuerdos justos, etc.). Los segundos son aquellos criterios de validez que interpretan e integran el derecho positivo, ubicados al interior de las normas rectoras, los cuales surgen a partir de la analogía *Iuris o legis* (promotores del posicionamiento jurídico de las leyes).

Teniendo en consideración el significado de principio, en relación con los *acuerdos de voluntades*, en cuanto a su desarrollo, evolución y posicionamiento histórico, fuera de lo construido a través del conjunto de prácticas estandarizadas en el tiempo, lo podemos ver resumido de manera interpretativa y desde una perspectiva filosófica en la teoría roussoniana del *contrato social*.

Es así que dicho elemento ha sido considerado de forma ideológica y sistematizada, fundamentalmente, mediante una perspectiva de análisis funcional en la que, “el orden social constituye un derecho sagrado que sirve de base a todos los demás. Sin embargo, este derecho no es un derecho natural: está fundado sobre *convenciones*” (Rousseau, 1985, p. 5). Los acuerdos de voluntades, de dos o más personas sobre una misma cosa (Cabanellas, 1979, p. 91), resumidos en un análisis significativo de la palabra *convención*, son un elemento desligado de esa idea fundamental establecida por Rousseau para el aporte de las ciencias políticas y jurídicas en el contexto global. Es un fragmento ideológico resumido presuntivamente en un pacto entre iguales donde se han discutido discrepancias y, a su vez, nociones básicas de aplicación concordables, sin dejar de lado, desde una perspectiva negativa, el acuerdo entre desiguales. Por su parte, Hobbes llegó a establecerle un significado a la palabra *convenio*, a través de una idea acorde y permeable a su validez, resumida en un ejercicio de apreciación generado en la práctica común de los individuos, en cuanto a la adquisición de algún tipo de obligación contractual. En ese sentido, le dio claridad a dicha interpretación o axioma: “[...] cuando una o ambas partes se les concede un plazo para que cumplan, estas prometen cumplir más tarde; y este tipo de promesa se llama convenio” (Hobbes, 2000, p. 71).

Tenemos entonces que, sobre los principios, desde una práctica histórica y a partir de su visión filosófica y política, se habla de “causas como algo que se produce y su elemento es la voluntad”; sobre lo cual, a raíz de ello, se observa que sus vertientes son “ideas madre” encaminadas a darle prevalencia a los individuos dentro del marco del bien común; y por otra parte, se hace referencia al precepto *convención*, como “el acuerdo de dos o más personas sobre una misma cosa”, siendo “un derecho sagrado que sirve de base a todos los demás”. Desde esa dualidad interpretativa, encontramos que entre ambos instrumentos desarrollados existe, de manera intrínseca, una relación de causa y efecto establecida sobre una idea de justicia como propósito, cuyo elemento de unidad ha sido en el sentido en que, los acuerdos de voluntades han ido cambiando “por el nacimiento del Estado moderno y la diferenciación de un sistema económico que se autorregula por medio del mercado” (Habermas, 1999, p. 19), producto de la necesidad de los seres humanos, donde debe existir “una conexión idéntica por la cual una voluntad se decide solamente en tanto existe otra voluntad” (Hegel, 1968, p. 94), la cual, a su vez, se ha encontrado comúnmente dentro de los diferentes contextos sociales de vida.

Dichos acuerdos, que no necesariamente son aquellos producidos entre individuos, sino también entre sujetos de derecho internacional, como lo son

los Estados, mediante el ejercicio de sus competencias, buscan solucionar sus propias insuficiencias.

Con relación a lo anterior, tendríamos entonces que, con base en la unión de los dos elementos desarrollados (principio y convención), la cual se puede establecer debido a su correspondencia en materia de contenido, en cuanto a su teoría histórica y desde un análisis dogmático, se abre la puerta a una posible existencia del *principio de convencionalidad* como herramienta jurídica viable de interpretación. Adicional a ello, con base en las teorías desarrolladas, este se aplicaría como un *principio normativo* en materia de derecho privado y constitucional, en razón a la teoría de los principios, para el caso colombiano —y de muchos otros países del continente americano—, cuya primera clasificación sería aquel que nos otorga la aprobación de los tratados internacionales dentro del ejercicio económico; y sobre su segunda perspectiva, de manera puntual, a través de la Declaración UDH y la Convención ADH (Pacto de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969), la primera firmada en 1966 y ratificada por el país en 1969 y la segunda adoptada mediante la aprobación de la Ley 16 del 30 de diciembre de 1972, dada la “naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos”.

El principio de convencionalidad: una realidad como herramienta jurídica, surgida a partir de la relación material entre principio y convención

La interpretación del principio tal como nos ilustra el análisis desarrollado dentro del ejercicio del derecho constitucional, nos da un peso teórico importante en materia de derecho interno e internacional; pero cuando se procede a descifrar, describir y sustentar esta categoría, se nos vuelve determinadamente en una actividad circunstancial que va desde el análisis de un discurso interpretativo en todas sus facetas, hasta la consolidación de una regla importante como elemento normativo que se desarrolla de acuerdo a la compatibilidad jurídica que existe entre los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la Carta política de 1991, a través de su preámbulo y de los artículos 1, 2, 4, 9, 93, 94 y 224.

A partir de la exposición realizada, tenemos que la relación entre principio y convención se convierte en un hecho superado cuando, producto del estudio

conclusivo, su reciprocidad de unidad está dada a través del mismo acuerdo de voluntades como factor histórico significativo, pues “la voluntad es verdaderamente la materia prima del derecho; y no hay otra ni más noble ni más misteriosa” (Carnelutti, 1940, p. 43). Desde esa base fundamental, se da la consolidación del principio constitucional cuando se adhieren circunstancias adicionales, como aquellas que comienzan a ser categorizadas desde un plano normativo vinculante, producto de la existencia de los tratados internacionales, surgidos de ese acuerdo entre sujetos de derecho internacional, como lo son los Estados parte. Así, para el caso de la Convención ADH, por ejemplo, a partir de su preámbulo, esta fija una ruta de trabajo direccionada hacia la protección supraconstitucional de los derechos humanos, dadas las facultades establecidas en sus artículos 1 y 2, de los cuales, el primero le pone una carga impositiva a los Estados de respetar los derechos concebidos en la misma Convención y el segundo igualmente, pero, sobre el deber de adoptar disposiciones en materia de derecho interno.

En observancia a dichas situaciones, podemos identificar, por consiguiente, que los preceptos normativos antes referidos envuelven a modo de interpretación unas garantías, las cuales determinan el rumbo del nuevo modelo de Estado social de derecho e, igualmente, le dan cabida al surgimiento del principio estudiado. En este sentido, dentro del campo constitucional, se hace necesario realizar un resumen al articulado de la Constitución con base en las consecuentes novedades resultantes de este análisis:

1. Nótese cómo el “Preámbulo” de la Constitución, a partir de su contenido semántico, desprende algo muy importante, fuera de la garantía de derechos y principios, su compromiso a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana (2006, p. 3), lo cual estaría asegurado por intermedio de la aprobación de tratados internacionales.
2. Consecuentemente, observemos cómo su artículo primero le otorga al país un modelo de Estado y, asimismo, producto de esa clasificación política de gobierno, le determina al mismo tipo organizacional un respeto obligatorio hacia el principio de dignidad humana como derecho universal y a la “prevalencia del interés general”, cuyo fin es garantizar la efectividad de derechos.
3. Igualmente, estudiando el artículo segundo, identificamos como derivación importante, a la luz del tema de garantías fundamentales, unos fines esenciales para el funcionamiento del nuevo escenario político actual, con una especial garantía de protección sobre “la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” (p. 4), de lo cual se deriva su esencia, estructura política y jurídica principal.

4. A la par, examinando el artículo noveno, encontramos cómo dicho precepto normativo obliga al Estado a reconocer “los principios del derecho internacional” (p. 6), los mismos que son adoptados por el país mediante la aprobación de tratados internacionales.
5. Concomitantemente, analizando cómo el artículo 93 de la Constitución le confiere al país el reconocimiento de derechos capitulados por intermedio de los acuerdos internacionales debidamente ratificados, y le impone directamente una carga proteccionista en materia de derechos, con relación a aquellos provenientes históricamente del iusnaturalismo sin limitación alguna, estos entran a prevalecer en el orden interno, donde “los derechos y deberes consagrados en la Carta Política, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales” (p. 43). En consecuencia, existiendo la aprobación de la Declaración UDH y de la Convención ADH mediante la Ley 16 del 30 de noviembre de 1972. A su vez, dentro de la misma Constitución, el artículo 224 se encuentra íntimamente ligado con el precepto normativo número 29 (debido proceso), permitiendo la aprobación de tales acuerdos por intermedio de leyes, a través de un trámite procedimental ante el Congreso de la República, en cumplimiento del principio de coordinación institucional.
6. En esa medida, obsérvese también, cómo en relación con el artículo 93, el artículo 94 de la Constitución, a partir de su interpretación, envuelve en un conjunto todas aquellas garantías incorporadas en la misma Carta política y en los convenios internacionales debidamente ratificados por Colombia, “inherentes a la persona humana”. Derechos y principios que se constituyen en un soporte fundamental y vinculante, dentro del funcionamiento del nuevo modelo de Estado político actual, el cual permite definirlos, ponderarlos y posteriormente aplicarlos a través del bloque de constitucionalidad.
7. Del mismo modo, examinando las anteriores disposiciones normativas, el artículo cuarto –al cual no se le realiza su descripción cronológica mediante el anterior orden numérico articulado, debido a la importancia funcional que le otorga a toda la actividad constitucional colombiana–, identificado como principio de legalidad, determina la exigibilidad de todas sus sincronizaciones normativas, sin excepciones, para su aplicación a cualquier caso concreto.

Relacionadas estas consideraciones formales, podemos afirmar que el surgimiento de nuevos mecanismos legales son permitidos dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno, producto de la existencia del actual modelo político constitucional y de la aprobación de tratados internacionales, dado que dichos preceptos reglamentarios se permiten enlazar entre sí.

El surgimiento y la existencia del principio constitucional desarrollado, adicional al estudio anteriormente descrito, también como realidad robustecida, logra reafirmarse no solo por el análisis histórico, jurídico y normativo que se obtiene del concepto, sino también, de aquella estrecha relación que se consigue producir constitucionalmente entre derechos humanos y derechos fundamentales, debido a la existencia del principio de dignidad humana, el cual, como cimiento del propio iusnaturalismo, es la base esencial de todas las facultades y garantías jurídicas que hacen que exista la llamada efectividad de derechos y de principios, convirtiéndose dicho elemento en una posibilidad legítima pertinente para construir y determinar razonamientos jurídicos de validez, conforme a lo que sería su vocación ontológica y metodológica establecida, a través de sus fines específicos y de su propia esencia convencional, dado que los principios, pueden surgir como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución misma por diversas vías y por mandato de la propia Carta magna (Sentencia C-067, 2003).

El principio de convencionalidad: su análisis interpretativo, con vocación a los criterios hermenéuticos de la Corte Constitucional en sala de revisión como modelo de aplicación

Para el análisis de la existencia, eficacia y aplicación del principio de convencionalidad, lo primero a lo que debemos apuntar es a los criterios de validez que determina la Corte para el estudio de los principios existentes en la Constitución y de aquellos desde su valoración mediante el bloque de constitucionalidad, donde la misma institución en sala de revisión de tutela ha señalado que, frente a la protección de derechos fundamentales, estos deben reunir unos requisitos indispensables: 1) conexión directa con los principios constitucionales, 2) eficacia directa y 3) contenido esencial (Sentencia T-406, 1992). Adicionalmente, frente a la existencia de los principios, como reglas, que son utilizados comúnmente dentro del estudio hermenéutico que hace la Corte en sus fallos, obtenemos aquella herramienta especial denominada *principio de unidad constitucional*, la cual hace que el contenido semántico de la propia Carta Política se convierta en un compendio indiscutible cuando hablamos de primacía normativa, ya que dicho principio “exige la interpretación de la Constitución como un todo armónico y coherente, al cual se opone una

interpretación aislada o contradictoria de las disposiciones que la integran” (Sentencia T-425, 1995).

Ahora bien, fijadas las anteriores consideraciones y relacionadas con las diferentes teorías expuestas, dentro del estudio realizado a partir de la distinta jurisprudencia constitucional emanada por la Corte desde el año 2012, y verificando si de forma efectiva dicha institución en algún momento ha proclamado la creación del principio de convencionalidad como derecho innominado a través del bloque de constitucionalidad, se analizaron las siguientes sentencias de tutela y de constitucionalidad: T-653 de 2012; Su-712 de 2013; T-976 de 2014; T-655 de 2015; T-030 de 2016; T-179 de 2017; T-296 de 2018; T-433 de 2019; SU-146 de 2020; SU-190 de 2021; C-500 y C-792 de 2014; C-326; C-469 y C-586 de 2016; C-086 de 2019; C-029 y C-044 de 2021. De las cuales, no se logró evidenciar su existencia, pudiéndose concluir que dicha institución no posee explicación alguna referente a la que se le ha tratado de dar al principio, pero sí ha procedido a definir e interpretar el control de convencionalidad solo en correspondencia a los pronunciamientos de la Corte IDH como factores vinculantes para el ejercicio del poder constitucional (Sentencia T-006, 2020).

Como regla de base para la interpretación del principio de convencionalidad, según el análisis realizado, tenemos que sobre este, en materia de aplicación, se desprendería cualquier tipo de control para la defensa de derechos y garantías constitucionales y no al revés, como acontece en la actualidad con el tema del *control de convencionalidad*, que únicamente es utilizado por la respectiva Corte cuando le da aplicación directa dentro de sus providencias a la jurisprudencia internacional de la Corte IDH, y cuando trata de darle explicación a la Convención ADH, relacionada con la Declaración UDH, dado que dicho control, como denominación, vino a surgir en la vida jurídica apenas en el mes de septiembre del año 2006, producto del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*.² Pero el principio examinado debió existir en Colombia desde que surgió la Carta política de 1991 a través de una perspectiva innominada, y

2 “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ver al respecto Corte IDH (2006)”. (Caso *Almonacid Arellano* y otros vs. Chile, serie C, No. 154, p. 53).

que podría haber nacido también como principio positivizado, teniendo por lo menos en cuenta la existencia de la Ley 16 del 30 de noviembre de 1972.

El derecho humano al asilo político como fenómeno jurídico y jurisprudencial en materia de orden interno e internacional, en relación a la aplicación del principio de convencionalidad

La evolución del derecho al asilo político³ como mecanismo de protección para el ser humano, desde el siglo XIX, ha ido adquiriendo un mayor protagonismo dentro de las diferentes cartas normativas internacionales como derecho positivo y dentro de las innumerables constituciones del mundo; con la aprobación especial de la Declaración UDH en su artículo 14 como mandato y puente principal; con el surgimiento de la misma Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (2016, pp. 15-16), según el artículo 27; con la Convención sobre el Estatuto de Refugiados (ACNUR), adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 para fortalecer la concesión del derecho al asilo y con la Convención IDH nacida a partir del 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica,⁴ en su artículo 22, numerales 7 y 8 para su consolidación en América Latina.

Frente al desarrollo del análisis jurídico e interpretativo acerca del derecho humano al asilo político y el alcance vinculante en materia normativa que posee el tema de convencionalidad para su protección, se hizo necesario realizar un estudio resumido sobre lo interpretado por la Corte IDH dentro de su jurisprudencia, verificando la presencia o no del principio desarrollado, analizando dos providencias de las que se encuentra incluida una opinión consultiva significativa, con el fin de determinar su grado de importancia, el

3 "1. En caso de persecución toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. 2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas. Véase al respecto, Declaración Universal de Derechos Humanos" (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, p. 11).

4 "Los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Véase al respecto Organización de los Estados Americanos" (1969, p. 2).

modo aplicativo y la influencia dentro del poder jurisdiccional en materia de orden interno del que los tratados internacionales terminan generando, más el estudio de un caso colombiano referente al asunto.

Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia y su análisis frente a la protección del derecho humano al asilo político

Uno de los asuntos relacionados con el tema del control de convencionalidad ha sido el caso de la familia Pacheco Tineo vs Bolivia, el cual fue abordado por la Corte IDH debido a su impulso que hace la Comisión IDH ante dicho Tribunal internacional el 21 de febrero del año 2012, producto de una “alegada devolución de la familia [...] del Estado de Bolivia al Estado del Perú el 24 de febrero de 2001”, como consecuencia del rechazo de una solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiados en Bolivia y de la decisión de expulsión adoptada por las autoridades migratorias de ese país. En consideración a estos hechos conocidos, la Corte Interamericana examina la protección de los derechos humanos a través del ámbito convencional, en el que el tratado internacional garantiza no solo aquellos derechos, sino, también, los que tienen connotación de fundamentales, de los que los Estados parte de la Convención hacen valer y aplican dentro de su ordenamiento jurídico interno, en aras de garantizar la efectividad de derechos por intermedio del ámbito democrático y constitucional, toda vez que “le corresponde a los órganos del sistema interamericano establecer si las actuaciones de las autoridades nacionales, que estaban llamadas a hacer ese análisis o determinación, fueron compatibles con la Convención Americana” (Organización de los Estados Americanos, 1969, p. 56).

En atención al observado, los alcances que tiene el tema de convencionalidad, su modo de aplicación y su injerencia dentro del ordenamiento jurídico interno, en relación con el país boliviano, como conclusión, se tornan de obligatorio cumplimiento e influyentes por ser Estado parte de la Convención.

Opinión consultiva OC-25 del 30 de mayo de 2018 y su análisis sobre la institución del asilo político como derecho humano en el Sistema Interamericano⁵

Con base en el manual de funcionamiento que trae la Convención ADH, la Corte Interamericana adquiere, por competencia, fuera de sancionar a los Estados parte de la convención por violación de derechos humanos, la función consultiva como órgano de opinión, de lo cual se permite analizar la “institución del asilo como derecho humano dentro del sistema interamericano”. Por petición solicitada del Estado de Ecuador, esta expide el 30 de mayo de 2018 el informe consultivo OC-25 con el que define e interpreta su alcance a través de los artículos 5 y 22, numerales 7 y 8, en relación directa con el artículo 1, numeral 1 del respectivo tratado.

El tribunal internacional, con base en el artículo 73, numeral 1⁶ y en razón a la tarea encomendada referente a la consulta, realiza un estudio conclusivo en el que, por virtud del precepto normativo referido, en atención al numeral 4⁷ de dicha norma, decide pronunciarse, y a través de sus facultades legales y reglamentarias, insta vincular por intermedio de un debido proceso a todos los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), “al Secretario General de la OEA, al Presidente del Consejo Permanente de la OEA, al Presidente del Comité Jurídico Interamericano, a la Comisión IDH” (OC-25, 2018, p. 6) y a diversas Organizaciones internacionales y de la sociedad civil e instituciones académicas, y a todos los interesados dentro de un plazo estimado, con el fin de que procedieran a remitirle sus opiniones escritas sobre la consulta para poder fijar audiencia pública y expedir el concepto general. Celebrada la audiencia el 24 y 25 de agosto de 2017 en el marco del 119° periodo ordinario de secciones de la Corte IDH (OC-25,

5 “El artículo 64.1 de la Convención Americana marca una de las vertientes de la función consultiva de la Corte Interamericana, al establecer que: Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. Véase al respecto, Corte IDH (2018)” (Opinión consultiva OC-25, 2018, p. 10).

6 Artículo 73.1 del Reglamento de la Corte: “Una vez recibida una solicitud de opinión consultiva, el secretario transmitirá copia a todos los Estados miembros, a la Comisión, al Consejo Permanente a través de su Presidencia, al secretario general y a los órganos de la OEA a cuya esfera de competencia se refiera el tema de la consulta, si fuere del caso” (Corte IDH, 2009, 26).

7 “Artículo 73.4: Una vez concluido el procedimiento escrito, la Corte decidirá si considera conveniente la realización del procedimiento oral y fijará la audiencia, a menos que delegue este último cometido en la Presidencia” (Corte IDH, 2009, 26).

2018, p. 8), en San José de Costa Rica, logró concluir frente al tema del asilo político, en cumplimiento del principio de cooperación internacional como norma consuetudinaria (OC-25, 2018, p. 63), que es un derecho humano del que tiene toda persona a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo con esta expresión el estatuto de refugiado, según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia, en los términos de los párrafos 61 a 163 (OC-25, 2018, p. 64).

Con relación a la normatividad interna de Colombia, el Estado ha asumido el papel de reconocer el asilo político no solo como derecho humano sino también como fundamental, el cual se ha encontrado al alcance de los ciudadanos por intermedio del Artículo 36, adherido de manera concordante en ejercicio al bloque de constitucionalidad, con base en los artículos 93 y 94, con vocación a la aplicación del principio de legalidad vinculado por intermedio del artículo 4 de dicha ley fundamental. Dicho derecho es admitido en sus otras dos características como lo son el asilo territorial y de refugio, mediante la misma Convención sobre el Estatuto de Refugiados suscrita en la ciudad de Ginebra en 1951 y posteriormente en la Declaración de Cartagena sobre refugiados del 22 de noviembre de 1984,⁸ aprobadas por Colombia mediante las leyes 35 de 1961 y 65 de 1979, reconocidas a través del Decreto 2840 de 2013 (p. 5), expedido por el Ministerio de Relaciones Exteriores como instrumento procedimental para su trámite, y el Decreto 1065 de 2015 (p. 118) como reglamento único administrativo en materia de Relaciones Exteriores, especialmente dentro de su título 3, capítulo 1, sección 1, dejando por sentado que, todas las actuaciones de las autoridades nacionales que operan bajo las leyes internas, deben de ser compatibles, especialmente, con la Convención.

Sobre lo anterior, es importante aclarar que, en materia jurisprudencial en Colombia por parte de la Corte Constitucional, revisados los antecedentes informativos desde el año 2003 hasta hoy, en atención al asunto del derecho al asilo político, relacionado con el tema del principio de convencionalidad, dentro de las numerosas sentencias de tutela existentes (T-704 de 2003, T-496 de 2008, T-250 de 2017, T-210 de 2018, T-143 de 2019, T-006 de 2020, T-144 de 2021), y de constitucionalidad (C-405 de 2004, C-370 de 2006, C-936 de 2010 y C-416 de 2014), no se logra encontrar igualmente registro alguno

8 "Se reitera la importancia central que tiene el principio de no devolución en la protección internacional de los refugiados, el cual 'debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de *jus cogens*'" (Sentencia T-250, 2017).

acerca de la implementación de dicho principio para la defensa constitucional del derecho analizado.

Caso Luisa Alejandra Bravo Sainea y Lázaro Valdés Carrillo vs. Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia, Regional Andina, y su análisis sobre la posible aplicación del principio de convencionalidad relacionado con la institución del asilo político como derecho humano

En atención al caso de estudio en Colombia, tomando como base la Sentencia de Tutela T-500 de 2018, esta nos ofrece un interrogante y la oportunidad de comprender cómo podríamos ver reflejada en ella la aplicación del principio de convencionalidad para la defensa de los derechos humanos; en este caso, en favor de la protección del derecho humano al asilo político, dada la importancia dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno, con relación a la aplicación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el país.

Adentrándonos en el asunto que la Corte procede a analizar en sala de revisión, a través de un resumen descriptivo de los hechos sobre la situación de un ciudadano cubano, de nombre Lázaro Valdés Carrillo y de profesión médico, quien mediante abogado requiere la defensa de sus derechos fundamentales que estima fueron vulnerados por la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia, Regional Andina al expulsarlo del país por el término de 10 años (Sentencia T-500, 2018), dado que la decisión tomada por dicha institución estuvo orientada a considerarlo “un peligro para la seguridad y el orden nacional”, sin iniciarle en debida forma un proceso administrativo en el que le notificaran la existencia de este, con el fin de que pudiera hacer valer su derecho de defensa y contradicción, de conformidad con el Artículo 29 de la C.N., expidiéndole la Resolución 20177030010946 del 10 de febrero de 2017.

De esa manera, presentó acción de tutela en contra de la entidad migratoria en primera instancia ante el Juzgado Cincuenta y Seis Penal del Circuito de Bogotá, informando, adicionalmente que, a fin de regular su situación migratoria y evitar una judicialización en Cuba, producto de la deserción

médica que este tuvo con su país, fue declarado “objetivo militar de alta traición a la revolución Cubana y Bolivariana” y “amenazado bajo sospecha por ser contrarrevolucionario por lo que decidió refugiarse” (Cap. 1, núm. 1.3), y porque también ya residía en el “municipio de Villeta, Cundinamarca desde el año 2014, con su compañera permanente [...] formando una familia integrada por su hijo Lázaro Santiago e hijastro Santiago a quienes asistía con decoro, constancia y amor [...] y su expulsión de Colombia lo ubicaba en una situación de vulnerabilidad e incertidumbre, pues no se indicó hacia donde debía trasladarse, olvidando que no tenía un país adonde asentarse con vocación de permanencia” (Cap. 1, núm. 1.10 y 1.11).

Declarándosele procedente en primera instancia sus derechos tutelados por el juzgado Cincuenta y Seis Penal del Circuito de Bogotá, el 3 de mayo de 2018, revocada la decisión debido al recurso de impugnación presentado por la entidad migratoria, dado que la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la capital colombiana, el pasado 22 de junio del mismo año, decidió indicar que dicha institución administrativa era el ente competente para determinar la norma sobre la cual debía fundamentarse la medida de expulsión decretada, por lo que la autoridad judicial de instancia no podía “abrogarse [sic] funciones que no le asisten” (Cap. 3, núm. 3.2), la Corte Constitucional, en sala segunda de revisión, escoge el asunto y a través de su criterio jurídico - valorativo hace hincapié frente al propósito y aseguramiento de los fines esenciales del Estado, con exigencia del debido proceso que le fue vulnerado al accionante a través del principio de legalidad, cuya apreciación se centra en el análisis del acto administrativo que la entidad migratoria expide en contra del afectado, con lo cual se revoca el fallo y se ordena a la Unidad Administrativa de Migración Colombia iniciar nuevamente el proceso migratorio sancionatorio en contra del demandante bajo los lineamientos del debido proceso y en ejercicio del derecho de defensa y contradicción.

Lo importante del asunto es que, la protección del derecho de asilo político, por medio de la acción de tutela ha de inspirarse en tratados internacionales, como la Convención ADH ratificada por Colombia mediante la Ley 16 del 30 de diciembre de 1972, dada la naturaleza convencional coadyuvante. Ello, en atención a sus artículos 1, 5 y 22, numerales 7 y 8, donde se afirma que todas las actuaciones de las autoridades nacionales que operan bajo las leyes internas, deben de ser compatibles con dicha Convención, observándose con ello, que el grado y alcance de injerencia que posee el objeto de convencionalidad, resulta siendo al día de hoy, una realidad y por ende, con vocación a la ampliación de los fines esenciales por parte del Estado, *el principio de convencionalidad*, por

analogía jurídica, dentro del entendido material y grado de alcance jurídico, no simbólico y sí normativo, permitiría ineludiblemente que, a través de la aplicación del *principio de integración normativa*, conexo con los principios de democracia, cooperación internacional como norma consuetudinaria de derecho internacional, de solidaridad, buena fe, necesidad y sobre el concepto de dignidad humana, haga que la Corte Constitucional deba de estar no solo obligada al ejercicio del poder jurisdiccional en la materia, sino también, en la de escalar nuestra Constitución y su contenido hacia un posicionamiento positivo a nivel regional que le permita estar al país a la vanguardia del nuevo sistema jurídico moderno al que nos ha venido direccionando el mundo de la globalización y los alcances existentes, por el solo hecho de reconocer la trascendencia del rigor interpretativo del bloque de constitucionalidad.

Con observancia a la aplicación del principio de convencionalidad si este lograra surgir a la vida jurídica en atención al caso de estudio, probablemente pudiéramos sacar las siguientes consideraciones:

1. Frente al tema del asilo político, la Corte pudiera haber garantizado la aplicación de dicho derecho, adecuando su protección por intermedio del Artículo 30 de la Declaración UDH, y sobre los artículos 1, 22, numerales 7 y 8 y 29, literales C y D de la Convención ADH para el refuerzo de su protección integral sin discusión alguna.
2. Asimismo, en atención al Artículo 36 de la Constitución, impulsar su adecuación jurídico-normativa a través de los artículos 9 y 93 de la Carta política (prevalencia de los tratados internacionales dentro del orden interno) y del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, en aplicación del Artículo 94 de la misma Ley, junto con las interpretaciones jurisprudenciales adoptadas por la Corte para la defensa del derecho humano al asilo político.
3. Y, de esta manera, estimados los anteriores elementos informativos, declarándose procedente por parte de la Corte el derecho analizado, dejando sin efectos la Resolución de expulsión en contra del ciudadano cubano, y vinculando al Ministerio de Relaciones Exteriores, o quien haga sus veces como autoridad competente de manera directa, para que inicie el estudio del caso del afectado y el reconocimiento de su derecho al asilo político a través del debido proceso y dentro de un término prudencial para ello, ordenándosele también a la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia, mientras se hace efectivo ese derecho, otorgar de manera preventiva un salvo conducto de permanencia al tutelante.

Aclarados los alcances descriptivos para la protección, no solo del derecho humano al asilo político sino de otros derechos que tengan el mismo carácter y posicionamiento, tenemos que, con relación a un ejercicio jurídico por analogía hermenéutica de nuestra Constitución y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia, la aplicación del principio de convencionalidad como herramienta influyente para la defensa armónica de dichos instrumentos, aprobada su existencia, serviría como elemento constitucional vinculante que, directamente, interpretaría y resolvería cualquier vacío jurídico, tanto para el actual asunto analizado como para cualquier otro caso de estudio en el que se presentare algún tipo de violación de derechos de competencia de las autoridades judiciales, dado que este principio, además, tendría una relación directa con el concepto de dignidad humana, como derecho universal, y coadyuvaría en la implementación de otros principios relacionados entre sí, para el fortalecimiento aun mayor de la protección de los derechos fundamentales emanados de la Carta política de 1991, porque dicho instrumento recogería toda la adecuación e interpretación jurídica de todos los postulados legales existentes en la especialidad, haciendo que su grado de validez entre a controlar cualquier tipo de actuaciones efectivas, sujetas a un campo de acción.

El principio de convencionalidad bajo el test de proporcionalidad, aproximado al contexto constitucional en Colombia

Sobre la defensa de los derechos, en obediencia a los procedimientos utilizados para su protección, la existencia de mecanismos como el del test de proporcionalidad ha sido interpretado por la Corte Constitucional como un elemento que “busca poner en relación de equilibrio dos o más institutos jurídicos que han entrado en contradicción, [...] y actualmente se instituye en una barrera a la imposición de limitantes a los derechos fundamentales y en una garantía de su efectividad” (Sentencia C-144, 2015).

El examen que se realiza del principio de convencionalidad como tema de estudio en materia procedimental, si bien como carga o base jurídica impositiva, no existe en Colombia. Dadas las circunstancias aclarativas que se han venido desarrollando, nuevamente sobre lo expuesto en la tutela T-500 de 2018, con el propósito de sacar algunas otras conclusiones en cuanto a la orientación aplicativa que se le pueda generar a dicha herramienta, dentro del ejercicio

académico, interpretativo y ponderativo y con otros instrumentos jurídicos o su colisión frente al margen de acción o coexistencia de derechos, según su grado de importancia, podemos sacar como conclusiones las siguientes:

1. De manera principal, la colisión de derechos y de principios depende de su nivel e importancia en materia constitucional a la luz de la Carta política de 1991, en relación con la protección del derecho internacional para el tema de derechos humanos y fundamentales, pues, en ese sentido, ante la existencia de derechos involucrados, podríamos decir que el principio de convencionalidad si existiese, como regla de base, entraría a jugar un papel trascendental, tanto para su propia ponderación como para la aplicación de ciertos derechos en conflicto, los cuales por ningún motivo podrían ser excluidos.
2. Así, entonces, los argumentos que se podrían tener en cuenta, en razón a un test de proporcionalidad, según el caso de estudio, para el tema de derechos en convivencia, a través de una posible interpretación que de él hace la Corte Constitucional primigeniamente, sería la de posicionar el grado de importancia de cada uno de los principios y derechos, según su estado de necesidad. Y, asimismo, la solución del asunto con base en un tema de objetividad jurídica y preponderancia fundamental, donde la prevalencia de derechos dentro de nuestro nuevo modelo de Estado social, se fundamenta en la materialización del respeto y la protección integral del concepto de dignidad humana y de aquellos derechos que van envueltos en una condición sumamente especial por estar arraigados a una condición humana elemental.
3. Que, en atención a la aplicación del principio de convencionalidad, los derechos afectados no solo por la entidad migratoria colombiana que ordena la expulsión del ciudadano cubano, sino por parte de la Corte Constitucional, que no hace un análisis pormenorizado de algunos temas adicionales, entre ellos, el de asilo político y demás derechos inherentes al caso, lo cual no le da su validez y aprobación para que sean respetados y garantizados, se encuentran relacionados con el principio de dignidad humana, donde los derechos fundamentales y humanos priman como categorías especiales que no tienen instancia de negociación.
4. Consecuentemente, frente a la existencia y aplicación del principio sobre el tema de estudio, en relación con el derecho de asilo político, y en correspondencia con los principios de adecuación, congruencia (aplicación de la constitución de manera integral), instrumentalidad (acciones constitucionales para la defensa de los derechos), de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto (aplicación de derechos sin discriminación), no podría existir ninguna acción de intolerancia en materia

de derechos, dado que, en razón al efecto convencional del principio, cualquier conflicto entre principios y derechos, en atención a la protección de los derechos humanos, por el gran peso que este tendría, debido a su importancia supraconstitucional, lo único que generaría es, sin duda alguna, la compensación efectiva y positiva de cualquier grado de afectación que se genere desde un nivel de proporcionalidad.

5. Desde un grado de proporcionalidad en sentido estricto, entonces, es imperioso definir las anteriores situaciones en un compendio calificado de iniciativas complementarias de obligatorio cumplimiento para la defensa de derechos y principios establecidos en la Constitución, los cuales serían innegociables, teniendo en cuenta que, frente al examen del mismo test, a través de su aplicación al caso en concreto, este también podría analizarse en su sentido leve e intermedio por parte de la Corte Constitucional, según su entendido, precisamente bajo dicho principio de “libre configuración”.

El principio de convencionalidad, como herramienta transformadora, según el análisis desarrollado anteriormente, ha podido surgir: primero, por la aprobación de tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos como ya se ha indicado, y segundo, por las transformaciones en materia de derecho que se han venido presentando, a través de esquemas procedimentales y hacia la parte institucional por los diferentes estamentos jurídicos y constitucionales existentes y que comúnmente se encuentran en vía de desarrollo.

El Principio de convencionalidad bajo el esquema de excepción de principalidad, aproximado al contexto constitucional en Colombia

Con vocación a las circunstancias constitucionales que rodean la importancia de los principios y derechos adheridos en la respectiva Carta política colombiana, a partir de la aceptación, relevancia y trascendencia de dicho principio y según los análisis realizados, igualmente podemos inferir que esta herramienta constitucional, en sentido estricto, podría ser un instrumento innegociable que tendría como obligación primar el ejercicio de derechos humanos y fundamentales dentro de las diferentes instancias judiciales, administrativas y constitucionales, con el fin de fortalecer la estructura del ejercicio del nuevo modelo político de Estado y, asimismo, imponerse como elemento de procedimiento interamericano a la luz de los tratados

internacionales para que justifique, aclare, controle y permita la aplicación de la propia Declaración UDH y de la misma Convención en un sentido amplio de apreciación, ajustada a los estándares y parámetros jurídicos de orden interno en la región.

El reconocimiento no solo de este principio desde una noción fuerte, sino de muchos tantos adjudicados a partir de nuestro ordenamiento jurídico, son dados por razón a la voluntad del constituyente primario, del legislador y de la misma Corte Constitucional, la cual, mediante Sentencia T-406 de 1992, se ha tomado la tarea de indicar, de manera resumida, que los principios como pautas normativas adquieren importancia excepcional cuando la ley ha perdido su posición predominante (Estrada, 2021); y por intermedio de la Sentencia T-067 de 2003 cuando toma como base los principios asumidos por Bobbio a través del bloque de constitucionalidad, en el entendido de que sirven “de i) regla de interpretación respecto de las dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas” (Sentencia C-067, 2023). A partir de esa línea apreciativa, la excepción de principalidad, como institución, toma su rumbo desde la parte del reconocimiento de los principios cuando, mediante un control difuso, una norma viola un principio jurídico estando o no en la Constitución, y dicha norma tendría que ser inaplicada (Estrada, 2021). También, en esa sintonía, analizando el tema de la excepción de principalidad, ha indicado de manera coherente el Juez Dieciséis Penal del Circuito de Medellín, cuando “ por regla general las normas que se ajustan al test de constitucionalidad, también se adecuan al de superioridad”, es decir que las normas que son compatibles con la Constitución también son compatibles con los principios rectores, pero habrá casos muy excepcionales en donde una norma, a pesar de que sea armónica con la Constitución, sea ilegal por contravenir un principio rector” (Sala de Decisión Penal, Radicado 050016000000201800012, 2019).

Posibilitar la relación que podría existir entre el principio de convencionalidad y la figura de excepción de principalidad, dentro del marco del derecho constitucional actual para su funcionamiento, permitiría que dicho principio como elemento rector no tenga excepción alguna de aplicación cuando una norma contraría su postura en razón hacia la efectividad de derechos fundamentales y humanos, dentro de un conflicto normativo, a instancia judicial y constitucional, cuando se pretenda inaplicar dicho instrumento por los distintos operadores jurídicos, dado que su esencia es ni más ni menos

que la de velar por valorar, clarificar, controlar y hacer prevalentes las posturas que hoy se encuentran interiorizadas en la Carta política, en razón al respeto de los derechos de primera generación y conexos, y de aquellas garantías constitucionales que le permitan al individuo gozar de especial protección. Frente a estas diferentes causas, tendríamos, por consiguiente, la posición actual del principio de convencionalidad, no solo dentro del campo de lo constitucional sino a partir de un plano jurídico en materia de derecho internacional en el que su existencia y validez se logra convertir en una necesidad y realidad jurídica a la vanguardia del derecho posmoderno.

Conclusiones

En general, frente a los temas de análisis introducidos, se consigue apreciar que la esencia del principio de convencionalidad se logra generar a partir de la unión material entre principio y convención, producto de esa relación de causa y efecto que se acentúa sobre una idea de justicia como propósito y, a su vez, desde un contexto histórico, producto de los acuerdos de voluntades, los cuales hacen que surjan normas que puedan admitir el ejercicio de su discrecionalidad.

En especial, todo este engranaje jurídico le permitiría al principio salir a la luz jurídica, con conceptos y acciones inveteradas en la humanidad, producto de la filosofía del derecho, desde una premisa tan importante y fundamental que convalida y sustenta la construcción investigativa de lo interpretado como núcleo esencial de esta tesis, mediante aquella perspectiva de análisis en la que Rousseau (1982) sustenta su contrato social, sobre el entendido de que “el orden social constituye un derecho sagrado que sirve de base a todos los demás. Sin embargo, este derecho no es un derecho natural: está fundado sobre *convenciones*” (p. 5). Argumento que, de manera lógica, vincula no solo precedentes históricos, sino que permite que el activismo jurídico sobre el que se mueven tanto las personas que habitan un territorio de un Estado como las instituciones y los sujetos de derecho internacional, sea una realidad plausible en todos sus contextos sociales a partir del tema de protección de derechos y el fortalecimiento de políticas públicas para el ejercicio interinstitucional.

Frente a la evaluación del principio de convencionalidad, partiendo de su aplicación hermenéutica a través del ejercicio del derecho, podemos decir que no se observa que exista como instrumento jurídico dentro de nuestro ordenamiento legal y constitucional, más aún cuando no se han logrado resolver

asuntos judiciales y constitucionales ante las Altas Cortes del país, no solo en relación al tema de aplicación de derechos, como lo es el del asilo político, sino también frente a otros derechos que contengan como esencia esa misma categorización o connotación especial protegidos por los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Dado que la única explicación frente al tema de convencionalidad que se ha logrado ver jurisprudencialmente, por ejemplo, dentro de las innumerables sentencias de la Corte Constitucional, ha sido el tratamiento interpretativo del control de convencionalidad que de él ha hecho la Corte IDH, a partir del año 2006 con analogía al caso *Almonacid Arellano vs. Chile* y en adelante, con el fin de sustentar la protección de los derechos humanos y su obligatorio cumplimiento, pero no como herramienta jurídica que la Corte de nuestro país haya creado a partir de la aceptación de algún tipo de investigación demostrativa o justificable, o que, como resultado de su labor, la haya impulsado como elemento técnico y constitucional por intermedio del bloque de constitucionalidad, por lo menos, como derecho innominado.

Consecuentemente, se torna ineludible señalar que sobre el principio de convencionalidad tendríamos el desprendimiento de cualquier tipo de control legal en razón a una defensa técnica que se llegare a realizar para prevenir todo tipo de violación de derechos, en este caso humanos y fundamentales relacionados y no al revés, dado que como situación elemental resultaría errado interpretar primero un control para controlar una situación jurídica (control – controlar) y saber que viene de un análisis jurisprudencial y no de aplicar un principio normativo que controle dichas situaciones como un deber ser jurídico.

En cuanto a la proyección jurídica del principio de convencionalidad, con relación a su posible existencia y según su análisis, dada la armonización que este tendría con otros principios – como el de cooperación internacional como norma consuetudinaria de este tipo de derechos, el de solidaridad, legalidad, democracia, buena fe, necesidad, *pro homine*, dignidad humana, entre otros, asociados de manera conjunta a través del principio de integración normativa –, no tendría problema alguno para ser aplicado dentro de nuestro ordenamiento jurídico de manera directa por órganos administrativos, judiciales y constitucionales a través del bloque de constitucionalidad, no solo como derecho innominado, sino también pudiéndose elevar a la categoría de principio constitucional como derecho positivo, pudiéndose utilizar, además, como instrumento importante para la protección de derechos humanos y fundamentales, concordables para la aplicación directa de los tratados internacionales ratificados por Colombia en la materia, pues dada su relevancia material, se podría reformar o modificar

específicamente el Artículo 93 de la Constitución, adicionándose allí de forma literal dicho principio desarrollado, convirtiéndose así, en un instrumento jurídico y constitucional con carácter real.

Asimismo, en cuanto a la conformación del principio de convencionalidad, sin dejar de lado su proposición normativa como instrumento jurídico en materia de orden interno, al ser adoptado por el país y tras hacer un análisis al contenido de la Convención ADH, también es importante destacar que en el mismo tratado no existe plasmado dicho principio, específicamente en la estructura de su base significativa como lo son su preámbulo y los artículos 1, 2, 63 (decisiones aplicadas por la Corte IDH aplicando la convención), y demás concordantes. Por lo tanto, los Estados parte, como lo es el caso de Colombia, podrían impulsar, a través de los artículos 76 y 77, la propuesta de incluir este principio dentro de la convención internacional en mención, para que pueda ser adicionada esta herramienta, con el fin de que, como instrumento internacional, sea acogido y positivizado igualmente y de manera directa, en razón a su alcance interpretativo, no solo para esta convención sino para la adecuación racional y congruente con la Declaración UDH, la cual también es implementada junto con el mismo tratado interamericano por la Corte IDH, para que sea aplicado el principio y no siga siendo utilizada por el tribunal internacional la famosa figura del control de convencionalidad.

El principio de convencionalidad, a raíz de su ejercicio hermenéutico, en relación con el test de proporcionalidad, entra a ser una herramienta transformadora del derecho sustancial a nivel constitucional, a partir de un plano internacional que se introduce como instrumento representativo de los derechos humanos y fundamentales relacionados, con una vocación estricta en su cumplimiento, donde su posición frente a un conflicto de principios entra a determinar la importancia imperativa de aquellos derechos que pueden estar posicionados por encima de otros que presuntamente pueda llegar a precisar el operador jurídico en el desarrollo de sus providencias.

En cuanto al análisis de la aplicación del principio, con relación al tema de excepción de principalidad en materia de derecho constitucional, se podría lograr que dicho instrumento jurídico sea convertido en aquel principio rector y no tenga excepción de aplicación alguna en el caso de que una norma pueda contrariar su postura en materia de efectividad de derechos, dado que su esencia, como se ha podido indicar, es la de velar por controlar, clarificar, valorar y hacer prevalentes las garantías constitucionales que existan en favor de los ciudadanos, según el grado de necesidad.

Asimismo, el principio de convencionalidad logra surgir, producto de la relación existente entre principio y convención, no solo dentro de la parte del derecho público como tema primigenio de análisis investigativo, sino también dentro de la esfera del derecho privado, a través del ejercicio de la ley civil y mercantil, dado su origen en la costumbre, como elemento histórico y jurídico. Principio desarrollado que podría adoptarse en el país dentro del Código Civil, al interior del contenido normativo del artículo 1602, para el cumplimiento efectivo de todas las obligaciones contractuales que comúnmente surgen dentro este campo del derecho, el cual ordena que: “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes”. Además, para el Código de Comercio, cuando en aquellas situaciones que no logran ser reguladas por dicha normatividad, se tuviere que aplicar las disposiciones normativas de la misma legislación civil, pudiéndose acoger tal iniciativa por los miembros del Congreso de la República, con el fin de reformar ese precepto legal que posibilite su existencia para su aplicación material y de manera directa a todos aquellos actos jurídicos, de conformidad con los artículos 150, 155 y 156 de la Constitución nacional.

Referencias

- Althusser, L. (1988). *Ideología y aparatos ideológicos del Estado Freud y Lacan*. Ed. Nueva Visión.
- Aristóteles (2001). *Ética a Nicómaco*. Trad. J. L. Calvo. Ed. Alianza.
- Aristóteles (1994). *Metafísica*. Trad. de Tomas Calvo M. Ed. Gredos.
- Cabanellas, G. (1979). *Diccionario jurídico elemental*. Editorial Heliasta.
- Carnelutti, F. (1940). *Metodología del derecho*. Trad. de Ángel Osorio. Ed. Hispano América.
- Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH (septiembre 26 de 2006).
- Constitución Política de Colombia (2006). Preámbulo. Legis Editores S. A.
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951). Preámbulo. <https://n9.cl/3fing>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-406 de 1992 (M. P. Ciro Angarita Barón; junio 5 de 1992).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-425 de 1995 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; septiembre 26 de 1995).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-067 de 2003 (M. P. Marco Gerardo Monroy; febrero 4 de 2003).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-144 de 2015 (M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez; abril 6 de 2015).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-250 de 2017 (M. P. Alejandro Linares Cantillo; abril 26 de 2017).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-500 de 2018 (M. P. Diana Fajardo Rivera;

- diciembre 19 de 2018).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-006 de 2020 (M. P. Cristina Pardo Schlesinger; enero 17 de 2020).
- Corte IDH. (2009). *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. LXXXV Período Ordinario de Sesiones.
- Decreto 2840 de 2013. Por el cual se establece el Procedimiento para el Reconocimiento de la Condición de Refugiado, se dictan normas sobre la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado y otras disposiciones. Diciembre 6 de 2013. DO. 48.996.
- Decreto 1067 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector de Relaciones Exteriores. Mayo 26 de 2015. <https://n9.cl/oqd4v>
- Estrada, S. (2021). *La excepción de principalidad*. <https://n9.cl/awnms>
- Habermas, J. (1999). *Teoría de la acción comunicativa. Tomo 1: Racionalidad de la acción y racionalización social*. Ed. Taurus.
- Hegel, G. W. F. (1968). *Filosofía del Derecho*. Trad. de Angélica Mendoza. Ed. Claridad.
- Hobbes, T. (2000). *Leviatán*. Trad. de Carlos Mellizo. Ed. Alianza.
- La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la convención americana sobre derechos humanos), Opinión consultiva OC-25, Corte IDH (30 mayo de 2018).
- Ley 16 de 1972. Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos 'Pacto de San José de Costa Rica', firmado en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Diciembre 30 de 1972.
- Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. <https://n9.cl/imy5>
- Organización de Estados Americanos (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>
- Organización de Estados Americanos (2016). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. <https://n9.cl/yaren>
- Rousseau, J. J. (1820). *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad de condiciones entre los hombres*. Imprenta de A. Oliva.
- Rousseau, J. J. (1982). *El contrato social o principios de derecho político, discursos sobre las ciencias sociales y las artes; discursos sobre el origen de la desigualdad*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.
- Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal. Radicado 050016000000201800012 de 2019 (M. P. Leonardo Efraín Cerón Eraso; marzo de 2019).