

**LA EXCEPCIÓN DE INCONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA REGIONAL
INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS, DESDE LA
PERSPECTIVA DEL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO.**

LUIS ALFREDO CASTELLANOS CASTELLANOS

Universidad La Gran Colombia

Facultad de Derecho

Programa de Derecho

Bogotá D.C.

2015

Resumen

El Control de Convencionalidad se configura como la herramienta esencial del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual le permite al operador jurídico proteger la integridad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tal control no solo le compete a la Corte IDH, sino que, fruto de la obligación *Pacta sunt servanda*, le compete a cualquier juez nacional, a las autoridades administrativas e incluso a los particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto; basándose los anteriores, en el derecho interno de cada Estado miembro de la referida Convención, con la obligación de asegurar y aplicar tal control.

Ahora bien, para lograr lo anterior, se señala que la excepción de inconvencionalidad es la herramienta adecuada que salvaguarda la CADH, en los casos que el operador jurídico colombiano encuentre una norma o un procedimiento visiblemente contrarios a esta, figura jurídica que sólo es posible aplicar, haciendo uso del bloque de constitucionalidad.

Abstract

The conventionality control is configured as the essential tool of the Inter-American Human Rights System, which allows the legal operator protect the integrity of the American Convention on Human Rights. Such control not only is responsible to the IACHR, but the fruit of *pacta sunt servanda* obligation both national judges and other legal practitioners of the domestic law of each member of the Convention relating State must ensure and implement such control.

But to achieve this, it is noted that the exception unconstitutionality is the right tool that safeguards the ACHR, where the Colombian legal operator finds a standard or obviously contrary to this procedure, legal concept that can only be applied making use of the constitutionality block.

Palabras claves

Control de convencionalidad, excepción de inconvencionalidad, derechos humanos, operador jurídico, bloque de constitucionalidad.

Key words

Control of conventionality, except unconventionality, human rights, Legal operator, constitutionality block.

Agradecimientos

*A mí amada familia,
quien siempre creyó en mí.*

*Así mismo, un agradecimiento
especial al Dr. Arcenio Velandia Sánchez
quien con su ayuda, he logrado convertirme
en una mejor persona, tanto en lo profesional
como en lo académico.*

Tabla de Contenido

Glosario	8
Antecedentes	9
Metodología	11
Enfoque metodológico	11
Tipo de investigación	11
Técnica de investigación	11
Planteamiento del problema	12
Pregunta de investigación	15
Justificación	16
Objetivos	18
Objetivo General	18
Objetivo específicos	18
Marcos referenciales	19
Mapa conceptual del proyecto de investigación	19
Marco legal	21
Marco conceptual	22
El Control de Convencionalidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	25
Concepto	25

Las características del control de convencionalidad	36
Las distintas clases del control de convencionalidad	42
El control de convencionalidad difuso	46
El Bloque de Constitucionalidad.....	49
La supremacía constitucional.....	52
La Excepción de Inconvencionalidad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.....	54
Conclusiones	68
Referencias bibliográficas	73

Glosario

Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
DADDH	Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Antecedentes

Dentro del sistema interamericano de protección de Derechos humanos, Colombia ha sido sometida a juicio por parte de la Corte IDH en múltiples ocasiones, lo que ha traído que se configure como uno de los principales vulneradores de la Convención Americana de Derechos Humanos, no sólo por no garantizar sus principios, fundamentos y valores contenidos en ella, sino que incumple en la medida que no cumple su posición de garante.

Los Estados, son los primeros obligados en garantizar los Derechos humanos, tal deber se configura en lo que la doctrina denomina “posición de garante”, tal compromiso se deriva de los múltiples tratados que los Estados han incorporado a sus sistemas internos. Esencialmente, y para el caso colombiano, se halla primeramente desde la Convención de Viena del año 1969, el cual señala el respeto “universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades” (preámbulo), claro está, sin desconocer la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Convención Internacional de Derechos económicos y sociales (1966), Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Convención de Viena (1993), y muchos otros tratados que configuran un bloque robusto protector de los Derechos humanos, todos ellos asentados en la regla del Derecho de los Tratados denominada Pacta Sunt Servanda, el cual los tratados deben ser cumplidos de buena fe.

Se tiene entonces, y con fundamento en las más de 25 condenas al Estado colombiano que ha proferido la Corte IDH, que Colombia no ha cumplido su posición de garante, reflejada esencialmente en sus omisiones y malas interpretaciones de la norma. Es por tal, que el operador

jurídico ha incorporado un mapa de ruta a seguir frente a la protección de Derechos fundamentales, denominada Constitución. Empero, y pese a la existencia de tal norma superior, el operador jurídico en sus decisiones, actuaciones u omisiones, resulta desconociendo ya no sólo la Constitución, sino que además vulnerando la CADH, incurriendo así en un claro desconocimiento a su posición de garante.

Es por tal, que al operador jurídico colombiano le es obligatorio realizar un control difuso de convencionalidad respecto de la CADH, y en caso de advertir una clara vulneración de tal convención, apartarse de la normatividad interna colombiana, y aplicar la excepción de inconventionalidad.

Ahora bien, la excepción de inconventionalidad es un mecanismo ideal para salvaguardar la CADH, pero resulta de difícil aplicación en la medida que no se encuentra ni constitucional, ni legalmente admitida, por lo menos en principio, por lo que en la mayoría de los caso resulta en una herramienta inocua.

El investigador se propone articular sus preferencias en el área del Derecho Internacional Público, en procura de señalar el camino indicado que debe seguir el operador jurídico colombiano para lograr aplicar la excepción de inconventionalidad de correcta forma, sin llegar a abusar del Derecho o prevaricar.

Metodología

Enfoque metodológico

La presente investigación cuenta con un enfoque cualitativo, por cuanto se pretende recolectar información sobre la excepción de inconventionalidad como herramienta desarrolladora del control difuso de convencionalidad, del mecanismo de protección de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

Tipo de investigación

Primeramente, se pretende explorar el conocimiento respecto la excepción de inconventionalidad del Sistema Interamericano de Derecho Humanos, que se ha dicho al respecto, cómo se ha dicho, donde se dijo, quién lo dijo, y con fundamento a que lo ha dicho. Una vez realizado lo anterior, especificar de manera clara los conceptos pertinentes a la investigación pretendida, señalando sus características y fundamentos legales y jurisprudenciales.

Técnica de investigación

Teniendo en cuenta lo pretendido por la presente investigación, se ha decidido que la técnica más adecuada a emplear, es la de análisis de documentos, ya que lo que se busca es recolectar información pertinente a la investigación, para después confrontar tales hallazgos con el estado actual de conocimiento frente a la excepción de inconventionalidad.

Planteamiento del problema

Los controles que son ejercidos por parte de los operadores jurídicos, resultan de vital importancia en el mantenimiento de un orden cuanto menos balanceado y estable, dichos controles deben propender por integrar todos aquellos elementos, ya sean del orden interno o del ordenamiento supranacional. Es en este sentido, que en el mantenimiento y salvaguarda de los derechos humanos, y especialmente de los tratados que han sido ratificados sobre la materia por el Estado colombiano, y para el caso en específico, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es que surge el denominado control de convencionalidad, entendido como una herramienta necesaria y obligada, que debe estar presente no solo de manera concentrada en un cuerpo colegiado único, sino que, al integrarse el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos al ordenamiento jurídico interno, le compete protegerlo con igual fervor y compromiso a todos los operadores judiciales. Esto, por cuanto recae en un tratado fruto del consentimiento válidamente otorgado, y que trae consigo diferentes tipos de responsabilidades, quedando así compelido el Estado colombiano a cumplir lo signado, obligación derivada de los principios del Derecho de los tratados, denominados *ex consensu advenit vinculum* y *Pacta sunt servanda*.

Es importante señalar, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), fue ratificada por el Estado colombiano a través de la ley 16 de 1972, entrando en vigor el 18 de julio de 1978, Convención que dentro de su normatividad despliega una serie de derechos humanos, no por ello desconociendo aquellos que no hubieran sido recogidos convencionalmente, puesto que su fundamento es la dignidad humana. Se tiene entonces, que el Estado colombiano al haber ratificado

la Convención Americana, reconoce todo su contenido¹ asumiendo una posición de garante, que le exige a todos los operadores jurídicos a velar por el respeto de tal tratado.

Sin embargo, el operador jurídico encuentra diferentes dicotomías cuando de defender la Convención Americana se trata, la primera de ellas, abre el siguiente interrogante: ¿si el control de convencionalidad es un control válido aplicable por los jueces nacionales? Y en caso de que su respuesta sea afirmativa, preguntarse si frente a una norma que resulta contraria a la Convención Americana, ¿a cuál mecanismo pueden acudir los operadores judiciales para inaplicar dicha norma? Para poder responder los anteriores cuestionamientos se debe tener en cuenta, como ya se ha mencionado en reiteradas oportunidades, que la Convención Americana de Derechos Humanos ha sido válidamente ratificada por Colombia, así como que ha sido aceptada la competencia de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sistema que obliga al Estado colombiano a cumplirlo de buena fe, bajo el principio de *Pacta sunt servanda*.

En consecuencia al otorgamiento de la voluntad de Colombia en hacerse parte de la CADH, lo obliga a respetar dicho tratado, así como garantizar su integralidad, es así que al ser incorporado al sistema jurídico interno, todos los operadores jurídicos deben asimilarlo como derecho propio,

¹ Para el caso, el Estado colombiano no suscribió ninguna reserva respecto del alcance y competencias atribuidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que en virtud al principio *Ex consensu advenit vinculum* y la regla *pacta sunt servanda*, Colombia se obliga a cumplir con lo pactado.

ya que lo es. Por lo tanto, el control de convencionalidad, como figura propia de la Corte Interamericana, debe ser aceptado en la misma medida que se aceptó el tratado y se acepta la jurisprudencia de dicha corporación. Ahora bien, el siguiente cuestionamiento obedece a la facultad que tienen los operadores judiciales para poder darle aplicación directa al control difuso de convencionalidad, esto al no estar directamente incorporada en el ordenamiento interno colombiano como causa válida para desconocer la norma nacional, entonces, ¿cómo aplicar la excepción de inconventionalidad del Sistema Interamericano, si dicha excepción es ajena a las causales válidas que le permiten al operador jurídico dar una aplicación distinta de la norma según lo establecido por el legislador? Es importante recordar que el operador jurídico está sometido bajo el imperio de la ley, y por tanto, no puede alegar a su favor, que ha ejercido un control directo de inconventionalidad, ya que podría predicarse de ello la comisión de un delito, como el prevaricato.

Pregunta de investigación

¿Cómo aplicar la excepción de inconvencionalidad del Sistema Regional Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico colombiano?

Justificación

La presente investigación es un trabajo de análisis y recuperación de información sobre el control difuso de convencionalidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su aplicación por parte de los operadores jurídicos colombianos a través de la excepción de inconventionalidad, cuando estos hallen incompatibilidades de la norma nacional con la norma convencional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Tal información resulta de vital importancia, en la medida que hoy por hoy no se puede desconocer el Derecho Internacional, y mucho menos, cuando tal Derecho pugna por la protección de los derechos humanos, por tal, es un deber de los operadores jurídicos proferir sus decisiones dándole prevalencia al Sistema Interamericano de Derechos Humanos por encima del ordenamiento jurídico colombiano, tal y como lo señala el artículo 93 de la norma superior al indicar que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno” (C.P., 1991, Art. 93). Es así, que en aras de proteger la Convención americana, el operador jurídico deberá darle aplicabilidad a la excepción de inconventionalidad como mecanismo de control difuso de convencionalidad.

Para lograr tal objetivo, primeramente se explicará en que consiste el control de convencionalidad, como se caracteriza tal control, reseñar las distintas modalidades de control de convencionalidad, para más adelante desarrollar el concepto de la excepción de

inconventionalidad, y de cómo darle una correcta aplicación sin recaer en un atropello normativo, especialmente cuando de proteger el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se trata.

Objetivos

Objetivo General

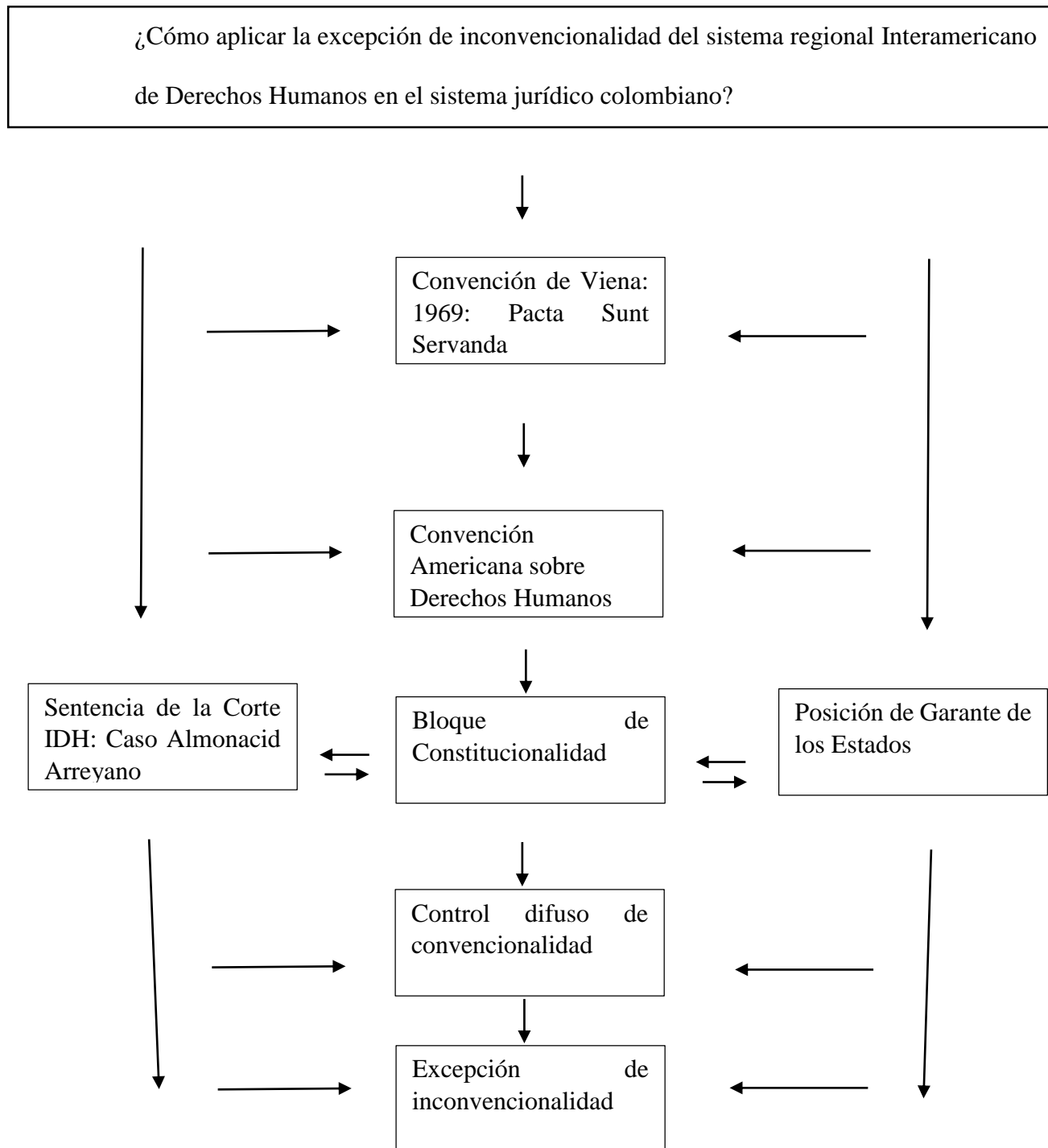
Conocer cómo se aplica la excepción de inconventionalidad del sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Objetivo específicos

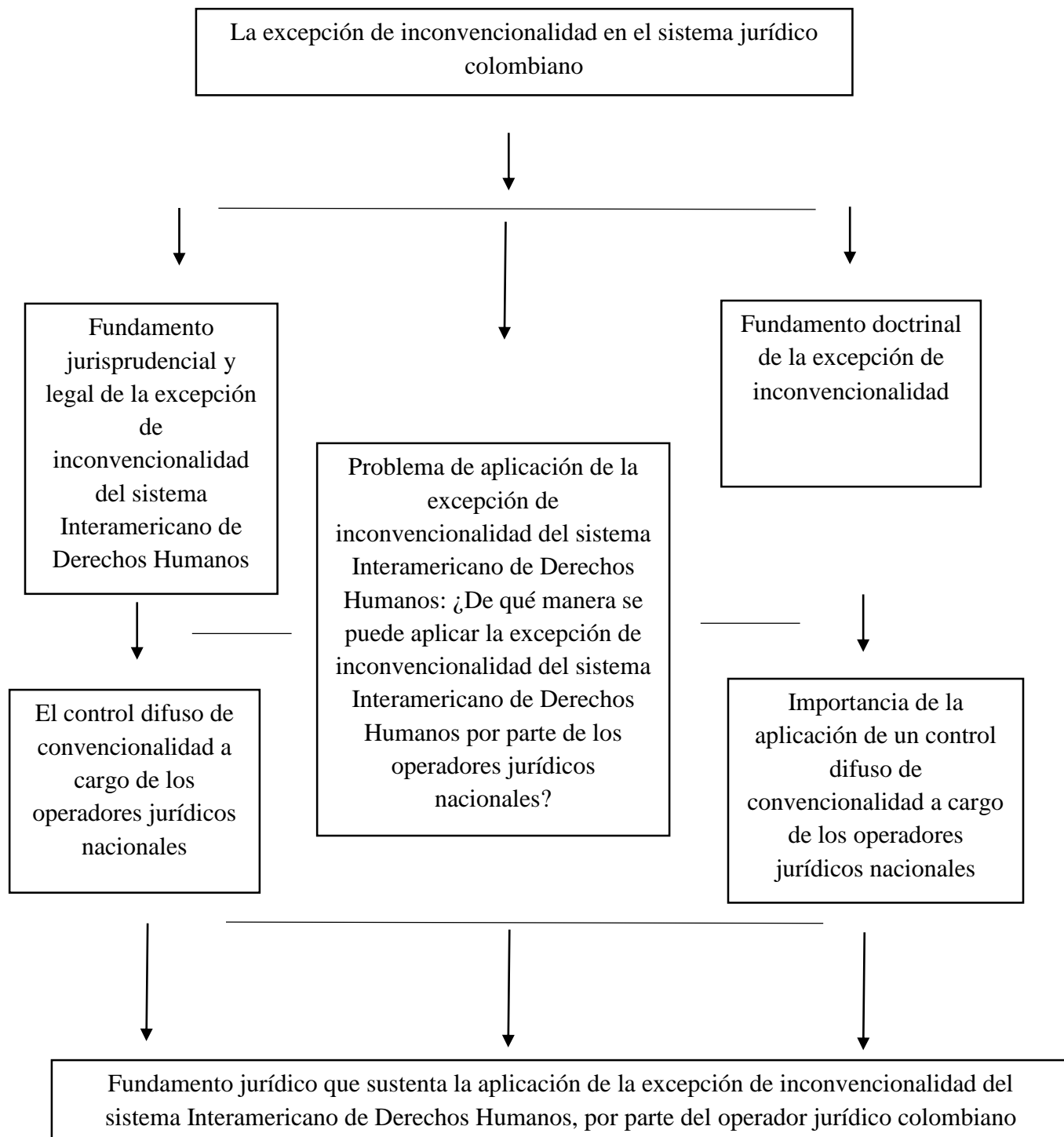
1. Revisar el estado actual del conocimiento sobre el control de convencionalidad.
2. Caracterizar el control de convencionalidad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.
3. Definir en qué consiste el control de convencionalidad difuso del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.
4. Exponer en que consiste la excepción de inconventionalidad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.
5. Explicar el contenido y alcance de la excepción de inconventionalidad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en el sistema jurídico colombiano.
6. Señalar como opera la excepción de inconventionalidad en el sistema jurídico colombiano dentro del marco del sistema regional Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Marcos referenciales

Mapa conceptual del proyecto de investigación

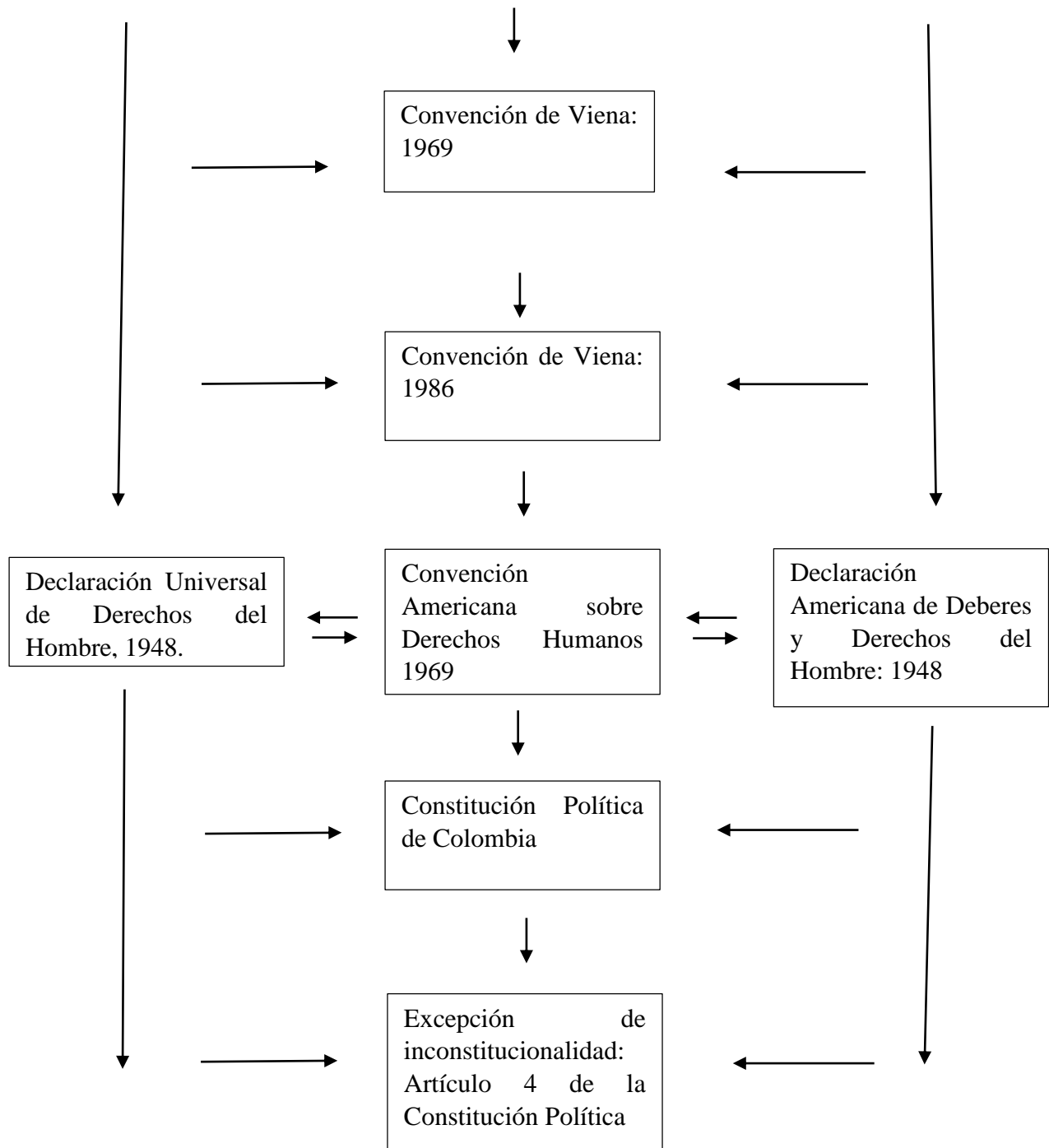


Mapa general del proyecto de investigación



Marco legal

¿Cómo aplicar la excepción de inconventionalidad del sistema regional Interamericano de Derechos Humanos en el sistema jurídico colombiano?



Marco conceptual

El lector a lo largo de la presente investigación encontrará una gran variedad de terminología, la cual, a todas luces resulta imperioso entender. En esta primera parte se acuñan algunos de los conceptos que se encontrarán a lo largo de la presente obra.

En primera medida, el presente escrito se sitúa en el sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, por tal, se debe entender éste como un conjunto sistemático de órganos, normas, principios, valores y fundamentos, los cuales pugnan por la protección de los derechos del hombre en el continente americano esencialmente, tal sistema tiene su sustento en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos², así como en todos aquellos instrumentos de tipo internacional que han surgido bajo el consenso de la Comisión Americana de Derechos Humanos, además de aquellas sentencias proferidas por parte de la Corte IDH, y que buscan interpretar la CADH.

Se señala entonces, que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre es un instrumento de tipo político, realizado por parte de los Estados americanos, y cuyo alcance, es de carácter moral y regional, por lo tanto no obliga jurídicamente a ningún Estado, contrario sensu, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual se alza como un instrumento jurídico internacional que obliga a los Estados pactantes a cumplir lo acordado. Tal Convención, se

² También conocido como el Pacto de San José de Costa Rica, aludiendo a la ciudad donde fue firmado en 1969.

suscribió en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, con entrada en vigor el 18 de julio de 1978, y recoge en su contenido, diversas disposiciones normativas que buscan garantizar los derechos humanos, además, la CADH, crea la Corte IDH, siendo esta el principal organismo de carácter contencioso del SIDH.

En otro orden de cosas, el control de convencionalidad hace referencia, a la “comparación entre el Pacto de San José de Costa Rica y otras convenciones internacionales, por un lado, y las disposiciones de derecho interno de los países que conforman el sistema interamericano, por el otro (disposiciones legislativas, administrativas y de cualquier otro tipo)”. (Verbic, F. 2012, P. 6). Entendiendo por convención, al “acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (C.V. 1969, Art. 2.a).

Ahora bien, el operador jurídico está obligado a aplicar la norma de la CADH, concepto anteriormente referido como control de convencionalidad, éste, el operador jurídico, se debe entender como aquella persona en la que reposa un mandato dado por el Estado, y que le permite aplicar la norma, ejercicio que evidentemente afecta los derechos de las partes procesales. Por ello, tanto los jueces nacionales, como las autoridades administrativas, e incluso los particulares cuando tengan que aplicar una norma jurídica en un caso en concreto, deben considerarse como operadores jurídicos, revistiéndose estos de todas las obligaciones que tal posición implica.

Por último, se debe tener en cuenta que este escrito contiene diversas acepciones que no se agotan en este primer punto, pero que a medida que se van agotando metodológicamente cada uno de los temas propuestos, se van desarrollando y explicando de manera que el lector pueda comprender el sentido de la presente investigación.

El Control de Convencionalidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Concepto

A partir de la creación de los principales instrumentos jurídicos de protección de derechos humanos, específicamente los que crean organismos de vigilancia de cumplimiento de tales tratados, es que surge el control de convencionalidad, entendido este, como la técnica jurídica la cual busca proteger la integralidad de un texto jurídico internacional incorporado a un sistema jurídico nacional.

Al respecto, el autor Sergio García Ramírez señala que:

El control de convencionalidad consiste esencialmente en la verificación de que un acto, que puede ser una ley o un comportamiento, se ajusta a los términos de la Convención Americana de Derechos Humanos o alguna otra convención tal y como se haría con el control de constitucionalidad, si lo que hacemos es el cotejo de esa norma o esa conducta con una Constitución. La diferencia es que en el control de convencionalidad el ajusta (Sic) se hace frente a una convención. (Chorny, V. & Barrera, P. 2011, P. 341).

Por su parte, la autora peruana Natalia Torres, refiere al respecto que:

La doctrina francesa ha utilizado el término control de convencionalidad para referirse al contraste entre una norma constitucional y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo). Esta expresión se utiliza para referirse al deber del juez nacional de realizar un examen de contraste de las leyes nacionales, incluida la propia constitución, a la luz el tratado en mención. (2012, P. 24).

Se tiene entonces, que el control de convencionalidad surge de la obligación de guardar la integralidad de las normas de los tratados de Derechos humanos por parte de los Estados parte. Tal deber, el de salvaguarda, esencialmente, descansa en el marco de referencia del Derecho de los Tratados, específicamente dentro de las convenciones de Viena del año 1969 y del año 1986, representado por el principio *ex consensu advenit vinculum*, el cual, cuando un Estado ha dado válidamente el consentimiento en aras de hacerse parte de un tratado, se obliga a cumplir lo pactado una vez la convención entre en vigor, principio que se entiende de conformidad con la regla *Pacta Sunt Servanda*, es decir, tal obligación, en todo caso, debe ser cumplida de buena fe por parte de los signatarios.

[El] principio latino denominado *PACTA SUNT SERVANDA* que es la esencia de estos documentos [los tratados] porque al convenirlos se crean derechos y obligaciones recíprocas y se deben acatar o cumplir; aun cuando haya o exista oposición legislativa en uno de los Estados, es decir, los Tratados se cumplen aunque exista legislación en contrario en el país en que tenga que cumplirlo. Esto es lo que genera a su vez el cuidado que se debe tener con la Soberanía al celebrar los Tratados. (Pacheco, G. 2012, P. 22).

Por su parte, el control de convencionalidad recae esencialmente en quien ha sido designado para realizar tal labor, que por lo general, se trata de un cuerpo colegiado único con funciones de interpretación y aplicación del tratado en cuestión, función que se asemeja a la que realiza la Corte

Constitucional³ en el Estado Colombiano, ya no de normas constitucionales, sino de normas contenidas en un tratado internacional de derechos humanos.

Empero, es menester señalar que la función de salvaguarda del tratado de derechos humanos en cuestión, al igual que en el sistema colombiano, no recae solamente en el tribunal máximo designado para ello, sino que además, le compete tal atribución, a los demás operadores jurídicos a través de los mecanismos dispuestos para ello. El autor Garlicki señala al respecto “que el examen de convencionalidad también se realiza respecto de las interpretaciones de los tribunales internos, a fin de determinar si estas son o no compatibles con el Convenio Europeo” (Citado por Torres, N. 2012) o cualquier otro tratado de derechos humanos.

Ahora bien, respecto al control de convencionalidad del SIDH, se debe señalar que los derechos humanos contenidos en tal sistema, son protegidos por diversos procedimientos normativos, tanto de carácter político con alcance universal -como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) o la Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre (1948)-, así como por tratados, los cuales obligan a las partes una vez aquellos acuerdos entren en vigor, claro está, previo haber realizado el Estado la manifestación definitiva de su consentimiento a través de la firma, la ratificación, la confirmación formalmente, la aceptación o aprobación, la adhesión o en caso de una sucesión de Estados, haber realizado la notificación formal. Es dentro

³ A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (C.P. 1991, P. 241).

de ésta última categoría, la del Derecho de los Tratados, en la que se ubica la Convención Americana de Derechos Humanos, principal instrumento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Por su parte, el autor Fernando Quinche Ramírez, señala que el control de convencionalidad:

Se trata de una institución propiamente regional, articulada en cumplimiento de las funciones que a la Corte Interamericana le imponen los artículos 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como lugar común de referencia del nacimiento de la expresión y de la figura se suele citar el voto concurrente del juez García Ramírez a la sentencia de fondo del *caso Myrna Mack Chang contra Guatemala*. Como noción conceptual y operativa, la Corte ha dicho que el control de convencionalidad es una actividad por el cual los jueces internos de los distintos Estados parte tienen la obligación, a fallar los casos de su competencia, de aplicar la Convención Americana y las interpretaciones de la Corte Interamericana sobre esos derechos. (Quinche, M. 2014. P. 4).

El control de convencionalidad dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es ejercido de manera concentrada por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también conocida como Corte de San José de Costa Rica, en alusión a la ciudad donde fue signada. Tal control recae básicamente en una función interpretativa de la Convención, y en una función de protección y aplicación de la Convención, facultades concedidas por el mismo instrumento de protección de derechos humanos en su artículo 62.3, el cual señala:

La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial. (1969)

Se tiene entonces, que la Corte IDH funge como el órgano autorizado para interpretar la CADH, actuando ex officio dentro de las sentencias que profiere o a través de solicitud de un Estado parte. Al respecto, el artículo 64.1 de la CADH, señala: “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” (1969). Incluso, la función consultiva se extiende a la interpretación de las normas del derecho interno de los Estados parte, a saber: “La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”. (1969, Art. 64.2).

Por otra parte, la función contenciosa de la Corte IDH, está encaminada a proteger los derechos humanos afectados a través de sentencias que cuentan con carácter vinculante respecto del Estado parte en el litigio. Lo anterior, está descrito en la CADH, al establecer que:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que

ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. (CADH, 1969, Art. 63.1).

Incluso, puede decretar medidas provisionales en caso de advertir que un derecho pueda ser dañado irreparablemente. A saber:

En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión. (CADH, 1969, Art. 63.2).

Sin embargo, el control de convencionalidad no sólo recae en manos de la Corte IDH, sino que se extiende hacia los jueces nacionales, tal teoría surge jurisprudencialmente a partir de “(...) una serie de votos singulares” (Bogdandy, A. & Fiz-Fierro, H. & Morales, M. & Mac-Gregor, M. 2011, P. 382), por parte “del juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, V.gr., en los casos *Myrna Mack Chang* (25 de noviembre de 2003, considerando 27) y *tibi* (7 de septiembre de 2004, considerandos 3 y 4)”. (Ibíd). Siendo formulado específicamente “recién en *Almonacid Arrelanos*, el 26 de septiembre de 2006, considerandos 124 y 125. Sus rasgos esenciales son completados básicamente por dos sentencias más. *Trabajadores Cesados del Congreso* (24 de noviembre de 2006, considerando 128), y *Radilla Pacheco*, del 23 de noviembre de 2009, considerandos 338 a 340”. (Ibíd).

Inicialmente, como ya se esgrimió, en el voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del caso Mach Chang contra Guatemala, del 25 de noviembre de 2003, se estableció que:

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional. (Párrafo 27).

Adicionalmente, en sentencia del 07 de septiembre de 2004, del caso Tibi contra Ecuador, la Corte IDH, señaló que:

De acuerdo con los hechos alegados en la demanda, el señor Daniel Tibi era comerciante de piedras preciosas. Fue arrestado el 27 de septiembre de 1995, mientras conducía su automóvil por una calle de la Ciudad de Quito, Ecuador. Según la Comisión, el señor Tibi fue detenido por oficiales de la policía de Quito sin orden judicial. Luego fue llevado en avión a la ciudad de Guayaquil, aproximadamente a 600 kilómetros de Quito, donde fue recluso en una cárcel y quedó detenido ilegalmente por veintiocho meses. Agrega la Comisión que el señor Daniel Tibi afirmó que era inocente de los cargos que se le imputaban y fue torturado en varias ocasiones, golpeado, quemado y “asfixiado” para obligarlo a confesar su participación en un caso de narcotráfico.

Además, la Comisión indicó que cuando el señor Tibi fue arrestado se le incautaron bienes de su propiedad valorados en un millón de francos franceses, los cuales no le fueron devueltos cuando fue liberado, el 21 de enero de 1998. La Comisión entiende que las circunstancias que rodearon el arresto y la detención arbitraria del señor Tibi, en el marco de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas ecuatoriana, revelan numerosas violaciones de las obligaciones que la Convención Americana impone al Estado.

Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado adoptar una reparación efectiva en la que se incluya la indemnización por los daños moral y material sufridos por el señor Tibi. Además, pidió que el Estado adopte las medidas legislativas o de otra índole necesarias para garantizar el respeto a los derechos consagrados en la Convención respecto de todas las personas bajo su jurisdicción, y para evitar, en el futuro, violaciones similares a las cometidas en este caso. Finalmente, la Comisión requirió a la Corte que ordenara al Estado pagar las costas y gastos razonables y justificados generados en la tramitación del caso en la jurisdicción interna y ante el sistema interamericano. (Párrafos 3 y 4).

Más adelante, en el caso *Almonacid Arrelanos*, la Corte IDH se pronunció, de manera que lo resuelto resulta de trascendental importancia dentro de la teoría del control de convencionalidad, ya que en tal providencia, se conceptúa por primera vez de manera formal tal herramienta, defendiendo el papel represivo de los jueces nacionales, en la que éstos deben inaplicar “las normas locales opuestas a la Convención Americana sobre los Derechos del Hombre y la jurisprudencia de la Corte Interamericana”. (Bogdandy, A. & Fiz-Fierro, H. & Morales, M. & Mac-Gregor, M. 2011, P. 383). Marcando de esa manera, un nuevo paradigma jurisprudencial y doctrinal, donde el eje de protección gira en torno a la protección efectiva y extendida de la CADH, y de aquellos derechos,

que pese a no estar recogidos por norma o instrumento jurídico internacional alguno, se desprenden de forma directa de la dignidad humana, por tanto deben ser asegurados, concepción propia de un Estado universal de derecho. En aquella sentencia la Corte estableció que:

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 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. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

En esa misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que (s)egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969. (Considerandos 124 y 125).

De igual manera, más adelante, la sentencia *Trabajadores Cesados del Congreso*, señaló que tal control de convencionalidad “debe realizarse aun de oficio, sin pedido de parte” (Ibíd.). Y es que es la CADH, y específicamente la dignidad del ser humano, son los que se hallan en el medio, por tal, el operador jurídico, llámese juez de la Corte IDH o llámese cualquier operador jurídico de algún Estado parte del mencionado instrumento jurídico-internacional, son los garantes

de una correcta y continua aplicación de aquellos postulados, derechos y libertades fundamentales recogidos en la Convención. Deber que se aplica *ex officio*, puesto que la omisión, negación o desconocimiento de la CADH por parte de los actores del litigio, no pueden desmedrar en ningún caso tal tratado. La mencionada sentencia, señaló que:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. (Considerando 128).

Así mismo, en la sentencia de la Corte IDH, del caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos, se “añade el papel *constructivo y armonizante* del control: vale decir, la interpretación y aplicación del derecho local según las referidas Convención y jurisprudencia” (Ibíd.). En tal providencia, la Corte IDH, refirió al respecto que:

Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En

consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención⁴. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.

En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de 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 jurídico⁵. 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 mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

⁴ Cfr. *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*, *supra* nota 54, párr. 207; *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 83, y *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, *supra* nota 19, párr. 118.

⁵ Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, *supra* nota 19, párr. 124, y *Caso La Cantuta Vs. Perú*, *supra* nota 51, párr. 173.

De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso (*supra* párrs. 272 a 277). (Considerandos 338 – 340).

Tal obligación, la del control de convencionalidad, como se reseñó anteriormente, surge de la regla *pacta sunt servanda*, ligada a la imposibilidad de alegar circunstancias normativas del orden interno del Estado parte para desconocer una prerrogativa internacional, limitante contenida en la Convención de Viena del año 1969, al señalar que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (Art. 27). Quedando compelidos todos los jueces nacionales del Estado parte, a respetar y cumplir con la obligación emanada de la CADH y de su jurisprudencia.

Las características del control de convencionalidad

Como ya se estableció anteriormente, el control de convencionalidad es una figura jurídica moderna, que sólo se ha dilucidado en una pequeña porción, gracias a los recientes fallos proferidos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Limitándose aquellas providencias, a conceptualizar la figura del control de convencionalidad, a señalar su fundamento legal, y a discriminar en quien recae el deber de ejercer tal control jurisdiccional. Pero no de manera taxativa, la jurisprudencia referida, ha señalado las características las cuales reviste dicho control de convencionalidad, dejando por tal, la caracterización de aquella a la interpretación del lector.

Se tiene entonces, que el control de convencionalidad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, recae inicialmente en un cuerpo colegiado único denominado Corte IDH, y que tal control de convencionalidad, en procura del cumplimiento del principio del Derecho de los Tratados, denominado Pacta sunt servanda, recae en los Estados parte de la CADH, obligándolos a ejercer un control difuso de convencionalidad a través de sus operadores jurídicos.

Teniendo en cuenta lo hasta ahora desarrollado, se puede caracterizar el control de convencionalidad, de la siguiente manera:

Es permanente.

El tratado, y en especial la Convención Americana de Derechos Humanos, una vez incorporado en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado, debe ser protegida por la alta parte contratante de forma continua, siendo tal condición imperativa, incluso si va en contra vía de alguna ley interna del Estado en cuestión, tal y como lo señala el artículo 27 de la Convención de Viena del año 1969, a saber: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Por permanente, según la definición de la RAE, se entiende una situación que permanece en el tiempo. Y que tal permanencia, no varía en el tiempo. En lo referente, la Constitución Política de Colombia, señala que tratándose de tratados “que reconocen los derechos humanos y que

prohíben su limitación en los estados de excepción” (Art. 93, 1991), deben prevalecer incluso si sobreviene un estado de excepción.

Es por tal, que el control de convencionalidad, especial el que se deriva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ejerce de manera continua, sin interrupciones devenidas por cambios en las circunstancias jurídicas o políticas de un Estado, garantizando así al individuo, la protección efectiva de sus derechos contenidos en la CADH.

Es Concentrado.

El artículo 62.3 de la CADH, señala que “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”. (1969). Se tiene entonces, que es la misma CADH, es la que le asigna de manera preferente y concentrada a la Corte IDH, la función de salvaguarda e interpretación de tal instrumento jurídico internacional.

El control concentrado se sustenta esencialmente en el modelo piramidal de Hans Kelsen, en el que un ordenamiento jurídico inferior, siempre debe ceder, en los casos que su norma riña con otra que esté por encima de aquella, que para el caso, tal juicio normativo, recae en un tribunal al cual la ley específicamente concentra tal facultad.

“En este, el control de constitucionalidad lo ejerce sólo el órgano especializado, es decir, de manera concentrada un tribunal como la Corte Constitucional en Colombia o el Tribunal Procesal Constitucional en Perú o por medio de una sala del tribunal como ocurría en Colombia antes de la Constitución de 1991, a través de la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia. El alcance de sus decisiones trasciende de las partes, alcanzando carácter erga omnes. Se estima que tal control no se le puede otorgar al juez, por no tener formación especial en asuntos de justicia constitucional”. (Velandia, A. 2015, P. 317).

Es difuso.

El control de convencionalidad se fundamenta, como ya se estableció en anteriores oportunidades, en el principio del derecho de los tratados, denominado Pacta Sunt Servanda, siendo deber, no sólo del tribunal señalado por la norma para la protección de la convención, sino también, obligación de los operadores jurídicos del Estado parte, el garantizar la integralidad de la convención. Es por tal, y como partícipes del Estado, que le corresponde a los operadores jurídicos ejercer una labor propia e integral, en la que ellos como extensión misma del Estado hacia sus nacionales y quienes se hallen en situación de parte o de tercero dentro de un proceso judicial o administrativo, están obligados a garantizar la supremacía de la convención dentro de los parámetros establecidos en la carta constitucional de dicho Estado. (Velandia, 2015).

Es convencional.

La obligación de ejercer un control de convencionalidad, sólo puede surgir si un Estado ha integrado dentro de su ordenamiento jurídico el tratado en cuestión, que para el caso, se entenderá como la Convención Americana de Derechos Humanos.

Siendo además, necesario que tal tratado haya entrado en vigor, es decir, que sea exigible para las partes, bien sea porque se han cumplido las condiciones descritas dentro de la cláusula de vigor del tratado en cuestión, o bien porque de forma voluntaria, el Estado interesado, haya empezado a aplicar el tratado dentro de su derecho interno, situación que no vuelve el tratado exigible a terceros.

Al respecto, la Convención de Viena del año 1969, prevé la aplicación provisional de un tratado antes de que este haya entrado en vigor, siempre y cuando estén contenidas en cualquiera de las siguientes dos situaciones:

- a) si el propio tratado así lo dispone: o
- b) si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo. (Art. 25.1).

Y terminará la aplicación provisional, si el Estado “notifica a los Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente, su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores hayan convenido otra cosa al respecto”. (Ibíd. Art. 25.2).

Se concluye, que el control de convencionalidad, y específicamente el control difuso de éste, sólo es posible si existe un vínculo jurídico previamente establecido entre el Estado y la

Convención, vínculo que aparece en el momento en que una vez ratificado, aceptado, adherido o en cualquier momento de la manifestación definitiva del consentimiento, el tratado sea exigible, bien sea porque ha entrado en vigor, o bien sea porque se ha convenido una aplicación provisional del tratado.

Es obligatorio.

El control de convencionalidad, como ya se reseñó anteriormente, surge de la regla ex consensu advenit vinculum, en la que una vez el tratado adquiera el carácter de exigibilidad, el Estado debe cumplirlo de buena fe, es decir, pacta sunt servanda.

En consecuencia de lo anterior, a todos los operadores jurídicos, ya sea que se trate de cualquier juez, autoridad administrativas e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto, les compete garantizar el cumplimiento del tratado internacional, más aún, si se trata de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por su parte, la Corte IDH, en la sentencia de Trabajadores Cesados del Congreso contra Perú, señaló que:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les **obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones**, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no

sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. (2006, Considerando 128). (Negrita fuera del texto).

Se tiene entonces, que los operadores jurídicos deben realizar de manera obligatoria y de forma oficiosa, cada vez que vayan a proferir alguna decisión, un control de convencionalidad difuso, a través de los mecanismos procesales que según sea el caso, el Estado tenga previsto.

Las distintas clases del control de convencionalidad

Cuando se habla de control de convencionalidad, se debe señalar que tal deber recae en distintos órganos judiciales, que ineludiblemente, y dependiendo de quién aplique, tendrá consecuencias jurídicas diferentes.

Es por tal, que se debe diferenciar de los distintos tipos de control de convencionalidad, los cuales, se pueden clasificar, primeramente, de acuerdo a quién ejerza tal función, ya sea mediante un órgano previamente establecido por el mismo tratado de derechos humanos o por un instrumento internacional adicional y conexo o ya sea mediante los operadores jurídicos de cada Estado parte del tratado en cuestión. Al primer tipo de control de convencionalidad se le denomina control concentrado de convencionalidad, ya que es en un órgano o tribunal colegiado, en el que recae todo el deber de salvaguarda de la integridad del tratado y sus instrumentos conexos.

Este órgano o tribunal, debe estar estipulado de manera taxativa y previa dentro de la misma convención o en algún instrumento conexo a él, quedando compelido a interpretar y aplicar la convención respectiva o a cumplir las funciones que le sean asignadas. Ahora bien, si el que ejerce el control de convencionalidad es cual quiera otro operador jurídico de manera residual, se está en frente de un control de convencionalidad difuso.

Se debe tener en cuenta además, que para poder ejercer tal control de convencionalidad, es requisito sine qua non el ser parte del tratado el cual se pretende salvaguardar, para el caso, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así mismo, parte de la doctrina se inclina hacia otro tipo de clasificación del control de convencionalidad, que se puede decir es aceptado y que no riñe con la clasificación antes expuesta. Se tiene entonces, que el control de convencionalidad se puede clasificar en directo e indirecto, “ello dependerá del uso que se le brinde al parámetro controlador o norma controlante”. (Torres, N. 2012, P. 37). Para el caso, la norma controlante es la CADH, y si el operador jurídico usa tal instrumento internacional de forma directa para apartarse de otra norma que, vulnere de alguna forma la CADH, se estaría frente a un control de convencionalidad directo, en razón al papel determinante que juega la Convención dentro del análisis que use el operador jurídico. Por su parte, la autora Natalia Torres Zúñiga, describe tal control de convencionalidad como:

(...) [La] técnica de control normativo, en principio, ha sido definido por la Corte IDH como un ejercicio de contraste directo entre la CADH (entiéndase parámetro controlador) y las normas u omisiones del derecho interno (también las interpretaciones que realizan los órganos aplicadores) que se definen como el objeto controlado. (2012, P. 36).

Aclarando más adelante que:

En este caso la declaración de la inconventionalidad o la interpretación conforme al canon de convencionalidad, tendrá como sustento directo a la norma que se utilizó como dispositivo controlador, puede ser la CADH o cualquier instrumento que forma parte del canon interamericano.

Un ejemplo del uso directo del parámetro de convencionalidad a cargo de un juez nacional ha sido tomado de la práctica de la Corte Constitucional de Colombia. En el fallo C-148/2005 dicho tribunal declaró la inconstitucionalidad de los artículos 137 y 138 de la ley 599 de 1997, ya que los elementos de tipificación del delito de tortura incluían el término “graves” dolores o sufrimientos físicos o psíquicos.

En el razonamiento de la Corte Constitucional, dicho concepto atentaba contra la Convención Interamericana contra la Tortura (ratificada por Colombia) en la medida que esta la define como cualquier acto que en los términos y para los fines del tratado atente contra la autonomía personal, incluso si el mismo no causa sufrimiento o dolor, excluyendo de esta forma, el término “gravedad”.

En ese sentido, la Corte Constitucional señaló:

La Corte declarará la inexecutable de la expresión “graves” contenida en el artículo 137 de la Ley 599 de 2000 que tipifica el delito de tortura en persona protegida y 178 de la misma ley que

tipifica el delito de tortura por cuanto i) con ella se vulnera claramente la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura (d). (Ibíd. P. 38).

Ahora bien, tratándose del control de convencionalidad indirecto, se tiene que este aparece cuando el operador jurídico aplica una norma de su ordenamiento jurídico interno, diferente a la CADH, para proteger otra norma de su ordenamiento jurídico interno. Empero, el razonamiento de tal operador jurídico, debe integrar algún elemento parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ya sea algún instrumento derivado de la misma Convención o algún elemento sustancial proveniente de las sentencias emitidas por la Corte IDH.

La autora Natalia Torres Zúñiga, explica al respecto que:

El elemento determinante para atribuir a una técnica de control normativo el título de examen de convencionalidad debiera ser la verificación de que el juez tuvo en cuenta todos los instrumentos que conforman el parámetro interamericano al momento de analizar el contenido de una disposición nacional, más allá de que se hayan aplicado o no directamente.

En esa lógica, lo que interesa es que el resultado del examen normativo refleje que el juez utilizó los estándares derivados del canon interamericano para reinterpretar, inaplicar, declarar inválida o demostrar la conformidad de una norma nacional con las obligaciones de derecho internacional. (2012, P. 42).

Adicionalmente, señala que:

En la doctrina europea también se asume que el control de convencionalidad es directo e indirecto. Al respecto, Garlicki plantea que en el caso de Francia, el juez constitucional puede ejercer tanto el control de constitucionalidad como el de convencionalidad, pero que en la mayoría de veces termina reconduciendo el examen de convencionalidad por la vía del control de constitucionalidad, es decir, utiliza los argumentos de derecho internacional para reforzar su razonamiento constitucional. No por ello deja de llamar “control de convencionalidad” a este tipo de ejercicio. (Ibíd.).

El control de convencionalidad difuso

Los derechos humanos en el mundo, han sido un tema de gran interés a partir de los graves hechos sucedidos durante las guerras mundiales, especialmente los acaecidos en la segunda conflagración, por tal, surgieron múltiples instrumentos, tanto de carácter político, como la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como instrumentos de carácter jurídico, que han permitido la consolidación de diversos sistemas regionales, bien sea, el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos, el Sistema Africano de Protección de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Sistema Árabe de Protección de Derechos Humanos, y el Sistema Americano de Protección de Derechos Humanos, así como de otros que hoy por hoy están en construcción, como el Sistema de Asia y del Pacífico de Protección de Derechos Humanos, y el Sistema de los Derechos Humanos de los Estados Independientes⁶.

⁶ Estados que lo integran: Moldavia, Georgia, Armenia, Azerbaiyán, Kazajstán, Turkmenistán, Uzbekistán, Tayikistán, y Kirguizistán.

Ahora bien, el Sistema Americano de Protección de Derechos Humanos, se asienta principalmente en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y jurídicamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales exige a los Estados parte de dicho Sistema, la garantía efectiva de protección de los derechos humanos contenidos en los mencionados instrumentos. Quedando por tal, obligados los Estados parte a garantizar la integridad de la CADH, claro está, una vez el Estado lo haya ratificado, aceptado o aprobado, se haya adherido a él o haya realizado la notificación de sucesión del mismo. Teniendo además en cuenta, la cláusula de vigor de la Convención.

En consecuencia, y como efecto de la incorporación de la CADH al sistema jurídico interno de un Estado, la aplicación de la Convención se vuelve obligatoria, debiéndose acatar siempre que no riña con alguna norma de carácter imperativo o de *ius cogens*, quedando limitado el Estado, a no poder invocar alguna disposición normativa de su derecho interno para desconocer la Convención, incluso si tal norma, se tratare de la misma carta constitucional, tal y como lo señala el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969⁷.

En suma de lo anterior, la Convención de Viena del año 1969, refiere que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (Art. 26), regla conocida como *Pacta sunt servanda*, que se concreta una vez se manifieste en debita forma el consentimiento, esto es, *ex consensu advenit vinculum*. Por tal, el Estado colombiano, como parte de la CADH, está

⁷El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

jurídicamente obligado a cumplir con lo pactado, obligación que evidentemente recae en todos los operadores jurídicos.

Ahora bien, el control que ejercen los operadores jurídicos de un Estado parte de la Convención, se le denomina control difuso de convencionalidad, por no tratarse de los directamente autorizados para interpretar y aplicar la CADH, ya que tal función recae en la Corte IDH.

El modelo de control difuso, señala que es obligación de todos los operadores jurídicos garantizar la prevalencia de la norma con una jerarquía mayor, que para el caso, sería la norma constitucional. Tal control, tiene su origen principalmente en el fallo del juez Marshal⁸, Marbury

⁸ No obstante, debe señalarse que diferentes juristas anteriores al juez Marshal, ya se habían pronunciado sobre la necesidad de proteger la norma constitucional, prevaleciendo ésta por sobre cualquier otra norma de inferior categoría. Se tiene al respecto el “caso Bonham dirimido por el juez Sir. Edward Coke, en 1606, en tal ocasión el Colegio Real de Médicos impuso a Thomas Bonham luego de realizarle un examen de conocimientos médicos, una multa de 100 chelines más la prohibición de ejercer la profesión nuevamente, so pena de la imposición de un arresto. Bonham hizo caso omiso a tal decisión, lo que le valió la pérdida de su libertad, decisión fundada en los poderes otorgados por el Rey Enrique VIII.

Coke, con el concurso de los jueces Daniel y Warbuton, con fundamento en la idea de la independencia judicial de la corona y del parlamento, profirió su fallo señalando que cualquier norma o decisión judicial debe estar sujetas a los derechos fundamentales, que en el caso de ser contraria, sería siempre una mera declaración en papel careciente de validez legítima. (Velásquez, A. 1999).

Asimismo, en Norteamérica, Alexander Hamilton entendió de manera más clara la superioridad de la constitución, concepto emitido en El Federalista publicado en la edición de McLean, Nueva York, 1787. Éste autor refiere que:

“Mi razonamiento no implica de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Solo implica que el poder del pueblo es superior al de ambos, y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se encuentra en oposición con la del pueblo declarada en la constitución los jueces deberán gobernarse por esta última en preferencia a las

contra Madison en 1803, en el que surgió el concepto de Judicial Review, por el cual los jueces deben realizarle un examen de constitucionalidad a los actos legislativos y ejecutivos, cuando ante ellos es presentado algún asunto, aplicando en todo caso, los preceptos constitucionales. El juez Marshall entiende que la Constitución goza de supremacía normativa, ya que tal norma es consecuencia directa de la voluntad del pueblo concretada a través del poder constituyente.

El Bloque de Constitucionalidad

Es importante tener en cuenta que los tratados que desarrollan derechos humanos (es el caso de la CADH) al ser incorporados al sistema jurídico colombiano, por medio de una ley ordinaria, pasan a ser parte de la misma constitución a través del bloque de constitucionalidad, esta herramienta jurídica, tal y como lo explica la Corte Constitucional colombiana, 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

leyes. Deberán gobernar sus decisiones por las leyes fundamentales de preferencia por las que no lo son”. (Hamilton, 1787, Número 78).

Estable que en la constitución recae el peso de la voluntad del pueblo traducido en el poder constituyente, por tal, al referirse al papel de los jueces frente al órgano legislativo, señala el deber que tienen estos de ejercer un control difuso de constitucionalidad, ya que ellos deben actuar como agentes garantes de la voluntad del pueblo, inaplicando así, las normas del orden legal que resulten contrarias a la norma del orden constitucional. (Velandia, A. & Castellanos, L. 2015. P. 84-87).

reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu. (M.P. Martínez, A. 1995, C-225/95).

Especificando en la misma providencia, que los tratados que desarrollan los derechos humanos o el derecho internacional humanitario, hacen parte del bloque de constitucionalidad. El Magistrado ponente refiere al respecto que:

El único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción. Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores. (Ibíd).

Señalando además que, para que un tratado de derechos humanos se entienda como parte del bloque de constitucionalidad, debe cumplir dos requisitos, a saber: “deben reconocer un derecho humano y dicho derecho no debe ser susceptible de limitación en los estados de excepción”. (M.P. Escobar, R. 2001, C-774/01).

Se tiene entonces, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos al ser un tratado que desarrolla derechos humanos y que no puede ser dejada de aplicar en los estados de excepción contemplados en los artículos 212, 213 y 215 de la norma superior, es parte de la carta constitucional, noción ratificada en diversas ocasiones por la Corte Constitucional colombiana, por ejemplo, las sentencias C- 774 de 2001, C- 802 de 2002 y la T- 786 de 2003.

Ahora bien, es por tal precepto, el del bloque de constitucionalidad, que se entiende que la CADH integra de forma horizontal la carta constitucional⁹, quedando sometidos los operadores jurídicos del Estado colombiano, al respeto de aquellos, afirmación que se sustenta ineludiblemente, por la misma carta constitucional, al referir que:

La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades. (1991, Art. 4).

⁹ "La armonización del artículo 93 con las exigencias del artículo 4-º constitucional sobre la prevalencia de la Carta Fundamental sobre toda otra norma conduce más bien a la necesidad de postular una integración horizontal (bloque de constitucionalidad) entre los tratados internacionales sobre derechos humanos y las disposiciones de la Constitución, sobre el horizonte de un modelo dualista moderado de articulación entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional. Nótese, en este mismo sentido, cómo las normas constitucionales sobre reforma de la Carta no tienen prevista la posibilidad de que el Gobierno o el Congreso, de manera separada o de consumo, realicen reformas constitucionales mediante la aprobación y ratificación de tratados internacionales." (M.P. Martínez, A. 1995, C-225/95).

Se tiene entonces, que el operador jurídico debe realizar en toda ocasión un control difuso de constitucionalidad cuando pretenda tomar alguna decisión, ejercicio que consecuentemente, debe integrar un control difuso de convencionalidad, entendiendo que no puede pasarse por alto de ninguna manera, los tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

La supremacía constitucional

Pues bien, entendiendo que no es el objeto directo de la presente obra el explicar el porqué de la idea de que una norma sea superior a otra, es importante señalar por lo menos de manera breve, las razones de tal situación. Lo anterior, debido a que resulta relevante entender del por qué el operador jurídico no puede desconocer la norma constitucional, quedando sus decisiones supeditadas a ella. Supremacía que evidentemente, y por la noción misma del bloque de constitucionalidad, y por la regla general del Derecho de los Tratados, Pacta sunt servanda, se hace extensiva a los convenios debidamente incorporados al ordenamiento jurídico colombiano y que ya han visto cumplida la cláusula de vigor, para el caso, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Primeramente, se debe señalar que la norma constitucional goza de supremacía normativa, concepto dado de forma expresa por el artículo 4 constitucional, empero, una constitución no es suprema porque ella misma lo diga, sino que lo es, debido a que esta, es una norma dictada directamente por el pueblo. Por tal:

(...) su supremacía está determinada aun antes de ser creada, se habla por tal, de una norma cualificada por la soberanía emanada del constituyente originario o primario representado en el pueblo, siendo todas las demás normas, fruto del constituyente derivado o secundario dentro del marco de competencias generales atribuidas por el pueblo de manera delegada.

Es por tal, que la Constitución se alza de forma superior al ser dictada directamente por el pueblo, siendo la voluntad de este, suprema e imperativa, por lo menos bajo la concepción iuscontractualista de Thomas Hobbes, Jean Jacques Rousseau, Jhon Locke, entre otros.

Tal teoría se sustenta en el individuo, siendo este quien goza de soberanía plena, por lo menos en un estado de naturaleza. Pero desde el mismo instante en que éste decide vivir en sociedad, aparece el contrato social, donde el asociado cede su soberanía a una estructura superior a él denominada Estado, reposando en éste el cumulo de soberanías del pueblo.

Se tiene entonces, que es el pueblo quien legitima al soberano, así como al mismo Estado, siendo a consecuencia, el pueblo en quien recae el poder de constituir la norma constitucional, con facultades de crear, derogar, sustituir y modificar la norma constitucional. A tal facultad se le denomina Poder Constituyente. (Velandia, A & Castellanos, L. 2015, P. 82).

Pues bien, se tiene entonces que la constitución es una norma emanada del pueblo de forma directa a través del mecanismo político denominado poder constituyente¹⁰. Razón por la cual la norma constitucional es considerada prevalente a las demás normas con inferior jerarquía.

¹⁰ (...) “absoluto, ilimitado, permanente, sin límites y sin control constitucional en consideración a que sus actos son políticos inaugurales y no jurídicos, exteriores a todo el derecho” (Canal, M. 2012, P. 94). Alzándose de forma superior frente a las demás normas, y es que ésta es en últimas,

La Excepción de Inconvencionalidad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

La excepción de inconvencionalidad, como herramienta propia del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, resulta el mecanismo ideal para salvaguardar la CADH. Por cuanto le permite al operador jurídico apartarse de la norma, que en su parecer, de manera razonada y justificada, se encuentre en claro desconocimiento de la Convención, de algún instrumento parte del SIDH o de la jurisprudencia interpretativa de la Corte IDH.

Esta figura jurídica, la de la excepción de inconvencionalidad, primeramente, se sustenta de manera legal, en la misma Convención, al referir que:

Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. (1969, Art. 2).

la manifestación normativa, primera y general del pueblo con fines de organización política del Estado. Velandia, A & Castellanos, L. 2015, P. 82).

Es por tal, que los Estados en su derecho doméstico, están obligados a adoptar las medidas necesarias para que coincida la CADH con sus propias normas. Lo anterior, se logra, por lo menos para el caso colombiano, en el mismo instante en que el tratado es objeto de un examen de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional colombiana, a través de un control concentrado, previo, integral y automático, para posteriormente ser ratificado por parte del Presidente de la República con las debidas reservas en caso de que exista alguna contradicción con la norma constitucional.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que el Estado colombiano percibe al Derecho Internacional, como un sistema jurídico ajeno a su normatividad, que solo pasa a ser parte de su derecho doméstico en el instante en que el presidente ratifica el tratado internacional, previo haber sido presentado como una ley ordinaria ante el congreso, haber surtido cuatro debates en tal órgano, dos en cámara y dos en comisión, ser sancionada como ley por parte del Presidente de la República, y haber surtido el control constitucional concentrado, previo, automático e integral ante la Corte Constitucional. Tal postura, la de la concepción separada del derecho interno con el derecho internacional, está consagrada en la misma norma superior, al señalar que: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. (1991, Art. 93).

La anterior noción, la de la separación del derecho internacional con el derecho interno, se conoce doctrinalmente como dualismo jurídico. El autor M. Monroy, describe tal figura jurídica, como un sistema que “considera el derecho internacional y el derecho interno como dos sistemas iguales, independientes y separados, que no se confunde y que, por tanto, no se puede decir que exista superioridad de un ordenamiento sobre el otro”. (2011, P. 153).

Por tanto, el Derecho Internacional al ser ajeno al derecho interno de un Estado, debe ser incorporado¹¹ ~~y transformado~~ transformándose así tal derecho, en un derecho nacional, que en todo caso, debe ser discutido y aprobado por el Estado signatario en su derecho interno. (Velandia, A. Castellanos, L. 2015. P. 77).

Empero, el sistema jurídico colombiano, también acepta la idea de un solo sistema jurídico universal, que rige el derecho domestico de todos los Estados, incluso si aquellos niegan la existencia de tales normas. A tal sistema jurídico se le conoce doctrinalmente como Monismo Jurídico.

Reiterando lo anterior, el Magistrado Manuel Cepeda, en sentencia proferida en el año 2005, afirma que:

La tesis monista sostiene que el derecho es uno solo, y que por tanto, el derecho interno es una extensión o una parte del derecho internacional. Según la concepción monista del derecho, el derecho internacional tiene primacía sobre el derecho interno, y en consecuencia, no habría conflicto

¹¹ El proceso de incorporación de un tratado al Derecho interno de cada Estado, está regulado por las normas del Derecho nacional, en todo caso, la norma pese a ser una copia exacta del tratado internacional, se configura como norma de Derecho interno, expedida por el mecanismo legal pertinente.

entre estos derechos. En este mismo sentido, para la teoría monista la constitución del estado y las leyes deberían someterse al derecho internacional. (C-401/05).

Se debe tener en cuenta, que la tesis monista, sólo opera para el caso colombiano cuando hay de por medio una norma de ius cogens, ya que en el fondo, lo que se busca es proteger la dignidad del ser humano. Las normas de ius cogens son:

(...) fruto de la conciencia humanitaria de los pueblos y que se fundan en el principio de la dignidad humana y el principio pro homine, por tanto son de derecho imperativo, la cual obliga a su cumplimiento a toda la comunidad internacional. Éste tipo de normas no pueden ser desconocidas o derogadas por los sujetos de Derecho Internacional y mucho menos se puede pactar en contra de ellas, de ésta manera quedó establecido en la Convención de Viena de 1969, al señalar que “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración. Esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general.” (Art. 53). (Velandia, A. Castellanos, L. 2015. P. 179).

Para el caso colombiano, el artículo 94 de la norma superior, señala que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos” (1991). Tesis reforzada por el artículo primero ibídem, al señalar que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, (...) **fundada en el respeto de la dignidad humana, (...)**” (Negrita fuera del texto). Por tal, se entiende que el Estado colombiano ha adoptado una posición mixta en su derecho, por cuanto concibe por

regla general un sistema dualista del derecho internacional, y un sistema monista cuando hay de por medio un derecho humano.

Se tiene entonces, que la norma de derecho internacional, en este caso la CADH, hace parte de un sistema jurídico distinto al sistema jurídico colombiano, y que sólo pasa a ser parte de este último, en el momento en que es incorporado mediante los trámites previstos para ello, pero ha de tenerse en cuenta, que tal Convención recoge en su mayoría diversas normas de tipo *ius cogens*, y que en virtud del artículo 94 de la carta constitucional colombiana, pueden ser aplicadas sin siquiera haber sido ratificadas por parte del Presidente de la República.

Aun así, la Corte Constitucional colombiana, ha señalado, que en los casos en que los tratados internacionales estén debidamente incorporados al derecho interno colombiano, estos deben guiarse por la noción del sistema dualista del derecho internacional. Aún en los caso en que tales tratados desarrollen normas de derecho imperativo o *ius cogens*. El magistrado M. Cepeda lo expone de la siguiente manera:

Para el dualismo la norma de derecho internacional tiene en principio el mismo estatus que las leyes del orden nacional, es decir un estatus inferior a las normas de carácter constitucional. De acuerdo con esta concepción del derecho, los tratados internacionales y las leyes que las aprueban comparten la misma jerarquía de las leyes nacionales.

En Colombia, se ha aceptado por excepción y bajo la figura del “bloque de constitucionalidad”, que las leyes de carácter internacional tengan la misma jerarquía que la normas de la Constitución,

cuando la regla general es que las leyes internacionales tengan menor jerarquía que la Constitución y sólo el nivel de normas de derecho interno. Así, en el desarrollo del constitucionalismo colombiano no se ha sostenido que los tratados internacionales valgan más que la Constitución, sino que cuando son leyes relativas a derechos fundamentales se aplicará la figura del denominado “bloque de constitucionalidad”, por cuya ficción las normas de derecho internacional se asimilan a las normas constitucionales. La figura del “bloque de constitucionalidad” tiene su origen, por lo demás, en el constitucionalismo francés, ya que en Francia los derechos no estaban incluidos taxativamente en la constitución, sino que lo que existía era una norma de remisión a las declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano. (M.P. Cepeda, M. 2005, C-401/05).

De ahí que la CADH deba ser protegida por los operadores jurídicos colombianos, como una norma de rango constitucional, a través de la figura jurídica conocida como la “excepción de inconventionalidad”, en la que el operador jurídico que crea ver vulnerada tal Convención por la aplicación de otra norma, se pueda apartar de aplicarla, haciendo uso de tal excepción.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que las normas ya sean del orden legal o constitucional del Estado colombiano gozan de una presunción de constitucionalidad, lo que obliga al operador jurídico a desvirtuar tal presunción en primera medida, antes de intentar aplicar la norma convencional. Al respecto, el autor mexicano Pacheco G. (2012) expone que:

La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de inconstitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese

orden de ideas, el poder judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país – al igual que todas las autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y federalismos, sino que fortalece el papel de los jueces a ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales del Estado mexicano es parte. (P. 106).

Para los efectos, la excepción de inconventionalidad sólo puede existir si se ven cumplidos los siguientes presupuestos:

1. Que el tratado internacional esté incorporado al sistema jurídico colombiano.
2. Que el tratado internacional sea parte del llamado Bloque de Constitucionalidad, por tal, necesariamente, debe ser un tratado de derechos humanos o de derecho internacional humanitario.

Con todo, el operador jurídico en sus decisiones, no puede aplicar la excepción de inconventionalidad de forma directa, puesto que de ese modo, sólo conseguiría incurrir en un prevaricato por acción¹², lo anterior ya que tal herramienta jurídica no hace parte del sistema jurídico colombiano.

Empero, el operador jurídico haciendo alusión al bloque de constitucionalidad, puede proteger la CADH por medio de la excepción de inconstitucionalidad, siendo esta parte del ejercicio del control constitucional difuso que deben realizar los operadores jurídicos. Al respecto, la Corte Constitucional colombiana ha señalado que:

La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...”. Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.

¹² Prevaricato por acción. Modificado por el art. 33, Ley 1474 de 2011. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años. Declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 917 de 2001. (Ley 599/00, Art. 413).

De otra parte hay que tener en cuenta que el control por vía de excepción lo puede realizar cualquier juez, autoridad administrativa e incluso particulares que tengan que aplicar una norma jurídica en un caso concreto. Este tipo de control se realiza a solicitud de parte en un proceso judicial o ex officio por parte de la autoridad o el particular al momento de aplicar una norma jurídica que encuentre contraria a la Constitución. En este caso se debe subrayar que la norma legal o reglamentaria que haya sido exceptuada por inconstitucional no desaparece del sistema jurídico y continúa siendo válida ya que los efectos del control por vía de excepción son inter partes, solo se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución.

Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que ejercerá el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos erga omnes si la norma exceptuada es constitucional o no.

Teniendo en cuenta lo anterior, considera la Corte que las excepciones de inconstitucionalidad que profieren las autoridades judiciales, administrativas o los particulares cuando tengan que aplicar una ley, no elimina la posibilidad que tiene la corporación de realizar el control de constitucionalidad de determinado precepto. (M.P. Henao, J. 2011, C-122/11).

“En este orden de ideas, el bloque de constitucionalidad es la figura constitucional que permite vincular en el orden interno de los Estados los tratados internacionales sobre derechos humanos” (Mora, J. 2014, P. 5), siendo deber de los operadores jurídicos proteger tanto la norma constitucional, como la norma convencional, que para el caso, hace referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. “Así mismo, como consecuencia del bloque de

constitucionalidad y de las obligaciones contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, los Estados deben incorporar los avances jurisprudenciales que se presenten en materia de protección de los derechos humanos, razón por la cual es necesario y factible hablar de la aplicación de la excepción de inconventionalidad en los procesos judiciales”. (Ibíd.).

Por tal, la excepción de inconventionalidad se estila mediante la excepción de inconstitucionalidad, siendo los efectos producidos por los anteriores, los mismos en todo su sentido. De forma reiterativa, las consecuencias de ambos se esgriman de manera similar, ya que la excepción de inconventionalidad sólo se aplica a través del control constitucional por vía de excepción, siendo tales:

1. Sólo tiene aplicación interpartes: se tiene entonces que la excepción de inconstitucionalidad sólo afecta a las partes del litigio, por lo que la decisión contenida en la providencia, “solo (Sic) se aplican para el caso concreto y no anulan en forma definitiva la norma que se considera contraria a la Constitución”. (M.P. Henao, J. 2011, C-122/11). Por tal, “no configura un precedente vinculante y tiene preeminencia sobre los fallos particulares que se hayan dado por vía de excepción” (Ibíd.).
2. La norma excepcionada no desaparece del sistema jurídico colombiano: como consecuencia de la aplicación interpartes, la excepción de inconstitucionalidad no excluye ninguna norma del ordenamiento jurídico colombiano, siendo la norma excepcionada válida para todos los efectos. “Por este hecho una norma que haya sido exceptuada por cualquier autoridad judicial, administrativa o por un particular cuando tenga que aplicar una norma, puede ser demandada ante la Corte Constitucional que

ejercherà el control de constitucionalidad y decidirá en forma definitiva, de manera abstracta, general y con efectos erga omnes si la norma exceptuada es constitucional o no”. (Ibíd.).

3. No se puede ejercer, si sobre la norma ya existe un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional: En efecto, la Corte Constitucional se configura como la intérprete última y autorizada de la constitución, facultad autorizada por la misma Constitución Política, siendo sus decisiones de carácter general y abstracto, además de tener el carácter de erga omnes y producir efectos de cosa juzgada constitucional. Por tal, la norma que ya goce de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, no puede ser excepcionada por su inconstitucionalidad por parte de ningún operador jurídico, a riesgo de incurrir en un prevaricato por acción.

Lo anterior, lo refuerza la Corte Constitucional, al establecer que:

Desde las sentencias de los años sesenta de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se empieza a tener en cuenta esta tesis. Se dice que los funcionarios competentes para aplicar dicha norma son los que tienen jurisdicción. Al respecto dijo la Sentencia del 2 de marzo de 1961 (M.P. Julio Roncallo Acosta), que, “El artículo 215 de la Constitución simplemente autoriza oponer, en un caso concreto, la excepción de inconstitucionalidad. El fallo que decide sobre la acción de inexecutable sólo puede ser pronunciado por la Corte en pleno y tiene efectos erga omnes; en cambio, para decidir sobre la excepción referida es competente cualquier funcionario con

jurisdicción, que deba aplicar la ley, y solo tiene efectos en relación con el caso concreto en donde el conflicto surge” (Negrillas fuera del texto). También hay que tener en cuenta los fallos de la Sala de Casación Penal de 14 de marzo de 1961, en donde se convalida por vez primera la vía de excepción y se declara inaplicable una ley en un caso concreto, y la sentencia del 26 de abril del mismo año, en donde se definen los alcances generales de la excepción y se establece que cualquier funcionario con jurisdicción es competente para inaplicar una ley contraria a la Constitución (Sobre el particular ver el libro de Julio Estrada, Alexei, Op. cit., p. 284). (Ibid.).

Ahora bien, respecto a la característica del control de constitucionalidad por vía de excepción, referente a que está no puede aplicarse si sobre la norma violadora de la CADH existe un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional colombiana, se debe decir que tal supuesto no aplica cuando de ejercer un control difuso de convencionalidad de la norma del ordenamiento jurídico colombiano frente a la Convención se requiera, lo anterior, ya que para el caso, concurren dos elementos que no pueden atribuírsele a la excepción de inconstitucionalidad, elementos que sólo concurren cuando de ejercer un control difuso de convencionalidad se pretenda, tales características son:

1. En el Estado convencional de derecho que supone el artículo 93 de la norma constitucional, el parámetro de control es la convención, que para el caso, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es por tal, que el operador jurídico en caso de advertir una violación de la Convención, y en virtud de la obligación que impone la Convención de Viena (1969) como instrumento base del Derecho de los

Tratados, todos los operadores jurídicos están obligados a cumplir lo convenido, esto es, *Pacta sunt servanda*.

En tanto, la misma CADH señala el deber de adoptar las disposiciones necesarias en el derecho interno de un Estado parte, con el fin de garantizar los derechos y libertades contenidas en la Convención¹³, quedando incluso, imposibilitados de alegar circunstancias o factores del derecho interno para desconocer los compromisos internacionales que el Estado ha adquirido previamente, tal y como lo dispone expresamente el artículo 27 de la Convención de Viena del año 1969 de la cual Colombia es parte, al establecer que: Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”

Por tal, el pronunciamiento de constitucionalidad o convencionalidad por parte de la Corte Constitucional colombiana sobre una norma que resulte contraria a la CADH, supone una circunstancia que no le importa a la comunidad internacional ni al Derecho de los Tratados, siendo tal providencia, simplemente un criterio auxiliar en la decisión del operador jurídico que deba aplicar la excepción de inconventionalidad.

¹³ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. (CADH, 1969, Art. 2).

2. La dependencia de los operadores jurídicos frente a la Corte Constitucional no constituye una relación jerárquica en lo que respecta a la interpretación de la CADH. Lo anterior, se debe a que la máxima interpreta autorizada de la CADH es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tal como lo señala la misma Convención en el artículo 62, por lo que los demás operadores jurídicos, incluyendo la Corte Constitucional Colombiana, ejercerán un control difuso de convencionalidad.

Lo anterior supone que tratándose de la protección de la CADH, no se puede predicar la obediencia de normas que establecen jerarquías en el derecho interno del Estado colombiano, ya que para la CADH, todos los operadores jurídicos de los Estados parte de la Convención, deben fungir como jueces del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Tal tesis, al igual que el Estado colombiano, es acogida por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, la cual establece que sólo se puede acudir al uso de la excepción de inconventionalidad haciendo uso del derecho interno del Estado parte. Lo anterior, es expuesto en la resolución emitida el 25 de octubre del año 2011, señalando que:

“De Conformidad con lo previsto en el artículo 1o. De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas no sólo a velar por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquéllos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que

se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos (...) deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro **del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del poder judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país.** Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1º Constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentran en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando prevalencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia”.

Conclusiones

- i. La excepción de inconventionalidad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, se configura como el mecanismo ideal para proteger los diversos instrumentos del mencionado Sistema (siempre y cuando se hallen debidamente incorporados al ordenamiento jurídico colombiano y se halle el tratado en vigor sin reserva alguna al respecto). Tal herramienta puede ser utilizada por los operadores jurídicos colombianos, con el objetivo de apartarse de la norma visiblemente vulnerante de la CADH, inaplicando la norma nacional mediante la utilización del control difuso

de convencionalidad, y en su lugar, aplicar la norma de la Convención, garantizando así la prevalencia de aquella.

- ii. La CADH al integrar la Constitución colombiana en virtud del bloque de constitucionalidad, debe ser protegida por el operador jurídico colombiano haciendo uso de la excepción de inconstitucionalidad en caso de advertir visiblemente la vulneración de la norma de la Convención por parte de una norma nacional. Sin embargo, pese a tratarse de una norma de jerarquía constitucional en principio, la Convención debe prevalecer incluso cuando la Constitución deba ceder, por lo que el operador jurídico colombiano, debe hacer uso de la excepción de inconventionalidad como herramienta más específica y restringida, incluso en los casos de que la norma nacional vulnerante goce de un pronunciamiento de cosa juzgada constitucional por parte de la Corte Constitucional.

- iii. Se observa que dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la convención está al mismo rango de la norma constitucional, aun tratándose de la CADH, tal noción es traída por el artículo cuarto constitucional, por tal, la convención para que surta efectos jurídicos en el ordenamiento jurídico colombiano, debe ser incorporada en debida forma, y esperar a que se vean cumplidas las cláusulas de vigor del mismo. “en el escenario del bloque de constitucionalidad el principio rector es el de supremacía de la Constitución, y entre otras muchas, su vigencia trae dos consecuencias directas relevantes: el tratado público vale en tanto la constitución lo permita, y además, excluye

la supra constitucionalidad, en la medida en que a lo sumo, las normas del derecho internacional pueden estar al nivel de la constitución, pero no por encima de ella”. (Quinche, M. 2014. P. 153).

- iv. El artículo 93 de la Constitución fija los parámetros de un Estado convencional de derecho, donde la norma convencional, y mejor aún, la norma que desarrolle derechos humanos que no se puedan limitar en un Estado de excepción deben primar sobre el orden interno, lo que fija una supra constitucionalidad de la norma convencional, idea reforzada por el artículo 94 *ibídem*, el cual, con fundamento en la dignidad humana como valor fundante del Estado colombiano, valida la supremacía de las normas que desarrollen los derechos humanos, aun sin encontrarse en alguna la ley escrita –noción de Estado universal de derecho-.

“Obsérvese que no decimos supremacía de las normas constitucionales sino de aquellas que están en un escalón más arriba, es decir, las normas fundamentales sobre derechos humanos” (Ibíd.). Por su parte, Rey sostiene que “las constituciones políticas de los Estados partes en este instrumento deberán ser compatibles con el tratado, bajo la fuerza normativa de la *supremacía* de la Convención Americana, cuyo precepto expresamos así: La Convención Americana es la normativa internacional de superior jerarquía a la que está subordinada el derecho interno [...] del Estado parte” Ibíd.).

- v. El control de convencionalidad debe ser ejercido en todos aquellos casos en que el operador jurídico colombiano advierta la visible violación de la CADH por parte de una norma nacional, tal idea supone que en algunos casos, el operador jurídico se enfrentará a la dicotomía de prevalecer las normas del derecho interno o de prevalecer las normas de la Convención, decisión que lo puede conducir a incurrir en un yerro jurídico, error que le podría traer posibles consecuencias penales. En todo caso, se debe tener en cuenta que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte IDH, se deberá prevalecer la CADH.

- vi. Es deber de los operadores jurídicos proteger la CADH en virtud de la obligación surgida a partir de la incorporación a la Convención al derecho interno de los Estados, tal deber surge de la regla Pacta sunt servanda, que impide además, la posibilidad de invocar circunstancias del derecho interno para desconocer los compromisos internacionales previamente adquiridos, restricción impuesta por la Convención de Viena de 1969 en su artículo 27. El desconocimiento de lo anterior, puede traer como consecuencia para el Estado infractor, un tema de responsabilidad internacional –hecho ilícito internacional-.

- vii. El hecho ilícito internacional, es la circunstancia que se da cuando un Estado ha incumplido con sus obligaciones internacionales, lo que genera una responsabilidad internacional, por tal, el Estado colombiano a través de todos sus operadores jurídicos, deben asegurar que la CADH no se vea menoscabada de ninguna forma en sus providencias.

- viii. Aun existiendo un pronunciamiento de constitucionalidad de una norma por parte de la Corte Constitucional, en caso de que el operador jurídico colombiano advierta que la norma no se ajusta a la CADH, éste deberá ejercer un control de convencionalidad por vía de excepción.
- ix. El riesgo de incurrir en el tipo penal de Prevaricato, es latente cuando el operador jurídico colombiano pretende apartarse de la norma del derecho interno para darle paso a la norma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal circunstancia, y más cuando la Corte Constitucional ya se ha pronunciado sobre la norma en cuestión, se convierte en una gran barricada que frena una aplicación más amplia y efectiva de la excepción de inconventionalidad.
- x. La excepción de inconventionalidad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos está aún en una etapa de crecimiento, donde, por lo menos para el caso colombiano, no se ha usado ni siquiera una sola vez, con sólo unos pocos casos en el ordenamiento jurídico mexicano, lo que supone un camino que necesariamente debe ser recorrido, en aras de fortalecer una protección más robusta de los derechos humanos, especialmente los que recoge la CADH.

Referencias bibliográficas

- Bogdandy, A. & Fiz-Fierro, H. & Morales, M. & Mac-Gregor, M. (2011), *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales*. México D.F., México. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Chorny, V. & Barrera, P. (2011). *Conversando con Sergio García Ramírez*. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Vol. 1, Número 8 Cuarta época.
- Monroy, M. (2011). *Derecho Internacional Público*. Bogotá D.C., Colombia. Editorial, Temis S.A.
- Pacheco, G. (2012). *Control de Convencionalidad. Tratados Internacionales de los Derechos Humanos*. México D.F. México. Editorial Porrúa.
- Quinche, M. (2014). *El Control de Convencionalidad*. Bogotá D.C., Colombia. Editorial, Temis.
- Torres, N. (2011). *El Control de Convencionalidad: Deber Complementario del Juez Constitucional Peruano y el Juez Interamericano (Similitudes, Diferencias y Convergencias)*. Lima, Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Verbic, F. (2012). *Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: Principales Características y Algunos Apuntes sobre su Aplicación en el Ordenamiento Jurídico Argentino*. Buenos Aires, Argentina.
- Velandia, A. (2015). *Asuntos de Derecho Internacional Público, Ensayos seleccionados*. Bogotá D.C., Colombia. Editorial Derecho y Justicia.
- Velandia, A. (2015). *Justicia Nacional o Jurisdicción Interamericana*. Bogotá D.C., Colombia, Editorial, Universidad La Gran Colombia.

Velandia, A. & Castellanos, L. (2015). *Las relaciones Internacionales: Manual de Derecho Internacional Público*. Bogotá D.C., Colombia. Editorial, Derecho y Justicia.

Mora, J. (Enero de 2014). *La Excepción de Inconvencionalidad y su aplicación en los procesos judiciales*. Revista Electrónica de la Facultad de Derecho, ULACIT, Derecho en Sociedad. Costa Rica. Edición número 6.

Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). *Caso Almonacid Arreyano*.

Convención de Viena (1969).

M.P. Martínez, Alejandro. (1995). C-225/95.

M.P. Escobar, R. (2001). C-774/01.

M.P. Cepeda, M. (2005). C-401/05.

M.P. Henao, J. (2011). C-122/11.

Constitución Política de Colombia. (1991).

Ley 599 del año 2000.