

**CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN ABSTRACTO, ALCANCES Y
DELIMITACIONES NORMATIVAS**

CESAR MAURICIO CASTRO MOLINA

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
PROGRAMA DE DERECHO
BOGOTÁ, COLOMBIA
MARZO DE 2017**

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN ABSTRACTO, ALCANCES Y DELIMITACIONES NORMATIVAS

Dedicatoria

Para establecer una buena táctica basta con saber lo que deseas. Pero para una buena estrategia debes conocer además lo que desea tu rival- Sun Tsu

Este proyecto es una victoria consigo mismo, es un logro más de mi vida, y es el último peldaño que me acerca al día de mi grado; no obstante, esto no hubiese sido posible sin la ayuda de mis padres, y mi familia.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN ABSTRACTO, ALCANCES Y DELIMITACIONES NORMATIVAS

Agradecimientos

La minoría de edad estriba en la incapacidad de servirse del propio entendimiento, sin la dirección de otro. Uno mismo es culpable de esta minoría de edad cuando la causa de ella no yace en un defecto del entendimiento, sino en la falta de decisión y ánimo para servirse con independencia de él, sin la conducción de otro. ¡Sapere aude! ¡Ten valor de servirte de tu propio entendimiento! He aquí la divisa de la ilustración. -Immanuel Kant

A todos mis amigos de la causa del derecho, profesores y comunidad estudiantil en general, a todos ellos mis mayores agradecimientos y espero que mi labor como profesional del derecho contribuya en algo a la construcción de un nuevo país en paz para las futuras generaciones de Colombia.

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN	7
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN	7
2. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN	9
3. OBJETIVOS	9
3.1. OBJETIVO GENERAL	9
3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	9
3.3. METODOLOGÍA	10

CAPITULO I

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

1.1 CONCEPTO DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	15
1.2 LA FIGURA DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD APLICADO POR PARTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS	18
1.3 EFECTOS ESPECÍFICOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN ABSTRACTO	20
1.4 EJERCICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	21
1.5 VINCULATORIEDAD DE LOS FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS	23

CAPITULO II

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN COLOMBIA

2.1 BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN ESTRICTO SENTIDO	29
2.2 REGLAMENTACIÓN LEGAL DE LA APLICABILIDAD DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD	31

2.3 EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE COLOMBIA.....	33
2.3.1. SENTENCIA S.U. 712 DE 2013.....	33
2.3.2. SENTENCIA S.U. 355 DE 2015.....	35
2.3.3. SENTENCIA C-496 DE 2016.....	36
2.3.4. SENTENCIA C-500 DE 2014.....	40
2.3.5. SENTENCIA C-694 DE 2015.....	43
2.4 SENTENCIA C-442 DE 2011 PRECEDENTE EN EL QUE LA CORTE CONSTITUCIONAL SE APARTA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	45
2.5 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL DERECHO INTERNO	54
2.6 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN ABSTRACTO ASPECTO GENERAL	56

CAPITULO III

ASPECTOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO Y RETOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN COLOMBIA

CONCLUSIONES	74
BIBLIOGRAFÍA	76

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN ABSTRACTO, ALCANCES Y DELIMITACIONES NORMATIVAS

Resumen

La creación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos supuso la integración normativa de los ordenamientos jurídicos internos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estableciendo una pretensión de corrección de las disposiciones normativas y las decisiones judiciales de los Estados partes con la Convención; la vigencia de los Derechos Humanos exige un control normativo en el plano abstracto, causando una revalorización de los conceptos clásicos de soberanía e independencia, con el fin de hacer efectiva las normas de la Convención y las subreglas establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Abstract

The creation of Inter-American System above Human Rights accepted the normative integration of internal legal system and the American Convention on Human Rights, establishing a claim of correctness of normative disposition and the judicial decisions of the States parties to the Convention, the term of the Human Rights demand a normative control in the abstract plane, causing a revaluation of classic concepts of sovereignty and independence, with the finish of make effective the rules of Convention and the subrules established by the Inter-American Court of Human Rights.

Palabras claves

Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Control de Convencionalidad en abstracto, bloque de constitucionalidad.

Key words

Inter-American System of Human Rights, conventionality control in abstract, constitutional bloc.

INTRODUCCIÓN

1. Planteamiento del problema y pregunta de investigación

Los métodos utilizados para la materialización de los derechos humanos ocupan un lugar importante en la práctica jurídica de los Estados modernos, en la medida en que son la condición necesaria para que los Derechos Humanos (en adelante DDHH) no se decanten como declaraciones vacías sin incidencia práctica en sociedades democráticas. El Control de Convencionalidad ha sido una herramienta creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el objetivo de establecer un marco de delimitación de las normas jurídicas, y prácticas dentro de los Estados partes de la Convención.

No obstante la aplicación del control de convencionalidad ha trascendido a una operación abstracta de las normas locales que puedan atentar contra de la Convención, esto se ha denominado control de convencionalidad en abstracto, puesto que no se limita a defender los DDHH en un caso concreto, sino que logra operar en un plano estrictamente normativo, conllevando a establecer un nuevo paradigma dentro de los límites de intervención del sistema regional de DDHH dentro de los países de la región, de esta manera se justifica su intervención por la razón de efectivizar y proteger los DDHH.

Uno de los mayores avances sino por decir el mayor avance en la historia del derecho ocurre en la segunda mitad del siglo XX en el periodo de la postguerra, los principales escenarios intelectuales en el mundo desviaron su mirada hacia la no existente y necesaria protección por parte del derecho hacia los atributos o condiciones que se

desprenden de la situación humana, este nuevo objeto desembocaría en la estoica lucha por mantener un escenario internacional de control en donde se respetasen estas mínimas exigencias inescindibles al hombre.

Reflejo histórico de tal preocupación mundial se evidencia en las múltiples proclamas a nivel mundial de catálogos de derechos que se consideraban presupuesto mínimo de cualquier orden jurídico-político, sin embargo este fenómeno puede observarse de forma aislada más no comprenderse, pues dicho acontecimiento se encuentra entrelazado al fenómeno del constitucionalismo moderno, que se origina con el mismo propósito de proteger unos derechos fundamentales y sobre todo que estos marcaran un derrotero jurídico inexpugnable en la actividad de los órganos de poder, cabe agregar que el nuevo constitucionalismo de postguerra desembocaría directamente en el que se ha llamado neoconstitucionalismo, y que propende a postularse como una nueva teoría del derecho.

Por otra parte los derechos fundamentales de la Constitución permitían las valoraciones morales o el mínimo de justicia exigible de los diferentes preceptos normativos vigentes en cualquier Estado, valoración que en tiempo atrás había sido excluida por no acoplarse a las condiciones metodológicas del positivismo ideológico. Esto llevo a que el control de constitucionalidad de las normas en un Estado no solo se apreciara como una herramienta de orden para la preservación y coherencia del sistema jurídico, sino como una toma de postura por parte del poder judicial en la defensa de derechos prelegales.

Estos fenómenos se conjugan en la llamada internacionalización del derecho constitucional que es el fenómeno por medio del cual las constituciones de distintos estados le abren paso a las normas de derecho internacional posesionándolas como fuente de derecho en el ordenamiento jurídico interno, generalmente por medio de una cláusula de inclusión inserta en la misma Constitución, (por ejemplo en Colombia el artículo 93 y 94 de la C.N). Que atenúa la separación radical entre orden interno y orden internacional, sin embargo dicha inclusión, así como el desarrollo progresivo de los derechos fundamentales provocó la constitucionalización del derecho internacional, suceso que se puede describir como la elevación de las normas internacionales de derechos humanos por encima de los preceptos constitucionales.

En este sentido, el control de convencionalidad en abstracto es el instrumento con el que cuenta la Corte IDH para realizar una comparación entre las normas internas de los

Estados suscritos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, de tal manera que estas tengan armonía entre sí y no se contradigan las unas a las otras.

El capítulo primero revisará el Control de Convencionalidad a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los fallos de la Corte IDH, los efectos específicos del Control de Convencionalidad en abstracto, la vinculatoriedad de sus fallos, y la reglamentación legal del bloque de constitucionalidad.

El capítulo segundo investigará acerca del bloque de constitucionalidad, y su relación con el Control de Convencionalidad en el derecho interno. Por último, se analizará el Control de Convencionalidad en la jurisprudencia nacional y los retos del Control de Convencionalidad en Colombia para así llegar a las conclusiones.

2. Pregunta de investigación

¿Cuáles son los límites del Control de Convencionalidad en abstracto?

3. Objetivos

3.1. Objetivo General

Analizar los límites del Control de Convencionalidad en abstracto

3.2. Objetivos específicos

1. Analizar el concepto del Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano de los DDHH.
2. Revisar como se ha desarrollado la evolución del Control Constitucional y su relación con el Control de Convencionalidad en Colombia.
3. Determinar los límites de la aplicación del Control de Convencionalidad en abstracto a la luz de la jurisprudencia en Colombia.

3.3. Metodología

Método hipotético-deductivo: A través de observaciones realizadas de un caso particular se plantea un problema. Éste lleva a un proceso de inducción que remite el problema a una teoría para formular una hipótesis, que a través de un razonamiento deductivo intenta validar la hipótesis empíricamente. De esta manera de metodología se determinarán las características del Control de Convencionalidad ya que a través de la investigación de las diferentes sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre este tema, se podrá delimitar los alcances normativos de ésta en los ordenamientos internos de los estados parte; y por ende la importancia del Control de Convencionalidad en sentido abstracto, así las cosas se hará el planteamiento de la hipótesis.

CAPITULO I

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DESDE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

En América latina, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es el encargado de la protección de los Derechos Humanos, realiza también procedimientos administrativos y jurisdiccionales con apoyo en la Convención Americana de Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, normatividad que denominan “el corazón del sistema, porque a partir de su existencia es cuando se inicia el reconocimiento de los Derechos Humanos, así como la preocupación por la protección de estos derechos por parte de los Estados y la exigibilidad por parte del individuo” (Estarita, 2014p.25).

Se hace referencia a este tipo de control en los casos en los que la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en uso de sus facultades, demanda de un Estado Parte llamado a litigio, que elimine de su sistema jurídico una determinada norma que no se compagina con lo estipulado en la Convención, de suerte que se le fuerza al Estado a realizar los trámites necesarios para tal propósito.

El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos se compone por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que surge con la carta de la Organización de los Estados Americanos de 1959, que le asignó la función de observancia y defensa de los Derechos Humanos en el continente y servir como órgano consultivo de la organización en esta materia.

El profesor Estarita (2014) afirma, de Barbosa, (2012):

La Comisión se asemeja a una fiscalía (dentro del modelo del sistema acusatorio colombiano) puesto que recepciona las denuncias que se presenten contra los Estados por la presunta violación de los Derechos Humanos, agotando la conciliación como solución amistosa del conflicto internacional. (p.26).

En otro aspecto y para ampliar a lo precedente, dentro del sistema interamericano de derechos humanos se encuentra la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que fue

creada por la Convención Americana de 1969, que inició sus funciones el 3 de septiembre de 1979 en San José de Costa Rica.

Extendiéndonos se explica que aunque la Comisión tiene una función consultiva, ésta ha trascendido a nivel mundial mediante el ejercicio de su función jurisdiccional, pues esta impone medidas provisionales, ante la presencia de situaciones notoriamente inclinadas a violar los derechos de la Convención, a su vez juzga y condena la violación de Derechos Humanos por parte de los Estados que desconocen dichos derechos, y por otra parte la Corte Interamericana complementa el Sistema Interamericano, al agregar un factor de coercibilidad al consenso implícito en la convención.

Sin lugar a dudas la Corte Interamericana cumple un rol necesario en cualquier declaración internacional de derechos en la actualidad debido a que la presión política y las medidas indicativas de órganos internacionales que pueden tornarse ineficientes e inclusive ineficaces, pues, frente a Estados necios a aceptar, en el marco regional, su participación en la violación de los derechos de la convención y en consecuencia su responsabilidad internacional en el asunto.

En el contexto global actual, en donde las fronteras tienden a desaparecer y la comunicación se ha potencializado hasta un nivel de lograr una especie de fraternidad mundial, el Derecho Internacional ocupa un lugar importante en la resolución de problemas jurídicos, puesto que sin lugar a dudas se apoya en una variedad de instrumentos jurídicos que hacen posible la exigencia de sus obligaciones, normas y mandatos, en distintos lugares del mundo.

Carbonell, (2003):

La globalización ha exigido del Derecho una reformulación o reconsideración de sus instituciones frente a los postulados que exige un mundo sin fronteras o globalizado, por esto se ha generado la aparición de nuevas instituciones y metodologías jurídicas para problemáticas que son inexistentes o irrelevantes en el mundo jurídico, figuras que eran abordadas en los modelos clásicos del Derecho y que opacan los efectos nocivos para las sociedades del siglo XXI.” (P.16)

En cualquier sentido se puede señalar que el efecto de la “supra- nacionalidad” ha compuesto un modelo paradójico en las esferas del derecho público de los Estados, en la

medida en que permite que frente a ciertas problemáticas las instituciones públicas y privadas, en el contexto de sus actividades y operaciones, desdibujen los sistemas locales de regulación normativa y propugnen por instituciones regionales y procedimientos universales; en sentido opuesto, se ha generado una exacerbación en la demanda de derechos de minorías segregadas por el plano uniforme de la “supra-nacionalidad”.

Se aclara que dentro de los esfuerzos que han emprendido los Estados bajo el paradigma de la “supra-nacionalidad”, a fin de establecer un marco jurídico integral (de reglas locales e internacionales), los regímenes financieros, económicos y todo lo referente a movimiento de capitales han sido los más desarrollados y consolidados, a su vez, el aspecto de movimiento de capitales ha supuesto de igual forma un punto medular en el derecho internacional, y un resquebrajamiento de los Derechos Fundamentales, como prioridades de desarrollo regulativo internacional.

De acuerdo con lo anterior, se da espacio a que exista una tensión palpable entre globalización y democracia, y por ende entre globalización y Derechos Humanos.

Explica Díaz, (2003):

Bajo la perspectiva de que la repartición de recursos escasos descansa bajo las directrices del mercado, conllevando en muchos casos a la constante y generalizada inobservancia de los Derechos Humanos en la población, puesto que los niveles de vida digna, que propugna como derecho la misma declaración universal de Derechos Humanos de 1948 en el artículo 25, tiene un efecto catalizador sobre los derechos particulares de las personas, y permitiendo considerar que las dinámicas del mercado despojadas, no proporcionan una plataforma de protección de los derechos en el contexto de la globalización.(P.29)

Sin embargo, las declaraciones de derechos universales que se suscitaron en la época posterior a la segunda guerra mundial y que han intentado generar el respeto por los Derechos Humanos mediante la utilización del derecho, han conseguido sistemas de protección de Derechos Humanos que rivalizan de forma protuberante con medidas, normas, instituciones o prácticas de países particulares que no tienen un sentido

antropocéntrico y que por tanto pueden desconocer los derechos plasmados en la convención.

Donnelly, (1994) dice:

En efecto son muchas las declaraciones de derechos que han superado la simple práctica declarativa y de promoción por medio de la presión política internacional para instaurar regímenes de ejecución estricta de Derechos Humanos, mediante la decisión de tribunales judiciales internacionales (P. 50).

Por ende los tribunales internacionales de defensa de los Derechos Humanos cumplen un papel clave respecto a las operaciones y creación del derecho local, por cuanto permiten articular una plataforma de derecho “supra-nacional” que alcance la vigencia de normas económicas regionales, sin el desconocimiento de derechos fundamentales, y por otro lado, cumplen una función integradora, por cuanto administran justicia bajo el derrotero de la globalización.

La Corte Interamericana se ha referido de la siguiente manera:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. (CIDH, 2000), La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del effet utile). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la

Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.” (CIDH, 2001).

Como corolario a la argumentación transcrita la Corte decidió:

“(…) que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto (…). (CIDH, 2001).

En suma, memorando al profesor Quinche Ramírez, dos son los puntos desde los cuales se puede conceptualizar acerca del Control de Convencionalidad: (i) desde el punto de vista local, en el cual el operador de dicho control es el juez de los Estados Parte sin importar su jerarquía o especialidad y; (ii) desde el ámbito internacional o interamericano, en el que el ejecutor del control de convencionalidad es la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Quinche, 2009).

Varios casos, como el citado, han tenido como consecuencia el mandamiento de exclusión por parte de la Corte, a fin de garantizar la supremacía de la Convención, aun por encima de las constituciones de los Estados Partes (Corte IDH, 2003). Cabe, entonces cuestionarse acerca de las consecuencias de dicho proceder para así establecer su conveniencia o inconveniencia.

1.1 Concepto de Control de Convencionalidad

La Corte Interamericana de derechos humanos “con respecto a la Convención Americana empezó a utilizar el concepto de Control de Convencionalidad por vez primera en el año 2003 en el caso Myrna Mack Chang a través del voto razonado del Juez Sergio García Ramírez (Hitters, 2009, p.3), también desde el Caso de los trabajadores cesados contra Perú del año 2006 y también ha venido reforzando su interpretación en varios casos como el Caso Boyce y otros vs. Babados en 2007, entre otros.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de los trabajadores cesados estableció:

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 de poder judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Aguado Alfaro y otros vs. Perú, 2006)

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido realizando la función de dicho control desde antes, pues la función de la Corte es realizar inspección y vigilancia de la Convención Americana respecto a normas de derecho interno de los Estados-parte de la Convención. De este modo la Corte compara la norma de derecho interno conforme a la Convención y determina si no contraviene dicha norma la disposición convencional, en caso de que se contravenga la disposición convencional, la Corte IDH advierte al Estado para que modifique tal normativa o la elimine de su orden jurídico en aras de evitarle una responsabilidad estatal.

Dice Velandía:

Una vez se analiza las diversas concepciones del Control de Convencionalidad, se erige como cierto que el mismo puede ser originado desde dos ópticas: desde el punto de vista del derecho interno o desde el derecho interamericano. Tal diferenciación no pasa inadvertida si se entrelaza con el Derecho Procesal Constitucional como rama autónoma del derecho, puesto que de recordarse que la división propuesta por la academia señala que el derecho interno y el derecho transnacional son ramificaciones propias de aquel, ergo, el control de Convencionalidad es tema de forzoso estudio. (P.20, 2010).

El Control de Convencionalidad, como se indica en su misma denominación, busca controlar la coherencia entre las disposiciones normativas de los Estados que han ratificado la Convención y las normas internacionales sobre Derechos Humanos que componen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Esta cuestión resulta trascendental, desde un punto de vista teórico formal, puesto que los Estados de Derecho, en adecuación a una sana política normativa, buscan conseguir una coherencia dentro de sus ordenamientos jurídicos, dentro de los cuales las normas sobre derechos humanos del ámbito internacional tienen fuerza vinculante y un papel relevante en la producción normativa.

En efecto, dentro de los Estados adeptos al sistema, el tratamiento que se le asigne al orden jerárquico del ordenamiento jurídico supone una coherencia y validez material y formal de sus componentes, verbi gracia, en un Estado Social de Derecho como Colombia, las normas que reconocen Derechos Humanos tienen una importancia jurídica especial, esto por mandato del artículo 93 de la Constitución Política de 1991.

El asunto de la coherencia, que se encuentra íntimamente ligado al aspecto de la jerarquía normativa y que permite conciliar las disputas entre normas, resulta salvaguardado por medio del control de convencionalidad, en la medida, que propende por el establecimiento de un sistema jerárquico libre de antinomias.

Rodolfo Correa dice:

La jerarquía del ordenamiento jurídico es, precisamente, condición fundamental para su existencia. Es decir, si no existiera una relación de subordinación entre los componentes normativos del sistema, su misma condición de ordenamiento jurídico quedaría en entredicho al tener, todas las normas que lo integran, un mismo valor, y por tanto, hacer imposible al momento de la aplicación, la determinación de la norma prevalente en caso de incompatibilidad dentro de las mismas. (p.177, 2009).

En este sentido, en función de la jerarquización de las normas dentro de un ordenamiento jurídico, se puede hablar de control, más precisamente de Control de Convencionalidad al establecerse una verdadera superioridad de las normas adscritas en la

Convención, este control se logra mediante la adecuación o expulsión de normas inferiores con el fin de acatar la obligación internacional de respetar la convención.

El Control de Convencionalidad, desde un punto de vista material o formal ha sido definido por la doctrinante Hernández como “el control que se ejerce sobre normas jurídicas tomando como referencia o marco una norma que se considera superior, para el caso la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Hernández, 2014, p.37); desde un punto de vista más concreto el profesor Estarita lo define como “un instrumento establecido por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, para evitar que en las decisiones que tomen las autoridades públicas se vulneren los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana.” (Estarita, 2014, p.45)

La Corte Interamericana se ha referido al Control de Convencionalidad, mediante su jurisprudencia, que está en un proceso de evolución, y en la que se ha consolidado esta herramienta jurídica internacional, no obstante y junto al pesar de las dificultades conceptuales que supone delimitar esta institución que obliga a miles de agentes de los Estados a controlar las disposiciones jurídicas internas en su operación práctica rutinaria, la Corte se ha referido a la obligación subyacente, que hace posible este tipo de control.

1.2 La figura de Control de Convencionalidad aplicado por parte de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos

La figura del control de convencionalidad es bastante caótica, desde un punto de vista teórico, puesto que supone una relativización del valor de la soberanía de los Estados y exige una carga jurídica extra para los operadores de derecho, por esta razón conviene delimitar sus fundamentos y alcances para viabilizar su percepción dentro de las esferas institucionales, académicas y sociales, de forma que se contribuya a su vigencia y eficacia sin distorsionar su teleología.

Por consiguiente se puede señalar que en cuento al daño acaecido por la violación de Derechos Humanos, como garantía internacional de las victimas (Art. 2, 3, 4 y 37 de la Convención Americana de Derechos Humanos), ha impulsado a que la Corte Interamericana haya desarrollado y desarrolle una jurisprudencia abundante y consolidada, de medidas de reparación.

Las medidas de reparación, frente a los mandatos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos consisten en una reparación adecuada proporcional e integral de las víctimas, que desarrolle unas medidas de satisfacción y las garantías de no repetición. Es conveniente señalar que las garantías de no repetición, generan una obligación internacional para el Estado declarado responsable, en razón al compromiso internacional que supone la Convención Americana de Derechos Humanos, y la aceptación de competencia de la Corte, razón por la cual se deben seguir las órdenes del tribunal, aun cuando éstas supongan una alteración de las normas, procedimientos o instituciones del Estado condenado

De acuerdo a lo anterior esta facultad de la Corte Interamericana, permite la modificación de normas jurídicas en el orden interno del país con tal de adecuar dichas normas a los mandamientos de la Convención Americana, con el fin de salvaguardar los Derechos Humanos.

La adecuación de disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias a los mandatos de la Convención supone un Control de Convencionalidad, el cual no solo se ejerce cuando la Corte Interamericana lo ordene para un caso concreto, sino que también exige que los operadores de derecho (jueces) de cada Estado realicen la mentada adecuación en la aplicación de normas internas.

El Control de Convencionalidad como institución perteneciente al sistema jurídico interamericano tiene origen en la propia Convención Interamericana sobre Derecho Humanos. Desde el artículo 1º, al establecerse la garantía irrestricta de los derechos humanos de todas las personas habitantes de los Estados Parte, se observa con plenitud la intención de ejercer un control férreo a los estados firmantes, con el objetivo de convertir a dicha convención en un instrumento viviente y eficaz, capaz de proteger estos derechos (Corte IDH, 2014), Ya en el artículo 2º, se impuso la obligación a los estados parte de la adecuación de su ordenamiento legal a fin de hacer efectivas las medidas en el artículo que le antecede, (Corte IDH, 2014). Esta obligación se puede interpretar como una medida claramente coercitiva, con la cual se le imponen a los estados parte, obligaciones de ineludible cumplimiento, no dependientes del ordenamiento interno de cada país.

En suma, el espíritu de la Convención que no es otro que la garantía y protección de los derechos humanos, demanda que los estados integrantes armonicen sus disposiciones legislativas con lo dispuesto en la misma, atendiendo, por supuesto, las directrices

expuestas tanto por la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, como por la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.

1.3 Efectos específicos del Control de Convencionalidad en abstracto

La Corte Interamericana en uso de sus funciones convencionales ha enfatizado que sus fallos, dotados de fuerza normativa, bien por el carácter obligatorio de la convención y por la aceptación de los Estados que hacen parte de la declaración y carta de la OEA, tienen plena eficacia normativa, y se incorporan al ordenamiento jurídico interno de los Estados, esto se debe sintonizar por supuesto con el tratamiento constitucional local que se le dé a los imperativos normativos internacionales (art.93 de la constitución política de Colombia).

Por otro lado el efecto de que la Convención establezca la obligación de los Estados de adaptar si la normatividad con las disposiciones de la Convención abre la puerta para el Control de Convencionalidad interno, puesto que indirectamente radica la competencia y deber de todo operador de Derecho de velar por la superioridad de la Convención sobre cualquier disposición interna que desconozca sus mandatos.

No obstante, debe agregarse que el Control de Convencionalidad, se realiza principalmente bajo los estándares establecidos por la Corte IDH, no solo por ser el órgano jurisdiccional del sistema, sino que también por cuanto el sistema de precedentes judiciales tiene plena vigencia dentro de los ordenamientos internos, ocupando un lugar de posicionamiento dentro del sistema de fuentes del derecho local que permite un control de las leyes y actos administrativos generales o particulares eficiente, respecto a las directrices y mandatos que la Corte ha establecido sobre su jurisprudencia. Sin embargo, no debe olvidarse que en virtud del principio de seguridad jurídica, en caso de que no se disponga de una regla jurisprudencial clara de la Corte Interamericana sobre el caso sujeto a control debe preferirse la aplicación de la ley o reglamento, puesto que la incertidumbre como causa de aplicación de la Convención puede generar una vulneración prolifera de derechos.

Es conveniente también añadir que el Control de Convencionalidad no se debe justificar únicamente por la obligatoriedad de la Convención, y el respeto del derecho internacional, en últimas cualquier declaración de DDHH no tiene una fuerza normativa de impacto internacional sin una justificación dogmática.

La fundamentación axiológica de los DDHH debe ser valorada por el juez interno, en relación con los dictámenes del juez interamericano, basado exclusivamente en la dogmática de la convención, y por supuesto fungiendo como un juez “Hércules” conforme a la dinámica de Hart, un juez que logre integrar las disposiciones internacionales, con la orientación dogmática de otras declaraciones internacionales, y su valoración por tribunales continentales, con las normas e instituciones de derecho interno, puesto que el Control de Convencionalidad no debe, ni se ha estructurado para quebrantar el orden institucional de un Estado parte, sino que por el contrario pretende maximizar su campo de protección de los derechos fundamentales y cumplir a cabalidad los compromisos internacionales, dentro de un contexto de autodeterminación y respeto por los DDHH.

Es necesario sintetizar que, entonces, existen, aparte de otras modalidades, un Control de Convencionalidad en abstracto cuando no hay vulneraciones sobre determinados casos por parte de una normativa interna pero que está vigente en el orden jurídico de un país y contraviene las disposiciones convencionales; y por otro lado está un Control de Convencionalidad específico cuando la norma vulneradora de las disposiciones convencionales se aplica en un caso específico de derecho. Podríamos categorizarlas en su respectivo orden como un Control de Convencionalidad de oficio y un Control de Convencionalidad a petición de parte

1.4 Ejercicio del Control de Convencionalidad

En el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile de sentencia del 26 de septiembre de 2006 la Corte recaló el precepto de que tanto ella como los jueces locales de determinado paso deben hacer preservar los postulados e interpretaciones de la Convención Americana, preferiblemente a priori de llegar a una instancia internacional, en el sentido de que el papel orgánico de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuentan con el principio de subsidiariedad, es decir agotar los recursos internos.

En este sentido establecemos que quienes ejercen el Control de Convencionalidad pueden no solo ser organismos de alta jerarquía judicial como la Corte Interamericana de Derechos Humanos sino también los jueces internos de cada país, en necesaria

intervención, haciéndose así (en el caso colombiano) un control de constitucionalidad y un Control de Convencionalidad por parte de los Jueces y Magistrados.

Este control no solo debe ejercerse sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino sobre aquellos tratados ratificados por el Estado colombiano, la jurisprudencia de la Corte IDH y los principios del derecho internacional público. Esto con el fin de dar una protección y garantía amplia a los derechos humanos y civiles.

El ejercicio por parte de los jueces internos debe ser concienzudo y amplio en la misma manera que lo ejecuta la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la comparación, ponderación y garantismo de las normas internacionales sobre derechos humanos frente a las normativas internas que de una u otra manera puedan limitar o restringir dichos derechos humanos.

Las consecuencias que derivan del Control de Convencionalidad ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes conforme a los articulados 62 y 68 del pacto de San José, por lo cual, el Estado debe moldear su disposición o normativa conforme a que no vulnere la Convención o si es el caso eliminarla.

En el caso *Olmedo Bustos vs. Chile* la Corte estableció que:

La Corte destaca y valora la importancia de la iniciativa del gobierno de proponer la mencionada reforma constitucional, porque puede decir a adecuar el ordenamiento jurídico interno al contenido de la Convención Americana en materia de libertad de pensamiento y de expresión. El tribunal constata, sin embargo, que a pesar del tiempo transcurrido a partir de la presentación del proyecto de reforma al Congreso no se han adoptado aun, conforme a lo previsto en el artículo 2 de la Convención, las medidas necesarias para eliminar la censura cinematográfica y permitir, así la exhibición de la película “La Ultima Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros Vs. Chile, 200)

Vemos que conforme a lo anterior, inclusive, la Constitución puede ser objeto de dichas reformas que buscan la adecuación de los postulados normativos internos de un país a ser concordantes con las estipulaciones de la Convención Americana y otros tratados internacionales sobre Derechos Humanos.

Inclusive la función que se establece de ejercer un Control de Convencionalidad no solo radica en el poder Judicial, que por especificidad debería llevarlo, sino que conforme a los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos humanos dichas normas supranacionales, en su garantía y aplicación, son también responsabilidad del poder Ejecutivo y Legislativo, tanto en el orden nacional como departamental y municipal al ser una responsabilidad estatal.

1.5 Vinculatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos

Se ha dicho que los fallos emitidos por la Corte Interamericana en los cuales Colombia funge como parte son vinculantes en su parte resolutive, esto es, de obligatorio cumplimiento; asimismo, se ha explicado que en lo tocante a su parte motiva, tienen fuerza vinculante relativa en tanto que la Corte Constitucional los califica como “criterios relevantes de interpretación”, siempre que no contengan una orden expresa (Corte Constitucional, 1998).

Con todo, cierto hábito de ambigüedad se puede dar y esto genera incertidumbre en el operador judicial que, luego de analizar la jurisprudencia nacional e interamericana, no sabe a ciencia cierta qué criterio puede aplicar al caso que está resolviendo. Estos vacíos pueden ser dilucidados, en principio, a través del trabajo mancomunado por parte de los altos tribunales nacionales en sintonía con la Corte Interamericana, con el objeto de que se concierten los criterios hermenéuticos a aplicar.

Por otro lado, puede preguntarse: ¿en los casos en los que Colombia no hace parte, lo establecido por la Corte Interamericana tiene fuerza vinculante, es criterio auxiliar o, no debe ser en manera alguna, atendido? Claro es, y no merece discusión que lo decidido en los casos en los que Colombia no hace parte, no tiene fuerza obligatoria, sin embargo: ¿pueden servir las argumentaciones esgrimidas como criterio auxiliar a fin de, por ejemplo, interpretar un derecho fundamental o para ser aplicado en la resolución de una acción de constitucionalidad?

El profesor Gozaíni refiriéndose a la vinculatoriedad de los fallos, siendo un Estado parte del proceso o no, escribe:

“Con relación a las sentencias en la jurisdicción supranacional, ellas son de cumplimiento obligatorio para el Estado afectado (...). No lo son, en cambio, cuando el Estado sólo accede al caso como miembro del sistema, pero sin estar directamente alcanzado por la resolución. Vale decir, la jurisprudencia ilustra el problema y lo resuelve, siendo esa decisión una guía o pauta de orientación que se puede aplicar en el derecho interno” (Gozaíni, 2008).

Así las cosas, en el caso colombiano, la jurisprudencia interamericana funciona como criterio interpretativo cuando la misma no obligue de manera expresa, siendo de suma conveniencia estipular estas pautas, a manera de principios hermenéuticos.

CAPITULO II

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN COLOMBIA

En la Constitución de 1991 es evidente la internacionalización del Estado Social de Derecho ya que las realidades económicas y políticas nos sitúan en un gran enclave internacional, y “por lo tanto la integración no sólo latinoamericana sino con otras naciones del mundo han llevado a que Colombia ya no sea una opción, sino que haga parte del nuevo modelo político globalizado.” (Quiroga, 2015, P. 77)

Artículos de la Constitución de 1991 en los que se puede evidenciar dicha internacionalización del derecho constitucional colombiano:

- Preámbulo: El Pueblo de Colombia en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente.
- El artículo 9: Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.

En otro aspecto, conforme a estipulaciones de la OIT y vinculado a los principios del derecho laboral la constitución nacional estipula en el articulado 53 lo siguiente:

- Artículo 53: El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo;

irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores conforme a este artículo y es importante resaltar que adicionado que mediante el acto legislativo 02 de 2001, El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

De esta manera, cabe resaltar que conforme a este artículo todos los convenios internacionales celebrados por el Jefe de Estado y ratificados por el Congreso de Colombia, junto con el respectivo control de constitucionalidad, son integrados a la legislación interna, precisamente, por disposición expresa del artículo 53 en su inciso cuarto. Esto da a entender que todos estos convenios adquieren al carácter de normas jurídicas obligatorias en el derecho interno por el solo hecho de su ratificación, sin que sea necesario que se dicten nuevas leyes para incorporar su contenido más específico dentro del ordenamiento jurídico.

Ahora dentro de un enfoque más general, es decir, en un espectro más amplio del derecho la constitución política de Colombia establece unos artículos que de una u otra manera se enfocan u orientan hacia lo relativo a los Derechos Humanos y el derecho internacional humanitario, y su papel en Estados de excepción en el orden nacional:

- Artículo 94: 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.

- Artículo 214: Los Estados de Excepción a que se refieren los artículos anteriores se someterán a las siguientes disposiciones:

1. Los decretos legislativos llevarán la firma del Presidente de la República y todos sus ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de Excepción.

2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos.

3. No se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado.

4. Tan pronto como hayan cesado la guerra exterior o las causas que dieron lugar al Estado de Conmoción Interior, el Gobierno declarará restablecido el orden público y levantará el Estado de Excepción.

5. El Presidente y los ministros serán responsables cuando declaren los estados de excepción sin haber ocurrido los casos de guerra exterior o de conmoción interior, y lo serán también, al igual que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refieren los artículos anteriores.

6. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refieren los artículos anteriores, para que aquella decida definitivamente sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de

enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.

La Corte Constitucional ha limitado el significado del bloque de constitucionalidad para discernir que no todos los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia hacen parte del bloque de constitucionalidad sino que por referencia expresa de normas de sentido superior, solo se constituyen como parámetros de control de constitucionalidad los tratados y convenios internacionales cuya naturaleza y objeto sean los derechos humanos, los cuales en estados de excepción no se deben limitar o restringir. La Corte constitucional de Colombia precisó gradualmente el concepto de bloque de constitucionalidad para dar a entender que existen dos sentidos de este.

La Corte Constitucional, ha dicho que:

El primero se trata del strictu sensu, el cual se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicho y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (Corte Constitucional, Sala plena, sentencia C-067 de 2016, M.P.MARCO GERARDO MONROY CABRA)

El otro es el lato sensu, a lo cual, ARANGO (2004) dice:

El segundo es el *Lato sensu*, el cual está compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para efectuar el control de constitucionalidad, es decir la constitución, los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la carta, las leyes orgánicas y en algunas ocasiones las leyes estatutarias (...) frente al tema de las leyes estatutarias (...) la corte concluyo que solo hace parte del bloque de constitucionalidad la ley estatutaria que regula los estados de excepción, lo cual no quiere decir que otras leyes estatutarias no sean un parámetro de control de constitucionalidad sin ser parte del bloque en sentido estricto.(p.7, 2004)

2.1 Bloque de constitucionalidad en estricto sentido

El bloque de constitucionalidad en *strictu sensu* o sentido estricto, como se dijo es aquel conformado por principios y normas de valor constitucional limitadas al texto constitucional y de tratados internacionales relativos a derechos humanos y derecho internacional humanitario ratificados por Colombia.

El bloque de constitucionalidad es un término que empezó a ser utilizado por la Corte Constitucional desde el año 1995, aunque como concepto se venía utilizando desde antes al hacerse referencia a valores y principios en el texto constitucional que garantizaran y aseguraran la permanencia y obligatoriedad de la materia de dicha normativa. Esto se ve en sentencias como la C-225 de 1995 con magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero y la sentencia C- 578 de 1995 del Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Establece Arango, que:

El primer acercamiento de la Corte Constitucional en la aplicación de normas supranacionales al orden interno colombiano se da en las sentencias T-409 de 1992 M.P.'s Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y C-574 -92 MP: Ciro Angarita Barón en donde se estableció que los convenios sobre derecho internacional humanitario tienen carácter prevalente sobre la legislación nacional (...) A partir de la mencionada jurisprudencia, la Corte Constitucional comenzó a interpretar el inciso segundo del artículo 93 de la carta como la norma que disponía la prevalencia de los tratados o convenios internacionales en el orden jurídico interno, siempre y cuando dichas normas hubiesen sido integradas en la normatividad colombiana a través de la ratificación del Estado, previo análisis de constitucionalidad (P. 3, 2004).

A su vez la corte en sentencia C-295 de 1993 estableció que dichas normas supranacionales no deberían ir en contrariedad de preceptos constitucionales so pena de inaplicabilidad de las mismas. Del mismo modo se estableció que las normas, para su

integración en el bloque, deberían cumplir con dos presupuestos, que dicha norma reconozca un derecho humano y que se trate de un derecho que en caso de Estado de excepción se le limite su libre ejercicio o se deje de garantizar.

De esta manera empezó a tomar fuerza el concepto de bloque de constitucionalidad e ir aumentando gradualmente su interpretación por parte de la Corte Constitucional para dar campo a la incorporación de diferentes convenios cuyo objeto se volvió bloque de constitucionalidad, ejemplo, tratados marítimos (sentencia C-191 de 1998, protección a la mujer en estado de embarazo (sentencia T-622 de 1997), convenios de la OIT (sentencia T-588 de 1999, derechos económicos (sentencia T-512 de 2003 S.V. Eduardo Montealegre), Derechos sociales (sentencia T-568 de 1999), entre otros.

Se puede establecer que el bloque de constitucionalidad *strictu sensu* está compuesto por el preámbulo de la Constitución de 1991, la Constitución de 1991, la ley estatutaria que regula los Estados de excepción, los tratados de derecho internacional humanitario, “los tratados limítrofes de derecho internacional ratificados por Colombia, los tratados de derecho internacional que reconocen derechos intangibles, los artículos de los tratados de derecho internacional de derechos humanos ratificados por Colombia (...), la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en determinados casos” (Arango, 2004, p.23)

Conforme a la prevalencia de Tratados de Derechos Humanos, la Corte Constitucional ha dicho 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. (Corte Constitucional, sentencia C-225 de 1995, M.P. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO)

El bloque de constitucionalidad en sentido amplio o *lato sensu* se entiende compuesto por leyes orgánicas y estatutarias, junto a disposiciones que ayuden a su desarrollo y que no vayan en contra o limiten de cierto modo los convenios o tratados internacionales que comprenden el bloque.

De esta manera, se acuña que, resulta importante señalar que la Corte Constitucional a partir de su puesta en funcionamiento en el año de 1992 comenzó a utilizar como parámetro de constitucionalidad normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, “pero sólo hasta 1995 acuña el término bloque de constitucionalidad”. (Quiroga, 2015, P. 79).

2.2 Reglamentación legal de la aplicabilidad del Bloque de Constitucionalidad

El Bloque de Constitucionalidad se muestra como un arma jurídica de fundamental importancia cuando se trata de aplicar el control de convencionalidad, ora interno (*ex officio*), ora en el ámbito internacional (el realizado por la Corte Interamericana). No en vano la Corte Constitucional se ha manifestado al respecto sin ambages en el fructífero propósito de defender los derechos constitucionales a través de la referida institución, siendo neurálgicos los casos en los que se ha apoyado en el Bloque como andamio argumentativo.

Es, en este sentido, la jurisprudencia constitucional quien más aportes ha realizado a tal empresa, quedando aún mucho por hacer en materia legislativa, en el empeño de regular de manera más específica los eventuales supuestos de hecho en los que un juez tuviese aplicar la Convención aun por encima del marco legal nacional (control difuso). Y es que la cultura jurídica legalista, aun cuando ha sido menguada en el ánimo de hacer prevalecer los principios constitucionales, puede moverse como aditivo que, precisamente, fortalezca la dogmática constitucional, defensora de los derechos humanos.

No se trata, pues, de una legalización del derecho constitucional o convencional, es, en realidad, una especificación de reglas pertinentes respetuosas de los principios

superiores que viven en la Constitución y en la Convención. Es, en suma, un instrumento que le sirve al juez nacional para no desconocer el caudaloso río de avances logrados en aras a la defensa de los derechos humanos.

Cabe aclarar que dichas reglas deben ser interpretadas dando prevalencia al derecho sustancial sobre el procedimental (principio del derecho procesal general, perfectamente aplicable al Derecho Procesal Constitucional), demanda de los jueces el desconocimiento de la interpretación restrictiva abriendo caminos a interpretaciones garantistas, alejadas de cualquier formalismo innecesario. No obstante que las formalidades son necesarias en aras a la prevalencia de la seguridad jurídica, al pretender regularse una figura con relevancia ius-internacional, es afinado valerse del principio de menor rigidez formal para los procesos que se surten ante un tribunal internacional. Dicho principio lo resume la Corte Interamericana asegurando que el proceso de que ella conoce “es más flexible y menos formal que el proceso en el derecho interno” (Corte IDH, 2001), lo que conduce a que “Meras formalidades no pueden sacrificar la justicia que se pretende obtener al acudir a un sistema procesal, sin que por ello se deje de cuidar la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes”. (Corte IDH, 2001)

Así, se abre paso a que el juez interno reinvente sus conocimientos con el manejo del fenómeno de internacionalización del derecho, buscando con ello, garantías eficaces para la protección de los derechos e intereses de los habitantes de los Estados Parte. El establecimiento de la convención supone, de forma indirecta una revaloración de las competencias soberanas para dictar leyes, con el objetivo de ponderar la eficacia de los DDHH y las leyes internas, ponderación que se realiza a nivel normativo, sin establecerse en un caso concreto.

Establece Uprimny:

La existencia del bloque de constitucionalidad adquiere una gran importancia para todos los operadores jurídicos en aquellos ordenamientos jurídicos, como el colombiano, que tiene alguna forma de Justicia constitucional. En efecto, esta noción amplía los términos del debate constitucional, tanto en los procesos de control abstracto como en las acciones de Tutela y de Amparo, pues implica que las normas a tener en cuenta para resolver una controversia judicial no

son exclusivamente los artículos de la Constitución, Ya que otras disposiciones y principios pueden tener también relevancia para decidir estos asuntos. El bloque de constitucionalidad es pues “uno de los elementos básicos para realizar un juicio de constitucionalidad” ya que irradia un criterio interpretativo y aplicativo que ningún operador jurídico debe dejar de considerar. (P.5, 2001)

2.3 El Control de Convencionalidad en la jurisprudencia de Colombia

La referencia al Control de Convencionalidad en la jurisprudencia nacional es relativamente nueva aunque se puede establecer que respecto a las normas que son objeto del mismo la corte constitucional se ha pronunciado y generado un referente importante para el aspecto jurídico de las normas internacionales relativas a derechos humanos y derecho internacional humanitario.

2.3.1. Sentencia S.U. 712 DE 2013

La Corte en sentencia S.U.-712 DE 2013, se pronunció respecto al ejercicio del control de convencionalidad cuando existe contradicción entre normas internas contra una decisión internacional, la Corte estableció que:

Solo una vez se establece de la “decisión internacional” que podría resultar incompatible con la posición que la Corte asumió sobre el alcance del artículo 277.6 es posible enfrentar seriamente la compleja contradicción normativa en que se ubican los precedentes de esta corporación y la Corte IDH: mientras la Corte Constitucional considera permitido por el artículo 277.6 de la Constitución Política que una autoridad administrativa separe del cargo a un funcionario de elección popular, a través de un procedimiento disciplinario la Corte IDH sostiene que el artículo 23 de la CADH (...) prohíbe que ello ocurra y, en cambio ordena que una decisión de esa naturaleza sea adoptada por un Juez penal Competente. Cuando una contradicción de ese tipo se presenta, corresponde a la corte adelantar una

armonización de las normas en conflicto, con el propósito de asegurar la supremacía de la constitución, y el pleno respeto de las obligaciones del Estado en el escenario del derecho internacional de los derechos humanos. (Sent. S.U. de 2013)

De igual forma la Corte IDH ha establecido que todos los órganos internos de un país de un Estado parte de la convención incluso los jueces, están obligados a velar porque los efectos de las normas convencionales no se vean afectados por la aplicación de normas contrarias al objeto y fin del tratado. En ese sentido, los órganos que componen la administración de justicia deben ejercer oficiosamente el control de convencionalidad de las normas internas

La sentencia anterior es famosa por referirse a la facultad de la procuraduría de destituir a representantes de cargos públicos elegidos por votación popular, en este caso la Senadora Piedad Córdoba. Este fue el tema de debate de la Corte Constitucional para ejercer el control de Convencionalidad de las disposiciones de la Convención Americana con respecto al artículo 277.6 de la Constitución política de 1991.

En el Salvamento de voto de dicha sentencia el magistrado Luis Ernesto Vargas Silva estableció que la decisión de la corte se fundamentó en la sentencia C-280 de 1996 y la sentencia T-544 de 2004 las cuales fueron desfasadas al no tener un precedente claro ni relacionado al caso en cuestión. Aunque la razón principal de esta referencia radica en que se habla de una omisión al Control de Convencionalidad en razón al conocimiento de la decisión de la Corte IDH en el caso López Mendoza Vs. Venezuela, en el cual se da a entender que el artículo 23 de la Convención Americana, exige una reserva judicial para la adopción de decisiones que afecten intensamente derechos políticos de funcionarios electos por votación popular.

Esta sentencia es importante al destacar dos aspectos:

- 1) el reconocimiento de la Corte Constitucional de ejercer un Control de Convencionalidad cuando este entra en conflicto con una disposición interna.
- 2) Como la Corte ejerce ese control conforme a los postulados internacionales, si es ejercido debidamente o no.

2.3.2. Sentencia S.U. 355 de 2015

La Corte en Sentencia S.U. 355 de 2015 estableció que:

De conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la restricción de los derechos políticos que en esa disposición se reconocen, solo es posible mediante condena por juez competente y en proceso penal, tal y como lo señaló la sentencia C-551 de 2003. De acuerdo con ello “el Procurador General de la Nación o sus delegados, serán incompetentes para llevar a cabo un procedimiento disciplinario como el que nos ocupa, en el cual todas las sanciones a las que se vería sometido el investigado restringen, limitan o suspenden sus derechos políticos, que se traducen en la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político.”

En igual sentido se encuentra el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 1º de septiembre de 2011 y que debe ser seguido por las autoridades colombianas. Acogiendo esos pronunciamientos se encuentra la sentencia adoptada por la Sección Quinta del Consejo de Estado el día 21 de septiembre de 2011. (Sentencia S.U. 355 de 2015)

Esta sentencia recalca el Control de Convencionalidad frente a la destitución de funcionarios públicos electos por votación popular por parte de un organismo de control disciplinario como lo es la Procuraduría General de la Nación. En este caso fue el ex alcalde Gustavo Petro quién recurrió ante este organismo y le fue favorable la decisión y amparados sus derechos políticos.

En la aclaración de voto del Magistrado Alberto Rojas Ríos, se estableció:

“Aclaro mi voto con el propósito de explicar que la sentencia debe entenderse como un precedente cuyos contornos están definidos en el problema jurídico planteado y a partir de las decisiones adoptadas dentro del trámite de nulidad iniciado por el actor. Estas características involucran: i) una discusión en curso acerca de la legalidad de la sanción disciplinaria impuesta al Alcalde Mayor de Bogotá por el Procurador

General de la Nación y; ii) la existencia de medidas cautelares a favor del mandatario que le permiten ejercer funciones durante el período para el que fue electo.” (A.V. sentencia S.U 355 de 2015).

Se estipuló por parte de la corte un referente: el caso López Mendoza Vs. Venezuela en el cual conforme a la urgencia, gravedad e irreparabilidad dicto medidas cautelares, por lo cual en el caso del ex alcalde de Bogotá Gustavo Petro y solicito al Gobierno de Colombia la suspensión de los efectos de la decisión de la Procuraduría General de la Nación. Disposición que también siguió la corte constitucional.

En la aclaración de voto del Magistrado Jorge Iván Palacio, se estipulo:

“Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela.”

2.3.3. Sentencia C-496 de 2016

La sentencia C-496 de 2016 que emitió la Corte Constitucional se estableció un salvamento de voto por parte del Magistrado Alberto Rojas Ríos quien dio una definición del control de convencionalidad:

“El control de convencionalidad es aquel que se ejerce para verificar la conformidad de una determinada disposición constitucional, legal o reglamentaria de un Estado con los principios y obligaciones que derivan del *corpus iuris* interamericano. Se trata, en consecuencia, de un control de carácter normativo y no fáctico. Se extiende a las interpretaciones que adelantan los jueces internos, sean constitucionales u ordinarios, e incluso, la administración pública. En lo que respecta a las modalidades de control de convencionalidad, la Corte señala la existencia de dos: una primera, que podríamos denominar control de convencionalidad en su dimensión internacional, “en sede internacional” o “concentrado”, ejercido únicamente por Corte IDH; una segunda, conocida como “control difuso de convencionalidad o “en sede nacional”, a cargo de todas las autoridades judiciales nacionales, incluidos los Tribunales Constitucionales.” (sent. C-496 de 2016)

En esta sentencia en concreto el problema jurídico era determinar si el legislador vulneró los artículos 28 (libertad personal) y 93 Superiores (bloqueo de constitucionalidad); en concordancia con los artículos 7 (libertad personal) y 8 (garantías judiciales) de la Convención Americana de Derechos Humanos, al establecer en materia de imposición de medidas de aseguramiento seis (6) causales que determinarían que el imputado representa un *peligro para la sociedad*.

En materia de detención preventiva el salvamento de voto estipuló que la jurisprudencia constitucional debe adaptarse a las exigencias actuales de la CORIDH. De esta manera el estudio comparativo entre la jurisprudencia constitucional y los estándares internacionales fijados por la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la detención preventiva, evidencia la existencia de un elevado grado de sincronía, en el acatamiento de principios tales como: (i) carácter excepcional de la detención preventiva; (ii) reserva legal del diseño de la medida de aseguramiento; (iii) reserva judicial para el decreto de la detención preventiva; (iv) necesidad de indicios suficientes sobre la responsabilidad del procesado en la comisión de la conducta punible; (v) ejercicio del derecho del procesado; (vi) principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de la medida; y (vii) existencia de causales legales previas que determinen cuándo procede la detención preventiva.

De igual manera, los efectos jurídicos que genera el ejercicio del control de convencionalidad difuso dependerán de cada caso concreto y de la vía procesal de que se trate. En efecto, aquél puede llevarse a cabo en el ámbito del control de constitucionalidad o en el curso de un proceso ordinario.

Conviene asimismo aclarar que la Corte IDH ha comprendido que el ejercicio del control de constitucionalidad sobre una ley, incluso por una Alta Corte, no inhibe su competencia, por cuanto no le corresponde examinar la validez de una ley con el ordenamiento constitucional de un Estado, sino confrontar aquélla con la Convención Americana.

En los casos en los cuales un Estado demandado ha planteado como excepción preliminar que sus jueces ejercieron el control de convencionalidad difuso, “la Corte IDH ha considerado que conserva competencia para examinar, en el fallo de fondo, si tales sentencias son conformes con la Convención y su jurisprudencia más actual, lo cual no implica desconocer la prohibición de actuar como una cuarta instancia.” (Sentencia C-496 de 2016 S.V., M.P. Alberto Rojas Ríos)

En este sentido la norma demandada por inconstitucionalidad fueron diferentes artículos de la ley 906 de 2004 dentro de las cuales el salvamento de voto establece que se omitió el control de convencionalidad por parte de la Corte Constitucional al validar “ de la sociedad” en el numeral dos del artículo 308 de dicha ley:

ARTÍCULO 308. REQUISITOS. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.

2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

En este sentido frente a la disposición que establece el magistrado Rojas la corte ha establecido en sentencias como la de Fermín Ramírez Vs. Nicaragua del año 2004 que:

El principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática. Al establecer que “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones Aplicable”, el artículo 9 de la Convención obliga a los Estados a definir esas “acciones u omisiones” delictivas en la forma más clara y precisa que sea posible. Al respecto, la Corte ha establecido: (...) con respecto al principio de legalidad en el ámbito penal, [...] la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. (Caso Fermín Ramírez Vs. Nicaragua, 2004)

De esta manera las últimas jurisprudencias a las que se refiere el salvamento de voto son el caso Cabrera García y Montiel Flores Vs México de 2010 junto con el Caso Gonzales Lund y otros Vs. Brasil donde La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Parte tienen el deber de adoptar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención.

Asimismo, se señala que el agente que lleva a cabo la detención debe informar en un lenguaje simple (...) los hechos y bases jurídicas esenciales en los que se basa

la detención. No se satisface el artículo 7.4 de la Convención si sólo se menciona la base legal.

De esta manera la exequibilidad de las normas acusadas en la sentencia no parece tan desfasada sin embargo en ciertos aspectos específicos debe haber claridad y seguridad jurídica, sobretodo en asuntos relativos a Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario en aras de, precisamente, hacer un ejercicio adecuado de estos derechos en el plano garantista y protector. En este sentido es necesario tener cuidado en aplicar teorías como la teoría de la peligrosidad en casos relevantes al derecho penal.

2.3.4. Sentencia C-500 de 2014

En este caso la corte hizo referencia al control de Convencionalidad ex officio que debe ejercer el poder Judicial no solo de manera taxativa referente a la norma escrita en los convenios y tratados internacional sino también conforme a la interpretación jurisprudencial de las Cortes que garantizan la aplicación de estos convenios o tratados.

En este caso conforme al precedente interamericano establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso López Mendoza Vs. Venezuela fue tomado a consideración por la Corte Constitucional

Respecto a los casos de destitución de funcionarios públicos elegidos mediante elección popular la procuraduría estableció que:

“Acoger el principio de convencionalidad planteado por el demandante, con el propósito de otorgarle carácter supranacional a los tratados o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, se opone a la Constitución. Supondría, a pesar de lo establecido en el artículo 93 de la Carta, asignar la condición de norma constitucional a una sentencia. La Corte ha reconocido que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es un criterio hermenéutico relevante lo que no implica, en modo alguno, que se erija en parámetro de constitucionalidad. Una postura semejante implicaría desconocer los artículos 4 y 59 de la Constitución.” (Sent. C-500 de 2014, Concepto Procuraduría General de la Nación)

Ante esta disposición es inquietante saber la posición por parte de los organismos de control estatales respecto a los postulados de la Convención Americana, en que no se acepta el carácter supranacional de normas internacionales y la adecuación de las normativas internas al desarrollo y garantía de los derechos estipulados en tratados o convenios internacionales.

En otro aspecto la corte estableció que:

“En relación con el último de los problemas planteados, este Tribunal concluyó que los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solo pueden obligar al Estado colombiano cuando éste ha sido parte en el respectivo proceso. No obstante, podría considerarse hipotéticamente la posibilidad de reabrir un asunto previamente examinado por la Corte Constitucional, en aquellos casos en los cuales: (i) el parámetro de control haya sido una norma integrada al bloque de constitucionalidad en sentido estricto; (ii) los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan variado radicalmente y de forma clara el sentido de la norma; (iii) la nueva interpretación resulte compatible con la Constitución Política; (iv) ofrezca un mayor grado de protección a los derechos, que el otorgado por la Constitución; (v) se integre a la *ratio decidendi* de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y (vi) sea uniforme y reiterada. Así, el planteamiento del demandante según el cual la decisión adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “López Mendoza vs. Venezuela”, impone variar la decisión adoptada en la sentencia C-028 de 2006, no se ajusta a las exigencias antes expuestas, por lo cual la hipótesis de reexaminar las disposiciones amparadas por la cosa juzgada constitucional, no resulta considerable.” (Sent. C-500 de 2014)

En el salvamento parcial de voto de la Magistrada María Victoria Sánchez Correa se estipuló que en esta ocasión la corte avalo facultades a la Procuraduría general de la nación además de atribuirle facultades para imponer sanciones e

inhabilidades sin que exista una demanda en forma, aunque respectivo a el control ejercido de Convencionalidad la Magistrada salvo el Voto:

“No obstante, en lugar de hacer un intento por armonizar las instituciones derecho interno con las previsiones del Sistema Interamericano, sostiene que este último carece de relevancia para el caso porque no ofrece una posición “uniforme, reiterada e unívoca” (sic). Semejante exigencia, además de ser insólita pues la Corte jamás había exigido tanto para considerar relevante la jurisprudencia interamericana, es además una apreciación que carece de sustento. Cuando la mayoría de la Sala Plena se apresta a identificar la interpretación que le ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al artículo 23 de la Convención, se refiere a casos distintos, y les da preeminencia doctrinal a decisiones que no tienen qué ver con los límites convencionales a la restricción de derechos políticos mediante sanción.” (sent. C-500 de 2014, S.V. parcial)

Conforme a lo anterior, la magistrada establece que La Corte Constitucional desconoce además que la cosa juzgada formal, a la cual quiso atenerse en este caso respecto del artículo 23 de la Convención Americana, el efecto de la sentencia C-028 de 2006, desde ese año han ocurrido acontecimientos constitucionales virtualmente aptos para cambiar las percepciones de los límites del control disciplinario. En especial al obviar la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, adoptada en el caso de Leopoldo López v. Venezuela, en la cual se sostuvo de forma clara que las restricciones a los derechos políticos de los servidores elegidos popularmente sólo pueden ser impuestas por un juez. Esta decisión impactaba al menos la existencia de cosa juzgada sobre la materia, a la luz de la doctrina de la Constitución viviente, ignorada, en la correspondiente sentencia.

También cabe resaltar el salvamento de voto del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva el cual resalta que:

“en primer lugar, no se respeta la reserva judicial que debería cobijar estas decisiones, sino que son decisiones adoptadas por una

autoridad administrativa y no una judicial. Esta situación termina restringiendo derechos políticos fundamentales dentro del contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho y se encuentra en contravía de las más recientes interpretaciones del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, posición reflejada en el fallo del caso López Mendoza contra Venezuela del año 2011.

De otra parte, la Corte debió pronunciarse respecto de la vinculatoriedad que tiene para el ordenamiento interno la jurisprudencia de la CIDH en el caso “López Mendoza vs. Venezuela”, respecto de la afectación de derechos políticos por parte de sanciones de inhabilidad a funcionarios de elección popular derivadas de un proceso de carácter fiscal, sanciones que la CIDH encontró contrarias al artículo 23 de la Convención.” (sent. C-500 de 2014, S.V.)

De lo anterior establece el magistrado que al ser Colombia miembro de la OEA, Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y someterse a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos los presupuestos y postulados de estos entes constituyen un referente vital para que el país cumpla sus deberes de promoción, protección, garantía y respeto de los Derechos Humanos, además de la disposición del artículo 93 constitucional.

2.3.5. Sentencia C-694 de 2015

Esta providencia Constitucional es importante en relación a que se resalta la labor del Consejo de Estado en su papel de juez interamericano a nivel nacional en los casos de violaciones graves a los derechos humanos, ejerciendo un control de convencionalidad a las conductas activas y omisivas del Estado, tomando como apoyo los fundamentos teóricos y componentes del principio de reparación integral establecidos por el mismo Consejo.

Esta sentencia que versa sobre la posible vulneración al derecho a la igualdad en aspectos de priorización en la ley 1592 de 2012 sobre reintegración y reparación a víctimas

del conflicto armado interno. En ese sentido el Control de Convencionalidad radica en la garantía a los derechos humanos en los procedimientos establecidos en dicha ley conforme a los principios de verdad, reparación y garantías de no repetición en razón a aspectos de justicia transicional adaptada a postulados de normas internacionales de derechos humanos.

Se estableció un estudio largo y concienzudo de las garantías adecuadas hacia las víctimas para una debida reparación y amparo en sus derechos, estableciendo las disposiciones sobre reparación que ha adoptado el Consejo de estado y estipulando que en sentencia C-228 del año 2002:

“En el derecho internacional se ha considerado como insuficiente para la protección efectiva de los derechos humanos, que se otorgue a las víctimas y perjudicados únicamente la indemnización de los perjuicios, como quiera que la verdad y la justicia son necesarios para que en una sociedad no se repitan las situaciones que generaron violaciones graves a los derechos humanos y, además, porque el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos, exige que los recursos judiciales diseñados por los Estados estén orientados hacia una reparación integral a las víctimas y perjudicados, que comprenda una indemnización económica y, el acceso a la justicia para conocer la verdad sobre lo ocurrido y para buscar, por vías institucionales, la sanción justa de los responsables” (Sentencia C-228 de 2002)

En concordancia a lo anterior es de resaltar la buena intención de la Corte de ampliar las garantías y el amparo hacia los derechos humanos para víctimas de un conflicto armado, aunque dentro del presupuesto de la corte se presenta un toque un poco egoísta respecto a la normativa y el pronunciamiento de organismos como la Corte y la Comisión Interamericana de derechos Humanos.

De hecho no se realiza un estudio e interpretación por parte de la Corte Constitucional respecto a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y al Sistema Interamericano de Derechos Humanos respecto a las medidas de

reparación y garantía a víctimas de delitos de lesa humanidad o atentadas en sus derechos humanos, donde se establece una reparación integral para estas.

Para hacer un Control adecuado de Convencionalidad es necesario tener en cuenta el precedente interamericano y las disposiciones internacionales en materia de reparación de los derechos humanos y no obviar dichos referentes que configuran una ayuda para solucionar las graves vulneraciones a los derechos humanos sobre todo en un país como Colombia en el cual aun hay más de ocho millones de víctimas inscritas en el Registro Único de Víctimas que aun no han sido reparadas ni amparadas en sus derechos.

Además es importante resaltar el papel que ha ejercido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos de violación a los derechos humanos en el contexto colombiano, por ejemplo, el Caso Yarce y otras Vs. Colombia del año 2016, El caso Rodríguez Vera y otros Vs. Colombia del 2014 (mejor conocido como el de los desaparecidos del palacio de justicia), Cadavid Cano y otros Vs. Colombia del año 2012, Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (operación génesis) vs Colombia del año 2013, entre otros diversos casos más antiguos.

El hecho de que la violación a los derechos humanos llegue al nivel de cortes internacionales, porque sus procedimientos y normativas internas resultan insuficientes para una gran cantidad de víctimas vulneradas en sus derechos humanos, junto con las decisiones de la Corte IDH sobre la vulneración evidente hacia los derechos de las víctimas de la violencia armada por parte del Estado colombiano en multiplicidad de casos; presupone un factor importante que debe ser, en razón al control de convencionalidad difuso, aplicado por los jueces y magistrados de la nación.

2.4 Sentencia C-442 de 2011 Precedente en el que la Corte Constitucional se aparta del Control de Convencionalidad

En la sentencia C-442 de 2011, por medio de la cual se desconoce un parámetro de la Convención interamericana al omitirse una aplicación del control de convencionalidad, ocasiono un perjuicio directo a la libertad de expresión, al establecer una limitación a este derecho con criterios jurisprudenciales y marcos normativos equívocos, ajenos a la filosofía de la convención.

La libertad de expresión es un derecho de importancia rotunda en el marco un contexto democrático, participativo, y también, bajo el enfoque deliberativo de las ideas en una sociedad de la información; es dable admitir que en una sociedad democrática, la participación política directa resulta inocua sin la posibilidad de que cualquier individuo manifieste su opinión frente a decisiones o actuaciones públicas que lo afectan, o en representación de otros.

La democracia se conjuga directamente con la posibilidad de exponer nuestro descontento o adherencia a una actividad, decisión, política o cualquier manifestación del Estado o de otros miembros de la comunidad con el fin de que los problemas que se presenten sean tratados dentro del marco del debate y se logren soluciones verdaderamente democráticas, excluyendo el factor de la imposición.

Para ampliar lo anterior y conforme a la doctrina “el derecho a la libertad de expresión permite el tránsito libre de las ideas, fomentando una actitud crítica respecto a la verdad” (Huertas, 2009) de esta manera el derecho consolida una igualdad de armas frente a la opinión de los demás, al permitir que todos los individuos, sin distinción, esbocen sus argumentos.

De acuerdo a la importancia histórica que ha tenido el derecho a la libertad de expresión, en las revoluciones y procesos históricos que han consolidado, precisamente, las declaraciones de derechos, como por ejemplo la revolución francesa, la ilustración, etc. Se encuentra plenamente respaldado por la normatividad internacional, en efecto el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, plantea lo siguiente:

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. (1948)

De igual manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece un marco normativo internacional a favor del derecho a la libre expresión en su artículo 19, conviene señalar en concreto la nota mencionada: 1) Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2) Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o

por cualquier otro procedimiento de su elección. 3) El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Desde la perspectiva del sistema regional, se encuentran instrumentos normativos destinados a la protección y delineamiento del derecho a la libre expresión, y que son parámetros obligatorios en la práctica jurisdiccional de la Corte Interamericana, en primer término podemos señalar el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, con respecto a que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”.

En forma congruente, y con un ánimo regulador mucho más abarcador, La Convención Americana de Derechos Humanos regula varias facetas del derecho a la libre expresión, dicho marco regulador está inscrito en el artículo 13 de la Convención interamericana el cual supone un parámetro claro de control de convencionalidad respecto al ejercicio del derecho de libre expresión dentro de los Estados Americanos, conforme a sus cinco incisos:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2 del mismo artículo 13.

5. a su vez, está prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Los instrumentos internacionales mencionados anteriormente son, sin lugar a dudas, parámetros normativos del control de convencionalidad, sin embargo de acuerdo a la naturaleza de dichas disposiciones, y con el interés de conocer los límites de la libertad de expresión es necesario identificar los contornos que ha demarcado la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Medina, 2006, Dice:

“Los contornos que marca la jurisprudencia Corte Interamericana, tienen fuerza normativa para los casos en que el Estado es parte y gozan de una fuerza normativa relativa dentro de los ordenamientos de acuerdo al precedente interamericano, además, no cabe duda que la labor de la jurisprudencia en temas de Derechos Humanos, al igual, que los tribunales constitucionales en los Derechos fundamentales, es una labor creadora.” (p. 20).

Se ve claramente que la anterior sentencia concibe que la obligación de delimitar las disposiciones de derecho interno a los mandatos de la Convención no solo se encuentra en

cabeza de la Corte Interamericana, sino que se radica en cualquier operador de Derechos de los Estados partes de la convención.

La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

La Corte Interamericana, bien por medio de sentencias de responsabilidad internacional o mediante opiniones consultivas que elevan a los Estados con el fin de prefijar las disposiciones internas a los mandatos de la Convención, ha identificado las principales aristas de la libertad de expresión y ha enfatizado en la importancia cardinal de este derecho como garantía de otros derechos de la convención.

Al respecto, la Corte se ha referido a la conexión de este derecho con el valor de la democracia y de la libertad en general, pues indica que es garantía de otros Derechos Humanos, como referencia tenemos la Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, párrafo 70, en la que expresó lo siguiente:

La Corte, 1985, expresa:

“La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”. (párr. 5)

En otro aspecto, en una juiciosa interpretación del artículo 13 de la Convención, la corte interamericana específico que el derecho de libre expresión tiene una doble dimensión que también hace urgente su protección estatal, pues se indica que no solo el titular del derecho a expresar sus ideas se ve conminado en sus derechos sino que también el resto de la sociedad se ve afectada por no recibir la información que el titular quiere transmitir.

De igual forma en la sentencia de Olmedo Bustos y otros Vs. Chile, también denominada, “la última tentación de Cristo” del 5 de febrero de 2001, en su párrafo 69, en seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Interamericana acepto que la importancia de la libre expresión resguarda incluso a las ideas que “chocan, inquietan u ofenden” y que la represión de estas ideas supone una restricción desproporcionada del ejercicio de la democracia por medio de la expresión de ideas.

Bajo el anterior planteamiento, se indica que las limitaciones del Derecho a expresar las ideas, y de la comunidad a recibir la información transmitida, ostenta una limitación clara en los términos del numeral 2 del artículo 13 de la Convención, dentro de los que se encuentran los siguientes; (a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, y (b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.

Barbosa 2012, Dice:

“Estas limitaciones taxativas de la Convención no operan de forma automática y plena, ya que esto supondría una plataforma para limitaciones injustificadas y desproporcionadas del derecho a la libre expresión a favor, generalmente, del orden público. Por ello la Corte ha expresado que si bien estas medidas o restricciones al derecho en mención pueden ocurrir bajo el amparo de la Convención, es necesario que las autoridades de los Estados realicen un estricto examen de proporcionalidad, con la finalidad de que las limitaciones se den en el marco del respeto al principio de legalidad, proporcionalidad y racionalidad” (p. 85)

En este sentido la Corte constitucional debe contar en sus juicios con un examen debido de proporcionalidad, legalidad, y racionalidad en aras de no atentar de una manera autoritaria frente a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario como es en este caso el derecho a la libertad en sus múltiples manifestaciones.

Para ampliar el anterior aspecto, La Corte Interamericana (2005) ratifico:

“El Tribunal ha señalado que la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 de la Convención garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión”. (Palamara Iribarne Vs. Chile, párr. 30)

Conforme al criterio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las limitaciones del derecho a la libertad de expresión deben superar un juicio de proporcionalidad estricto en el entendido de si existe una restricción que busque una finalidad de mayor o igual importancia jurídica de tal modo que se afecte en la menor medida posible el derecho, acorde a la limitación más adecuada, y que esta limitación sea proporcionada a la consecución del fin que se persigue.

De acuerdo a los planteamientos expuestos, y para el caso colombiano, todas las ramas del poder público, en especial aquellas que operan con las normas jurídicas deben adoptar las disposiciones internas a los mandatos que estipula la convención. Por esta razón es necesario indicar que incluso, el alto tribunal constitucional, en su función de protector de la integridad de la constitución política debe, por medio de sus competencias, realizar un control de constitucionalidad y de convencionalidad de las demandas por inconstitucionalidad.

Hay que recordar que el ordenamiento jurídico colombiano adoptó un sistema de control de constitucionalidad mixto, es decir que se evidencia un sistema de control concentrado, dirigido por la Corte Constitucional, que conoce de las demandas contra las leyes que se consideran inconstitucionales mediante la acción pública de inconstitucionalidad, y también, de la revisión de los fallos de tutela por medio de los que se pretende la protección de un derecho fundamental.

El control difuso, por otro lado, es el que tiene que realizar todo operador de derecho cuando encuentra que la aplicación de una norma jurídica soslaya la constitución, este deberá omitir la aplicación de la ley, y preferir la constitución política. No sobra advertir que por medio de la institución del bloque de constitucionalidad, plasmada en el artículo 93 de la constitución política de 1991, los tratados internacionales que versen sobre derechos humanos, ratificados por el congreso, hacen parte del bloque normativo de la constitución.

En el caso que se analiza, se presentó una demanda en contra de los artículos 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227 y 228 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal). Por considerarse que el artículo 220 tipifica el delito de injuria de manera vaga e imprecisa, al emplear la expresión “imputaciones deshonrosas”, y que el artículo 221 incurre en el mismo defecto al tipificar el delito de calumnia mediante la expresión “el que impute falsamente a otro una conducta típica”.

Se señaló que esa supuesta indeterminación en la formulación de los dos tipos penales soslayaba, en primer aspecto, el principio de legalidad, de mucha importancia en el campo penal por el artículo 28 de la constitución política y de más importancia para el tema que se aborda.

Se argumentó que al imponer un *ius puniendi* por medio de estos tipos penales se configura una restricción ilegítima a la libertad de expresión, pues, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los tipos penales que limiten este derecho deben superar un juicio de estricta legalidad, y que al existir un tipo penal que restringe de forma desproporcionada el derecho en cuestión, además de contener este tipo penal unos términos indeterminados, la limitación no supera el juicio de proporcionalidad, por tanto estas normas deberían ser declaradas inexecutable.

Previo a analizar el fallo, se debe considerar que la jurisprudencia constitucional ha aceptado la fuerza vinculante de las normas de la Convención junto con la fuerza de los fallos de la Corte Interamericana, pues, ha indicado su valor normativo, como por ejemplo en Sentencia C-010 de 2000 Con M.P Alejandro Martínez Caballero, donde la corte asumió una posición consolidada respecto al papel de la Convención y los fallos de la Corte Interamericana, sentencia en la que también surgió un debate en torno al derecho de libertad de expresión.

La Corte Constitucional, indico:

“La Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales” (sent, C-010, del 2000)

El estatus de criterio hermenéutico relevante, fue superado por la jurisprudencia y se le ha asignado un valor normativo superior, así se ha evidenciado en Sentencia C-500 de 2014 con el M.P. Mauricio Gonzales Cuervo:

La Corte Constitucional (2014), dice:

“La significativa importancia que la Corte Constitucional le ha asignado a la jurisprudencia de la Corte Interamericana a efectos de interpretar las normas de derechos humanos que se integran al bloque de constitucionalidad en virtud de lo establecido en el artículo 93 así como las consideraciones de dicha Corte acerca de la obligación de las autoridades locales de tomar en consideración no solo el texto del tratado sino también la interpretación judicial del mismo, plantea a la Corte el deber de articular la institución de la

cosa juzgada constitucional con la necesidad de armonizar, en la mayor medida posible, los tratados internacionales en materia de derechos humanos y el derecho interno en tanto aquellos se integran al bloque de constitucionalidad”.(sent, C-500)

La corte constitucional realiza un barrido de la jurisprudencia constitucional sobre los límites que ha adquirido el derecho a la libertad de expresión y los presupuestos para que los medios que los limiten resulten legítimos, la Corte enfatizo en los límites de los supuestos términos indeterminados, los tipos penales de injuria y calumnia, que a través de una interpretación han sido determinados y precisados por la jurisprudencia de la corte constitucional y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En términos de la Corte Constitucional se presenta una situación de derecho viviente, puesto que si bien los tipos penales en su determinación legal pueden ocasionar indeterminaciones nocivas para la libre expresión, la jurisprudencia ha precisado sus alcances y por ello no encontró una vulneración al derecho de la libre expresión.

Esta postura de la Corte Constitucional, es abiertamente contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos, por cuanto desconoce los mandatos de regulación de la libre expresión, al respecto la Convención interamericana es clara en indicar que la libre expresión “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley”, resaltamos este último aspecto y en consecuencia, no puede establecerse una limitación a la libre expresión mediante la doctrina jurisprudencial, puesto que supondría un desconocimiento de la Convención.

2.5 Control de Convencionalidad en el derecho interno

Desde el aspecto interno el control de convencionalidad en el aspecto interno lo define Quinche (2009) como:

Se define al Control de Convencionalidad como la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados Partes, de efectuar no sólo control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de

integrar en el sistema de sus decisiones corrientes, las normas contenidas en la Convención Americana (pág. 80).

Es decir, que el juez de un Estado Parte, además de cotejar las normas aplicables en un caso con las normas de mayor jerarquía del orden jurídico interno, tiene el deber, de orientarse y aplicar las normas de la Convención Americana aun en desuso de las propias de su régimen jurídico. Idóneo es preguntarse acerca de hasta dónde va dicho control; una tesis de corte amplio diría que trastoca aún a normas de raigambre constitucional; una tesis restringida, señalaría que este no puede afectar normas de índole constitucional, salvo que el Estado parte a través de sus órganos jurisdiccionales así lo acepte, de manera expresa, en salvaguarda del principio de soberanía y libre determinación de los estados.

La Corte Interamericana (2006), dice:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico 332. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cabrera García y Montiel Flores Vs México, párr. 225)

De esta manera, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad 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, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben 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.

2.6 Control de Convencionalidad en abstracto aspecto general

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus principios no tenía una tendencia marcada frente al control de convencionalidad o un control ejercido por esta. De esta manera “sostenía que era improcedente la revisión supranacional si el precepto atacado no había sido aplicado. Empero últimamente el órgano aludido cambió de tornas destacando su potestad de controlar la convencionalidad de las normas locales aun en abstracto” (Hitters, 2009, pág. 15)

Conforme al caso *Genie Lacayo vs Nicaragua* en 1995 la Corte Interamericana estimaba que: “la competencia de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto sino que es ejercida para resolver casos concretos donde se alegue un acto del Estado, contra personas determinadas es contrario a la convención” (*Genie Lacayo vs. Nicaragua*, 1995) de esta manera estipuló que se encontraba impedida para impulsar de oficio un control de convencionalidad en abstracto, es decir, cuando las normas de orden interno contrarias a las disposiciones de la Convención no se habían ejercido en contra de derechos particulares ni casos concretos. Concorde a lo anterior, Dice Hitters (2009):

Tal pauta fue criticada por el Juez Caneado Trindade en su voto disidente quien (...), dejó en claro que la infracción convencional se produce por el solo hecho de que la norma doméstica este vigente (aunque no haya sido aplicada); añadiendo luego en el caso “El Amparo” que para que exista maltrato a la CADH no me parece necesario esperar a la ocurrencia del daño. En una segunda etapa- como puntualiza Rey Cantor- se muestra un cierto cambio en la jurisprudencia aludida al sostener la Corte IDH en el caso *Suarez Rosero* y posteriormente en *Castillo Petruzzi* entre otros, que puede haber infracción al pacto de San José aun cuando el dispositivo normativo doméstico no haya sido aplicado a un caso concreto. (p. 7, 2009)

De esta manera la Corte ha fortalecido la aplicación del control de convencionalidad a lo largo de su jurisprudencia dándole un sentido abstracto en el cual no es necesaria la

aplicación de la norma disidente en un caso concreto, sino que por el mero hecho de su vigencia en el orden jurídico interno de un país, es necesario aplicar un control de convencionalidad y modificar o suprimir dicha norma de la normativa nacional del país.

CAPITULO III

ASPECTOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO Y RETOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN COLOMBIA

El bloque de Constitucionalidad se ha formado en pro de realizar un Control de Constitucionalidad con fundamento en normas internacionales de aplicación directa (Bloque de constitucionalidad strictu sensu) y “desde normas internacionales que sirven como criterio de interpretación en el ejercicio del Control Constitucional (Bloque en sentido amplio)” (Quinche, 2009)

La sentencia C-228 de 2002 marco un hito en la jurisprudencia Colombiana en materia de Control de Convencionalidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos donde Quinche, nos dice que:

“está caracterizado por el tratamiento integral y sistemático de tres temas provenientes del Sistema Interamericano: la proscripción de la impunidad estatal por las violaciones graves a los derechos humanos; el contenido y alcance de los derechos de las víctimas a verdad, justicia y reparación en los procesos penales, disciplinarios y administrativos; y la integración del sistema interno con los estándares y reglas de protección y juzgamiento diseñados por el Sistema Interamericano, aplicables a los procesos ordinarios y a los juicios que se adelantan con la ocasión de la negociación con los grupos para militares”(p183, 2009)

De este modo en ejercicio del Control de Constitucionalidad se ha hecho aplicación de las normas y postulados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en temas específicos aunque de manera aislada, sin embargo en casos de violaciones masivas a los derechos humanos en los casos de violencia por el conflicto armado colombiano la corte ha marcado una orientación hacia un control constitucional incluyendo los postulados de la Convención americana desde la sentencia C-228 de 2002, la sentencia C-370 de 2006 respecto de la ley 975, entre otras.

Establece Quinche:

En este sentido y cuando menos alrededor del sistema de reparaciones sobre las víctimas, el control de convencionalidad viene siendo ejercitado en Colombia, al parecer, de modo involuntario. Por lo pronto cabe esperar su despliegue y su crecimiento, y aún en el caso de no suceder esto, podríamos decir que de cualquier manera, nos encontramos frente a una categoría útil, que cuando menos tiene una gran fuerza explicativa alrededor de los fenómenos reales de influencia de la jurisprudencia de las cortes internacionales al interior de los países. (2009, p. 189)

Conforme a lo anterior un reto importante del control de Convencionalidad en Colombia radica en hacer un control conciso y no aislado de los casos en donde se ven vulnerados los derechos humanos, es decir, dar una seguridad jurídica respecto a los postulados del Sistema interamericano de Derechos Humanos y efectuar una línea clara en la jurisprudencia nacional respecto al control de convencionalidad.

Establece García:

“Es obvio que los dos órdenes jurídicos, el nacional y el internacional, siguen existiendo. Aun más, si bien es cierto que la soberanía de los Estados está hoy en día muy disminuida en relación con lo que pasaba en el período de entreguerras, lo cierto es que ese orden internacional y más aun cuando implica cesiones parciales de soberanía estatal, tiene que ser aceptado expresamente por el propio Estado.

En el caso de la aceptación de la competencia de un tribunal supranacional es menester depositar un instrumento de ratificación en la sede internacional señalada para estos fines. Esto es muy claro en la Corte Interamericana y recientemente es lo que sucede en la Corte Penal Internacional con sede en La Haya. Esto no impide que en casos especiales (como los tribunales de Ruanda y la antigua Yugoslavia) hayan sido creados por órganos internacionales como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, si bien se trata de situaciones especiales y de duración determinada, a

diferencia de la Corte Interamericana y similares, que son permanentes y de duración indeterminada.” (2015, p.135)

En casos de la corte interamericana como Barrios Altos Vs Perú o Bustos Olmedo Vs. Chile la Corte IDH ha establecido la supremacía de la convención estableciendo un Control de convencionalidad descendente donde en parte la sentencia emitida por la Corte IDH debe ser adoptada por el Estado-parte, esto radica inclusive en desarchivar procesos con tal de aplicar los principios del Sistema Interamericano y las interpretaciones de Corte Interamericana.

La Corte Interamericana ha establecido, y esto es un gran reto, que el juez nacional aplique y considere los criterios del Sistema interamericano y las debidas interpretaciones de la Corte IDH. Esto implica que el juez nacional sepa cuál ha sido el criterio más vigente de la Corte IDH en un caso concreto y como este se debe aplicar en casos similares, esto implica la aplicación de un control efectivo de convencionalidad desde un nivel municipal hasta un nivel nacional.

Dice García:

“El control de convencionalidad tiene, pues, varios niveles. Uno es el que surge de un caso concreto, que lo hace la propia Corte Interamericana. Y otro es el que hacen los jueces locales, por propia iniciativa, en casos que llegan a su conocimiento. Y en donde deben hacer un control difuso de convencionalidad, aun cuando nadie se los pida.

Es obvio que el Control de Convencionalidad no obliga a inaplicar la Constitución de un país, sino las leyes y demás normas que integran el orden jurídico. Si se tratase de una ley, es una labor que queda confinada a la Corte Interamericana y sobre la cual esta tiene competencia. Pero el asunto es más delicado si se piensa que es una Constitución, en cuyo caso lo recomendable es pedir que el Estado propicie su modificación, que es lo máximo que se puede pedir toda vez que no es fácil hacerlo en los estados democráticos, por los problemas internos que toda modificación implica. Pero esto es cada vez más improbable. Por lo general, incluso los países más autoritarios, se rodean de textos constitucionales que son un canto a los

más excelsos principios y al respeto a los derechos humanos, que lo único que hacen es encubrir una realidad. Es un homenaje que rinde el vicio a la virtud. Por tanto, encontrar normas constitucionales que rocen con el Pacto, lo encontramos cada vez más difícil” (2015, p.135)

Concorde a lo anterior, el autor establece un aspecto del Control de Convencionalidad interesante respecto al juez nacional y su papel en la ejecución y garantía de la Convención Americana, y bajo este postulado es posible la aplicación de una excepción de constitucionalidad en conformidad con el artículo 93 de la constitución política de 1991 en aras de respetar los convenios y tratados suscritos por Colombia frente a normativas internas que posiblemente vulneren estos. Sin embargo el conflicto radica cuando dentro del articulado constitucional se encuentra una contravención a los postulados convencionales o cuando un alta corte que garantiza la aplicación del bloque de constitucionalidad dispone la prevalencia de la normativa interna en vez de garantizar las interpretaciones y los postulados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos o la convención o tratado que pueda ser vulnerado.

De esta manera la correcta aplicación del Control de Convencionalidad esta en entre dicho al haber un enfrentamiento entre el Control de Constitucionalidad y el Control de convencionalidad, es decir, si lo que prima son los postulados constitucionales taxativos o los postulados convencionales.

Es necesario hacer referencia a un aspecto que últimamente ha tomado fuerza, y es el papel que cumplen las Opiniones Consultivas y las Reparaciones, respecto a esto, dice García:

“En torno a ellas existen dos posturas. Una que considera que la opinión consultiva es de carácter jurisdiccional y otra que estima que no lo es. En lo personal, no creo que sea jurisdiccional, pues se trata de un pronunciamiento en abstracto en el cual no hay un contradictorio y como su nombre lo indica, es de consulta, no de decisión. La misma Corte Interamericana no ha sido muy precisa en esto, pero se inclina cada vez más a darle un mayor valor y obligatoriedad. El otro punto es saber si esa opinión consultiva obliga o no al Estado que la formula. Y de ser así, si

adicionalmente obliga a los demás Estados. Dudo mucho que una mera opinión consultiva--que es de carácter ilustrativo--pueda obligar al que la formula y menos a los demás Estados del sistema interamericano. La opinión consultiva es de indudable interés y tenderá con el tiempo a ser jurisprudencia de la Corte, pero ella en sí misma no tiene porqué ser vinculante y menos aun jurisdiccional. El hecho de que quien emita una opinión consultiva sea un órgano jurisdiccional, no significa que todo lo que hace sea jurisdiccional, sino lo es cuando reúne determinados requisitos que la hacen tal y además se le haya concedido expresamente esta facultad. No está de más recordar que al lado de las labores jurisdiccionales, la propia Corte Interamericana tiene labores administrativas y normativas de carácter reglamentario. E igual sucede en los órganos judiciales modernos. Tampoco tiene sentido decir que es semi-jurisdiccional, pues en esta materia se tiene jurisdicción o no se tiene. Aquí opera el principio *tertium non datur*.” (2015, P.136)

En este sentido es necesario identificar que postulados son los que implican una vinculación obligatoria por parte de los Estados para con el Sistema Americana de Derechos Humanos. Y es necesario tener en cuenta las diferentes posiciones respecto a las opiniones consultivas

Establece Sagues:

“Debe tenerse presente que el operador del caso debe siempre intentar el control constructivo de convencionalidad, antes que el represivo. No cabe presumir, por cierto, que los Estados dictan normas opuestas al material controlante. Por diversos motivos, es correcto realizar primero un trabajo de correcta y útil compatibilización entre las reglas nacionales y las del derecho internacional de los derechos humanos. Desde luego, si esa tarea de armonización es imposible, habrá de inaplicarse la norma local, y promoverse su abolición o modificación. Lo dicho es siempre con la salvedad, desde luego, de la aplicación de la doctrina *pro persona*: si la

norma doméstica es más favorable que la proveniente del derecho internacional de los derechos humanos, ella prevalecerá. Esto último está claramente establecido, por ejemplo, en el artículo 29-2 del Pacto de San José de Costa Rica.” (2015, p. 275)

La diferencia entre las sentencias de la Corte Interamericana y las opiniones consultivas es bastante latente, mientras las primeras se dan en base a un proceso contencioso contra Estados Vinculados por la vulneración a unos determinados derechos humanos, las opiniones consultivas no presuponen tal factor litigioso.

Respecto al voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac Gregor Dice, Sagues:

“El ilustrado voto al que aludimos parte del supuesto de que la opinión consultiva de la Corte Interamericana no implica estrictamente una función jurisdiccional, pero que se emite con un mecanismo que guarda ciertas y significativas similitudes con las decisiones típicamente jurisdiccionales del tribunal. Entiende que no hay doctrina de la Corte Interamericana sobre si esas opiniones conforman <<cosa interpretada>> jurisdiccional, y pronostica que el tribunal deberá definir el punto. Parte del supuesto, entonces, de que en ese momento, para la Corte, no había pronunciamiento sobre si tales opiniones conforman o no material controlante, o de referencia, en el control de convencionalidad, aunque veladamente parece inclinarse, nos parece, a una respuesta más bien afirmativa.

Otro de estos instrumentos son las reparaciones que son las indemnizaciones que la Corte indica al Estado condenado para que repare a las víctimas de un determinado caso. Estas reparaciones implican un carácter integral donde se efectúa un pago monetario o indemnizaciones, publicidad, disculpas públicas, monumentos o placas, garantizar la no repetición de estos actos, verdad sobre los hechos ocurridos, entre otras medidas que ha estipulado la Corte IDH para una debida reparación en casos específicos.”

Cabe resaltar que en el anterior sentido, no solo existen esta concepción frente a las opiniones consultivas, pues existen tesis restrictivas, explicativas, junto con la tesis de la indefinición, sin embargo este tema presupone otro debate el cual solo podrá ser esclarecido por la Corte Interamericana en razón de si las opiniones consultivas tienen carácter vinculante

Entonces es necesario que por parte del Juez nacional se efectuara un análisis bastante amplio y detallado en casos donde vea aplicable las disposiciones convencionales, sin embargo inciden una amplia gama de factores pues implica una preparación por parte del Juez que implica que haya un claro referente en la jurisprudencia interamericana e internacional, implica un claro discernimiento de la factibilidad de aplicabilidad de los postulados frente a casos específicos, y en casos de control difuso de convencionalidad la debida interpretación y aplicación de las interpretaciones vinculantes de la Convención.

Otro factor, un poco complicado de analizar, es el de la contradicción entre disposiciones que comprenden el bloque de constitucionalidad con postulados constitucionales pues al haber una complicada ponderación entre los postulados e interpretaciones convencionales con postulados constitucionales se entra en un conflicto entre lo que sería el bloque de constitucionalidad (disposiciones en tratados o convenios internacionales que hacen parte de la constituciones) vs. La constitución es decir cuando postulados constitucionales entran en conflicto respecto a disposiciones del sistema interamericano u otros sistemas internacionales vinculantes. A su vez se plantea el paradigma de que es convencional y que no lo es entre el llamado Bloque de Convencionalidad de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Dice Olano:

“El centro de nuestro estudio es el control de convencionalidad, que no está incluido en ningún tratado sobre derechos humanos, pero, por creación pretoria-na, rige dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, aceptando la competencia contenciosa de la CIDH y reconociendo que ella posee facultades jurisdiccionales para emitir decisiones obligatorias para

los Estados Parte del Sistema. Se puede evitar por los Estados Parte ser sancionados internacionalmente disponiendo el respeto por el principio *pacta sunt servanda* y la creación de estándares de aplicabilidad de las decisiones de la CIDH y compatibilizando la normatividad interna con las disposiciones que forman parte de la CADH y su bloque de convencionalidad, debido a las disposiciones de los artículos 1.1, 2 y 29 de la Convención, así como a los principios del derecho internacional público universalmente aceptados.

El control de convencionalidad puede ocasionar inconvenientes operativos en los sistemas jurídicos nacionales por el desconocimiento del bloque de derechos humanos y de la jurisprudencia de la CIDH por parte de quienes deban conocer estas disposiciones, frente a lo cual debe aplicarse la interpretación más favorable conforme al principio *pro personae*, para evitar su afectación con actuaciones anticonvencionales, por eso su aplicación ha de hacerse prudentemente.” (2016)

Le correspondería, en este sentido, a las autoridades nacionales establecer y ejercer el sistema de control más adecuado a fin de evitar sanciones y condenas por parte de la Corte IDH, y de esta manera cuando haya conflictos por normativas internas le correspondería en gran parte a las autoridades públicas, incluidas las judiciales, conforme al Control de Convencionalidad, aplicar las disposiciones de la Convención Americana y la jurisprudencia de sus organismos conforme al factor competencia.

Establece así, Olano:

“Así las cosas, "cuando un juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver los casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos (, ya que) la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera la ‘piedra de toque’ del cumplimiento efectivo del

derecho internacional como tal". Eso es lo que se ha denominado la aplicación del principio *jura novit curia*. (...) Esto no implica un fallo *extra petita* por parte del juez o un *prevaricato* por la autoridad pública o judicial, sino el seguimiento de la interpretación auténtica, criterio relevante que resalta la jurisprudencia de la CIDH y su carácter vinculante. En caso de haber más de un pronunciamiento de la CIDH, siempre debe preferirse el que de mejor manera proteja los derechos de la persona para el caso concreto." (2016)

De seguido a lo anterior, se comprende el Control de Convencionalidad desde un enfoque de un Estado Social de Derecho a un Estado Convencional donde la vinculatoriedad de las decisiones y postulados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el plano nacional. Un factor vinculante para los Estados partes de la Convención el cual debe ser garantizado por las autoridades públicas de cada Estado.

Establece Olano:

“Aunque el control de convencionalidad es difuso en las jurisdicciones nacionales y concentrado en la CIDH, siempre y cuando haya habido un acto de incorporación de la CADH, el Poder Judicial debe realizar una "especie" de control de convencionalidad y desarrollar no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, incluso de oficio (y también a petición de parte), involucrando a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles y a cualquier autoridad pública y no sólo al Poder Judicial en el proceso de fiscalización convencional, adecuando las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la CIDH.” (2009)

De esta manera la aplicación de un debido Control de Convencionalidad es más efectiva, puesto que la Corte IDH también se ha pronunciado en *el falso control de convencionalidad* establece en este sentido Castilla:

“Así, en este periodo de tiempo se han emitido un total de 40 sentencias en casos contenciosos. De estas, solo en trece (13) se ha hecho alguna mención del falso control de convencionalidad (32.5%), aunque en realidad solo en ocho (8) se han expresado ideas completas respecto a la referida figura jurídica, en una se desarrolla en parte, en tanto que en cuatro hay menciones del término Control de Convencionalidad aunque no se explica qué es.

De hecho, desde mayo del año 2013 hasta julio de 2014, solo en dos (2) de diecisiete (17) sentencias dictadas en casos contenciosos por la COIDH se señala qué es y en qué consiste el falso control de convencionalidad, mientras que en una (1) se hace una referencia parcial. Sorprendentemente, ha dejado de haber un uso constante de ese término en la jurisprudencia interamericana en los últimos siete meses de 2013 y en el primer semestre de 2014.” (2014, p.149)

Se ve entonces un amplio pronunciamiento por parte de la Corte IDH en referencia al *falso control de convencionalidad* que denomina la autora donde en el caso Mendoza y otros Vs. Argentina del año 2013 se estableció que el mencionado tiene ciertos rasgos: 1) que este está a cargo de jueces y órganos conexos a la administración de justicia en todos los niveles, 2) se ejerce de oficio sin extralimitar el factor competencia, 3) se ejerce cuando hay conflicto entre disposiciones internas del país y tratados internacionales vinculantes al Estado, 4) incorpora la Convención Americana de Derechos Humanos.

Se discrepa del término que utiliza el autor de “falso control de convencionalidad” puesto que la Corte solo lo denomina como un control de convencionalidad ex officio que no hace la misma corte sino los jueces a nivel nacional, el termino que utiliza la autora se presta para interpretaciones erróneas como controles de convencionalidad mal hechos. El autor establece que:

“Al no ser un verdadero *control de convencionalidad* lo que pide la Corte Interamericana que hagan todas las autoridades de los Estados, resulta evidente que ese falso *control de convencionalidad* no se puede considerar

como difuso, ni interno. Así, tal parece que también lo entiende una mayoría de la Corte IDH, reforzando las conclusiones a las que antes he llegado, pues en esa misma resolución de supervisión de cumplimiento que se ha venido analizando (Gelman) afirma que lo que ella llama *control de convencionalidad* es en realidad una obligación inicial de los Estados, y que solo en caso de que estos no cumplan con aquella, la Corte Interamericana ejerce un control complementario de *convencionalidad*.

Lo anterior pone en evidencia que la Corte Interamericana no considera, como lo hacen muchos desde la academia, e incluso uno de sus ahora integrantes, que lo que pide que se haga a nivel interno no es un *control difuso de convencionalidad*, con todo lo que ello podría significar, sino tan solo que se aplique la Convención Americana y sus interpretaciones.

Por eso, de manera enfática establece que el (falso) control de convencionalidad es una obligación de las autoridades estatales y su ejercicio compete, solo subsidiaria o complementariamente, a la Corte Interamericana cuando un caso ha sido sometido a su jurisdicción. Esto es, que cuando las autoridades no aplican la Convención Americana (no cumplen con sus obligaciones internacionales), lo hará la Corte IDH si el caso es sometido a su jurisdicción. Aunque la Corte Interamericana, además de aplicar la CADH y sus precedentes -por cierto, no siempre con la congruencia que un órgano de sus características debiera tener-, hace un *real control de convencionalidad*, es decir, determina el cumplimiento o incumplimiento de esas obligaciones internacionales, establece en su caso la responsabilidad internacional y, como consecuencia de ello, la reparación.

Interpretarlo de otra forma nos llevaría al absurdo de decir que es obligación de los Estados determinar el incumplimiento de obligaciones y la responsabilidad internacional cuando estos son la fuente de ello, y que si los Estados no lo hicieran, entonces sí, de manera complementaria, la Corte IDH lo podría hacer.” (2016, p. 149)

Para contradecir lo anterior de manera parcial, el autor presupone un término que no concuerda porque el Control de Convencionalidad que ha mandado a ejercer la Corte por parte de los jueces a nivel local es precisamente evitar volver, como se ha visto, a acudir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por casos donde hay un precedente claro, es decir un control jurisdiccional previo por parte de los jueces nacionales. La Corte se ha referido a este control como un control que en abstracto busca evitar sanciones y condenas a los Estados a la vez de prevenir futuras violaciones a los derechos humanos. Entonces:

La Corte ha establecido que:

“el control de convencionalidad ex officio en donde los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercerlo entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana” (p.76, prr.221)

En este sentido la Corte IDH amplía la función del Control de Convencionalidad a los jueces nacionales para que en base a sus postulados e interpretaciones ejerzan de oficio y a manera preventiva un Control de Convencionalidad, pues la Corte no es un organismo que revisa cada ley o normativa que expide cada Estado a cada momento puesto que conforme al principio de subsidiariedad esta actúa como último organismo jurisdiccional y no ejerce un control inmediato sobre cada disposición normativa de un país. En este sentido las Cortes de los respectivos países podrían ejercer un control de convencionalidad con base en el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad para evitar un estado de cosas anticonvencionales o inconvencionales.

Aparte de lo anterior vemos que la corte ha establecido una numérica jurisprudencia con respecto al control de convencionalidad en abstracto por parte de los jueces nacionales de cada país suscritos a la Convención Americana. La función de estos implica un estudio concienzudo de los casos en que es aplicable las disposiciones y postulados del Sistema Interamericano.

El reto que presupone lo anterior radica en que la jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha pronunciado en diferentes casos de manera alterna, por lo cual es necesario establecer un precedente claro de los postulados referentes a aplicar el control de convencionalidad por parte de los jueces locales.

Establece, Torres:

El control de convencionalidad es una técnica de contraste normativo que determina la compatibilidad de las disposiciones de derecho interno con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); y/o permite declarar la inconvencionalidad de las disposiciones, interpretaciones u omisiones de derecho interno a la luz de los instrumentos antes mencionados. De este modo, la CADH se convierte en el parámetro de control, mientras que las disposiciones de derecho interno en el objeto controlado. En líneas generales, se trata de una obligación que deben llevar a cabo los jueces nacionales y la Corte IDH. (2013. P.347)

Es de necesidad recalcar que la soberanía de una nación en un contexto globalizado como se ha dado en el siglo 21, ha revolucionado su significado en el sentido de que conforme al orden jurídico internacional ya la historia de la humanidad orientando un enfoque garantista de derechos.

Colombia no ha sido completamente ajena a los cambios ideológicos y jurídicos que se presentaron en el contexto mundial y que generaron preocupación en los derechos humanos, por lo tanto el constituyente de 1991 reconoció la existencia de los derechos que amparan a la humanidad, sin embargo los postulados e interpretaciones de organismos internacionales son un factor importantísimo para cada país en razón de la cooperación

internacional, la promoción y protección de los derechos humanos, la lucha contra el terrorismo y demás factores.

Conforme a lo anterior los Estados como Colombia deben aplicar las disposiciones de la convención en el orden interno, por esta razón, la regulación del derecho a la libre expresión, como derecho y garantía de otros derechos humanos, debe apegarse a las disposiciones de la Convención y a la doctrina establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no obstante se evidencia que incluso los fallos de los altos tribunales constitucionales han desconocido los parámetros de la convención y la corte , pasando por alto el control de convencionalidad, radicando esto en un control irregular de convencionalidad por parte de jueces nacionales de alta jerarquía.

La adecuación de disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias a los mandatos de la Convención supone un Control de Convencionalidad, el cual no solo se ejerce cuando la Corte Interamericana lo ordene para un caso concreto, sino que también exige que los operadores de derecho (jueces) de cada Estado realicen la mentada adecuación en la aplicación de normas internas.

El Control de Convencionalidad en abstracto en dicho sentido necesita una aplicación detallada y delimitada pues es necesario tener en cuenta los postulados de la Corte IDH y de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y de otros tratados o convenios a los cuales este vinculado Colombia.

Dice Mora:

“En Colombia, el control de convencionalidad al interior de un proceso judicial puede aparecer por tres vías a saber; por un acto officioso del juez, por una pretensión formulada por la parte activa del litigio o por una excepción planteada por la parte demandada del conflicto intersubjetivo de intereses. La primera de las posibilidades genera un interesante debate en torno a la imparcialidad judicial, pues como toda actuación officiosa del juez ésta genera oposición por escuelas procesales que consideran que solo en la actitud pasiva del juez se puede alcanzar la igualdad e imparcialidad judicial, como se puede leer en el autodenominado garantismo procesal cuyo máximo exponente en Latinoamérica es el profesor Adolfo Alvarado Velloso. En efecto, la crítica se ubica en que no es aceptable que sea el

mismo juez quien formule la cuestión de convencionalidad y que al mismo tiempo sea él quien tenga que resolverla, fenómeno que podría atentar el mismo mandato convencional de garantizar en un proceso judicial un juez imparcial. La anterior crítica evidencia dos cosas: primero, que este debate es idéntico al que durante los últimos 20 años ha tenido lugar en Colombia con ocasión al control difuso de constitucionalidad en donde los jueces nacionales al ser jueces constitucionales puede de manera oficiosa inaplicar una norma jurídica por considerarla contraria a la Constitución; segundo, que es necesario plantear soluciones para incentivar la utilización del control difuso de convencionalidad sin que sea fácilmente cuestionada por la tendencia a la pérdida de imparcialidad judicial. (2014 p.157)

De esta manera y conveniente a lo anterior, la especialidad que supone tal hazaña radica en un orden jurídico garantista de los derechos humanos y de los convenios internacionales donde el juez dentro de sus competencias sepa y aplique las interpretaciones de organismos internacionales como las Cortes Internacionales respecto a tratados a los cuales la nación se encuentra vinculada.

Así mismo establece Mora:

“La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos

constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad" [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.” (2014, p.157)

El Control de Convencionalidad en Colombia en el ámbito judicial surge cuando de manera oficiosa el Juez lo realiza, o cuando a petición de parte sea por pretensión o excepción este se promulga en casos específicos. De esta manera el Control de Convencionalidad se manifiesta principalmente en un aspecto difuso y es necesario comprender su origen y su futuro dentro del contexto global, histórico y jurídico principalmente en la protección hacia los derechos humanos.

CONCLUSIONES

- El Control de Convencionalidad a la luz del Sistema Interamericano es la salvaguarda de los Derechos Humanos en el ámbito doméstico o interno de los estados suscritos, ya que a través de su aplicabilidad se protege la Convención y busca derogar o sacar de los ordenamientos internos las normas que vallan en contra del Pacto de San José.
- Por consiguiente, la Corte Interamericana cumple el papel preponderante en cualquier declaración internacional de derechos en la actualidad, debido a que la presión política y las medidas tomadas de órganos internacionales que pueden tornarse ineficientes e inclusive ineficaces, pues, frente a Estados negligentes a aceptar en el marco regional su participación en la violación de los derechos de la Convención y en consecuencia su responsabilidad internacional en el asunto.
- Así las cosas, el Control de convencionalidad en *estricto sensu* no debería tener límites en su aplicabilidad, sin embargo, podemos evidenciar que en la Sentencia C-442 de 2011, la Corte Constitucional se aparta del Control de Convencionalidad
- Por consiguiente, no se podría adjudicar por parte de los jueces y magistrado internos, principalmente la Corte Constitucional un completo desconocimiento del Control de Convencionalidad, pues de hecho, en gran medida el poder judicial ha sido un defensor de los Derechos Humanos en el país y en ocasiones contadas lo ha ejercido correctamente. Sin embargo, la votación salvada por parte de los magistrados miembros de la corporación denota la aplicación irregular del Control de Convencional e inclusive su omisión por parte de la Corte Constitucional de ejercerlo.
- Además de lo anterior cabe vincular el papel del poder ejecutivo, el poder legislativo y de los organismos de control del Estado colombiano pues no es solo labor del poder judicial velar por una correcta aplicación de los tratados y

convención suscritos por Colombia y de las decisiones que toman los entes encargados de su efectividad, como por ejemplo serían las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- El Control de Convencionalidad no puede limitarse ni darse en sentido ambiguo ni mucho menos desestimarse en razón de normativas internas que de hecho atentan contra los postulados de convenios suscritos por la nación, pues es obligación del Estado colombiano preservar y hacer efectivas las disposiciones sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario dentro de su territorio y dar seguridad jurídica a sus habitantes, en razón de su sometimiento a estos tratados; de tal forma que se queden en el pasado las figuras de Estados cómplices y autoritarios que van en contra del Estado social de Derecho y sobre todo de un Estado convencional.
- Lo anterior no significa una concepción de un Estado débil en su normativa interna sino que este se ajuste en sus postulados a las normas establecidas por la comunidad internacional con base en la historia y el *ius cogens* en razón de la preservación, promoción y efectividad de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, sobre todo en un Estado como Colombia el cual ha tenido un historial preocupante en materia de vulneraciones hacia los Derechos Humanos.
- Por lo anterior es imperativo que la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia aplique el Control de Convencionalidad, para que así no existan contradicciones entre los ordenamientos, así mismo, es necesario que el Estado colombiano promueva a través de políticas públicas la Convención Americana en todas sus jurisdicciones y ramas del poder público, ejecutivo y legislativo, de tal manera que estos velen por la protección de los Derechos Humanos, ya que son muchos los retos que hay que lograr para tener una amplia cobertura a nivel regional.

BIBLIOGRAFÍA

- HITTERS. Juan Carlos. Derecho internacional de los derechos humanos. editorial Edia, Tomo I. Volumen I, 2007. Pág. 46 -64.
- HITTERS Juan Carlos Control de Constitucionalidad y control de Convencionalidad- comparación y criterios fijado por la corte Interamericana de Derechos Humanos, Revista Estudios Constitucionales, 2009
- ARANGO Olaya Adriana, El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Universidad Icesi,2004.
- Uprimny Rodrigo. Bloque de Constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal, Dejusticia, 2001. Pdf.
- Garcia Belaunde Domingo. El control de Convencionalidad y sus problemas, Revista pensamiento constitucional, pontificia universidad católica del Perú, 2015.
- Torres Natalia Zuñiga. El control de convencionalidad y protección de los derechos humanos en el sistema interamericano de derechos humanos., Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013
- Castilla Karlos A. Control de convencionalidad interamericano una mera aplicación del derecho internacional, Revista derecho del Estado. 33, Universidad Externado de Colombia, 2014
- MORA Jorge Andres. Hacia la aplicación del control difuso de convencionalidad en Colombia, Revista Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014
- OLANO Hernan, Teoria del Control de Convencionalidad, Universidad de la Sabana, Estudios Constitucionales V.14, 2016.
- Sagúes Pedro Nestor, las opiniones consultivas de la Corte en el control de Convencionalidad, revista pensamiento Constitucional, ed. 2020, 2015.
- NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Editorial astrea, Buenos aires. 2007. Pág. 32.
- CIDH. Voto disidente del juez Antonio Cançado Trindade, a la Sentencia de Interpretación de la Sentencia de fondo, *Caso Trabajadores cesados del Congreso contra Perú*. Sentencia de noviembre 30 de 2007. Serie C No. 174, párrafo 6.

- Quiroga Natale, Edgar Andrés. Derecho Procesal Constitucional. Editorial Legis. 2015.
- Estarita, S. El sistema interamericano de protección de derechos humanos. 2014. Bogotá, Colombia.: Editorial Ibañez.
 - VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. Contenidos del derecho procesal constitucional. Anuario de derecho procesal constitucional. Ediciones doctrina y ley. 2010.
 - QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando, “El control de convencionalidad y el sistema colombiano” Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional 163 núm. 12, julio-diciembre 2009, pp. 163-190.
 - CIDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párrafo 128.
 - cfr. “principe allant de soi”; Echange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20; y Caso Durand y Ugarte, supra nota 20, párr. 136.
- CIDH. *Caso La Última Tentación de Cristo contra Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 87, punto 4. Parte resolutive.
 - Ibídem, punto 4. parte resolutive.
 - QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. El control de Convencionalidad y el Control Constitucional. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional 163 núm. 12, julio-diciembre 2009 pág 6.
 - Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez.
 - Corte IDH, Caso Tibi Vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114.
 - Corte IDH, Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 133.
 - Corte IDH, Caso López Álvarez Vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141.

- Corte IDH, Caso Vargas Areco, cit., voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 6.
- Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros). Vs. Perú, Solicitud de Interpretación de la Sentencia, Sentencia de 30 de noviembre de 2007, Serie C No. 174.
- Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párrs. 180-181.
- STEINER, Christian. URIBE Patricia. Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentario. Editorial Temis, Bogotá, 2014. pág. 42.
- STEINER, Christian. URIBE Patricia. Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentario. Editorial Temis, Bogotá, 2014. pág. 69.
- Corte Constitucional Corte Constitucional. Sentencia C-481 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica No. 26
- Osvaldo, GOZAÍNI, “El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno”, en ALBANESE, Susana (coord.), El control de convencionalidad, Buenos Aires, EDIAR, 2008, p. 111.
- CIDH. *Caso La Última Tentación de Cristo contra Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001.