

Breve análisis de los controles jurídico-constitucionales aplicables al ordenamiento jurídico colombiano

Riccardo Perona¹ & Ricardo Andres Cano Andrade²
Universidad de Cartagena



Para citaciones: Perona, R., & Cano Andrade, R. (2021). Breve análisis de los controles jurídico-constitucionales aplicables al ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Jurídica*, 18. 64-78.

Editor: Riccardo Perona. Universidad de Cartagena-Colombia.

Copyright: © 2021. Perona, R., & Cano Andrade, R. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la licencia [Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivados 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sd/4.0/) la cual permite el uso sin restricciones, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre y cuando que el original, el autor y la fuente sean acreditados.



RESUMEN

El presente texto estudia de manera expositiva y reflexiva el desarrollo de la aplicación del control de constitucionalidad y el control de convencionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Para ello, aborda ciertas consideraciones generales de sus antecedentes históricos, su desarrollo en el marco de la Constitución Política de 1991, y su posible enfrentamiento en casos de decisión judicial; acogiendo, finalmente, ciertas reflexiones sobre el panorama de desarrollo idóneo en el marco del Derecho Internacional contemporáneo.

Este texto se presenta como una pequeña herramienta de consulta y reflexión aplicable para el estudio del derecho internacional público y el derecho internacional de los derechos humanos, por lo que se asume una metodología estrictamente jurídica y de enfoque cualitativo, a partir de revisiones y consultas bibliográficas.

Palabras clave: Control de convencionalidad; Control de constitucionalidad; Corte IDH; Derechos humanos; Justicia internacional.

ABSTRACT

This paper presents, in an expository and reflexive manner, a study on the development regarding the application of the control of constitutionality and the control of conventionality in the Colombian legal system. To this end, it addresses certain general considerations of its historical background, its development within the framework of the Political Constitution of 1991 and its possible conflict in cases of judicial decision; finally, it offers some reflections on the ideal development landscape within the framework of contemporary International Law. This text is meant to constitute an instrument for consultation and reflection, applicable to the study of public international law and international human rights law, which is why it rigorously assumes a legal methodology, with a qualitative approach based on literature review and bibliographic research.

¹ Docente de Planta, Área de Derecho Público, Universidad de Cartagena (Colombia). Miembro del Grupo de Investigación Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos, Universidad de Cartagena. Ph.D en Ciencias Jurídicas, Universidad de Pisa (Italia). Director, Instituto Internacional de Turín (Italia). rperona@unicartagena.edu.co

² Maestrante en Derecho de la Universidad de Cartagena (Col). Miembro del Grupo de Investigación Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos de la Universidad de Cartagena. rcanoa@unicartagena.edu.co

Keywords: Control of conventionality; Control of constitutionality; IDH Court; Human rights; International justice.

Introducción

Abarcar toda la temática que gira en torno al marco constitucional de un Estado es una pretensión académica ambiciosa, no solo por la complejidad del objeto del estudio sino por la pluralidad de enfoques conceptuales con que la academia ha pretendido su abordaje. En este sentido, para la consecución de los fines propuestos en el presente documento, se limita el análisis al abordaje de los fenómenos aplicativos del Derecho Constitucional dentro del Ordenamiento jurídico colombiano, siendo este un debate más dirigido a la fenomenología del Derecho constitucional aplicado al ejercicio judicial; privilegiando de entre tantos afamado debate entre la debida aplicación del bloque de constitucionalidad y la prevalencia del Derecho Interno o del Derecho Externo (corrientes dualistas o monistas).

Este fenómeno es la base de la comprensión fundamental de las últimas tendencias surgidas a finales del siglo XX y principios del siglo XXI, materializado en lo que se ha regulado como un Derecho de posguerra en Latinoamérica, donde se procura el replanteamiento del Derecho en sus formas y en sus contenidos, dando pie a una ola de pensamientos, ideologías, métodos y teorías acogidas por lo que en el gremio doctrinal se le ha conocido como neoconstitucionalismo.

Uno de los principales cambios acogidos es la creación de tribunales constitucionales, impacto que Colombia asumió en su constitución de 1991. Al respecto, la generación de los tribunales constitucionales de América Latina se refiere a su evolución de acuerdo con el cambio de constitucionalismo imperante dentro de su ordenamiento jurídico vigente.

Se tiende a pensar que los tribunales constitucionales de América Latina se formaron a partir de la posguerra, pero sería un error tal afirmación, pues el juez constitucional y su estrado existen desde el nacimiento de supremacía constitucional como la conocemos.

Desde hace más de un siglo la conformación del llamado Control concentrado constitucional; el cual, tiene fuertes bases europeas principalmente en Hans Kelsen, nos permite dilucidar ciertos aspectos importantes en el valor de los estrados judiciales constitucionales dentro de los Estados Latinoamericanos, puesto que su principal fin siempre fue una valoración más de formalismo normativista, como se percibe en los casos de controles constitucionales, por ejemplo, de normas a nivel interno de Colombia creadas en 1850 y fortalecidas en la misma constitución de 1991, que pasa de funciones meramente consultivas a un poder coactivo, incluso proclive a derogar normas inconstitucionales.

En este orden de ideas, este artículo aborda los controles jurídico-vigentes en el marco del ordenamiento constitucional colombiano. Para lo cual, se partirá del control jurídico base conocido como Control de Constitucionalidad, el cuál esbozará un estudio genérico de sus antecedentes históricos, su clasificación y su aplicación en Colombia; posteriormente, se estudiará en forma de síntesis los antecedentes mediatos e inmediatos al sistema interamericano para la promoción y protección de Derechos Humanos, aspecto que se toma como relevante para el acogimiento de los tratados, pactos y convenciones internacionales en el marco del Bloque de Constitucionalidad; finalmente, y en consideración del acápite anterior, se abordará el Control de Convencionalidad, acabando el texto con unas sencillas reflexiones a modo de conclusión.

1. Del control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad hace referencia al resguardo de la supremacía jerárquica de la constitución sobre el resto de las normas dentro del orden legal. Esta tradición se originó cuando las colonias norteamericanas aún se encontraban bajo el dominio del imperio británico, dado que los ingleses impusieron una carta fundamental, la cual no debía contravenirse por la legislatura local, lo que engendró la práctica consistente en que los tribunales dejaban de aplicar las disposiciones locales para dar preferencia a las de su carta colonial. Esta práctica, legislativamente, fue recogida en la sección segunda del artículo VI de la Constitución estadounidense de 1787, luego que Hamilton postulara que:

“Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo (...), debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.” (Hamilton, Madison, & Jay, 2000).

Ulteriormente, en 1920, el laureado jurista Hans Kelsen propuso en su “Teoría Pura del Derecho” un fortalecimiento a éste principio, al formular *la unidad del ordenamiento jurídico*, el cual no concibe un sistema de normas a un mismo nivel, sino por el contrario una estructura jerárquica de mandatos o disposiciones jurídicas que parten de la Constitución, pasando por las leyes, reglamentos, hasta las resoluciones judiciales y negocios jurídicos, de allí la famosa pirámide jurídica de jerarquía de normas.

Contexto histórico

En su artículo de Derecho Constitucional, el Dr. Eduardo Nolasco (2001) explica que el caso de Colombia es de vital importancia observar la historia del control de constitucionalidad, que data de la proscrita Constitución de 1886, pero que este a su vez tuvo reformas en los años de 1910, 1945 y 1968, los cuales fueron

de suma importancia en la implementación del control en el país, el cual tomaría su posición actual con la constitución de 1991.

Es necesario aclarar que en un principio, en la constitución de 1886 existía un control recaía sobre el gobierno, específicamente en el presidente, quien por la competencia otorgada en los artículos del 85 al 88 podía objetar proyectos de ley del Congreso, aunque es precisamente ahí donde se aclara que ese control era más de inconveniencia que constitucional, y es el artículo 90 que facultó a la Corte Suprema de Justicia en sala plena, revisar el proyecto de ley cuando la objeción iba encaminada a la inconstitucionalidad – Aun no había Sala de lo Constitucional –.

A comienzos del siglo XX, con la expedición del acto legislativo N° 03 de 1910 se creó el control de constitucionalidad por vía de acción, al facultar a la Corte Suprema de Justicia para conocer cualquier objeción legislativa del presidente o cualquier desavenencia presentada por un ciudadano colombiano, lo cual es considerado por grandes doctrinantes del tema que ese fue el gran aporte del Derecho Colombiano a el Derecho Constitucional moderno.

La segunda gran reforma del tema que nos ocupa se da con el acto legislativo N° 1 del año de 1945, donde se surte de competencia a la Corte Suprema de Justicia de conocer cualquier objeción por inconstitucionalidad de los decretos emanados por el ejecutivo cuando estén especificados en los ordinales 11 y 12 del artículo 69 de aquella Constitución, dejando así los demás temas de índole constitucional a la jurisdicción de lo contencioso administrativo cuando estén fuera de los especificado por estos ordinales.

Finalmente, la reforma del acto legislativo N° 01 del año de 1968 dio el principal sustento al actual modelo de control de constitucionalidad, al facultar a la Corte Suprema de Justicia para conocer de oficio cualquier decreto nacional y por la creación y organización de la sala constitucional de la Corte.

Control de Constitucionalidad en la actualidad

Con la creación de la Corte Constitucional y sus diferentes facultades atribuidas, el derecho constitucional desarrolló distintos mecanismos para proteger y guardar la supremacía de la Constitución de la que trata el artículo 4 superior. Las preguntas radican en: ¿Cómo proceder si cualquier normatividad de rango inferior vulnera la carta? y ¿Cómo proceder para desalojar el orden jurídico esas normas?

En la primera etapa histórica desde el fallo Marshall hasta la Constitución Alemana de 1949 se convergió mucho con la terminología Kelseniana, consistente en que el juez constitucional actúa como legislador negativo, porque si bien no creaba normatividad nueva, tenía el poder de anular la normatividad existente, si bien no era creador de derecho, situación que ha ido

mutando, si modificaba el orden jurídico. En ese primer estadio histórico, aparecen dos modalidades para ejercer el control, denominadas el control difuso y el control concentrado. En el primero que nació en Estados Unidos con la providencia Marshall en el caso *Marbury Vs. Madison*, cualquier juez tiene la prerrogativa de desalojar del orden jurídico o no aplicar normas que estime como transgresora de la carta.

La modalidad del control concentrado es propuesta por Kelsen, desarrolló esa doctrina en los años en que fue profesor de derecho constitucional de la universidad de Viena, se pone en práctica en la constitución de Austria de 1921 y en la Constitución de Weimar de 1919, dicha tesis supone que un solo órgano judicial y solo es ese el que ejerce la jurisdicción constitucional, de modo tal que las controversias en materia de derecho constitucional que se susciten ante otra corte tribunal o juzgado, deben ser enviadas a ese juez constitucional, de ahí viene el nombre de concentrado porque se dirige todo el poder en un solo ente, el poder jurídico de declarar que viola la carta y que no.

La rigidez del modelo de Kelsen ha ido variando, pues muchos Estados estimaron que indefectiblemente se necesita un órgano judicial que esté en la cabeza de la guarda y protección de la supremacía de la norma superior, lo que ha llevado a la conclusión de planteos de modelos mixtos como en Colombia, toda vez que no sólo la Corte Constitucional debe propender por la integridad de la Constitución, sino todos los jueces de la república.

¿Cuáles son los modos o mecanismos concretos para proteger la integridad de la constitución? ¿Cuáles son los controles propiamente dichos?, Existen los siguientes: El control por vía de acción, El control previo, El control oficioso o automático y El control por vía de excepción.

- I. **El control por vía de acción:** Se refiere a la intervención o acción de un interesado, en este caso cualquier ciudadano nacional puede poner en marcha el control constitucional. En derecho procesal la palabra acción significa una atribución o potestad que tienen las personas para poner en marcha el aparato jurisdiccional del estado. La palabra acción viene de las antiguas *actio* romanas, en el derecho romano, los pretores creaban las *actios*, en el derecho moderno el legislador cuando elabora los códigos de procedimiento crea las acciones, sin embargo, en materia constitucional, las acciones de control por vía de acción son de creación jurisprudencial como en la antigua roma, esto nos mete en otro problema que no vamos a abordar hoy, simplemente se los voy a indicar, la teoría procesal constitucional, no la crea el legislador, también la ha creado el juez constitucional en virtud de que en esta rama el derecho, la ley no es fuente creadora del mismo, por lo tanto toda la teorización de la acción para el control por vía de acción, lo ha creado también el juez constitucional.

- II. **El control previo:** es otra modalidad por medio de la cual la corte decide el fondo de materias taxativamente definidas en la constitución, sobre que opera el control previo. Antes que nada, el nombre de este control se debe a que se hace antes de que una ley, sea promulgada y empiece a regir, a eso se debe el nombre, a que no se revisa después de sino antes de la promulgación y aplicación.
- III. **El control oficioso o automático:** esta modalidad, fue creada en el derecho colombiano con la reforma constitucional de 1961, cabe anotar que el control por vía de acción, nace en Colombia en 1910 con la reforma constitucional de ese año, lo mismo que el de excepción. El control previo también venía establecido con la carta anterior, por vía jurisprudencial se había aplicado a otros y ahora la carta del 91 lo sistematizó.

El control oficioso solo opera para los decretos con fuerza de ley, relacionados con los estados de conmoción, en nuestra constitución en reemplazo del estado de sitio y el reemplazo del diseño original de la emergencia económica aparecieron la figura de conmoción exterior, la conmoción interior y la emergencia económica, social y ecológica, en esas tres figuras, el presidente actúa con un incremento de su poder ordinario, un plus de poder que le permite legislar, o sea que el presidente fuera de ser en esta figura también legisla.

- IV. **El control por vía de excepción:** La palabra excepción en derecho procesal tiene un significado que no coincide con la palabra excepción con el que este control apareció, y es que con el control que se estableció en el derecho anglosajón se aplica al derecho procesal y es un medio de defensa de que dispone el demandado para enervar la acción del demandante, es decir dejarla sin sentido, y en Colombia se clasifican en previas y perentorias: Las previas deben resolverse por autos interlocutorios antes de la sentencia, y las perentorias en la misma sentencia, las previas son taxativas y vienen establecidas en el código general del proceso, por lo tanto tenemos un demandante o actor que propone acciones y el demandado que en su defensa propone excepciones. En el derecho colombiano hay un problema fundamental, y es que si revisamos todos los códigos de procedimiento que tiene Colombia, todos uno por uno, en ninguno aparece reglamentada la excepción de constitucionalidad, eso equivale a decir que en el derecho Colombiano hay un vacío absoluto de la ley en esta materia.

Aplicación del Control de Constitucionalidad

Este control es de estricta obligación para todos los jueces de la república, pues como se ha mencionado en reiteradas ocasiones significa el filtro constitucional que se le hace a cada proceso, sin embargo, la implementación

del artículo 93 de la Constitución Política saca a relucir el bloque de constitucionalidad, complementando al articulado de la Carta los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia que traten sobre Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario, etc.

Ahora bien, entramos al versus de toda la vida, ¿Qué prevalece?, ¿el Derecho Doméstico o el Derecho Internacional Público?, la misma corte constitucional la que ha explicado que:

"El Estado colombiano y, dentro de él sus autoridades e instituciones, en el ámbito de sus competencias legales y reglamentarias –lo que incluye, cómo no, a esta Corte Constitucional- se encuentran obligadas a acatar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al actuar en este sentido, (i) se desarrollan los principios y valores contenidos en los artículos 1, 2 y 5 de la Carta, así como (ii) el 22 constitucional, en la medida en la que el acatamiento de fallos internacionales es una herramienta para la paz.

Igualmente, (iii) la exigencia en el cumplimiento viene dada por la incorporación de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a nuestro ordenamiento por vía del bloque de constitucionalidad, previsto en el artículo 93 de la Constitución. También (iv) por la aplicación de aquel principio de derecho internacional que indica que todos los compromisos internacionales que adquiere un Estado –dentro de los que están comprendidos los que reconocen la jurisdicción de la Corte IDH y la obediencia a lo que esta decida - deben ser cumplidos de buena fe"³

Por ello, la situación se ha entrelazado también con el diverso reconocimiento que se le otorga en los países al derecho internacional, el derecho internacional parte de un principio fundamental: La superioridad o supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, pero todo depende del modo en que los órganos del Estado hayan establecido la integración de las normas internacionales por su derecho interno.

Las diferencias estructurales entre los entre la organización supranacional de integración y la internacional de cooperación determina una diversa naturaleza jurídica de las funciones competencias y alcances de las atribuciones con uno u otro carácter y en evolución permanente emergió con la carta de San Francisco, ese orden público mínimo y necesario que nos sucede en lo sucesivo sería garantizado por la comunidad internacional de los estados en su conjunto. En el plano de la de lo normativo, tiene lugar el nacimiento de las llamadas obligaciones del ius cogens cuya función asumiría originariamente la Organización de las Naciones Unidas.

En América a los fines del control de constitucionalidad adquiere particular relevancia la convención americana sobre Derechos Humanos, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y mucho más

³ Corte Constitucional: Sentencia T – 653/12. MP: Jorge Iván Palacio Palacio. Consideraciones de la Corte. Numeral 4.10.

aún, en esa especialísima materia de los Derechos Humanos, el mantenimiento de la cúspide de la facultad interpretativa en el orden interno o el reconocimiento de ese tribunal supranacional como intérprete último y final.

2. Síntesis de antecedentes mediatos e inmediatos al sistema interamericano para la promoción y protección de derechos humanos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, constituido primordialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (**Corte IDH**), Comisión Interamericana de Derechos Humanos (**CIDH**), además del Consejo Interamericano Económico y Social, el Consejo Interamericano para la educación, ciencia y cultura, el instituto interamericano del niño, la comisión interamericana de mujeres, Instituto Indigenista Interamericano, entre otras instituciones, se han erigido herramientas fundamentales e importantes para la promoción y protección de los Derechos Humanos en gran parte del continente, especialmente las dos primeras figuras referenciadas, toda vez que gran investigación, documentación, acusación, salvaguarda, reproches y juzgamiento de sinfines de violaciones más atroces a la dignidad, integridad personal, libertades y demás repertorios de derechos consustanciales y naturales al ser humano han sido efectuadas por ellas, sin importar el escenario, siendo siempre estos complicados, como dictaduras militares, actos beligerantes, violencia urbana, y desde luego, estos han sido factores determinantes para la instauración de dicho sistema, como se examinará sucintamente en éste acápite.

Antecedentes mediatos

Histórica y generalmente la pesadumbre ha sido la sensación más tenida, infortunadamente, para las poblaciones del continente americano, el conflicto en todos sus matices nos ha arrojado, y es un aspecto muy cognoscible y palmario, desde Groenlandia hasta la Patagonia, nos hemos encontrado con colonizaciones, conquistas, golpes de Estado, revoluciones, dictaduras militares, conflictos armados, en fin, distintas materializaciones del concepto de violencia y guerra productores de genocidios, magnicidios, desapariciones forzadas, secuestros, aparatos judiciales corruptos y defectuosos que han edificado la razón de ser del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

Muy remotamente, como medio de protección al Continente, y no en sí, como rasgos proteccionistas de Derechos Humanos, debemos citar indefectiblemente a la *Doctrina Monroe de 1823*, donde Washington D.C. – Nos referimos a el Distrito de Columbia como zona de directrices geopolíticas – comenzó a desestimar la intromisión de las potencias europeas en nuestro continente; Estados Unidos siempre se nos presentó al resto de América como el país con más proyección y garante de nuestra confianza, sin embargo,

debajo de todas esas equívocas modestias siempre se escondió el ánimo de monopolización que hoy en día si se vislumbra notoriamente, dicho de otra manera, Estados Unidos siempre ha esbozado fines altruistas en sus políticas y discreciones internacionales para con los Estados del resto del continente, con el objeto fidedigno de que su idea de libertades, democracia y soberanía se superpongan por delante de los pregones comunistas rusos, nazismo alemán, dependiendo de la época y “el contrincante”, así pues, la injerencia de Estados Unidos ha encaminado siempre a que los países del continente configurasen bloques políticos, sociales y económicos inspirados en las doble-intencionadas justificaciones de ellos.

Antecedentes inmediatos

En el marco del objetivo antes mencionado, es decir, la búsqueda de Washington D. C. por los bloques o asociaciones de los países americanos se creó la Organización de Estados Americanos (**OEA**), en 1948, después de distintas conferencias internacionales americanas, la novena, celebrada en Bogotá, donde se adoptó la “Carta de la Organización de Estados Americanos”, el pacto de Bogotá que versa sobre soluciones pacíficas para los conflictos que se susciten entre Estados americanos y la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, cabe destacar que paulatinamente ocurrían hechos como la Guerra Fría, la proliferación de las guerrillas colombianas post magnicidio de Jorge Eliecer Gaitán – Abril de 1948 –, la revolución Cubana, la llegada del dictador Gustavo Rojas Pinilla – Ambos en 1953 – etc. La expulsión a Cuba a principios de 1960 de la OEA, Posteriormente nos encontramos con el *Pacto de San José de Costa Rica*, tratado regional y multilateral, el cual es, pilar para la estructura del sistema interamericano de protección de Derechos Humanos, también es conocido como “*Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, la suscripción de dicho tratado data del 22 de Noviembre de 1969, pero, entró en vigencia finalmente en el año 1978.

El Pacto de San José es el resultado de la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, y también la culminación de un proceso de consagración de los Derechos Humanos a nivel global, fechado desde finales de la segunda guerra mundial, es decir, las atrocidades y secuelas de la segunda guerra mundial fue determinante para la celebración de dicho tratado, así como también, para la Declaración Universal de Derechos Humanos y el fortalecimiento de la estructura del Estado de Derecho con el desarrollo del Derecho Constitucional Moderno y el Derecho Penal Internacional con los Juicios de Núremberg que condenaron a los partidarios Nazis., dicho de otra manera, se da el fenómeno de la guerra “Como un mal necesario”, y se evidencia cuán importante es la guerra en el Derecho Internacional Público.

Ya contextualizados, lo que persiguió la Organización de Estados Americanos – OEA – para el surgimiento del Tratado de San José fue el traslado de todas

esas políticas y medidas para la protección de derechos humanos en el mundo a un sitio más específico y particular, el continente americano.

El embajador de Costa Rica en la OEA, fue quien ofreció la Ciudad de San José como sede de la conferencia, la comisión de la OEA agradeció y aceptó dicho ofrecimiento, Los Estados acreditados para participar en la conferencia que dio surgimiento al tratado fueron 19, Costa Rica, El Salvador, Colombia, Trinidad y Tobago, Ecuador, Estados Unidos, Honduras, Paraguay, República Dominicana, Panamá, Argentina, Brasil, México, Chile, Uruguay, Guatemala, Nicaragua, Perú, y Venezuela, asimismo, participaron como observadores Estados externos a la OEA, tanto en América, como Canadá, o en el resto del mundo, como Bélgica y Alemania, actualmente, se han adherido 5 a esos 19, lo cual da un total de 24 Estados que han ratificado dicho pacto, cabe decir también, que en Colombia, el Congreso Nacional aprobó el tratado con la Ley 16 de 1972, por consiguiente, el tratado hace parte del Bloque de Constitucionalidad Colombiano que establece el artículo 93 de la Constitución Nacional, y es tan importante respetarlo como a la misma Constitución Política, pues su rango y vinculación es el mismo, dicho tratado, como se dijo, es el pilar del Sistema Interamericano para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos junto con otros instrumentos internacionales tales como *el protocolo de San Salvador, la Declaración de principios sobre la Libertad de Expresión, la Convención Belem do Pará, la Declaración de Mar del Plata, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las personas con Discapacidad*, entre otros tratados que han configurado un **"CORPUS IURIS INTERAMERICANO SOBRE DERECHOS HUMANOS"**, a raíz de los mismos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha esbozado directrices, estándares, reglas, a través de su jurisprudencia naturalmente anglosajona, con Ratio Decidendi de carácter Erga Omnes continental, y que, empero, a los turbios contextos donde se ha desarrollado éste sistema, se han ido fraguando interesantes tesis que hacen evolucionar la doctrina tradicional del Derecho Internacional Público, el iusnaturalismo, el Derecho Constitucional, como lo son, la tesis de la integración dinámica, el bloque de Constitucionalidad General, y la que nos ocupa en particular, el Control de Convencionalidad.

3. Del control de convencionalidad

El Control de Convencionalidad es, simple y llanamente, la verificación de la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas de un Estado que expresen poder, como las sentencias, los actos administrativos, etc. Con el Pacto de San José, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, legitima interprete de éste, y los demás tratados interamericanos suscritos y aprobados por el Estado; no es que el Pacto de San José exprese textualmente el concepto de *"Control de Convencionalidad"*, éste es inferido por el mandato yacente en el artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), toda vez que a la luz de ésta norma, los Estados partes deben configurarse en toda su estructura de forma que se preserven y

se garanticen a plenitud, el ejercicio de los Derechos Humanos, por tanto, cada momento en que un juez profiera una providencia, el legislador expida una ley o el ejecutivo dicte una decisión administrativa, éstas manifestaciones están en el imperativo deber de propender por la aplicabilidad superlativa del contenido material del tratado y todo lo que esto implica, es decir, hacerse en consonancia con la doctrina jurisprudencial interamericana y los instrumentos interamericanos complementarios, siempre que el Estado sea parte, tanta obligatoriedad surge en virtud de que la afectación a los derechos humanos de las personas en cabeza del Estado, es por excelencia, factor inexorable de imputación de responsabilidad internacional, asimismo, el artículo 2 de la **CADH** deposita en los Estados parte, el deber de adoptar medidas legislativas o de otra índole para el goce efectivo y libre de dichos derechos, así entonces, los dos artículos referidos son los que posibilitan deducir el origen convencional, valga la redundancia, del Control de Convencionalidad, además, vale la pena advertir que, ésta tesis fue instaurada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por primera vez en el año 2006:

"(...) 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.(...)"⁴

Ahora bien, las autoridades no pueden soslayar el cumplimiento de ésta primordial obligación convencional, so pretexto de que se le debe dar más relevancia al ordenamiento jurídico, comoquiera que estaría también transgrediendo el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 – De los Derechos de los Tratados – donde se consagran de los principios fundantes del Derecho Internacional Público: Pacta Sunt Servanda y Bona Fide.

La misma Corte Constitucional lo aceptó en 1998, cuando en una de sus sentencias aseveró que:

"(...) Para el juez internacional rige el principio de la prevalencia del derecho internacional, por lo cual un Estado puede comprometer su responsabilidad internacional si sus jueces aplican normas internas contrarias a las cláusulas insertas en un tratado. Por ende, cuando un Estado enfrenta una

⁴ Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124.

contradicción entre un tratado y una norma constitucional, los órganos competentes en materia de relaciones exteriores y de reforma de la constitución -esto es, el Presidente y el Congreso en el caso colombiano- tienen la obligación de modificar, ya sea el orden interno, a fin de no comprometer la responsabilidad internacional del Estado, ya sea sus compromisos internacionales, a fin de no comprometer su responsabilidad constitucional. De esa manera, si bien las contradicciones entre el derecho internacional y el derecho interno son inevitables en un determinado momento histórico, la evolución jurídica permite una armonización dinámica entre ambos órdenes jurídicos. (...)”⁵.

Así pues, queda claro que estamos frente a una figura con una voluptuosidad y envergadura enorme, incluso deja rezagado el apreciado Control de Constitucionalidad, nuestro tribunal constitucional también ha vertido aseveraciones que, de cierta forma, le dan un amplio margen de aplicabilidad a la jurisprudencia de la **Corte IDH** y al concepto de Control de Convencionalidad:

“(…) En diversos fallos esta Corporación se ha referido puntualmente a la Corte IDH, indicando que su jurisprudencia es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos. La Corporación ha sostenido que la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad. (...)”⁶

Dejándonos inferir que estamos frente a una figura idónea – el control de convencionalidad – que debe preponderar sobre el control de constitucionalidad al reflexionar sobre la institucionalidad, para no llamarlo “legalidad” o “constitucionalidad” de los actos jurídico – políticos que se cementan, como en el caso de Colombia son los acuerdos de paz acogidos en la Constitución Política desde 2016.

El fin último de éste control, reside en la armonización del Derecho Interno con el Derecho Interamericano de los Derechos Humanos, lo que se consigue con la adecuación del Ordenamiento Jurídico doméstico con los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ya sea eliminando y expulsando normas y demás prácticas que friccionen con los Derechos y Garantías pregonados por la Convención o de forma positiva, desarrollando normatividad y prácticas que asertivamente nos permiten evidenciar la armonía con el pacto de San José.

⁵ Corte Constitucional: Sentencia C – 400/98. MP: Alejandro Martínez Caballero. Consideraciones de la Corte. Numeral 46.

⁶ Corte Constitucional: Sentencia T – 653/12. MP: Jorge Iván Palacio Palacio. Consideraciones de la Corte. Numeral 4.5.

Conclusiones

La aplicabilidad del Control de Convencionalidad va de la mano con la clasificación del mismo, los artículos 61, 62 y 63 de la **CADH** dotan de competencia a la **Corte IDH** para dirimir casos que se susciten por eventuales violaciones a los derechos consagrados en el Pacto de San José de los habitantes de determinado Estado Parte, por tanto, la examinación de la compatibilidad de los sucesos descritos en los hechos en relación a la **CADH**, y los demás instrumentos interamericanos de DDHH que giran en torno a ella quedan a cargo de la **Corte IDH**, lo que se conoce como la forma concentrada y concreta del Control de Convencionalidad, no obstante, el sobredicho tribunal internacional no solo tiene función de juzgamiento en casos contenciosos, el artículo 64.2 del Pacto dispone que aquel también desempeña labores consultivas, lo que viabiliza que de un modo no circunscrito a un caso en particular la **Corte IDH** puede desarrollar apreciaciones que versen sobre la compatibilidad de normas internas del Estado consultante con la **CADH**, es decir, un control en abstracto, además, existe una peculiaridad referente a la muy mencionada figura (Control de Convencionalidad), y es que se ha extendido horizontalmente al otro organismo complementario del Sistema Interamericano, es decir, la **CIDH**, como promotora y protectora de los Derechos Humanos, "(...) *Lo que la Comisión debe verificar, en un caso concreto, es si lo dispuesto por la norma contradice la Convención y no si contradice el ordenamiento jurídico interno del Estado (...)*"⁷ expresó la **Corte IDH** en una opinión consultiva.

Ahora bien, el Control de Convencionalidad que realmente preocupa a la **Corte IDH** y que a nosotros, en primer lugar como titulares de los derechos de carácter natural esbozados en los distintos tratados interamericanos sobre DDHH, es el Control de Convencionalidad *Difuso*, dicha forma supone que el aparato jurisdiccional de cada Estado parte de la **CADH**, independientemente de su jerarquía, está llamado a ejercer el análisis de convencionalidad, esto hace derivar dos aristas, *1. Que el tribunal constitucional nacional no sólo haga un control de constitucionalidad en los casos abstractos a raíz de incoaciones de acciones públicas de inconstitucionalidad (control posterior), o control oficioso (control anterior), sino que concomitantemente realice los respectivos análisis de convencionalidad que igualmente tenga efectos Erga Omnes*, disertó el tribunal interamericano que:

"(...) Los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes".⁸

⁷ Corte IDH: OC-13/93. Párr. 29 citado por (Franco, 2015)

⁸ Corte IDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs Perú*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, párr. 128.

Asimismo 2 En los casos internos que se tramiten en los distintos juzgados, tribunales, cortes, el control de convencionalidad se puede ejercer a forma de defensa de los accionados, proponiendo la inaplicabilidad de determinada norma interna por disentir de los tenores del ordenamiento interamericano de los Derechos Humanos como excepción de mérito, es decir, **un control por vía de excepción**.

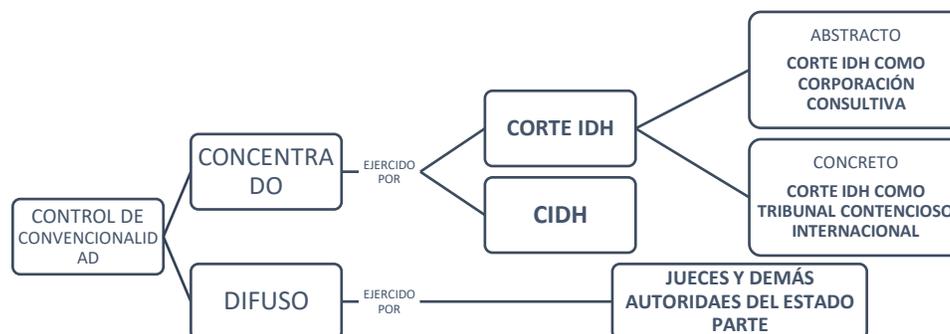


Figura 1. Resumen del acápite ¿Quiénes están llamados a aplicar el control de convencionalidad?

Referencias

- Caro Benítez, M. (2022). Constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Una mirada desde el enfoque Basado en Derechos Humanos y Goce Efectivo de Derechos. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 14 (27), 155-179.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). *Control de Convencionalidad - Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7*. Obtenido de Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>
- Díaz Müller, L. (s.f.). *El sistema interamericano de Derechos Humanos: La declaración y la convención americana*. Obtenido de Observatorio del Derecho a la alimentación en América Latina y el Caribe: <http://www.odalc.org/documentos/1374531848.pdf>
- Franco, P. (2015). Hacia la construcción del control de convencionalidad en Colombia. *Revista de Derecho Público*, 34. *Universidad de los Andes - Colombia*, 3-34.
- Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (2000). *El Federalista*. Bogotá: Akal.

- Highton, E. (2010). *Sistema concentrado y difuso del control de, constitucionalidad*. Obtenido de Biblioteca jurídica virtual de investigaciones de la UNAM: <http://biblio.juridicas.unam.mx/>
- Kelsen, H. (2012). *Teoría Pura del Derecho*. Bogotá: Temis.
- Nolasco Cerra, E. (2001). El Control de Constitucionalidad: Análisis de la doctrina de la Corte en los 10 años de vigencia constitucional. *Revista de Derecho - Univeridad del Norte No. 16 - Colombia*, 162-179.
- Palacios Ramirez, J. L., & Ramos Rezza, M. A. (2019). La aplicación de la excepción de inconveniencia como garantía de protección de los derechos políticos en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 11 (22), 141-156.
- Quinche Ramírez, M. F. (2009). El control de convencionalidad y el sistema Colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional N° 12*, 163-190.
- Salmón, E., & Blanco, C. (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Gráfica Delvi S.R.L.
- Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs Perú, Serie C. No. 158 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2006 de Noviembre de 24).