

Control de convencionalidad en Colombia: una propuesta garantista para su optimización

*Control of conventionality in Colombia: a
guarantee proposal for its optimization.*

PATRICIA RAQUEL MORRIS BOLAÑO

Abogada egresada de la Universidad Libre Seccional Barranquilla,
Especialista en Derecho Administrativo de la misma casa de estudios,
Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Libre Seccional
Bogotá, Doctoranda en Derecho de la Universidad del Norte, Docente
de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre
Seccional Barranquilla. ORCID: 0000-0003-1575-5228.

Tipología: Artículo de investigación

Recibido: 13/07/2019

Evaluated: 11/09/2019

Aceptado: 15/11/2019

Disponible en línea: 01/01/2020

Como citar este artículo:

Morris, P. (2020). Control de Convencionalidad en Colombia:
Una propuesta garantista para su optimización. *Vis iuris. Revista
de Derecho y Ciencias Sociales*, 7(13).

Resumen

El presente artículo propone medidas de carácter jurídico en aras de optimizar la praxis del control de convencionalidad en Colombia. Para tal efecto, en principio, aborda el examen de los antecedentes, características y fundamentos jurídicos de la institución, así como el análisis de su legitimidad; más adelante, en consideración a que la filosofía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Control de Convencionalidad descansa en la observancia y amparo de los derechos humanos, base esencial de la legitimidad del Estado social de derecho, plantea la institucionalización de mecanismos procesales que buscan reforzar su garantía jurisdiccional y vinculatoriedad. La metodología del presente trabajo es de naturaleza jurídica y de carácter cualitativo, ya que el propósito trazado conduce al examen de las posturas asumidas por diversos autores frente al control de convencionalidad, así como a la revisión y estudio de sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), cuyo contenido corrobora la vinculatoriedad de las reglas hermenéuticas esgrimidas por este órgano jurisdiccional. Este trabajo permitió constatar que el Estado colombiano, contrario a los estándares jurisprudenciales emanados de la CIDH, que exigen su aplicación por parte de los poderes públicos de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aún no ha permeado la generalidad de los escenarios judiciales y administrativos, situación que posibilitó concluir, desde una perspectiva garantista, la necesidad de positivar en la Constitución Política el aludido mecanismo para lograr su efectividad y, con ello, avanzar en la materialización de los derechos humanos.

Palabras clave: Control de convencionalidad, legitimidad, garantías primarias, garantías secundarias, derechos humanos.

Abstract

The objective of the article was to propose legal measures in order to optimize the practice of conventionality control in Colombia. For this purpose, in principle, he addressed the examination of the background, characteristics and legal bases

of the institution, as well as the analysis of its legitimacy; later, considering that the philosophy of the American Convention on Human Rights and the Control of Conventionality rests on the observance and protection of human rights, an essential basis for the legitimacy of the social State of law, raised the institutionalization of procedural mechanisms that They seek to strengthen their jurisdictional guarantee and bindingness. The methodology of the present work is of a legal nature and of a qualitative nature, since the purpose established leads to the examination of the positions assumed by various authors regarding the control of conventionality, as well as to the review and study of sentences issued by the Inter-American Court of Human Rights, whose content corroborates the linkage of the hermeneutical rules used by this court. This work allowed to verify that the Colombian State, contrary to the jurisprudential standards emanating from the IACHR, that require its application by the public authorities of the States Parties to the American Convention on Human Rights has not yet permeated the generality of the judicial scenarios and administrative, a situation that made it possible to conclude from a guarantee perspective the need to positiveize in the Political Constitution the aforementioned mechanism to achieve its effectiveness and thereby advance in the materialization of human rights.

Keywords: Control of conventionality, legitimacy, primary guarantees, secondary guarantees, human rights.

Introducción

El control de convencionalidad es un mecanismo procesal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH de aquí en adelante), ejercido en el ámbito regional por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo origen se halla en el criterio razonado del juez Sergio García Ramírez a la Sentencia del Caso Chang Vs Guatemala del 25 de noviembre de 2003; su propósito es garantizar la consonancia de los sistemas jurídicos de los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos con este instrumento, con

los tratados de derechos humanos que hacen parte del “ius interamericano” y con los estándares jurisprudenciales emanados de la referida corporación judicial internacional.

Se trata de una praxis que opera de manera similar a como funciona el control de constitucionalidad, es decir, mediante confrontación normativa. La diferencia radica en que, mientras en el control de constitucionalidad la comparación opera entre las leyes en sentido formal y material o los actos administrativos y la Constitución Política, incluido el bloque de constitucionalidad, en el control de convencionalidad el paralelo se realiza entre la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, los tratados de derechos humanos que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los estándares jurisprudenciales emanados de su órgano jurisdiccional y las normas que hacen parte del ordenamiento jurídico interno de los Estados parte de la enunciada convención.

Este control, resultado del fenómeno de “constitucionalización del derecho internacional”, ha erigido tanto a la Convención, como a los tratados de derechos humanos que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en verdaderas constituciones, generando una profunda metamorfosis en el derecho que se traduce en cambios sustanciales en la estructura de fuentes de los ordenamientos jurídicos internos y en limitaciones a los principios de soberanía de los Estados y de la cosa juzgada.

La referida herramienta procesal constituye un avance significativo del sistema regional americano para la defensa de los derechos humanos, que favorece la materialización de los derechos fundamentales de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, en consideración a que particularmente en Colombia el fenómeno de la convencionalidad aún no ha permeado la generalidad de los escenarios judiciales y administrativos, este trabajo de investigación

justamente pretende dar respuesta al siguiente interrogante: ¿cómo lograr del control de convencionalidad una aplicación generalizada y efectiva por parte de las autoridades en Colombia?

En ese orden de ideas, se plantea la hipótesis referente a la necesidad de revestir el control de convencionalidad de la máxima coercitividad jurídicamente posible en el sistema interno, lo que conlleva a erigirlo como garantía en la Constitución Política, propuesta cuya concreción exige inevitablemente la reforma del referido estatuto superior; análisis que se realiza desde la tendencia garantista del derecho.

Coherente con el propósito expuesto, el presente trabajo está estructurado en tres partes. En la primera se abordan los antecedentes, las características y los fundamentos jurídicos del control de convencionalidad. En la segunda se examina la legitimidad y el impacto que ha tenido en Colombia esta institución. Finalmente, en la tercera, se presenta una propuesta que plantea institucionalizar el control de convencionalidad como garantía constitucional.

Metodología

La metodología del presente artículo de investigación es de naturaleza jurídica, dado que tanto el problema abordado, como la propuesta de solución al mismo, conciernen al derecho. Es de tipo descriptivo porque especifica el alcance del control de convencionalidad como herramienta de protección de los derechos humanos y también las recomendaciones que, desde una perspectiva garantista del derecho, tienden a optimizar la praxis de este mecanismo. Asimismo, su enfoque es cualitativo en razón a que el objetivo trazado, atinente a proponer medidas de carácter jurídico en aras de optimizar la praxis del control de convencionalidad en Colombia, condujo al examen de las posturas asumidas por diversos autores frente al referido instrumento y a la revisión de sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creadoras de reglas

hermenéuticas garantizadoras de su vinculatoriedad en los ordenamientos jurídicos de los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Generalidades del control de convencionalidad

El control de convencionalidad es una institución resultado del llamado proceso de “constitucionalización del derecho internacional”, que emerge del Sistema Interamericano de Derechos Humanos como resultado de la interpretación que de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha realizado su órgano judicial, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Este control constituye la tercera fase de la denominada dinámica del derecho, con relación a la cual Quinche (2013), tomando como referencia el orden descrito por Ferrajoli (2003), sostiene:

Dentro de esta dinámica del derecho actual es posible identificar tres procesos recientes de la vida del derecho presentes en la mayoría de los países de América Latina. Una fase inicial que duró casi dos siglos, que puede ser identificada como el proceso de legalización del derecho, en el que simplemente se ejerció control de legalidad. Un segundo periodo, en el que la Constitución Política de los distintos países asume carácter normativo, dando lugar al proceso de constitucionalización del derecho y al control estricto de constitucionalidad; y finalmente un proceso más reciente, de internacionalización de los derechos locales que ha dado lugar en el SIPDH (Sistema Interamericano de Protección Derechos Humanos) a la formulación del control de convencionalidad). (p. 176)

Se trata de tres etapas progresivas: legalidad, constitucionalidad y convencionalidad, que en Colombia se ubican históricamente así: legalidad inicia con el advenimiento de la República y culmina una vez entra a regir la carta de 1991;

constitucionalidad inicia con la llegada de la Constitución de 1991 y configura un proceso de gradual construcción; convencionalidad es el resultado de los procesos de “internacionalización del derecho constitucional” y de “constitucionalización del derecho internacional”.

La primera de las etapas se caracterizó por la primacía de la ley en el sistema de fuentes del derecho y la prácticamente nula aplicación de la Constitución Política; la segunda tiene la connotación de atribuir a la carta política la máxima hegemonía en el ordenamiento jurídico; finalmente, la tercera fase se distingue por la incorporación al ordenamiento jurídico de tratados que hacen parte del derecho internacional de los derechos humanos, situación que condujo a la ampliación del ámbito normativo colombiano, pero que también tiene la especificidad de erigir la Convención o Pacto de San José de Costa Rica en la norma suprema del sistema preceptivo interno.

La primacía del referido instrumento en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos constituye el aspecto más significativo de la fase de convencionalidad, último y más reciente proceso en el contexto de la dinámica del derecho, que conlleva al ejercicio del control de convencionalidad, cuyo origen, tal como fue expuesto, se halla en el criterio esbozado por el juez Sergio García Ramírez al fallo que resolvió el conflicto Chang Vs Guatemala del 25 de noviembre de 2003.

En ese sentido, según García, teniendo en cuenta el alcance de la Convención y la actividad impartidora de justicia ejercida por el órgano jurisdiccional del SIDH, el Estado responde de manera plena, es decir, no le es factible limitar la vinculatoriedad de la citada herramienta a determinadas autoridades, y menos aún desprenderse de los compromisos que de ella emanan, pretextando su adjudicación a un número reducido de órganos, restricciones que tienen como finalidad garantizar el aludido control sobre sus actividades cabalmente o, en

otros términos, precaver cualquier tipo de exención del aludido control sobre su accionar (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 25 de noviembre de 2003).

A nivel regional, el control de convencionalidad es ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos e implica el ejercicio de la potestad de este órgano judicial para exigir a cualquiera de los Estados partes de la Convención la modificación o derogatoria de normas jurídicas internas, incluidos los preceptos constitucionales, cuando vulneren el referido pacto o aquellos tratados que integran el ámbito jurídico del control de convencionalidad, así como la interpretación que sobre los mismos realiza ese órgano judicial.

En todo caso, el control que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos es complementario o subsidiario; bajo ese entendido, el órgano judicial regional estará legitimado para actuar en ejercicio del control de convencionalidad cuando, pese haber agotado los mecanismos procesales internos, no se ha alcanzado la tutela efectiva de los derechos humanos o el Estado parte de la Convención ha incurrido en dilación injustificada en el trámite del proceso instituido por el ordenamiento jurídico local para la defensa de tales derechos.

Justamente, Hitters (2009) destaca el carácter subsidiario del control de convencionalidad por parte de la CIDH, pero también enfatiza en la efectividad de los tratados que hacen parte del sistema regional, generada como consecuencia del necesario cotejo a que conlleva la señalada praxis entre estos y las normas que integran el ordenamiento jurídico interno del Estado parte cuando el citado órgano jurisdiccional avoca los casos allegados a su conocimiento.

El control de convencionalidad es un mecanismo que debe ser llevado a cabo, primero por los cuerpos colegiados domésticos, haciendo una comparación entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los

tratados, del *ius cogens* o de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y luego esa tarea debe ser ejercida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos si es que el caso llega a sus estrados. (p. 109)

En el ámbito interno de los Estados parte de la Convención, hoy es claro que el ejercicio del control de convencionalidad no solo se exige a las autoridades judiciales, sino a todas las autoridades públicas.

En ese sentido, previo análisis de diversos pronunciamientos emanados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Bazán (2014, pp. 302-303) identifica, en relación al control de convencionalidad, un total de seis “eslabones”, los cuales hacen referencia, fundamentalmente, a las autoridades internas que están obligadas a ejercer el mecanismo procesal. Así, se trata de seis reglas hermenéuticas vinculantes a los Estados parte de la Convención. La primera, emanada del “Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile”, endilga a la rama judicial el deber de ejercer control de convencionalidad; la segunda, prevista en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs Perú”, aclara que los órganos jurisdiccionales están llamados a ejercer tanto el control de constitucionalidad como el de convencionalidad a petición de parte y en forma oficiosa; la tercera, proveniente del “Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs México”, ratifica y hace énfasis en el deber de ejecución del aludido control por parte de las autoridades judiciales; la cuarta, derivada del “Caso Gelman Vs Uruguay”, hace extensivo el ejercicio de la citada praxis a todas las autoridades sin distinción; la quinta, establecida en los “Casos López Mendoza Vs Venezuela y Atala Riffo y Niñas Vs Chile”, obliga a aplicar el precedente convencional en la resolución de los conflictos judiciales y administrativos; la sexta y última determina que el control de convencionalidad primeramente debe ser ejercido por las autoridades internas y, en su defecto, por el órgano jurisdiccional del SIDH.

De otra parte, resulta pertinente destacar cómo en Colombia el ejercicio de la pluricitada praxis jurídica, tal como lo sostiene Quinche (2014), se despliega esencialmente en cuatro contextos: “el de la justicia de transición como elemento maestro que ha posibilitado el despliegue de ese control, el del control abstracto sobre las leyes, el del derecho penal y el de la justicia administrativa”. (p. 178).

Normativa del control de convencionalidad

Con relación al marco jurídico que integra el control de convencionalidad, Quinche (2014), identifica tres conjuntos de disposiciones. Inicialmente, las incorporadas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; luego, las que conforman los tratados que también otorgan competencia a la Corte Interamericana para conocer de los casos de violación a los derechos humanos y, finalmente, las que integran el pleno de los tratados del sistema regional.

El mismo autor especifica los tratados del SIDH “cuya aplicación en los casos contenciosos es de competencia de la Corte Interamericana” y que a continuación se relacionan en la siguiente tabla:

Tabla 1. Casos contenciosos de competencia de la Corte Interamericana

Tratado	Lugar y fecha de adopción	Órgano que lo emite	Obligaciones relevantes para los Estados parte de la Convención	Ley aprobatoria por parte del Estado Colombiano
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “Protocolo de San Salvador”	San Salvador (El Salvador), 17 de noviembre de 1988	Asamblea General de la ONU.	Implementación de medidas para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos en el protocolo, normas en el ámbito del derecho interno (artículos 1 y 2)	Ley 319 de 1976
La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura	Cartagena, 9 de diciembre de 1985	Asamblea General de la OEA.	“Los Estados parte se obligan a prevenir y a sancionar la tortura”. Tipificar y sancionar la tortura en los sistemas jurídicos internos (Artículo 1°)	Ley 409 de 1997
Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas	Belem do Pará (Brasil), 9 de junio de 1994	Asamblea General de la OEA	Los Estados parte se obligan a “no practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aún en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales” También, los Estados parte deben tipificar la desaparición forzada como hecho punible (artículos 1 y 3)	Ley 707 de 2001
Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Convención de Belem do Pará.	Belem do Pará (Brasil), 9 de junio de 1994	Asamblea General de la OEA	Los Estados parte se obligan a establecer “políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia”	Ley 248 de 1995

Fuente: elaboración propia

Finalmente, los “tratados sobre derechos humanos, concurrentes con la Convención Americana”, tal como lo señala Quinche (2014), son:

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con Discapacidad, Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Convenio de Sede entre el Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Carta de la Organización de los Estados Americanos, Carta Democrática Interamericana, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Para”, Formulario de Denuncia, Estatuto de la Comisión Interamericana de Mujeres, Convención Interamericana contra la Corrupción, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer, Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores, Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional, Convención sobre Asilo Territorial, Convención sobre Asilo Diplomático, Convención sobre Asilo Político, Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Reglamento de la Comisión Interamericana de Mujeres, Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer, Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el

Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas, Acuerdo de Entendimiento entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Asociación Interamericana de Defensorías Públicas. (pp. 77-78)

Ahora bien, particularmente, respecto de la Convención, Aguiar (s.f.), afirma: Son obligaciones erga omnes de efectos triangulares. Las asume cada Estado frente a la comunidad interamericana como un todo; frente a cada uno de los Estados parte de la Convención; y frente a “todos” los individuos –nacionales o extranjeros– sujetos a su jurisdicción, como directos destinatarios de los derechos humanos reconocidos por este instrumento de derecho particular. (p. 128)

Es decir, la vinculatoriedad de la Convención conlleva al cumplimiento de un tipo de responsabilidad integral en virtud de la cual cada uno de los Estados miembros del sistema está llamado a asumir compromisos no solo con la colectividad regional, sino también con los demás Estados; asimismo, con las personas específicamente consideradas, titulares de los derechos humanos consagrados en la pluricitada herramienta internacional.

Legitimidad del control de convencionalidad

El tema de la legitimidad del órgano jurisdiccional perteneciente al sistema regional, respecto del control de convencionalidad, es abordado por la doctora Diana Patricia Hernández Castaño, tanto desde el origen o conformación del cuerpo colegiado internacional, como desde el resultado del ejercicio que ha venido asumiendo.

Para evaluar la legitimidad de origen de la CIDH, Hernández (2014) tiene en cuenta: “Constitución y competencia general, forma de selección de los jueces, período, remuneración, responsabilidad y fundamento jurídico del ejercicio del referido control”.

Los resultados de esta evaluación son sintetizados por Hernández (2014):

Es dable sostener que la aprobación y ratificación por los Estados de la Convención, así como la aprobación del Estatuto de la Corte IDH y la aceptación de la competencia contenciosa de este organismo la legitiman democráticamente en su origen, constitución y competencia en un grado medio, ya que no media una intervención directa de la ciudadanía en el consentimiento de los Estados a restringir su soberanía en materia jurisdiccional. En ese sentido, quien participó y manifestó la voluntad primigenia de someterse a la competencia de la Corte IDH fue el Ejecutivo en ejercicio de funciones de Estado, que no constituye el órgano de representación política como lo es el legislativo; sin embargo, el grado no es mínimo, porque finalmente la Convención, luego de ser aprobada por el Ejecutivo, debe pasar para su ratificación al trámite de aprobación legislativa, como ocurrió en el caso colombiano a través de la Ley 16 de 1972. (p. 66)

En ese sentido, la autora concibe como ideal de legitimación democrática en cuanto el origen de la CIDH y, concretamente, con relación a la competencia de ese órgano judicial para ejercer el control de convencionalidad, la aquiescencia directa de la ciudadanía de los Estados parte, hipótesis no materializada en el presente caso; no obstante, para ella es aceptable y tiene un valor de significación democrática la ratificación impartida por el legislativo al consentimiento del ejecutivo en relación a la Convención, dado que el primero es un órgano de carácter político.

Y a efectos de ponderar la legitimidad de resultado del control de convencionalidad ejercido por la CIDH, Hernández (2014) pondera los siguientes criterios: “Finalidad del control de convencionalidad, deliberación y racionalidad de las decisiones, participación ciudadana, vinculatoriedad, diálogo interinstitucional” (p. 67).

Respecto a la finalidad del mecanismo, Hernández (2014) le concede un grado alto de legitimidad, en consideración a que: “se hacen efectivos los derechos humanos, contribuye, desde el nivel interamericano a desarrollar una sociedad abierta y tolerante, cuando les da voz a las minorías” (p. 100).

De esta manera, resulta acertado valorar en alto grado la “legitimidad democrática de la finalidad del control de convencionalidad”, dado que su praxis conduce al amparo real de los derechos humanos, razón de ser de los Estados constitucionales y justificación del Sistema Interamericano, máxime cuando estos no solo limitan el ejercicio del poder político, sino que se erigen en directrices determinantes de la actividad estatal.

En cuanto a la “deliberación y racionalidad de las decisiones de la Corte”, Hernández (2014) asigna a este aspecto un “grado medio con tendencia a ser alto”, en la medida en que aplica métodos de interpretación como el de proporcionalidad y también en consideración a que sus decisiones han sido, en su gran mayoría, fruto de la unanimidad de los jueces que la integran (p. 100).

En efecto, es atinado estimar en “grado medio con tendencia a ser alto la legitimidad democrática de la variable concerniente a la deliberación y racionalidad de las decisiones de la Corte IDH”, calificación que encuentra asidero en las modernas metodologías de interpretación y resolución de conflictos utilizadas por el órgano jurisdiccional internacional, en el criterio unificado al cual por regla general llegan los jueces que lo integran para adoptar los fallos, lo que refleja el esfuerzo desmedido y la mística en el examen profundo de las causas materia de conocimiento y en la reflexión y análisis detenido de los argumentos esgrimidos a favor o en contra de las tesis planteadas en el decurso de las discusiones que, inevitablemente, han de propiciarse a fin de optar por las soluciones más acertadas y coherentes con la salvaguarda de los derechos humanos.

Finalmente, con relación a la “vinculatoriedad de las decisiones que declaran la incompatibilidad de una norma de derecho interno con el corpus juris interamericano”, Hernández (2014) concede un grado medio de legitimidad democrática, en razón a la “recepción y aceptación que la doctrina del control de convencionalidad ha tenido en los Estados parte, por encima del efecto inter-partes que en principio se predica de las decisiones de la Corte” (p. 100).

Esto último es de vital importancia y es consonante con el principio *pro hómine*, previsto en los artículos 29, 30 y 31 de la Convención, que regulan las normas de interpretación de este instrumento internacional.

Así, el Artículo 29 del referido ordenamiento internacional, dispone:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza. (Convención Americana sobre Derechos Humanos)

Seguidamente, el Artículo 30 del mismo instrumento establece:

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. (Convención Americana sobre Derechos Humanos)

A su vez, el Artículo 31 del pluricitado pacto, prevé: “Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77” (Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En definitiva, frente al tema de “vinculatoriedad de las decisiones de la Corte que declaran la incompatibilidad de una norma de derecho interno con el corpus juris interamericano” la autora asigna un “grado medio de legitimidad democrática”, porque conforme la praxis del control de convencionalidad, ha sido aceptada por los Estados parte de la Convención.

Ahora bien, pese a la solidez de los argumentos esgrimidos por la autora citada, otros doctrinantes llaman la atención sobre los inconvenientes o repercusiones que generaría la aplicación del control en los Estados miembros, pues podrían traducirse en renuencias por parte de las autoridades judiciales y administrativas, las cuales, de conformidad con los criterios hermenéuticos esbozados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de sus sentencias, están obligadas a ejercer el referido mecanismo.

Al respecto, Sagües (2010) afirma:

Cabe vaticinar que no será fácil la aceptación incondicional de esa tesis por parte de las cortes supremas y tribunales constitucionales. Por ejemplo, sostener la invalidez de las reglas constitucionales domésticas opuestas al Pacto, con más del deber de inaplicables ex officio en el perímetro nacional por los propios jueces locales, provocará quizá cortocircuitos de no rápido arreglo. (p. 131)

En ese orden de ideas, el compromiso atinente a la aplicación del control de convencionalidad endosado por la CIDH a través de sus estándares jurisprudenciales, constituye un tema controversial, y no se espera que jueces y autoridades administrativas la asuman en forma voluntaria, por ende, no resulta

conveniente dejarla a su simple arbitrio o discrecionalidad; por el contrario, demanda del Estado la adopción de medidas concretas y eficaces en virtud de las obligaciones de regulación y de garantía o satisfacción que le conciernen en calidad de Estado parte de la Convención.

Institucionalización de mecanismos procesales que contribuyan a reforzar la garantía jurisdiccional y vinculatoriedad del control de convencionalidad

La legitimidad de los Estados constitucionales radica, fundamentalmente, en la materialización de los derechos humanos, los cuales, independientemente de su categoría y especificidad –civiles y políticos, económicos, sociales, culturales y colectivos–, propugnan, desde una perspectiva holística, por el valor supremo de la dignidad humana que, en el nuevo contexto constitucional, trasciende la esfera formal e involucra un contenido económico y social.

Coherente con lo expuesto, la filosofía de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal como lo prevé su preámbulo, descansa en el respeto de los derechos consustanciales a las personas; en ese sentido, propugna por el afianzamiento de sistemas jurídicos que aseguren la autonomía personal y condiciones de convivencia apropiadas que dignifiquen la vida en sociedad.

El aludido propósito, citado en el exordio del referido instrumento internacional, hace énfasis en la necesidad de propiciar escenarios que posibiliten a las personas el disfrute tanto de los derechos civiles y políticos, como de los derechos económicos, sociales y culturales y, para el efecto, los artículos 1 y 2 de la Convención, en su orden, exigen a los Estados parte cumplir con el compromiso de no infringir los derechos y con el deber de crear normas de derecho interno que garanticen su efectividad.

Así, el Artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece:

1. Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Seguidamente, el Artículo 2º del mismo instrumento internacional, dispone:

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

El alcance de los preceptos transcritos permite colegir que la primigenia obligación de los Estados parte de la Convención consiste en prevenir las violaciones a los derechos humanos y asegurar su vigencia mediante la incorporación en los sistemas jurídicos de mecanismos que permitan alcanzar su materialización, exigencias que constituyen presupuestos para la construcción de la paz.

En ese sentido, Gros (1996) destaca el vínculo que existe entre las concepciones de paz y derechos humanos al sostener: “Es tan cierta la afirmación de que no puede haber paz sin derechos humanos como la de que no puede haber derechos humanos sin paz” (p. 523).

Esta íntima e inescindible relación comporta el ineludible cometido de construir una sociedad basada en el respeto de los derechos humanos, y también obliga a los poderes públicos del Estado a trabajar en la concreción de estas máximas exigencias, concebidas y reconocidas como atributos inherentes a las personas; tarea que exige serios compromisos del Estado que logren modificar significativamente la realidad de los derechos humanos en el país, máxime teniendo en cuenta que la filosofía del Estado social de derecho, postulado del nuevo orden constitucional, se encuentra en proceso de construcción y muchos de sus propósitos aún constituyen una quimera.

Sobre este último aspecto, Uprimny (2011), refiriéndose en general a la situación de los Estados latinoamericanos, y específicamente a sus constituciones, sostiene:

En efecto, que esas Constituciones tengan vocación normativa y se encuentren llenas de aspiraciones, como ya se explicó, no significa, obviamente, que sus promesas se hayan realizado. Por el contrario, a pesar de dicha vocación, la distancia entre lo proclamado por los textos constitucionales y la realidad social y política de nuestros países es muy grande. En ese sentido, América Latina sigue manteniendo esa tradición, ya señalada desde hace décadas por varios teóricos, de adherir teóricamente a las formas constitucionales, pero tener muchas dificultades para concretarlas. Los dos puntos más representativos de esa distancia tienen que ver con los problemas de superación de la pobreza y la desigualdad en el plano socioeconómico, y con el control a los abusos presidenciales en el campo político. Así, por un lado, la mayor parte de los nuevos textos constitucionales plantean explícitamente la promoción de la igualdad social y la superación de la pobreza; pero los resultados han sido en general, con algunas contadas excepciones, muy pobres en este campo. (p. 133)

Frente a esta realidad, y en consideración a que el control de convencionalidad, ejercido en el contexto internacional por su órgano jurisdiccional, ha impactado positivamente la protección de los derechos humanos en Colombia y en otros

Estados parte de la Convención, se hace necesario y resulta oportuno reforzarlo en la praxis jurídica interna.

Lo anterior es coherente con la exigencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido realizando, tal como se expresó, a los poderes públicos de los Estados parte de la Convención, y desde esa perspectiva cada uno de ellos está obligado a desplegarlo en el ámbito específico de sus funciones.

En ese orden de ideas, se intenta dar respuesta al interrogante, punto de partida del presente trabajo: ¿cómo lograr del control de convencionalidad una aplicación generalizada y efectiva por parte de las autoridades en Colombia?

La respuesta a este interrogante exige abordar algunos de los fundamentos de la “teoría general del garantismo”, propuesta por Luigi Ferrajoli, cuya premisa implica entender que en el ejercicio del poder se encuentra latente la arbitrariedad.

En ese sentido, Gascón (2005), afirma:

La teoría general del garantismo arrancaba de la idea presente ya en Locke y en Montesquieu de que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso que es preciso neutralizar haciendo del derecho un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos. (p. 22)

Ferrajoli (2008) manifiesta: “Propongo llamar garantía a toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por derecho subjetivo toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)”

Es evidente que mientras la observancia de las garantías (y de las normas) primarias equivale a la satisfacción de manera primaria y sustancial de los derechos garantizados por ellas, las de las garantías (y de las normas) secundarias opera, solo eventualmente, como remedio previsto para la reparación de la in-

observancia de las primeras representada por los actos ilícitos o los actos inválidos (Ferrajoli, 2008).

En una forma sencilla pero contundente, Gascón (s.f.) explica el alcance del término *garantizar* y la manera como el derecho debe actuar en aras de optimizar los derechos y los mecanismos para su defensa o materialización.

Garantizar significa afianzar, asegurar, proteger, defender, tutelar algo; y, cuando en la cultura jurídica se habla de garantismo, ese *algo* que se tutela son derechos o bienes individuales. Podría decirse, pues, como primera aproximación, que un Derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos y (sobre todo) por parte del poder estatal; lo que tiene lugar mediante el establecimiento de límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de esos derechos y de minimizar sus amenazas. (p. 195)

Lo anterior es coherente con lo planteado por Loewenstein (1986), quien sostiene:

En un sentido ontológico se deberá considerar como el telos de toda Constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. En ese sentido, cada Constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores y asignarles una legítima participación en el proceso del poder. (p. 151)

Pero, además de lo expuesto, esta propuesta descansa en el “principio de progresividad de los derechos humanos”, que se traduce en obligaciones positivas de los Estados consistentes en propiciar condiciones y adoptar medidas, verbigracia legislativas, que permitan avanzar en el contenido de los derechos humanos y en su materialización.

Al respecto, Nikken (1987) afirma:

La progresividad a lo que apunta es al desarrollo y vigorización de los recursos de que dispone la persona para hacer efectivo el respeto a ese deber jurídico a cargo de los Estados. Precisamente, por tratarse de un deber cuyo cumplimiento es inmediatamente exigible se han conjugado diversos factores para arbitrar medios cada vez más eficaces para reclamar su cumplimiento. (p. 311)

Luego entonces, avanzar en la defensa y materialización de los derechos humanos, comporta tanto la creación de novedosos recursos judiciales, como el fortalecimiento de los existentes, razones que justifican la institucionalización del control de convencionalidad como una garantía constitucional que posibilitaría demandar por inconvencional leyes y actos administrativos generales.

Así, una aplicación efectiva del control de convencionalidad hace necesario revestirlo de la máxima coercitividad jurídicamente posible en el sistema interno, lo que conllevaría a erigirlo como garantía en la Constitución Política, propuesta cuya concreción exige inevitablemente la reforma del referido estatuto superior.

Internamente operaría a manera de un control difuso, toda vez que sería ejercido por la Corte Constitucional, por el Consejo de Estado con efectos erga omnes y, en general, por las autoridades judiciales y administrativas, por vía de excepción, con efectos circunscritos al caso concreto objeto de resolución. En el primer caso, los referidos órganos jurisdiccionales, mediante sentencia, tal como acontece con el control de constitucionalidad, emitirían pronunciamientos de fondo en torno a la congruencia o no de las leyes o actos administrativos, eventualmente demandados, con la Convención, los tratados que integran el SIDH y el precedente emanado de la CIDH. En el segundo, las autoridades judiciales y administrativas realizarían la misma confrontación, pero con efectos circunscritos al caso concreto objeto de resolución.

Conclusiones

El control de convencionalidad erige la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los tratados de derechos humanos que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos en verdaderas constituciones, generando una profunda metamorfosis del derecho que se traduce en cambios sustanciales frente al sistema de fuentes jurídicas y en limitaciones a los principios de soberanía de los Estados y de la cosa juzgada.

En el ámbito internacional, este control ha permitido avanzar en la justiciabilidad de los derechos humanos, logro en el que ha jugado un papel preponderante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia, conformando lo que algunos autores han denominado un “ius interamericano”.

En Colombia, contrario a los estándares jurisprudenciales emanados de la CIDH que exigen su aplicación por parte de los poderes públicos de los Estados parte, el fenómeno de convencionalidad aún no ha permeado la generalidad de los escenarios judiciales y administrativos, situación que demanda la institucionalización de mecanismos procesales para lograr su efectividad y con ello avanzar en la materialización de los derechos humanos.

En ese sentido, desde una perspectiva garantista del derecho, una aplicación efectiva del control de convencionalidad hace necesario revestirlo de la máxima coercitividad jurídicamente posible en el sistema jurídico interno, lo que conllevaría a erigirlo como garantía en la Constitución Política, propuesta cuya concreción exige inevitablemente la reforma del referido estatuto superior. Internamente, operaría a manera de un control difuso, toda vez que sería ejercido por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado con efectos erga omnes y, en general, por las autoridades judiciales y administrativas por vía de excepción.

Referencias

- Aguiar, A. (s.f.). *La responsabilidad internacional del Estado por violación de Derechos Humanos*. (117-153). <www.corteidh.or.cr/tablas/a9760.pdf>
- Bazán, V. (2014). *Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencial americanos y europeos*. Fundación Konrad Adenauer.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). Sentencia de noviembre 25 de 2003. Caso Myrna Mack Chang contra Guatemala.
- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y Garantismo*. Editorial Trotta.
- Gascón, M. (s.f.). *La teoría general del garantismo a propósito de la obra de Luigi Ferrajoli derecho y razón*. (pp.195-2013).
- Gascón, M. (2005). La teoría general del garantismo. Rasgos principales. En Carbonell, M y Salazar, P. (editores). *Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. (21-40). Trotta.
- Gross, H. (1996). El derecho humano a la paz. Conferencia dictada en los cursos organizados por la Institución L'Ecole Instrument de Paix en Ginebra. (517-546). *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.
- Hernández, D. (2014). *Legitimidad democrática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Control de Convencionalidad*. Universidad Externado de Colombia.
- Hitters, J. (2009). Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad (Comparación, criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios constitucionales* Año 7 (2), 109-128.
- Loewenstein, K. (1986). *Teoría de la Constitución*. Editorial Ariel.
- Nikken, P. (1987). *La protección internacional de los Derechos Humanos: su desarrollo progresivo*. IIDH/ Civitas.
- Quinche, M. (2013). El presidencialismo, el control de convencionalidad y la democracia en los países andinos. *Revista Coherencia* 10(19), 167-206.
- Quinche, M. (2014). *El control de convencionalidad*. Editorial Temis
- Sagües, N. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Revista Estudios Constitucionales*, Año 8, 8(1), 117-135.
- Uprimny, R. (2011). “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”. En *El Derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*. (109-137). Siglo Veintiuno Editores S.A.