

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: MEDIO DE LEGITIMACIÓN DEL CONTROL MATERIAL DE REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN¹

CONVENTIONALITY CONTROL: A MEANS TO LEGITIMATE MATERIAL CONTROL OVER REFORMS ON THE CONSTITUTION

*Andrés González Arango**

Fecha de recepción: 28 de julio de 2015 - **Fecha de aprobación:** 26 de agosto de 2015.

Forma de citar este artículo en APA:

González Arango, A. (julio-diciembre, 2015). El control de convencionalidad: medio de legitimación del control material de reformas a la constitución. *Summa Iuris*, 3(2), 330-354.

Resumen

El presente ensayo tiene como objeto reflexionar acerca de la posibilidad que puede llegar a tener la Corte Constitucional de Colombia para realizar control de constitucionalidad al contenido de las reformas a la constitución, utilizando como medio de legitimación el control de convencionalidad. El concepto de control de convencionalidad ha sido desarrollado no hace más de dos décadas por la CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos). La Corte Constitucional Colombiana ha tenido en cuenta la línea jurisprudencial de la CIDH, para proferir algunos de sus fallos de constitucionalidad frente a las leyes, sin embargo, no se ha ejercido “control de convencionalidad” para revisar el contenido de una reforma constitucional.

Palabras clave: control de convencionalidad, control de constitucionalidad, minimalismo judicial, reforma constitucional.

¹ Este artículo es un resultado parcial de la investigación que se adelanta en el marco de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Libre, seccional Pereira, denominada “Estudio sobre la Internacionalización de la Constitución”.

* Abogado, Especialista en Derecho Administrativo. Estudiante de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Libre, seccional Pereira. Docente y coordinador del área de derecho público de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Cartago. Perteneciente al grupo de investigación “Cultura y Derecho” adscrito a la facultad de derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia. Correo electrónico: andres.gonzalez@campusucc.edu.co

Abstract

This paper is aimed at reflecting about the power Colombia's Constitutional Court may have, so that constitutional control over the contents of constitution reforms may be kept, by using conventionality control as a means of legitimation. The concept of Conventionality Control has developed in the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) for no longer than two decades. The Colombian Constitutional Court has kept in mind IACHR's line of case law, to issue some rulings on constitutionality regarding laws, nevertheless "conventionality control" has not been exercised to revise the contents of a constitutional reform.

Keywords: Conventionality control, Constitutionality control, Judicial minimalism, Constitution reform

INTRODUCCIÓN

Hasta hace muy poco, hablando en términos históricos, era inconcebible integrar el derecho internacional con el derecho interno de un Estado, sin que se hallare tropiezo o resistencia con conceptos como el de soberanía nacional o supremacía de la constitución. Empero, la post guerra trajo consigo cambios en el ámbito jurídico internacional, a partir de ese momento el universo del derecho da un viraje importante, pues el debate jurídico contemporáneo gira en torno a la protección de los derechos humanos, la justicia, la neutralidad o imparcialidad del Estado, etc.

En el continente americano, desde hace poco tiempo y con gran ahínco, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH), introdujo el concepto “control de convencionalidad”, pudiéndose definir éste como el medio que se despliega para constatar que una norma jurídica o acto de las autoridades de un Estado, se ajustan a las cánones, los principios y obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante Convención) principalmente, mas no exclusivamente, con lo cual se pretende dar efecto útil a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “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, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (Caso Almonacid Arellano y otros VS Chile, 2006).

La Corte Constitucional Colombiana ha tenido en cuenta la línea jurisprudencial de la CIDH, para proferir algunos de sus fallos de constitucionalidad frente a las leyes; sin embargo, no se ha dado que el máximo tribunal constitucional colombiano utilice el concepto de “control de convencionalidad”, para revisar el contenido de una reforma constitucional.

Con este panorama, una vicisitud que merece especial atención está en el hecho de que la Corte Constitucional colombiana no puede realizar control material a las reformas constitucionales, independientemente de su origen, quedando limitada solo al control por vicios de procedimiento en su formación.

Ahora bien, la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia, a partir de la Sentencia C-551 de 2003 y posteriormente con la Sentencia C-1040 de 2005, expone la teoría de la sustitución de la Constitución para legitimar el control que esta realiza a los actos de enmienda de la Carta Política, bajo la consideración que “el autor de la reforma carecía de competencia para ello al tratarse de una sustitución de la Constitución más que de una reforma de la misma”. El alto tribunal constitucional ha sostenido que dicha teoría no constituye un control material de la reforma, el cual le es vedado a ésta; sin embargo las críticas y aclaraciones de voto no se han hecho esperar, haciendo enfáticos señalamientos al considerar que esta teoría constituye control material a las reformas constitucionales.

Se presenta en ocasiones que la Corte Constitucional, en cumplimiento de su función de salvaguardar la Carta Política, deba proferir pronunciamientos sobre temas controvertidos de gran sensibilidad social, relacionados con los derechos humanos (Por ejemplo: aborto, consumo de drogas, eutanasia, igualdad de derechos de las parejas del mismo sexo, restricciones a la libertad de expresión etc.), sin que el alto tribunal defina de fondo las controversias, quedándose en simple revisión de formalismos y fijación de sub reglas de interpretación, entrando en los campos del minimalismo judicial (Barbosa, 2011).

Por su parte, la CIDH, a través de su jurisprudencia ha acuñado el concepto de “control de convencionalidad” y ha instado a que los jueces y autoridades, le den efecto útil a la Convención Americana de Derechos Humanos, aplicando esta y la interpretación que de la misma ha hecho el tribunal interamericano, con el fin de armonizar el derecho interno con los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos.

En este punto, y con el objetivo de tener un contexto sobre el cual desarrollar este ensayo, se hace necesario realizar un ejercicio mental bajo las siguientes condiciones: *en Colombia, con las limitantes que posee la Corte Constitucional en materia de control de las reformas a la Carta política, se aprueba a través de referendo o acto legislativo una reforma a la Constitución y dicha enmienda contiene elementos contrarios a la Convención Americana de los Derechos Humanos*. Sobre el ejercicio anterior se hacen varios interrogantes: ¿Qué argumento tendría la Corte Constitucional colombiana para decidir sobre el contenido material de la reforma?, ¿Es suficiente la teoría de la sustitución de la Constitución para que la Corte Constitucional pueda hacer un verdadero control sobre una reforma así descrita?, ¿Debe la Corte Constitucional realizar control de convencionalidad sobre dicha reforma constitucional? Todos estos cuestionamientos deben hallar respuestas que satisfagan la protección de los derechos humanos, su carácter de progresivos y salvaguardar la responsabilidad internacional del estado colombiano, por lo que es importante que desde la academia se aborde el tema de la justicia constitucional y el control de convencionalidad, frente a las reformas constitucionales.

Para el desarrollo de este ensayo se disertará, en primera instancia, sobre el control de constitucionalidad que ejerce la Corte Constitucional en materia de reformas a la Carta, el minimalismo judicial como consecuencia de los limitantes de la Corte, el control de convencionalidad y su complementariedad del control de constitucionalidad. En segunda instancia, se expondrá la tesis acerca del control de convencionalidad como legitimador del control material de constitucionalidad de las enmiendas a la Constitución. Con lo anterior se pretende, como objetivo general, establecer una teoría que avale el control de material de las reformas a la constitución por parte de la Corte Constitucional.

El presente ensayo se realizó con una metodología hermenéutica, pues realizó análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para elaborar propuestas desde el punto de vista teórico, con el objeto de que la Corte Constitucional colombiana pueda realizar control material de constitucionalidad a las reformas de la Carta Política.

1. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD A LAS REFORMAS DE LA CONSTITUCIÓN

En Colombia existe el control de constitucionalidad por la vía de acción desde el año de 1910, creado a través de Acto Legislativo Nro. 03, en donde se fundó una auténtica defensa de la Carta Política por medio de la acción pública de inconstitucionalidad, facultando a la Corte Suprema de Justicia para que decidiera sobre exequibilidad de las leyes. Con la Carta Política de 1991 el control de constitucionalidad se fundamenta en el artículo 4 que establece el principio de supremacía de la Constitución por ser norma de normas, ordenando que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicaran las disposiciones constitucionales. Adicional a lo anterior, la Norma Fundamental de 1991, le entregó a un tribunal especializado que denominó Corte Constitucional, la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, asimismo de introducirse al país la acción de tutela como mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y a través del cual se puede ejercer por cualquier juez un control de constitucionalidad.

En términos generales, y como lo afirma la doctrina, el control de constitucionalidad en Colombia posee un carácter mixto, pues se presentan elementos del control de constitucionalidad concentrado y del control de constitucionalidad difuso; además de existir los tipos de controles de constitucionalidad: por la vía de acción y la vía de excepción, abstracto y concreto, previo y posterior; situación que como lo asevera la academia podría catalogarse como “confuso” (Mendieta, 2012, p. 379).

Para los efectos de este ensayo, nos interesa centrar la atención en el control de constitucionalidad ejercido por la Corte Constitucional sobre los actos reformativos de la Constitución, por lo que es menester entrar a comprenderlo, a través de la jurisprudencia de la Corte, que ha manifestado con relación a las características de dicho control:

Las características del control que ejerce la Corte Constitucional sobre los actos reformativos de la Constitución son las siguientes: (i) [...] control es posterior a la sanción y promulgación de la ley que incorpora el texto que se somete a referendo, pero previo al pronunciamiento popular; (ii) automático, [...]; (iii) concentrado, [...]; (iv) reforzado, como quiera que este tipo de actos puede ser objeto de acción de inconstitucionalidad; (v) definitivo,

dado que la sentencia de control automático hace tránsito a cosa juzgada y obliga a todas las autoridades del Estado, sin perjuicio de que se ejerza contra ellos la acción pública de inconstitucionalidad por vicios ocurridos en su proceso de formación dentro del año siguiente a su promulgación; (vi) integral, [...]; (vii) específico, por cuanto la Corte sólo puede examinar los vicios de procedimiento y de competencia ocurridos en su formación, ya que no le corresponde estudiar su contenido material y (viii) participativo pues se faculta a los ciudadanos a coadyuvar o impugnar la constitucionalidad (Sentencia C-397, 2010).

Adicionalmente, se debe decir que este control de constitucionalidad ejercido por la Corte Constitucional, en materia de enmiendas constitucionales, tiene el carácter de control abstracto, pues es ajeno al estudio de casos concretos.

En lo que respecta al control de judicial de constitucionalidad de las reformas a la Constitución, *prima facie*, del contenido de los artículos 241 numerales 1 y 2 y 379 constitucionales, se desprende que la Corte Constitucional se encuentra facultada para pronunciarse al respecto “sólo por vicios de procedimiento en su formación”, de lo que se colige sin mayores esfuerzos que no podría emitir control material al respecto. Esta misma apreciación, en primera instancia simplista, es acogida por la Corte Constitucional, cuando en múltiples sentencias de constitucionalidad, ha fijado el sentido y el alcance de su función de garante de la norma fundamental. Sin embargo el alto tribunal ha ido más allá y ha planteado en Sentencia C-551 de 2003 que:

[...] su potestad constitucional de controlar los vicios de procedimiento en la formación de una reforma constitucional, “no sólo le atribuye el conocimiento de la regularidad del trámite como tal, sino que también le confiere competencia para que examine si el constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia”. Así pues, las disposiciones del Título XIII de la Constitución permiten identificar una limitación competencial del poder de modificación de la Carta y, de conformidad con esa limitación, so pretexto de la reforma, el constituyente derivado o secundario no puede sustituir la Constitución; por lo tanto, como ese límite encuentra su origen en las previsiones del Título XIII de la Carta, la Corte tiene competencia para examinar si en ejercicio del poder de reforma se ha sustituido o no la Constitución.

La precitada sentencia da origen a la “teoría de sustitución” de la Constitución, como medio por el cual la Corte puede examinar si el constituyente derivado excedió sus límites de competencia, a través de una distinción entre el poder constituyente primario y el poder constituyente derivado o de reforma. En palabras de la corporación, en Sentencia C-970 de 2004: el concepto de sustitución que ocupa la atención de la Corte es el que constituye un límite competencial al poder de reforma. Esto es, la sustitución de la Constitución, en principio, solo puede producirse como consecuencia de la actuación del poder constituyente primario, y por lo mismo, está sustraída del ámbito competencial del poder de reforma constitucional.

La teoría de la sustitución de la Constitución ha sido decantada en pronunciamientos posteriores tales como la C-1040 de 2005, C-588 de 2009 (Agregó el “test de efectividad”²), C-141 de 2010 y C-249 de 2012 entre otras.

La doctrina de sustitución de la constitución expuesta por la Corte, ha sido objeto de reparos por parte de doctrinantes de la talla de Carlos Bernal Pulido, quien ha manifestado que dicha teoría “carece de fundamentación suficiente y no determina claramente que es un elemento esencial de la constitución” (Bernal Pulido, 2011). Por su parte al interior de la Corte Constitucional, también se ha presentado disidencia respecto al tema, resaltándose la postura del hoy ex magistrado Humberto Sierra Porto, quien a través de sus salvamentos de voto, ha esgrimido poderosos argumentos y ha dicho:

[...], las razones por las cuales me aparto de la tesis de los vicios de competencia y del control de sustitución, son las siguientes: (i) es una tesis contraria al tenor del artículo 241.1 constitucional y a cualquier criterio de interpretación que se emplee para establecer el alcance de este enunciado normativo; (ii) es una tesis que incurre en numerosas contradicciones internas al pretender negar presupuesto esencial, esto es, el control material de los actos reformativos de la Constitución; (iii) implica adoptar un concepto material de Constitución, que en definitiva sería aquel defendido por

² El “Test de la efectividad” tiene como objetivo verificar: (i) si las normas constitucionales a reformar siguen siendo las mismas antes y después de la reforma; (ii) de impedir normas *ad-hoc* de carácter particular o singular aplicadas a unos sujetos determinados ya que se violaría el presupuesto de generalidad o universalidad que deben tener las normas constitucionales; y por último (iii) que debido a la finalidad de la Constitución de tener una compilación en un cuerpo completo de normas, se proscriben las modificaciones tácitas o de imposible, difícil o dudoso conocimiento que hayan sustituido tácitamente a través de la reforma otros principios estructurales de la Constitución, dando lugar al fraude de la Constitución.

las mayorías al interior de la Corte Constitucional; (iv) implica que la Corte Constitucional se aparte de los cánones del control jurídico y adopte un modelo de control político e ideológico; (v) significa una desvalorización del poder de reforma a la Constitución y en definitiva puede conducir a una petrificación del ordenamiento constitucional y (vi) supone alterar el principio de soberanía popular (Sentencia C-702, 2010).

En este mismo sentido el mencionado magistrado ha presentado sus salvamentos de voto y con similares o iguales argumentos en sentencias como: C-970 de 2004, C-1040 de 2005, C-588 de 2009, C-141 de 2010, C-395 de 2011 entre otras. Igual posición ha tenido el magistrado Mauricio González Cuervo, en salvamentos de voto de las sentencias C-588 de 2009, C-395 de 2011, C-249 de 2012, C-317 de 2012.

Así las cosas, son acertadas las objeciones presentadas tanto por la doctrina como por la disidencia de la Corte Constitucional, pues verificar el contenido de una reforma constitucional, cualquiera fuere su origen, identificando principios constitucionales y los ejes axiales de la norma fundamental es nada más ni nada menos que un control material de constitucionalidad. Adicional a esto, la doctrina de sustitución de la constitución elaborada por la Corte Constitucional, se fundamenta en parámetros oscuros y de espinosa identificación, que obedecen más al criterio del Juzgador que a bases claras identificables plenamente en la Norma Superior.

Con todo lo anterior tenemos pues que la Corte Constitucional enfrenta un problema de legitimidad para hacer control de constitucionalidad material a las reformas parciales de la Carta Política, de un lado el estatuto superior pone limitaciones a dicho control, al tenor de la interpretación ajustada y, por así decirlo, exegética de los artículos 241 y 379, y por otro lado, la precariedad argumentativa de la doctrina de la sustitución de la constitución.

2. EL MINIMALISMO JUDICIAL EN LOS FALLOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Como consecuencia de las limitaciones que en materia de control judicial de constitucionalidad a reformas constitucionales (parciales) enfrenta el tribunal constitucional colombiano, es que en ocasiones, tra-

tándose de derechos controvertidos tales como los derechos de parejas homosexuales, aborto, eutanasia, libertad de expresión; se acude a la práctica del minimalismo judicial, cercenándose la posibilidad de que la Corte establezca posturas definidas sobre los temas coyunturales y solo permitiendo la fijación de sub reglas de menor carga argumentativa, aplicando la teoría del constitucionalista estadounidense Cass Sunstein.

Un ejemplo claro del minimalismo se presentó en la Corte Constitucional al estudiar la demanda de constitucionalidad contra el Acto Legislativo 01 de 2003 (Reforma política), en la que se profirió la Sentencia C-572 de 2004, con ponencia del Magistrado Rodrigo Uprimny Yepes. En este caso el alto tribunal acudió al minimalismo judicial, como así lo aseveró en su aclaración de voto el mismo magistrado Uprimny Yepes, quien entre otras cosas dijo:

La Corte adoptó en esta sentencia una metodología, si se quiere minimalista, según la cual los jueces deben, en lo posible, pronunciarse únicamente sobre aquellos aspectos que sean necesarios para tomar la decisión del caso, sin entrar a analizar otros temas, sobre todo si se trata de asuntos polémicos en torno a los cuales es difícil alcanzar un consenso. [...] Sin embargo, esta autorrestricción metodológica, que es en general razonable, no debe ser exagerada, pues si el estudio de un tema no es indispensable para tomar la decisión concreta, pero se encuentra ligado al caso y es de todos modos muy importante, por su función comunicativa y pedagógica frente a los demás operadores jurídicos, debería, en ciertos eventos, ser objeto de estudio por los jueces, y en especial por los órganos de cierre, como el tribunal constitucional.

Otra muestra sobre minimalismo judicial, aún más claro que el anterior, se presenta en la Sentencia C-816 de 2004, por medio de la cual se decidieron demandas de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 02 de 2003 (Estatuto antiterrorista), en la que la Corte hace aplicación de la metodología de minimalismo judicial, cuando expresa:

[...] desde un punto de vista estrictamente lógico y metodológico, razonable, la Corte recuerda que la labor de todos los jueces, y entre ellos la del juez constitucional, no consiste en discutir problemas teóricos sino en resolver los casos que les son planteados, dentro de los plazos y condiciones que establece el ordenamiento. Por ello, en muchas situaciones, es prudente que los jueces se pronuncien únicamente sobre aquellos aspectos que sean

necesarios para tomar la decisión del caso, sin entrar a analizar otros temas, sobre todo si se trata de asuntos polémicos en torno a los cuales sea difícil alcanzar un acuerdo.

En la precitada sentencia de constitucionalidad, se hace latente que la Corte prefiere, en ciertas ocasiones, evitar el debate profundo y polémico, y opta por estudiar asuntos que requieran una menor controversia argumentativa.

Desde la academia, también se han escuchado voces que se manifiestan acerca del minimalismo judicial en que ha incurrido la Corte Constitucional, y en el ensayo denominado *Minimalismo Judicial ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional?*, el maestro Mario Alberto Cajas Sarria, estudiando la Sentencia C-816 de 2004 expone:

La Corte admite explícitamente que la opción metodológica escogida se conoce como minimalismo judicial y es defendida por el constitucionalista estadounidense Cass R. Sunstein, quien es precisamente citado en el fallo. La Corte es minimalista porque evade el análisis y la decisión acerca de la presunta sustitución de la Constitución por parte de una reforma, considerada por un amplio sector de la comunidad jurídica como atentatoria contra los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de 1991 (2009).

Otro *paper* que abordó el tema del minimalismo es el denominado “Minimalismo Judicial en la Corte Constitucional ¿Autorrestricción metodológica o una forma de rehuir al debate de los derechos?”, en donde se realiza un estudio sobre la tesis minimalista de Cass Sunstein y una mirada al minimalismo judicial de la Corte Constitucional, plasmando una disertación dinámica del precedente de algunas de las sentencias relacionadas con los derechos de las parejas del mismo sexo. En este estudio el autor demuestra cómo la Corte Constitucional colombiana ha incurrido en la práctica del minimalismo judicial, haciéndole el quite a definir temas sensibles como el de las parejas del mismo sexo. El autor concluye:

Pese a que el minimalismo judicial promueve en la sociedad libre y democrática un pluralismo razonable, dicha circunstancia no garantiza en sí misma la protección de los derechos fundamentales, pues para el caso colombiano, está demostrado el notorio déficit normativo del Congreso respecto al desarrollo de la Constitución, especialmente en lo relacionado con temas de difícil consenso (Barbosa, 2011, p. 43).

Con lo anterior, se debe afirmar que la Corte Constitucional evade adentrarse en las sendas del debate profundo de temas controvertidos, tal vez con justas razones, pero también es cierto que el tribunal supremo constitucional, no debe hacer del minimalismo judicial una práctica reiterada, como quiera que existen debates sobre derechos fundamentales que conviene sean definidos, máxime si se trata de los derechos de las minorías o que pongan en riesgo la progresividad de los derechos humanos.

3. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SU COMPLEMENTARIEDAD DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Con el fin de dar una aplicación efectiva a la Convención, la CIDH ha ido avanzando con paso seguro, pasando de ser primigeniamente una intérprete legítima de la Convención, luego una entidad que declaraba la responsabilidad de los estados por violación a los derechos humanos y en la actualidad su tarea se ha esforzado en imprimirle fuerza obligatoria no solo a sus decisiones, sino también a su jurisprudencia e interpretación de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Una muestra de la evolución que ha tenido el papel que juega CIDH en el contexto del continente americano, es la aparición del concepto control de convencionalidad, que en su primera fase surge como la posición divergente del Juez Sergio García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala* del 25 de noviembre de 2003, concepto que fue acogido explícitamente por el pleno del tribunal interamericano en el Caso *Almonacid Arellano contra Chile*, Sentencia de septiembre 26 de 2006.

El concepto control de convencionalidad se refiere a la revisión de congruencia entre las normas nacionales y la Convención Americana de Derechos Humanos y los demás instrumentos de protección de los derechos humanos.

En palabras de Quinche Ramírez:

El control de convencionalidad es propiamente una actividad judicial, de competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de todos los jueces locales de los distintos Estados parte de la Convención Americana, encaminada a la protección y efectividad de los derechos humanos en la región. Dicho control se ejerce tanto sobre las leyes y los enunciados normativos que se profieren en los distintos Estados parte, como sobre los hechos violatorios de los derechos humanos que en ellos acontecen (Quinché, 2014, p. 50).

En primer término este control de convencionalidad tiene el carácter de “concentrado” en cabeza de la CIDH, pero también y en razón de la evolución de la jurisprudencia interamericana, este control puede ser “difuso” cuando se ejerce por los jueces y autoridades de los estados partes, bajo los mismos parámetros fijados por aquella.

El concepto de control de convencionalidad difuso aparece desde el Caso Almonacid Arellano contra Chile, pero fue depurado por la CIDH en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, donde se manifestó que:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención [...] En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. [...] (Caso Trabajadores Cesados del Congreso VS Perú, 2006).

De esta manera el plexo del control de convencionalidad se abre también para los jueces de los estados partes en la Convención, quedando no solo obligados a realizar el control de constitucionalidad, sino también el de convencionalidad. En este orden de ideas, en el caso doméstico, la Corte Constitucional colombiana, además de su función de tribunal de constitucionalidad, debe ejercer en control de convencionalidad verificando la armonía entre la legislación interna (incluida la Constitución) y la Convención.

El control de convencionalidad posee dos formas de realizarse, de un lado tenemos control “concreto” de convencionalidad y el control “abstracto”, cuyas diferencias las podemos explicar así:

El control “concreto” se realiza sobre normas o leyes que ya han sido aplicadas a casos particulares y en los que se considera existe una violación de derechos por la aplicación de la norma; el control “abstracto” se realiza sobre normas o leyes que aún no han sido aplicadas a un caso concreto, pero que se considera violan derechos por su simple existencia (Bustillo, 2011, p. 10).

En este punto es importante acotar que tanto el control de convencionalidad abstracto como el control de constitucionalidad abstracto coinciden en su objeto, esto es la comparación entre normas, aunque claro está, son normas de distinta naturaleza, pues el control de constitucionalidad abstracto hace comparación de la normatividad interna y la constitución, mientras que el control de convencionalidad abstracto compara la legislación interna de un estado, entendida en su sentido amplio, y la Convención Interamericana.

La Corte Constitucional colombiana no ha sido ajena a su responsabilidad de ejercer control de convencionalidad y en múltiples fallos ha acogido línea jurisprudencial de la CIDH, tal es el caso de las Sentencias: C-010 de 2000, C-092 de 2002, C- 228 de 2002, C- 510 de 2003, C-058 de 2006, C-355 de 2006, C-540 de 2012, C-715 de 2012, por nombrar solo algunas, pero dichos pronunciamientos han decidido sobre la inconstitucionalidad de las leyes, mas no acerca de reformas constitucionales. Aquí es necesario agregar que el proceso de inserción del control difuso de convencionalidad en Colombia, a través de la dimensión jurisprudencial, ha tenido tres etapas,

la primera en manos de la Corte Constitucional a partir de la Sentencia C-228 de 2002, la segunda es la recepción de las reglas de la CIDH por parte del Consejo de Estado y una tercera etapa la inserción de las precitadas reglas en el ejercicio de la acción de tutela (Quinché, 2014, pp. 96-97).

El hecho de que el máximo tribunal constitucional de Colombia en sus sentencias de constitucionalidad haya tomado jurisprudencia de la CIDH para respaldar sus fallos, es muestra de cómo el control de convencionalidad es un complemento o un segundo paso dentro del control de la Ley, ya

que la legislación del estado no solo debe estar ajustada a los parámetros de la Norma Superior, sino que también aquella debe estar conforme al catálogo de derechos humanos contenido en instrumentos como la Convención Americana de los Derechos Humanos.

En este mismo sentido Sagües, al referirse a las conexiones existentes entre el control de constitucionalidad y de convencionalidad, en lo que él denomina una “constitución convencionalizada” afirma:

El acoplamiento del control de constitucionalidad con el de convencionalidad. En este punto parece regir la doctrina que llamamos “de las dos etapas”, o “de los dos eslabones consecutivos”. El primer segmento sería el del control de constitucionalidad. El segundo, el de convencionalidad. Una norma nacional, para poder aplicarse, debería superar, consecutivamente, los dos tests (2013, p. 17).

Pese a esto, hay que decir que el acogimiento de línea jurisprudencial de la CIDH y de la evidente complementariedad con el control de convencionalidad, la Corte Constitucional solo se ha realizado en ejercicio del control de constitucionalidad en abstracto de la ley, y en algunos casos en concreto en sede de revisión de tutela, pero no ha utilizado la jurisprudencia o la interpretación realizada por la CIDH para declarar exequible o no una enmienda constitucional, a pesar que ya el alto tribunal constitucional ha reconocido el carácter vinculante de las Sentencias de la CIDH en su Sentencia C-442 de 2011.

4. TEORÍA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO LEGITIMADOR DEL CONTROL MATERIAL DE LAS ENMIENDAS A LA CARTA

Como se ha manifestado anteriormente, la Corte Constitucional colombiana, en cuanto al control de constitucionalidad de las reformas parciales a la constitución posee límites dentro de sus facultades, conforme lo establecen los artículos 241 y 379 de la Carta, pues solo puede declarar inexecutable reformas constitucionales por vicios de procedimiento en su formación, y que por virtud de la doctrina de sustitución de la constitución puede controlar que el poder de reforma (poderes constituidos) no exceda su competencia.

Es claro entonces que la Corte Constitucional adolece de la facultad de hacer control material dentro del control de constitucionalidad de enmiendas parciales a la Norma fundamental.

Siguiendo con el objeto de este ensayo, se requiere formular una tesis que permita a la Corte Constitucional, realizar control material sobre las reformas parciales de la constitución, emanadas de los poderes de reforma, para lo cual se presentan los siguientes argumentos:

A. Obligaciones de los estados al suscribir tratados internacionales sobre derechos humanos

Así parezca obvio manifestar que los tratados internacionales son para cumplirse, derivado del principio de derecho internacional "*pacta sunt servanda*", tal situación no es tan cierta en la práctica y presenta ciertas complicaciones. Una de estas es el carácter vinculante que puedan tener las sentencias de los tribunales internacionales tales como la CIDH, pues mucho se ha discutido sobre el tema y se ha presentado gran resistencia a darles tal carácter.

En lo que a Colombia compete, la discusión acerca del carácter vinculante de la jurisprudencia y las opiniones consultivas emanadas de la CIDH, se encuentra zanjada, por la Corte Constitucional que en su labor de guardiana suprema de la Constitución ha reconocido que tanto la jurisprudencia de la CIDH, así como sus opiniones consultivas, poseen la calidad de obligatorias para el estado colombiano. La Corte manifiesta en Sentencia del año 2011:

En definitiva la línea argumentativa adoptada por la Corte Constitucional resulta concordante con la postura de la CIDH, la cual en distintas sentencias ha señalado el carácter vinculante de su jurisprudencia como interpretación auténtica de la Convención Americana de Derechos Humanos (Sentencia C-442, 2011).

Sumado a lo anterior, es pertinente traer al debate lo expuesto por el profesor mexicano Miguel Carbonell sobre las obligaciones de los Estados al firmar un tratado internacional:

- 1) Incorporación de normas en el ordenamiento jurídico interno que permitan aplicar el tratado internacional.
- 2) Derogación de normas que se opongan a lo que dispone el tratado. (Armonización).
- 3) Realización de un diagnóstico respecto de los derechos regulados por los tratados internacionales, a fin de determinar con la mayor precisión en qué punto se encuentra el país al momento de firmar el tratado.
- 4) Reorganización de las competencias de las autoridades para que en todos los niveles de gobierno existan medidas de prevención de las violaciones de derechos, así como capacidad de investigación, sanción y reparación de tales violaciones cuando ya se hayan producido (2013, pp. 68-69).

Se observa pues como el estado colombiano, como parte de la Convención Americana de Derechos Humanos debe cumplir con los compromisos adquiridos, siendo de trascendental importancia que se armonice el derecho interno con aquel instrumento internacional. Así las cosas, el estado colombiano no podría a través del poder constituyente derivado, realizar una reforma constitucional que sea contraria a dicho tratado, pues estaría incumpliendo con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

En contraste con lo anterior, no han faltado las opiniones de algunos altos funcionarios del estado colombiano, que han manifestado que las sentencias de las CIDH carecen de poder vinculante, así como también lo hizo en su momento el gobierno de Venezuela en cabeza de Hugo Chávez, refugiados en el concepto clásico de soberanía nacional y la supremacía de la constitución.

Lo anterior, no puede ser más errado, pues en el mundo contemporáneo, como lo enseña Zagrebelsky, el concepto de soberanía se encuentra revaluado en su concepción Westfaliana, así mismo el de supremacía de la Constitución (2009).

Concordante con lo anterior, Manuel Quinche expone sobre la tensión que se suscita entre el control de convencionalidad y las instituciones de soberanía y de supremacía constitucional, y expresa que dichas tensiones pueden resolverse: en relación con la soberanía nacional por el crecimiento y carácter performativo del derecho internacional, además por la misma decadencia del concepto; y en lo que respecta a la supremacía de la constitución, se debe tener en cuenta que la materia de los derechos humanos prevalece sobre la de los enunciados constitucionales, por la propia decisión de los Estados parte y de la comunidad internacional (2014, pp. 165-166).

B. Control de convencionalidad permite controlar las reformas constitucionales

A partir de las obligaciones que contrae el estado colombiano, al ser parte de la Convención y del cumplimiento del principio "*pacta sunt servanda*", no se duda que la jurisprudencia de la CIDH y sus opiniones consultivas, le son de imperativo acatamiento para el Estado colombiano. Adicionalmente la Corte Constitucional colombiana posee una línea jurisprudencial clara y congruente con la anterior aserción, tratándose de control de constitucionalidad de las leyes.

Si se parte de la anterior proposición, se puede deducir implícitamente que el control de convencionalidad, tanto concentrado como difuso, por tener su origen en la jurisprudencia de la CIDH, debe ser aplicado en el estado colombiano por todos los jueces de la república. Cabe entonces preguntarse: ¿La Corte Constitucional colombiana en ejercicio del control de constitucionalidad sobre las reformas parciales de la Carta, debe de igual manera efectuar control de convencionalidad? A nuestro juicio, la respuesta debe ser afirmativa por las siguientes razones:

- 1) El control de convencionalidad difuso bajo la línea jurisprudencial de la CIDH implica que: la administración de justicia en todos los niveles está en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencia y de las regulaciones procesales correspondientes.

- 2) Por ser la Corte Constitucional un cuerpo colegiado que administra justicia, está obligado a realizar control de convencionalidad.
- 3) En control de convencionalidad difuso que deben cumplir los jueces locales de un Estado parte en la Convención, se ejerce sobre las normas internas, entendiendo la palabra norma en su sentido amplio, donde no se excluye la constitución.
- 4) La competencia para realizar control a las reformas de la Constitución colombiana está en manos de la Corte Constitucional y por ser la Constitución una norma interna, aquella tendría competencia para consumar control de convencionalidad sobre la Carta.

Estos argumentos, encuentran respaldo en enfoques como los que propone el maestro Ernesto Jinesta cuando escribe:

Una cuestión que suscita dudas es sí las reformas parciales a la Constitución emitidas por el “poder reformador” o “poder constituyente derivado” pueden estar o no sujetas al control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales. En nuestro criterio, el “poder reformador”, en cuanto poder constituido, tiene como límite infranqueable el “parámetro de convencionalidad”, por lo que el órgano encargado del control de constitucionalidad bien podría ejercer el control de convencionalidad sobre las reformas que emita al texto constitucional, sobre todo, teniendo en cuenta uno de los principios básicos de los derechos humanos que es el de progresividad (2012, p. 16).

Siguiendo la línea argumentativa expuesta atrás, tendríamos como consecuencia que la Corte Constitucional colombiana al efectuar el control de convencionalidad sobre las reformas parciales a la constitución, debe realizar de paso un control material a través de su jurisprudencia. El escenario así descrito, está sujeto a las múltiples oposiciones que sustentarían su visión en que la misma Corte Constitucional ha manifestado que no tiene competencia para realizar control material de las reformas constitucionales. Se trata entonces de defender razones que justifican el control material de las reformas parciales de la constitución por parte de la Corte Constitucional.

La primera razón se apoyaría en lo expuesto en la aclaración de voto del magistrado Mauricio González Cuervo, en Sentencia C-395 de 2011 de la Corte Constitucional, quien hace severas críticas a la teoría de la sustitución de la constitución, mayoritariamente acogida por el alto tribunal, quien manifiesta:

[...] me encuentro en desacuerdo con la *teoría de la sustitución*, en tanto el *juicio de sustitución* [...], recurre a parámetros oscuros y de difícil identificación, que finalmente están librados a la voluntad del juzgador en su determinación, [...]Esta circunstancia, [...], deriva de que los *ejes definitorios* no están expresos en el texto constitucional, y mucho menos pueden encontrarse definidos en el ordenamiento jurídico.

Por esta indeterminación, es necesario que se avance en el ámbito de los vicios de competencia, en la identificación de parámetros objetivos, determinables con claridad en el sistema jurídico, explícitos y no implícitos, [...]En este punto, he propuesto a la Corte Constitucional que como parámetro de determinación de los límites del poder de reforma de la Constitución se recurra al sustento normativo que ofrece **el derecho internacional con carácter de *ius cogens***, por ser este el único que ofrece parámetros de identificación determinables para el ejercicio de la soberanía. (Negrilla fuera de texto).

Como segunda razón, se tiene que el control de convencionalidad difuso es obligatorio para los jueces de los Estados parte de la Convención, y este conlleva control material, no se le puede prohibir a la Corte Constitucional realizar dicho control material, como quiera que está cumpliendo con su función constitucional que tiene arraigo en el bloque de constitucionalidad del artículo 93 del Estatuto Fundamental.

Una u otra razón fundamenta la legitimidad que ostenta la Corte Constitucional de realizar control material de las reformas parciales de la Constitución, a través de control de convencionalidad exigido por la CIDH.

Por último, es imperioso recabar, que ya la CIDH se ha pronunciado sobre la responsabilidad internacional por la expedición de normas constitucionales contrarias a la Convención, tal como lo hizo en la sentencia proferida en el caso La última tentación de Cristo contra Chile, en el que se estudió si se configuraba la responsabilidad del estado chileno, por

negar la exhibición de una película, con fundamento en una norma constitucional que establecía un sistema de censura previa. En la sentencia en comento, se expuso como tesis principal:

72. Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. (Caso “La Última Tentación de Cristo” Olmedo Bustos y otros Vs. Chile, 2001)

Es trascendente resaltar de dicho fallo, además de la decisión de ordenar que el estado chileno debía modificar su ordenamiento jurídico interno (la Constitución), en un plazo razonable, también se dejó en evidencia que “el poder constituyente no es completamente absoluto ni completamente autónomo, tal como lo pensaba la tradición, sino que tiene como límite los derechos humanos” (Quinché, 2014, p. 18).

C. Casos en los que la corte constitucional colombiana puede hacer control material a las reformas constitucionales con fundamento en el control de convencionalidad

Aceptada la teoría expuesta en el literal anterior, basta pues definir en qué momento la Corte Constitucional colombiana, en uso del control de convencionalidad puede hacer control material a las reformas constitucionales.

Tomando en consideración que la CIDH es la autoridad competente en materia de interpretación de la Convención y los demás instrumentos interamericanos de protección de derechos humanos, asimismo es la encargada de la protección de estos, su jurisprudencia tiene carácter de obligatorio y para ello los jueces locales deben hacer uso del control de convencionalidad para frenar las omisiones en su aplicación.

Es necesario tener en cuenta el carácter progresivo de los derechos humanos, pergeñado en el artículo 26 de la Convención, el cual implica que una vez que se ha logrado un avance en el ejercicio y tutela de un derecho, no puede este después limitarse o restringirse. Sobre este punto la Corte Constitucional ha expresado que “el principio de progresividad de los derechos sociales es un elemento definitorio y estructural del principio de Estado Social de Derecho, un principio especial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y un mandato vinculante para el Estado colombiano como Estado parte de [...] Convención Americana de Derechos Humanos” (Sentencia C-536, 2012).

Con todo lo anterior se puede afirmar que la Corte Constitucional puede hacer uso del control de convencionalidad en materia de reformas constitucionales cuando:

- 1) Se identifique que dicha reforma va en contravía de la jurisprudencia emitida por la CIDH cuando interpreta en concreto o abstracto los derechos humanos, contenidos en instrumentos internacionales de protección.
- 2) La enmienda parcial a la Norma fundamental contenga elementos que trasgredan el principio de progresividad de los derechos humanos.

CONCLUSIONES

El concepto de soberanía nacional y supremacía de la constitución, ya no son argumentos suficientes para negar la aplicación de los preceptos que sobre derechos humanos elabora la CIDH, y el ejercicio por parte de los jueces y autoridades internas del control de convencionalidad.

El control de convencionalidad y el control de constitucionalidad son convergentes en cuanto son protectores de los derechos humanos, por lo que los jueces dentro de sus competencias deben aplicar ambos controles, para efectivizar los instrumentos internacionales que los reconocen.

Las reformas de la constitución que realice el poder constituyente derivado, como poder constituido, se deben supeditar a los derechos fundamentales, que son el eje central del estado social de derecho, por tanto el poder de reforma no puede pasar por alto la Convención Americana de Derechos Humanos y demás instrumentos que los reconozcan.

La justicia constitucional colombiana, encabezada por la Corte Constitucional, carece de un medio por el cual hacer efectivo un control material a las reformas constitucionales que efectúen los poderes constituidos, por lo cual el control de convencionalidad se puede convertir en medio idóneo para llevar a cabo el control material de las enmiendas a la Carta, bien sea como una teoría autónoma o como complementaria de la doctrina de la sustitución de la constitución.

La aplicación del control de convencionalidad en materia de reformas constitucionales, evitaría que el Estado colombiano sea sancionado por parte de la CIDH, por una posible omisión o trasgresión a la Convención y demás normas de protección de derechos.

REFERENCIAS

- Barbosa Salamanca, H. A. (2011). Minimalismo Judicial en la Corte Constitucional. *Revista Republicana*.
- Bustillo Marín, R. (2011). *El control de convencionalidad: La idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral*. Recuperado, de http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/Control_de_Convencionalidad.pdf
- Cajas Sarria, M. A. (2009). Minimalismo Judicial: ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional? *Cuestiones Constitucionales* (20).

- Carbonell, M. (2013). Introducción General al Control de Convencionalidad. En *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*. Mexico DF.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (5 de Febrero de 2001). Caso “La Última Tentación de Cristo” Olmedo Bustos y otros Vs. Chile.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (26 de septiembre de 2006). Caso Almonacid Arellano y otros VS Chile.
- Corte Interamericana de Derecho Humanos (24 de Noviembre de 2006). Caso Trabajadores Cesados del Congreso VS Perú.
- Jiniesta Lobo, E. (2012). Control de Convencionalidad Ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales. En E. Ferrer Mac-Gregor (Ed.), *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales* (pág. 496). Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política FUNDAP.
- Mendieta Gonzalez, D. (2012). *Derecho Constitucional General* (4a ed.). (C. M. Molina Betancur, Ed.) Medellín: Sello Editorial-Universidad de Medellín.
- Quinche Ramírez, M. F. (2014). *El Control de Convencionalidad*. Bogotá DC: Temis.
- Sagües, N. (2013). Desafios del Derecho Procesal Constitucional con Relacion al Control de Convencionalidad. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)* .
- Zagrebelsky, G. (2009). *El derecho dúctil* (9a ed.). Trotta.

Sentencias corte constitucional

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia, C-397 de 2010.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-702 de 2010.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-395 de 2011.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-442de 2011.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-536 de 2012.