

DILEMAS DE LA APLICACIÓN Y EFICACIA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL DERECHO DOMÉSTICO

DILEMMAS OF IMPLEMENTATION AND EFFECTIVENESS OF CONVENCIONALITY CONTROL IN DOMESTIC LAW

*Harry Castro Córdoba**, *Gustavo Murillo Cossio***,
*Deiby Moreno Mosquera****, *Dudley Duque Sierra*****,

Recibido: julio 27 de 2016 – **Aprobado:** noviembre 20 de 2016 – **Publicado:** junio 1 de 2017

Forma de Citar este artículo en APA:

Castro Córdoba, H., Murillo Cossio, G., Moreno Mosquera, D., y Duque Sierra, D. (enero-junio, 2017). Dilemas de la aplicación y eficacia del control de convencionalidad en el derecho doméstico. *Summa Iuris*, 5(1), 38-61.

DOI: <https://doi.org/10.21501/23394536.2460>

Resumen

La dinamización de la Carta Interamericana de Derechos Humanos ha generado en el debate jurídico el dilema de su aplicación y validez entre los ordenamientos internos y la Convención Americana, que bajo la figura del control de convencionalidad reclama un espacio normativo-jurisprudencial en los Estados que han ratificado el Pacto de San José de Costa Rica.

La siguiente investigación se realizó utilizando el método lógico deductivo, con el propósito de esclarecer en el debate jurídico cuál de los controles debe prevalecer: o la Convención supranacional o la Constitución Política; o si por el contrario, deben subsistir ambas en contexto. El conflicto de eficacia de la normativa a cumplir se origina por el

* Estudiante del décimo semestre de Derecho en la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba”, integrante del Semillero Constitucional y Derecho Procesal de la facultad de Derecho. Correo electrónico: harrygilb1@gmail.com

** Estudiante del décimo semestre de Derecho en la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba”, integrante del Semillero Constitucional y Derecho Procesal de la facultad de Derecho. Correo electrónico: tavolawyerc@gmail.com

*** Estudiante del décimo semestre de Derecho en la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba”, integrante del Semillero Constitucional y Derecho Procesal de la facultad de Derecho. Correo electrónico: the-deibis@hotmail.com

**** Administrador Público y Abogado, Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia, Magister en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora de Argentina, doctorando de la misma Alma Mater, Docente Universitario y Coordinador del semillero “Justicia Constitucional” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba”. Correo electrónico: duquesd@hotmail.com, ORCID: [org/0000-0001-5226-9501](https://orcid.org/0000-0001-5226-9501).

compromiso y convicción de los Estados, en asegurar que las reglas de derecho doméstico se adecuen al texto convencional, lo que en teoría no supone dificultad. El conflicto se genera cuando se presentan casos difíciles en los que se pone en duda la supremacía de la Constitución de los países y la importancia de sus principios –como el de la libre determinación de los pueblos– frente al mandato convencional, posibilitando la existencia de un fenómeno o situación a nivel constitucional, que hemos denominado *supremacía de la Constitución Nacional frente a la Convención*.

Palabras clave: Control de convencionalidad; Derechos Humanos; Libre determinación de los pueblos; Supremacía constitucional; Convención Americana; Ordenamiento jurídico interno.

Abstract

The dynamization of the Inter-American Human Rights Charter has generated in the legal debate the dilemma of its application and validity between the domestic laws and the American Convention, which, under the control of convention, demands a normative-jurisprudential space in the states that have Ratified the Pact of San José de Costa Rica.

The following investigation was carried out using the logical deductive method, in order to clarify in the legal debate which of the controls should prevail: Or the supranational Convention or the Political Constitution; Or if, on the contrary, both must subsist in context. The conflict of effectiveness of the regulations to be fulfilled is originated by the commitment and conviction of the States, in ensuring that the rules of domestic law conform to the conventional text, which theoretically does not imply difficulty.

The conflict is generated when there are difficult cases in which the supremacy of the constitution of the countries and the importance of its principles- as the one of the self-determination of the towns- facing the conventional mandate, making possible the existence of a phenomenon or situation at the constitutional level, which we have called supremacy of the National Constitution to face the Convention.

Keywords: Conventionality Control; Human Rights; Self-Determination of People; Constitutional Supremacy; American Convention; Internal Legal Order.

INTRODUCCIÓN

Con el presente trabajo de reflexión pretendemos analizar lo concerniente al control de convencionalidad utilizado en el marco del Sistema interamericano de protección de los derechos humanos (SIDH), en el que habrá un cuestionado debate respecto de la aplicación del orden jurídico internacional al derecho doméstico, se pondera la prevalencia de los derechos: el supranacional y el derecho interno, verificando la realidad normativa y jurisprudencial en los ordenamientos de cada Estado parte del sistema, y que conduzcan a una efectiva protección de los derechos humanos donde se ubica como objetivo principal la dignidad humana. Para un adecuado desarrollo de este tema es menester hacer referencia a las generalizaciones del control de convencionalidad, como figura independiente y como figura acoplada respecto de las decisiones internas frente a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); además se hace necesario saber su surgimiento, como es el caso que se refirió por primera vez a este novedoso control que no solo se aplica a las ramas del poder público, sino igualmente a todos aquellos otros órganos encargados de la función pública, en el entendido, que no es para el operador jurídico, como para los demás órganos del poder público, o particulares que presten un servicio público a cargo del Estado.

La aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos en los Estados que la han ratificado, busca que todos los órganos, incluidos los jueces, estén sometidos a su imperio, que los obliga a velar a que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean disminuidos por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, a si los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un *control de convencionalidad* entre las normas internas y la Convención Americana basado en lo que se ha denominado el *bloque de constitucionalidad*, que es usado como herramienta de inclusión de las normas y tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno o sus constituciones, ejerciendo con ello un control de constitucionalidad que en el Estado colombiano tiene una amplia aplicación. El problema aparece en la determinación del alcance y proyección de las decisiones de la Corte IDH en el ámbito interno del país, por cuanto se genera duda en su aplicabilidad: si se debe tener como criterio primordial

la interpretación supranacional hecha por el máximo órgano, o la interpretación del órgano inferior que serían las cortes internas o domésticas, en cuanto a si son obligatorias en todos los casos, solo en algunos, o si son vinculantes sirviendo como una pauta de orientación o guía para el juez nacional. Ello naturalmente repercute en su ejecución; no existiendo unanimidad de criterios al respecto, el ordenamiento colombiano ha realizado la aceptación tácita negativa de la Convención Americana.

Además del control de convencionalidad debe tenerse en cuenta la armonización o diálogo entre las cortes para tomar decisiones unánimes en pro de la defensa real de los derechos humanos (DDHH).

Congruente con lo antes expuesto, analizaremos los criterios de aplicación, alcance, creación y tipos de control de convencionalidad conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, su funcionamiento y problemática en su aplicación en el derecho doméstico.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El control de convencionalidad en el Sistema interamericano surge desde el momento en el que los Estados partes ratifican la competencia al incorporar en sus respectivos ordenamientos internos la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) (Convención Americana sobre Derechos Humanos (Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos), en consecuencia, asumen la obligación de asegurarse de que las reglas de derecho domésticas se adecuen de una forma armónica al texto convencional y, con ello, a la interpretación hecha por la Corte IDH como organismo legítimamente facultado para hacer el control, obligación que en teoría no supone mayores dificultades. Los problemas surgen cuando se presentan los casos difíciles en donde se pone en duda la supremacía de las constituciones locales y la importancia de principios universales como el de libre determinación de los pueblos; que ha permitido cierta incertidumbre respecto de la primacía en la aplicación de la normativa del orden internacional o del derecho doméstico; que dan al traste con el cumplimiento del mandato impuesto por la Carta Interamericana de

Derechos Humanos o lo mandado por la Constitución Política del país en cuestión, que para el caso de Colombia, como lo reza el artículo 93° y 94° de la Carta (1991), (Constitución Política de Colombia [Const]. Arts. 93° y 94°. Julio 7 de 1991 (Colombia), presentándose entonces los interrogantes: ¿cuál de los mandatos constitucionales debe prevalecer?, o ¿deben subsistir ambos en contexto?

METODOLOGÍA

Para el desarrollo del presente trabajo investigativo se utilizó el método lógico deductivo, apoyándonos en las diferentes nociones doctrinarias y jurisprudenciales que existen en la actualidad del tema objeto de esta investigación.

CONCEPTO, ORIGEN, Y EVOLUCIÓN

CONCEPTO DE CONVENCIONALIDAD Y CONTROL

El concepto de “convencionalidad” se deriva de la expresión convenio, tratado, pacto, surgido por iniciativa de Estados que voluntariamente asentaron un acuerdo para establecer mecanismos de autoprotección o de protección frente a otros Estados no firmantes del acuerdo que amenazaran su soberanía, territorio, y sobre todo, la protección de los derechos personalísimos de la persona humana.

Finalizada la segunda guerra mundial, una vez aprendida tan amarga experiencia, los Estados convenidos acordaron elaborar una carta de principios, valores y reglas que regularan el cuidado en la preservación, protección y guarda de los derechos principalísimos de la persona humana indistintamente del país de origen, raza, credo, poder económico o clase social o cultural (Carta de Organización de las Naciones Unidas –ONU).

El control de convencionalidad surge a partir de la organización de instituciones jurídicas reconocidas por el derecho nacional y transnacional, el primero, es decir, el control constitucional interno, como órganos encargados de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la Convención Americana de Derechos

Humanos y otros lineamientos internacionales que se preocupan por su guarda, así como los estándares interpretativos emitidos por la Corte IDH; y el control supranacional que realiza la misma, consistente en juzgar en casos concretos si un acto o una norma de derecho interno resultan incompatibles con el contenido de la Carta Americana de Derechos Humanos. Así, “el control de convencionalidad es un dispositivo que, adecuadamente empleado, puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando a sus fuentes internas e internacionales” (Bazán, 2011, p.68).

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La expresión control de convencionalidad es una inspiración de origen jurisprudencial y no del legislador, hechura pretoriano. Surge por primera vez con el jurista Sergio García Ramírez, quien para el 2003 fungía como vicepresidente de la Honorable Corte IDH en el “Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 25 de noviembre de 2003 (fondo, reparaciones y costas), y en voto concurrente y razonado de la mencionada sentencia utilizó las palabras control de convencionalidad; mucho antes que el “Caso Almonacid Arellano vs. Chile” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 26 de septiembre de 2006, (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) pronunciado en el año de 2006.

En su orden, la Corte IDH fue introduciendo el concepto de control de convencionalidad en los siguientes Casos:

“Tibi vs. Ecuador”- (Corte Interamericana de Derechos Humanos, (sentencia del 7 de septiembre de 2004, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

“López Álvarez vs. Honduras” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 1 de febrero de 2006, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

“Vargas Areco vs. Paraguay” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 26 de septiembre de 2006, (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

La Corte IDH en las sentencias que se nombran a continuación, asumió un papel más determinante y predominante en la asunción, por parte de los Estados de la vigencia plena del control de convencionalidad, al que fue involucrando y ampliando el espectro jurisdiccional no solamente al poder judicial, sino también a otros órganos del poder público:

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 26 de septiembre de 2006, (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas); Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado, Alfaro y otros) vs. Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 24 de noviembre de 2006, (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas); Caso La Cantuta vs. Perú Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 29 de noviembre de 2006, (fondo, reparaciones y costas) *Responsable: Órganos del Poder Judicial*. Observamos, que su alcance embarga a todo el poder judicial de una nación.

El caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile es en contra del Estado de Chile y se refiere a la existencia en ese país de una ley de auto-amnistía, que impide la investigación judicial, determinación de responsabilidades y sanción por casos de violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos cometidas durante la dictadura de Augusto Pinochet. En palabras de la Corte:

Los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque (sic) los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “**control de convencionalidad**” [negrillas añadidas] entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial

debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Caso Almonacid Arellano y otros, supra nota 18, párr. 124, Cfr. Caso La Cantuta, supra nota 64, párr. 173).

Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 26 de noviembre de 2010, (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). *Responsable*: jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles. En este fallo, el alcance de la responsabilidad del control convencional abarca no solamente a los órganos del poder judicial, sino también a todas aquellas instituciones que de manera indirecta tienen que ver y se relacionan con la administración de justicia.

Caso Gelman vs. Uruguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 24 de febrero de 2011, (fondo y reparaciones) *Responsable*: cualquier autoridad pública, y no sólo el poder judicial. Este fallo vincula a todos los órganos que administran justicia y a todas las instituciones de la administración pública (otras ramas del poder público), que se relacionan con la vigencia, guarda y garantía de los derechos humanos.

En los últimos años, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha articulado una doctrina o línea jurisprudencial conocida como el “control de convencionalidad” en cuya virtud los jueces y otras autoridades nacionales estarían en la obligación de inaplicar aquellas normas domésticas que no se concilien con las cláusulas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (casos Cabrera García y Montiel Flores vs. México; Gelman vs. Uruguay, así como la interpretación que de estas hace la misma Corte.

Como lo manifestamos, desde años atrás existía el control de convencionalidad (aunque no se le llamase así) realizado por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien reputaba inválidas a normas del derecho local opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, o Convención Americana sobre los Derechos del Hombre. En el caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 5 de febrero de 2001, (fondo, reparaciones y costas), por ejemplo, la Corte IDH reputó violatoria del Pacto a una cláusula de la Constitución de Chile en materia de censura televisiva y exigió su reforma,

cosa que finalmente ocurrió. En el caso *Boyce c. vs. Barbados* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 20 de noviembre de 2007, (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), la Corte entendió que también infringía el Pacto una regla constitucional de este país, que impedía el control judicial de las normas anteriores a la Constitución de 1996 (Caso *Boyce c. vs. Barbados*, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Pág. 38 y 39), aunque vulnerasen derechos fundamentales. A esta variable se le llama, según los autores, control inter (o supra) nacional de convencionalidad, o “desde arriba”.

A partir del 2006, desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte Interamericana va a reclamar a los jueces nacionales que inapliquen, ellos mismos, las normas locales opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a su propia jurisprudencia. Tal es el segundo nivel del control de convencionalidad y al que nos referiremos de aquí en adelante. Usualmente se le denomina control “nacional” de convencionalidad, o “desde abajo”. Otros prefieren llamarlo “externo” (respecto del Estado local).

MODALIDADES DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Control de convencionalidad negativo y el control de convencionalidad positivo

El nomen iuris de control de convencionalidad proviene de los convenios o acuerdos inter Estados como una herramienta o institución jurídica del derecho internacional para producir normas y reglas iuris comunes a sus ordenamientos jurídicos, para el caso, tutelar los Derechos Humanos (DDHH). Como otro de los problemas de la praxis jurídica o porque no manifestarlo, de la Teoría General del Derecho, identificamos la aplicación (el problema de la eficacia) de las normas y reglas jurídicas internacionales por los Estados Parte, entendiendo como tal, aquellas sociedades organizadas que de común acuerdo aprobaron y ratificaron –legal y constitucionalmente–, principios, hipótesis y consecuencias jurídicas con efectos idénticos. Un ejemplo claro, particular y moderno ofrece la Convención Americana de los DDHH (San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969). Miembros del contrato normativo internacional –la Convención–,

como de Colombia, celosamente aplican o inaplican los postulados normativos a sus conveniencias, es decir, conceden una fuerza distinta a la convenida: optativa o como un simple criterio de interpretación.

Así las cosas, los artículos uno (1) y dos (2) convencionales demandan a los Estados Parte dos clases de obligaciones:

El prototipo de obligaciones de “no hacer”, que elimina la posibilidad de que los Estados parte puedan disponer de los derechos, libertades y garantías reconocidos en la Convención, es decir, solo la norma internacional, para el caso la Convención Americana, puede definir cuáles son los DDHH; mientras que las obligaciones de “hacer” se presentan como aquellas medidas (como las legislativas, administrativas o judiciales), de cualquier carácter, que deben adoptar los Estados Parte para garantizar el cumplimiento de la Convención.

Para la Corte IDH, las reglas de competencia para interpretar-aplicar la Convención no son exclusivas de sus juzgadores o magistrados, en el entendido que las mismas habitan en los jueces o en general en los funcionarios públicos de los Estados Parte. La Corte IDH ha expresado:

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el “Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet vs. Uruguay”, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, inter alia, que “el límite de la decisión de la mayoría reside,

esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley". Otros tribunales nacionales se han referido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales (Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Gelman vs Uruguay, sentencia del 24 de febrero de 2011, mérito y reparaciones, serie C, No. 221, parágrafo 239).

Control de convencionalidad negativo y positivo

El control de convencionalidad es un mecanismo procesal como el de constitucionalidad, pero con poderes amplísimos para tutelar eficazmente los DDHH –constitucionales o fundamentales– en los sistemas jurídicos locales, reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Carta de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A del 10 de diciembre de 1948) y reafirmados en el Pacto de San José de Costa Rica de 1969. Las obligaciones que corresponden a los Estados Parte son idénticas a las que producen sus respectivas constituciones: normas de aplicación inmediata, como las normas y reglas aplicables sin impulso procesal, y las que necesitan o requieren. De este modo constriñe la Convención a sus miembros.

El control de convencionalidad es negativo cuando de la infracción o desconocimiento a las cláusulas convencionales, la Corte IDH ordena su protección, restablecimiento o en caso de imposibilidad de las anteriores, indemnizaciones para reparar los daños causados; cuando del juicio de convencionalidad inter normas internas de los Estados miembros y la norma internacional de los DDHH, la Corte IDH ordena su expulsión del respectivo ordenamiento jurídico. En otras palabras, es negativo el control de convencionalidad, si es resultado del incumplimiento de las obligaciones de no hacer, o en casos, de las obligaciones de hacer.

En sentido contrario, el control de convencionalidad es positivo cuando la Corte IDH ordena adoptar medidas para proteger los derechos humanos o interpretar la norma internacional de los DDHH, de conformidad con sus pronunciamientos. Verbigracia:

Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Corte IDH, caso *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, 2006).

Las modalidades del control de convencionalidad presentan más que inconveniencias, resistencias de los Estados partes para admitir las recomendaciones de la Comisión (que no son controles o pronunciamientos convencionales) o las decisiones de la Corte IDH, siempre que las mismas no sean homogéneas a las adoptadas por los órganos de su Estado, principalmente en donde las dobles regulaciones (interna e internacional), son abiertamente opuestas como la evidenciada tras el Caso Disciplinario del Alcalde Mayor de Bogotá, Gustavo Petro (Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, IUS 2012 – 447489 IUC D 2013 – 661 – 576188 Implicado GUSTAVO FRANCISCO PETRO Alcalde mayor de Bogotá D. C, Bogotá, 9 de diciembre de 2013 Aprobado en acta de Sala extraordinaria n.º 57) en la que el gobierno nacional hizo caso omiso a las recomendaciones presentadas por la Comisión IDH.

Se distancia aún más el ejercicio del control de convencionalidad doméstico cuando los órganos encargados de ejecutarlo lo omiten o lo realizan a medias, amparados en que constitucionalmente no está consagrado tal control en el articulado de la Carta, como ocurre en el sistema normativo colombiano.

EJERCICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN AMÉRICA LATINA

En el panorama latinoamericano existe una crisis innegable en materia de protección

de derechos humanos, que no puede ser endilgada a la falta de su reconocimiento sino a la manera en la que son garantizados, puesto que no solo se requiere la existencia de un catálogo de derechos positivados, bien mediante las constituciones locales, que es lo más generalizado, u otro medio válido para su reconocimiento, con la certidumbre de lograr que existan las garantías necesarias y suficientes para que esas normas sean eficaces, efectivas al momento de hacerlas exigibles ante las autoridades obligadas a su cumplimiento.

Apoyándonos entonces en lo expuesto en el trabajo del doctor Néstor Pedro Sagüés (“Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, estudios constitucionales, Santiago de Chile, centro de estudios constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 8 núm. 1, 2010, pp. 117 y ss.) hemos decidido puntualizar los modos en los que se ha asumido el control de convencionalidad nacido del pacto de San José de Costa Rica; y que así, lo hemos clasificado en aceptación expresa y tácita.

ACEPTACIÓN EXPRESA

Argentina y México, países en donde se ha aceptado el control de convencionalidad, hecho que es entendible por el desarrollo constitucional y legal que ha tenido la convención en sus respectivos ordenamientos. En el caso argentino, el inciso 22 del artículo 75 constitucional (Constitución de la Nación de Argentina de 1994) establece la obligación del Congreso para aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Deja claro además que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. Y el mismo inciso establece una limitante: “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” (Constitución de la Nación de Argentina de 1994).

A su vez, la Suprema Corte de Argentina ha consentido la tesis fijada por la CIDH en materia de control de convencionalidad en los casos *Almonacid Arellano vs. Chile* Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 26 de septiembre de 2006, (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), usándola como sustento para decidir el recurso de casación e inconstitucionalidad del caso *Mazzeo, Julio Lilo y otros* (“Suprema Corte, *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad*”. S.C. M. 2333; L. XLII, 13 de julio de 2007). Tal doctrina se ha empleado para inaplicar normas locales contrarias a la convención o al desarrollo jurisprudencial de la misma por parte de la corte IDH.

Por cuanto se refiere a *México*, ha desarrollado en casi todos los niveles jurisdiccionales una amplia visión con respecto al tema del control de convencionalidad, en razón de la mayor importancia dada a partir de la reforma constitucional del 2011 (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). Dicha reforma actualizó el régimen constitucional en materia de derechos y eliminó la distinción entre derechos y los derechos fundamentales o constitucionales, estableciendo que:

En los Estados Unidos mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los Tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Título primero, Capítulo I, de los derechos humanos y sus garantías, artículo 1º).

Además, incluyen una cláusula de incorporación de los tratados de derechos humanos a nivel constitucional. Así, el Artículo 1º, párrafo segundo, de la Constitución de México señala que: “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los Tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. De esta cláusula debemos destacar dos aspectos, el primero es que efectivamente integra los tratados internacionales -en los que México es parte en materia de derechos humanos- al orden interno y permitiendo que sea aplicada una especie de favorabilidad para la persona, en el caso en el que haya una antinomia.

Más importante aún, para el caso subexamine de control de convencionalidad sin hacer referencia expresa a la jurisprudencia de la Corte, establece que:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley (DECRETO por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF: 10/06/2011, Artículo 1º párrafo 3º)

De lo cual podemos colegir que se le ha dado un rango constitucional tanto a la convención como al control de convencionalidad que deben aplicar los diferentes agentes estatales mexicanos siempre que se trate de derechos humanos, discriminando a demás deberes como promoción, respeto, progresividad y prevención como responsable el Estado, con el fin de garantizar un pleno ejercicio de estas prerrogativas en cabeza de los ciudadanos.

ACEPTACIÓN TÁCITA

Colombia y Perú son países que por la manera en la que se ha desarrollado la evolución del control de convencionalidad pueden ser ubicados en esta clasificación:

En *Colombia*, la Corte Constitucional ha utilizado el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fundamentos de derecho de varias decisiones, reconociendo así la importancia de este tipo de instrumentos que se suman al bloque de constitucionalidad, pero no ha hecho referencia directa a la obligación por parte de los operadores jurídicos para realizar el control de convencionalidad, aunque ha determinado en sus sentencias que las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad deben ser observadas como elementos de estudio; cómo se puede apreciar en fallo de la Corte Constitucional (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-067 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, febrero 4):

El hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones. Así como el preámbulo, los principios, valores y reglas constitucionales son obligatorios y de forzoso cumplimiento en el orden interno, las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatoria para todos los asociados. (...). El hecho de compartir la jerarquía del texto formal de la Carta convierte a los dispositivos del bloque en "eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad", y la condición de ocupar con ellos el máximo peldaño en la escala normativa obliga a que toda la legislación interna acondicione su contenido y ajuste sus preceptos a los estatutos por aquellas adoptados, pues éstos irradian su potestad sobre todo el ordenamiento normativo (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-479 de 1992 MM.PP.DD. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, agosto 13).

Más no podemos desconocer la sentencia C-028 de 2006 del entonces Magistrado de la Corte Constitucional Humberto Sierra Porto, hoy Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que se reafirmó la finalidad y alcance del bloque de constitucionalidad como aquella unidad jurídica compuesta por

normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. La anterior consideración, como es bien sabido, pone de presente, tal y como se manifestó en la sentencia C-067 de 2003, que la normatividad constitucional no es un privilegio exclusivo de los artículos que formalmente integran el texto de la Carta Política, sino que el Estatuto Superior está compuesto por un grupo más amplio de principios, reglas y normas de derecho positivo, que comparten con los artículos del texto de la Carta la mayor jerarquía normativa en el orden interno. En ese orden de ideas, la noción del bloque de constitucionalidad permite vislumbrar el hecho de que la Constitución de un Estado es mucho más amplia que su texto constitucional, puesto que existen otras disposiciones, contenidas en otros instrumentos o recopilaciones, que también hacen parte del mismo.

Ahora bien, en lo que respecta a la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** [negritillas añadidas], en diversas ocasiones, la Corte ha considerado que hace parte del bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 Superior.

Bajo este contexto, es claro que el mencionado instrumento internacional forma parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, debe ser utilizado como parámetro que guíe el examen de constitucionalidad de las leyes colombianas, pero ello no significa que las normas pertenecientes al bloque adquieran el rango de normas supraconstitucionales. En ese sentido, la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-028 de 2006 M.P. Humberto Sierra Porto, enero 26).

Se puede considerar entonces, con base en las apreciaciones de la Honorable Corte Constitucional, la aceptación tácita del control negativo de convencionalidad en el sistema jurídico colombiano; prueba de ello es la actuación de jueces ordinarios en acciones de tutela que han fundado sus fallos en la convención o en la jurisprudencia de la Corte IDH para inaplicar normas internas que chocan con los parámetros constitucionales y convencionales.

En *Perú*, los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen rango constitucional, aunque están sometidos, en el fondo y forma, al control de constitucionalidad y en este entendido no podría hablarse de un sistema interamericano supra constitucional, por ende, puede haber control de convencionalidad destructivo o represivo sobre las leyes, aunque en teoría no sobre la Constitución; más no podemos desconocer que a la luz de la normatividad interna de Perú en el código procesal constitucional sobre la materia, “el contenido de los derechos constitucionales debe interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos, así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según los tratados de los que el Perú es parte” (Código Procesal Constitucional del Perú, 2004) (Ley 28237 de 31 mayo de 2004, Artículo V, Interpretación de los derechos Constitucionales).

DIÁLOGO ENTRE CORTES NACIONALES Y SUPRANACIONALES

EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN UNIFORME O SISTEMÁTICA

En palabras del doctrinante Sergio García Ramírez (XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. En homenaje al Maestro Hernando Morales Molina en el centenario de su nacimiento, "Ponencia Breves consideraciones sobre el diálogo jurisprudencial y el control de convencionalidad en el sistema interamericano", Bogotá, Colombia, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, año 2014. (<http://www.icdp.org.co/congreso/congreso2014/conferencistas/sergioGarcia.html>) en el diálogo jurisprudencial y el control de convencionalidad en el Sistema Interamericano, las decisiones de la justicia supranacional deberían estar nutridas de los fallos emitidos por la justicia doméstica; sentados en la retroalimentación y reciprocidad de influjos que enriquezcan cuantitativa y cualitativamente la tutela y la realización de los derechos humanos por medio del intercambio y el aprendizaje mutuos, a fin que sus decisiones tuvieran la menos resistencia en el cumplimiento por parte de los Estados Parte.

Según la ponencia referida del maestro García Ramírez, la diversidad de apreciación del orden jurídico positivado, ha imposibilitado una decisión uniforme de jurisprudencia en el derecho doméstico, que dificulta la armonía con la jurisprudencia supranacional, y con ello, la resistencia de aplicar un control de convencionalidad eficaz, propiciado quizás por la concepción del intérprete en la que utiliza indistintamente las herramientas hermenéuticas apartándose de la exégesis, que es la que se debería aplicar para evitar la diversidad de fallos sobre una misma causa; el operador jurídico ha conllevado a la dificultad de una práctica del "diálogo jurisprudencial", como él lo ha denominado, a la necesidad de que los fallos se edifiquen sobre consensos previos hechos por las altas Cortes nacionales y supranacionales, esto es, la solidificación de un sistema erigido por las mismas Cortes con base en la interacción de sus actos que solucionan casos iguales o análogos, fáciles o difíciles que sirvan de patrón a ulteriores decisiones judiciales.

Se trata, más bien, de nutrir la reflexión e informar el criterio de un tribunal con la reflexión y el criterio de otro u otros. A partir de aquí se construye entre los dialogantes un cimiento judicial para erigir, sobre bases compartidas, conclusiones comunes. Aparece, como se suele decir, una *cross fertilization* (XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. En homenaje al Maestro Hernando Morales Molina en el centenario de su nacimiento, "Ponencia Breves consideraciones sobre el diálogo jurisprudencial y el control de convencionalidad en el sistema interamericano", Bogotá, Colombia, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, año 2014. (<http://www.icdp.org.co/congreso/congreso2014/conferencistas/sergioGarcia.html>)).

Esta práctica generalizada de antaño, ha venido evolucionando hoy en día. Para una mejor praxis, García Ramírez (2014) distingue dos clases de diálogos en la justicia: aquella que se desprende de la misma denominación sustantiva de (1) *diálogo jurisdiccional o precedente internacional*, que corresponde a la homologación de fallos judiciales o unificación de las jurisprudencias sobre los Derechos Humanos (DDHH) emitidas no solo por la Corte IDH, sino creada conjuntamente por todos los Tribunales que interpretan la Convención Interamericana, solo que la Corte IDH es la delegada para su proceso de sistematización; y (2) *reenvío o remisión jurisprudencial*, que se relaciona con la utilización de fallos de otras jurisdicciones judiciales por los operadores jurídicos para motivar sus fallos, generalmente de la justicia doméstica.

Por mucho tiempo la actuación fundante jurisdiccional se calificaba como una especie de *monólogo* en el que solo predominaban las decisiones de la justicia supranacional, ordenando su parecer a los órganos judiciales internos, sin consideración alguna de éstos hacia aquellos; hoy puede utilizarse el calificativo de la existencia de *diálogo*, por cuanto y en tanto la Corte IDH recoge argumentos de tribunales internos y forma, con ellos, su propio criterio, llegando inclusive a modificar o abrogar sus propios criterios sentenciados.

CONCLUSIONES

Del presente trabajo investigativo se puede concluir que el control de convencionalidad surge desde el momento en el que los Estados Parte ratifican la competencia de la Convención Americana de derechos humanos, y con ello asumen la obligación de asegurar que el derecho interno se adecue de forma armónica al texto convencional, obligación que en teoría no supone mayores dificultades.

Los problemas surgen cuando se presentan los casos difíciles en los que se pone en duda la supremacía de las constituciones locales y la importancia de principios universales como el de libre determinación de los pueblos. Todo esto es apenas natural, ya que como en cualquier transición es de esperarse que un cambio tan trascendental como lo es en este caso, un cambio en el paradigma de la supremacía constitucional, incite a dudas y cierto rechazo, y más aún por las tan variadas maneras de ratificación e incorporación de la CADH a los ordenamientos internos de los Estados Parte, surgiendo en la mayoría de las ocasiones un choque ideológico no fácil de solventar por lo complejo de determinar la supremacía; esto posibilita entonces una situación o fenómeno a nivel constitucional que hemos denominado Supremacía de la Convención frente a la Constitución. En este caso, al estar determinada la superioridad de la Convención, no se suponen mayores dificultades a la hora de realizar el control de convencionalidad.

México es un muy buen ejemplo de esta situación. La reforma constitucional de 2011 (DECRETO por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF: 10/06/2011, Artículo 1º párrafo 1º) eliminó como primero las distinciones entre los derechos fundamentales o constitucionales y los declaró como **derechos humanos**, disponiendo además que los contemplados en la Constitución Estatal son complementados por los diversos tratados de DDHH de los que México es parte, e imponiendo la obligación de interpretar estos de conformidad al Principio Pro homine o Pro persona: “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los

Tratados Internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917) (CPEUM, Artículo 1º párrafo 2º).

Frente a esta situación debemos decir que se analiza no son las obligaciones adquiridas por los Estados al suscribir y ratificar la Convención, pues los Estados deben en primera medida respetar los derechos y libertades establecidas en la Convención; como consecuencia, además deben adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para que la primera obligación sea cumplida y respetada, reconociendo en todos los casos los procedimientos legales y constitucionales necesarios para la implementación de dichos cambios; no puede concebirse que bajo un sistema absolutista constitucional, no resulta fácil contemplar la posibilidad que una normativa distinta a la Carta pueda resultar con mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico, por ejemplo cuando un tratado internacional se ratifique por una ley ordinaria y no mediante un acto legislativo que haga tránsito a bloque de constitucionalidad, no podrá evadirse la aplicación jerárquica de la norma si el procedimiento se realiza respetando la expedición de la norma con base a su jerarquía, y que si el Estado parte protocolizó un tratado está obligado a cumplir y ajustar su normatividad interna a las exigencias de ese tratado; por ello, para poder hacer frente a estas situaciones consideramos fundamental contar con herramientas de análisis y ponderación internas como el principio Pro persona y determinar que en casos de disposiciones contrarias *se aplique siempre la que más libertades garantice*; y en caso de ser restrictiva, se aplique la que menos restrinja el ejercicio de los derechos, hecho en el cual no se hablaría de supremacía de un sistema u otro, sino de *sistemas complementarios de protección a los derechos humanos*.

Adicionamos y defendemos la tesis del expresidente de la Corte IDH, el Doctor García Ramírez (XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. En homenaje al Maestro Hernando Morales Molina en el centenario de su nacimiento, “Ponencia Breves consideraciones sobre el diálogo jurisprudencial y el control de convencionalidad en el sistema interamericano”, Bogotá, Colombia, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2014.

(<http://www.icdp.org.co/congreso/congreso2014/conferencistas/sergio-garcia.html>), planteada desde los diálogos jurisprudenciales o jurisdiccionales entre la Corte que presidió y los órganos judiciales de los Estados miembros, especialmente con los de cierre, en el entendido, que son los llamados a realizar la tarea de sistematización, que el jurista Norberto Bobbio —(1990, p. 301). en su obra *Teoría General del Derecho* ha explicado que debe ser realizada de abajo hacia arriba, es decir, observando los pronunciamientos de los órganos inferiores, organizando dichos pronunciamientos, que no es cosa distinta como lo señala el ex presidente en cita, de cambiar de *un monólogo a un diálogo* jurisprudencial entre la Corte IDH y los órganos judiciales e incluso administrativos de los Estados Parte. Así las cosas, de existir el diálogo jurisprudencial, la Corte IDH construirá el diálogo con la decisión más favorable o menos restrictiva dictada por los tribunales nacionales que fundamentarían la justicia supranacional, facilitando la solución de los casos, especialmente los difíciles.

Por último, agregamos a nuestra propuesta que una de las formas de hacer eficaces las decisiones de la Corte IDH en los Estados parte, sería crear un acto a efecto del incumplimiento del fallo de condena proferido, cuyo nomen iuris es conocido y usado por la mayoría de los órganos jurisdiccionales de los países convenidos, la **“Resolución de Observancia”**, que debe ser adoptada por parte de los Estados Miembros de la OEA en una Asamblea Extraordinaria de Cancilleres, de tal manera que se faculte a la Comisión IDH o a la misma Corte IDH, para que notifique tal decisión sobre el Estado renuente a cumplir una decisión de la justicia trasnacional; este acto contendrá una restricción de tipo económico, cultural o político o la que se acuerde tomar, con el fin de poner sobre aviso de la falta de acatamiento del fallo de la alta Corporación Supranacional y/o la omisión del control de convencionalidad.

REFERENCIAS

- Bazán, V. (2011). Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2(18), 63-104.
- Bobbio, N. (1990). contribución a la teoría del derecho. Madrid: Debate.
- García Belaunde, D. (1998). La Jurisdicción Constitucional y el Modelo Dual Paralelo. *La Justicia Constitucional a Finales del Siglo XX*, 7(6).
- García Ramírez, S. (2014). Breves consideraciones sobre el diálogo jurisprudencial y el control de convencionalidad en el sistema interamericano. XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. (Asociación colombiana de Derecho Procesal, Bogotá)
- Hitters, J. C. (2009). De convencionalidad. Comparación. *Revista Estudios Constitucionales*, 7(2), 109-128.
- Sagúes, N. (2015). El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales concordancias y diferencias con el sistema europeo. Biblioteca jurídica de la UNAM (México).
- Hitters, J. C. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios Constitucionales* 109, 7(2), 113-114.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia c-028 de 2006 (M.P. Humberto Sierra Porto, enero 26 e 2006);
- CSJN en Mazzeo, Julio Lilo s/ recurso de casación e inconstitucionalidad, sentencia del 13 de julio de 2007, Fallos 330:3248.

Carta de las Naciones Unidas firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y en vigor desde el 24 de octubre del mismo año. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es parte integrante de la Carta

Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991) 9ª Ed. Editorial Temis.

Constitución federal de los estados unidos de México (Const) (1824), Editorial Cervantes

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Conv) (1978), Editorial KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

República de Argentina Constitución de Argentina [Const.]. (1994). 4ª Ed. Editorial Estudio.

Código Procesal Constitucional del Perú [CPCP. Ley 28.237 de 2004 mayo 31 de 2004 (República del Perú).