



CARTA DE AUTORIZACIÓN

CÓDIGO

AP-BIB-FO-06

VERSIÓN

1

VIGENCIA

2014

PÁGINA

1 de 1

Neiva, Agosto 30 de 2019

Señores
CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN
UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA
Ciudad

Las suscritas:

VIVIAN LORENA BARRIOS ATAHUALPA, con C.C. No. 1.075.225.522 y **YENNY MARITZA SÁNCHEZ MURCIA**, con C.C. No. 1.075.223.646, autoras de la tesis y/o trabajo de grado titulado “**El control de convencionalidad en Colombia: una mirada desde la jurisdicción Contencioso Administrativa**”, presentado y aprobado el **9 de agosto de 2019**, como requisito para optar al título de **MAGISTER EN DERECHO PÚBLICO**:

Autorizo (amos) al CENTRO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN de la Universidad Surcolombiana para que con fines académicos, muestre al país y el exterior la producción intelectual de la Universidad Surcolombiana, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera:

- Los usuarios puedan consultar el contenido de este trabajo de grado en los sitios web que administra la Universidad, en bases de datos, repositorio digital, catálogos y en otros sitios web, redes y sistemas de información nacionales e internacionales “open access” y en las redes de información con las cuales tenga convenio la Institución.
- Permita la consulta, la reproducción y préstamo a los usuarios interesados en el contenido de este trabajo, para todos los usos que tengan finalidad académica, ya sea en formato Cd-Rom o digital desde internet, intranet, etc., y en general para cualquier formato conocido o por conocer, dentro de los términos establecidos en la Ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, Decisión Andina 351 de 1993, Decreto 460 de 1995 y demás normas generales sobre la materia.
- Continúo conservando los correspondientes derechos sin modificación o restricción alguna; puesto que de acuerdo con la legislación colombiana aplicable, el presente es un acuerdo jurídico que en ningún caso conlleva la enajenación del derecho de autor y sus conexos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, “Los derechos morales sobre el trabajo son propiedad de los autores”, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.

EL AUTOR/ESTUDIANTE:

Firma:

EL AUTOR/ESTUDIANTE:

Firma:

Vigilada Mineducación



TÍTULO COMPLETO DEL TRABAJO: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN COLOMBIA: UNA MIRADA DESDE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

AUTOR O AUTORES:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
BARRIOS ATAHUALPA	VIVIAN LORENA
SÁNCHEZ MURCIA	YENNY MARITZA

DIRECTOR Y CODIRECTOR TESIS:

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre
LÓPEZ DAZA	GERMAN ALFONSO

ASESOR (ES):

Primero y Segundo Apellido	Primero y Segundo Nombre

PARA OPTAR AL TÍTULO DE: MAGISTER EN DERECHO PÚBLICO

FACULTAD: CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

PROGRAMA O POSGRADO: MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO

CIUDAD: NEIVA

AÑO DE PRESENTACIÓN: 2019

NÚMERO DE PÁGINAS: 229

TIPO DE ILUSTRACIONES (Marcar con una X):

Diagramas___ Fotografías___ Grabaciones en discos___ Ilustraciones en general___ Grabados___
Láminas___ Litografías___ Mapas___ Música impresa___ Planos___ Retratos___ Sin ilustraciones___
Tablas o Cuadros X

Vigilada mieducación

La versión vigente y controlada de este documento, solo podrá ser consultada a través del sitio web Institucional www.usco.edu.co, link Sistema Gestión de Calidad. La copia o impresión diferente a la publicada, será considerada como documento no controlado y su uso indebido no es de responsabilidad de la Universidad Surcolombiana.



SOFTWARE requerido y/o especializado para la lectura del documento: Word y PDF

MATERIAL ANEXO:

PREMIO O DISTINCIÓN: MERITORIA

PALABRAS CLAVES EN ESPAÑOL E INGLÉS:

<u>Español</u>	<u>Inglés</u>	<u>Español</u>	<u>Inglés</u>
1. <u>Convencionalidad</u>	<u>Conventionality</u>	6. <u>Constitución</u>	<u>Constitution</u>
2. <u>Derechos Humanos</u>	<u>Human Rights</u>	7. <u>Jueces</u>	<u>Judges</u>
3. <u>Bloque de Constitucionalidad</u>	<u>Through Constitutionality</u>	8. <u>Estado</u>	<u>State</u>
4. <u>Pro homine</u>	<u>Pro homine</u>	9. <u>Supremacía</u>	<u>Supremacy</u>
5. <u>Tratados</u>	<u>Treaties</u>	10. <u>Estándares</u>	<u>Standards</u>

RESUMEN DEL CONTENIDO: (Máximo 250 palabras)

El Estado como primer garante y protector de los derechos humanos, y en aras de cumplir de buena fe y conforme al principio *pacta sunt servanda* los tratados de derechos humanos que soberana y voluntariamente suscribió, debe realizar de manera complementaria al control de constitucionalidad y en el marco de sus respectivas competencias y procedimientos, un control de convencionalidad de las prácticas o normas jurídicas internas, incluida la Constitución, con los estándares mínimos de protección de los derechos humanos, a fin de aplicar la norma o práctica más favorable en virtud del principio *pro homine*. No obstante ser la misma Constitución de cada Estado la que define la incorporación de los tratados de derechos humanos en los ordenamientos jurídicos internos y la jerarquía que ocupan en las fuentes de derecho, que en el Estado Colombiano se realiza a través del bloque de constitucionalidad otorgándoseles un rango constitucional, dicha figura jurídica no choca con el principio de supremacía constitucional, el cual debe ceder ante el estándar más favorable, y es compatible con el modelo de control de constitucionalidad mixto adoptado por Colombia, razón por la que los jueces deben aplicar dicho control.

Al analizar las sentencias proferidas entre los años 2006 y 2015 por el Consejo de Estado, se concluye que este tribunal de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, ha venido aplicando de manera progresiva el control de convencionalidad en la *ratio decidendi* de sus sentencias, no solamente en aspectos



sustantivos, sino también procesales y en el reconocimiento de perjuicios.

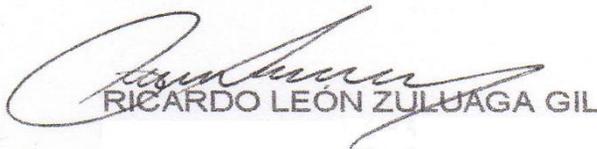
ABSTRACT: (Máximo 250 palabras)

The State as the first guarantor and protector of human rights, to accomplish in a good faith and according to **pacta sunt servanda** principle human rights treaties that sovereign and voluntarily supported it must do in a complement way to constitutionality control within the framework of their respective competences and procedures, a control of conventionality of internal legal practices, including the constitution with minimum standards for the protection of human rights, with the aim of applying the most favourable standard or practice according to **pro homine** principle. However, the same constitution of each state which defines the incorporation of human rights treaties in internal legal systems and hierarchy which is source of law, that in the colombian state it is done through constitutionality block giving a constitutional range; nevertheless that legal figure do not disagree with the principle of constitutional supremacy which must give the most favourable standard and that is compatible with the mixed constitutionality control model adopted by Colombia, that's why judges should apply that control.

Analysing the sentences given between 2006 and 2015 by the state council, it is concluded that closure court litigious administrative jurisdiction has been progressively implementing the conventionality control into **ratio decidendi** of its sentences, not only in substantive aspects but also in procedural and in the recognition of harms.

APROBACION DE LA TESIS

Nombre Presidente Jurado: RICARDO LEÓN ZULUAGA GIL



RICARDO LEÓN ZULUAGA GIL

Firma:

**UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA
FACULTAD CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
MAESTRIA EN DERECHO PÚBLICO**

TESIS

**EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN COLOMBIA: UNA MIRADA
DESDE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA**

Estudiantes

**VIVIAN LORENA BARRIOS ATAHUALPA
YENNY MARITZA SÁNCHEZ MURCIA**

NEIVA, AGOSTO DE 2019

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
Capítulo I	10
1. INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO EN EL ESTADO COLOMBIANO.....	10
1.1. Internacionalización de los Derechos Humanos	10
1.1.1. Institucionalización y positivización de los derechos humanos. .	10
1.1.2. Estructura del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ...	16
1.1.3. Principio de Subsidiaridad o Complementariedad	19
1.1.4. Obligaciones en materia de Derechos Humanos	21
1.1.5. Corpus Iuris de los Derechos Humanos	28
1.2. Derecho de los tratados	29
1.2.1. Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos	30
1.2.2. Naturaleza de los tratados de derechos humanos	37
1.2.3. Interpretación de los tratados de derechos humanos.....	39
1.2.4. Principios que regulan el cumplimiento de los tratados internacionales	41
1.3. Incorporación del derecho internacional en el derecho interno	42
1.3.1. Teoría monista y dualista.....	44
1.3.1.1. Teoría dualista.....	44
1.3.1.2. Teoría monista.....	45
1.3.2. Jerarquía normativa de los tratados de derechos humanos en el derecho interno de los Estados.....	46
1.4. Constitucionalismo Moderno.....	48
1.4.1. Evolución histórica del Constitucionalismo Moderno.....	48
1.4.2. Principio de Supremacía Constitucional	53

1.4.3. Bloque de Constitucionalidad	59
1.5. Jerarquía de los tratados de derechos humanos en el derecho interno del Estado Colombiano	61
Capítulo II	75
CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	75
2.1. Origen de la Figura	75
2.2. Conceptualización de la teoría de Control de Convencionalidad	79
2.3. Clasificación del Control de Convencionalidad.....	83
2.4. Características y parámetros para su aplicación.....	90
2.5. Fundamentos del Control de Convencionalidad	95
Capitulo III	1043
CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ESTADO COLOMBIANO.....	1043
3.1. El Estado como primer garante del Control de Convencionalidad	1043
3.2.El juez nacional como juez de convencionalidad.....	106
3.2.1. Supremacía Constitucional y control de constitucionalidad como“disyuntiva”para aplicar el control de convencionalidad.	107
3.2.2. Eventos de aplicación del control de convencionalidad.....	115
3.2.3. Aplicación del Control de convencionalidad en el marco de las competencias internas de acuerdo con el modelo de control de constitucionalidad adoptado por Colombia.	119
3.2.3.1. Resumen de la aplicación del control de convencionalidad en el EstadoColombiano.....	131
3.3. Parámetros para la aplicación del control de convencionalidad en las decisiones judiciales.	134
3.3.1. Citación de instrumentos internacionales de Derechos Humanos: Invocación de instrumentos vinculantes y no vinculantes al Estado Colombiano, y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	134
3.3.2. Aplicación del <i>corpus iuris</i> interamericano en la <i>ratio decidendi</i> de una decisión judicial: aspectos sustantivos y procesales.....	138
3.3.3.El control de convencionalidad se realiza de manera oficiosa o a petición de parte.	141

3.3.4. La no invocación de disposiciones de derecho interno para no aplicar estándares interamericanos mínimos de protección o alguna interpretación más favorable a la persona humana.....	142
3.3.5. Efectos de la aplicación del control de convencionalidad.....	143
Capítulo IV.....	145
APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO	145
4.1. Parámetros de selección de las providencias analizadas	145
4.2. Metodología de análisis.....	148
4.3. Análisis de Resultados	149
Conclusiones	190
Referencias.....	204
ANEXO ÚNICO:FICHA DE ANÁLISIS DE SENTENCIAS	228

INTRODUCCIÓN

La teoría jurídica del control de convencionalidad representa un mecanismo audaz creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CrIDH) para garantizar el efecto útil y la finalidad *pro homine* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al interior de los Estados que han suscrito y ratificado dicho instrumento internacional.

Este concepto pese a que solo fue introducido a partir del año 2006 al estudiarse la responsabilidad internacional del Estado de Chile en el caso Almonacid Arellano y Otros, ha sido una constante en el análisis jurídico del enunciado Tribunal Internacional que ha permitido un desarrollo interpretativo de las obligaciones estipuladas en los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica, a tal punto que los doctrinantes en materia de derecho internacional de derechos humanos no solo lo identifican como un mecanismo que propende por la adopción de una interpretación armónica de las normas internas de cada Estado con los estándares internacionales de protección de Derechos Humanos, sino también como un concepto problemático al momento de la aplicación interna en cada Estado.

Lo anterior en razón a que este nuevo concepto jurídico conlleva la aplicación del Derecho Internacional, específicamente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con sus correspondientes fuentes al interior de los Estados, lo cual comporta una ampliación en las fuentes del derecho y un nuevo paradigma en la interpretación y aplicación de las normas, los principios y los valores que fundamentan los ordenamientos jurídicos de los Estados Parte de la Convención Americana que esencialmente ven en su Carta o Constitución Política la norma jurídica de mayor jerarquía.

El Estado Colombiano no es ajeno a este nuevo paradigma jurídico, habida cuenta que aprobó la Convención Americana mediante la Ley 16 de 1972 y ratificó dicho tratado internacional el 28 de mayo de 1973, de allí que las obligaciones en ella establecidas deban ser cabalmente cumplidas por el Estado, en virtud del principio de *buena fe* y *pacta sunt servanda* que gobierna el derecho de los tratados, lo cual implica que la obligación de respeto, garantía y el deber de adecuación de la disposiciones del derecho interno que sustentan la aplicación del control de convencionalidad, se constituye en un mandato para todas las autoridades públicas que representan al Estado, pues son estos quienes deben velar porque los efectos de las disposiciones del Pacto de San José no se vean mermados o menoscabados.

Adicionalmente, el Estado Colombiano reconoció el 21 de junio de 1985 la jurisdicción de la CrIDH, intérprete última y autorizada del Pacto de San José, razón por la cual, debe dar aplicación a los parámetros y estándares fijados por ésta, en cumplimiento de las obligaciones de protección y respeto de los derechos humanos, habida cuenta que el incumplimiento de las obligaciones internacionales y las violaciones de los derechos humanos, conlleva la declaratoria de responsabilidad internacional del Estado, que no solo afecta el aspecto económico y político del país, sino también las relaciones internacionales con los demás Estados que se han comprometido a garantizar el estándar de dignidad humana recogido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Precisamente el Estado Colombiano en los años 2006 al 2015 fue condenado por la CrIDH en 15 oportunidades, lo cual nos enfrenta al objetivo de **establecer si la autoridad judicial que por antonomasia conoció de los casos de muertes de personas en el marco del conflicto armado y donde se debatió la responsabilidad extracontractual y patrimonial del**

Estado, como lo es el Consejo de Estado, aplicó el control de convencionalidad en las sentencias que profirió con dichos supuestos fácticos desde la anualidad 2006 a 2015, habida cuenta que esas circunstancias fueron las que en su gran mayoría se plantearon en la instancia internacional donde se declaró la responsabilidad internacional de Colombia.

Para el efecto, en el capítulo primero se analiza la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno del Estado Colombiano, realizando un recorrido histórico desde la institucionalización y positivización de los derechos humanos, las fuentes, la naturaleza y los principios del derecho de los tratados, la estructura del sistema interamericano hasta el constitucionalismo moderno y la jerarquía atribuida a los tratados de derechos humanos en Colombia, a fin de evidenciar que independientemente del sistema de incorporación que se adopte, el Estado no solamente se encuentra sometido a las normas jurídicas internas sino también a las obligaciones que soberanamente adquiere a través de la suscripción y ratificación de los tratados internacionales.

Seguidamente el capítulo segundo aborda el estudio del origen del Control de Convencionalidad, la conceptualización del término a partir de dos fases plenamente identificadas en la jurisprudencia convencional: la represiva y la constructiva; su clasificación y los parámetros para su aplicación desde el punto de vista competencial de la CrIDH (Control concentrado) y de los órganos judiciales domésticos (Control difuso), resaltando la ampliación de competencias que se presentó a partir del caso *Cabrera García y Montiel Flórez vs. México*, y el caso *Gelman vs. Uruguay*, donde se atribuyó la obligación de aplicar dicho control a todas las autoridades públicas del

Estado dentro del marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales internas.

Lo anterior, nos lleva a exponer en el capítulo tercero las razones por las cuales el Estado es el primer garante de la aplicación del control de convencionalidad y por ello los jueces nacionales son jueces de convencionalidad en el marco de sus competencias y las regulaciones procesales internas, pues el modelo de control de constitucionalidad adoptado en Colombia y el principio de supremacía constitucional no impide su aplicación. Igualmente, se explican los parámetros que reflejan la adopción del control de convencionalidad en las decisiones judiciales, habida cuenta que son las autoridades judiciales las que efectivizan el cumplimiento del deber de adecuación regulado en el artículo 2 de la Convención Americana, mediante la aplicación e interpretación de las normas internas desde una perspectiva de derechos humanos.

A continuación, el cuarto capítulo analiza bajo la técnica hermenéutica de análisis de precedentes jurisprudenciales la aplicación del control de convencionalidad en las sentencias proferidas por el Consejo de Estado en los casos de violación del derecho a la vida física (muerte) en el marco del conflicto armado, emitidas en el periodo 2006 a 2015, para establecer a partir de los parámetros arriba enunciados, si efectivamente esta Corporación Judicial que conoce por excelencia los casos de graves violaciones a derechos humanos, da aplicación al pluricitado control.

Para llevar a cabo dicha labor inicialmente se construyó un instrumento o ficha que contenía los parámetros que permitían identificar la aplicación del control de convencionalidad en las 272 sentencias que cumplieron con los presupuestos fácticos planteados y que fueron seleccionadas de un total de 1259 providencias remitidas por la sección tercera del Consejo de Estado y

posteriormente se consolidaron los resultados obtenidos desde un enfoque cualitativo y comparativo.

Finalmente, es importante advertir que esta investigación tiene un análisis teórico de tipo descriptivo, cualitativo y hermenéutico, en donde se examinan los conceptos teóricos que sustentan las interacciones entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho interno de los Estados, con especial enfoque en la teoría del control de convencionalidad como mecanismo para garantizar la efectividad de la Carta Interamericana y su aplicación en las decisiones judiciales de uno de las autoridades de mayor representatividad del Estado como lo es la Rama Judicial a través del Consejo de Estado.

Capítulo I

1. INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO EN EL ESTADO COLOMBIANO.

1.1. Internacionalización de los Derechos Humanos

1.1.1. Institucionalización y positivización de los derechos humanos.

El anhelo de todas las sociedades de alcanzar el respeto y garantía de los derechos humanos y que hoy por hoy se reconoce como consenso en la comunidad internacional a través de la creación de sistemas de protección de derechos humanos basados en tratados o instrumentos a los cuales se obligan voluntariamente los Estados, surgió de algunos acontecimientos que a lo largo de la historia consolidaron lo que hoy se conoce como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En efecto, la creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945 como reacción a la Segunda Guerra Mundial, es el acontecimiento histórico que dio paso a la conformación de un Derecho de los derechos humanos. No obstante con anterioridad a este momento, existieron otros referentes tanto en los escenarios locales como internacionales, que dieron inicio a la positivización de los derechos humanos.

Uno de esos principales referentes locales que tuvo, y aún conserva, repercusiones internacionales, son las conocidas declaraciones de derechos del Reino Unido. La Carta Magna firmada el 15 de junio de 1215, la Petition of Right de 1628, el Habeas Corpus Act de 1679, y la Bill of Rights 1689, si bien no pueden ser consideradas como verdaderas cartas de derechos con

vocación universal, pues basta con leer su contenido para evidenciar que las mismas estaban dirigidas en favor del Parlamento o la burguesía inglesa, si consolidaron en el derecho anglosajón una cultura de los derechos básicos del hombre al reconocer algunos derechos que sirvieron de inspiración para otras declaraciones de derechos que hoy son considerados derechos humanos.

Derechos como la libertad eclesiástica, la proporcionalidad de la pena, el derecho de acceso a la justicia y el debido proceso legal, fueron algunas de las prerrogativas que reconocía la Carta Magna. La prohibición de las prisiones arbitrarias, incluso si provenían de cualquier autoridad real, en pro de la libertad individual, fue una de las principales demandas de la Petition of Right, que dio paso a que en el Habeas Corpus Act se reglamentara el procedimiento del habeas corpus estableciendo como reglas de ese procedimiento la de presentar al detenido al juez dentro de unos determinados plazos y el deber de la autoridad de informar la causa de la prisión al juez. Por su parte la Bill of Rights, además de cambiar el sistema constitucional inglés estableciendo la supremacía del parlamento sobre el monarca, también estableció derechos como las elecciones libres para el parlamento que se traduce en la libertad política de sus ciudadanos, la libertad de expresión, el derecho de petición a los órganos públicos, la prohibición de penas crueles y la prohibición de penas sin la formación de la culpa del imputado.

Otros referentes importantes en el desarrollo de los derechos humanos, son las revoluciones americana y francesa.

La Declaración de Virginia del 12 de junio de 1776 y posteriormente la Declaración de Independencia de los Estados Unidos del 4 de julio de 1776, proclaman la igualdad de todos los hombres y la existencia de derechos

inherentes e inalienables del ser humano. Estas declaraciones, junto a la Carta de derechos compuesta por las primeras diez enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos que entraron en vigor en 1791, fueron aportes trascendentales en la consolidación de los derechos humanos en tanto que las declaraciones les atribuyen tales derechos a todos los seres humanos, esto es, las prerrogativas allí contenidas están dirigidas a toda la humanidad y no a una sociedad específica como se evidenciaba en las cartas de derechos de los ingleses, y las mencionadas enmiendas consagran derechos como la libertad de expresión, la libertad religiosa, el derecho de reunirse, la libertad de petición y prohíben el castigo cruel y la obligación de autoincriminarse.

Por su parte, como consecuencia de las grandes luchas de los franceses, en 1789 se creó uno de los documentos más importantes de la historia de los derechos humanos, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Esta Declaración se funda en el respeto y la igualdad de toda persona lo que le otorga un alcance universal más allá de los franceses pues está dirigida a toda la humanidad, establece derechos individuales como la libertad, la propiedad, la seguridad, la resistencia a la opresión, la participación política, la presunción de inocencia, la libertad de pensamiento, la libertad religiosa y la libertad de expresión, y regula en su artículo 16 premisas como que “Toda Sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”, significando entonces que el fin del Estado es la protección y garantía de los derechos de todas las personas.

Ya en el escenario internacional propiamente dicho, el primer fenómeno que generó un pronunciamiento de la comunidad internacional, incluso antes de la creación de la Sociedad de Naciones en 1919, fue la esclavitud (O’Donnell, 2001), de allí que en 1814 el Tratado de París haya reconocido

la necesidad de eliminar el trato de esclavos y el Tratado de Viena, promulgado un año más tarde, haya condenado el tráfico de esclavos, lo que se prohibió expresamente en el Tratado de Bruselas de 1890 (O'Donnell, 2001).

Posteriormente surgieron nuevos instrumentos internacionales que reflejaron la preocupación de la comunidad de naciones por los derechos humanos. Así, en 1864 se celebró en la ciudad de Ginebra un convenio para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña, lo que junto con la Declaración de Petesburgo de 1868 en donde los países firmantes renuncian al uso de balas explosivas o fulminantes, dan paso a los cuatro convenios de Ginebra sobre el derecho internacional humanitarios adoptados en la Convención de la Haya de 1899. En el campo social como consecuencia de la revolución industrial y de las movimientos obreros de la época que reclamaban una “legislación internacional sobre los derechos de los trabajadores” (O'Donnell, 2001, p. 43), se aprobó un Protocolo sobre la edad mínima para el trabajo en minas, que sirvió de antesala a la creación de la Organización Internacional del Trabajo en 1919 con el Tratado de Versalles que puso fin a la Primera Guerra Mundial y que estableció la Sociedad de Naciones.

La Sociedad de Naciones tenía como finalidad velar por la paz y la seguridad internacional (Tantaleán Odar, 2015), y si bien la protección de los derechos humanos no era uno de sus principales propósitos, se adoptaron algunas medidas de protección a las minorías como los esclavos (Convención contra la Esclavitud de 1926), los refugiados, las mujeres y los niños (Convención contra la trata de Mujeres de 1921 y Declaración de los Derechos de los niños de 1923) (O'Donnell, 2001).

Evidentemente la Sociedad de Naciones Unidas fracasó en su propósito, no obstante inspiró la creación de la Organización de las Naciones Unidas como el pacto entre las Naciones para evitar atrocidades como las acontecidas durante la Segunda Guerra mundial, de allí que su finalidad además de mantener la paz y la seguridad internacional, sea la de proteger los derechos humanos, constituyéndose en el inicio formal del proceso de institucionalización de los derechos humanos y la creación de diferentes instrumentos que componen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La misma Carta de la ONU de 1945 que creó esta importante Organización, contiene en su preámbulo el reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre, la dignidad humana y la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, lo que refleja su propósito de promover y garantizar los derechos humanos, intención que empezó a materializarse el 10 de diciembre de 1948 cuando la Asamblea General de la ONU aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en cuyo primer artículo se establece que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Como en principio esta Declaración carecía de fuerza vinculante para los Estados, la misma Asamblea General de la ONU en el año de 1966 adoptó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, como instrumentos que consagran obligaciones específicas para los Estados.

La Declaración Universal y los Pactos mencionados, conforman la llamada “Carta Internacional de Derechos Humanos”, y a partir de este momento la comunidad internacional ha adoptado diferentes tratados o instrumentos de

derechos humanos y ha elaborado diferentes mecanismos para su protección.

Paralelamente en el ámbito regional se ha desarrollado una normativa y procedimientos importantes para la protección de los derechos humanos lo que refleja el consenso de las naciones. Específicamente en América, este proceso inició con la adopción por parte de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre el 30 de abril de 1948, incluso algunos meses antes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La Carta de la OEA, firmada el mismo 30 de abril de 1948 y que dio origen a esta Organización, además de consagrar en diversas secciones el respeto por los derechos humanos, lo que demuestra el objetivo común de los Estados, previó la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como un órgano principal de esa Organización en su artículo 53, cuya función central es la de “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia” (artículo 106), no obstante se instauró solo hasta 1959.

La falta de obligatoriedad de la Declaración Americana para los Estados miembros en ese momento, conllevó a que en 1969 se firmara la Convención Americana sobre Derechos Humanos que reconoce en su gran mayoría los mismos derechos consagrados en la Declaración, además de otorgarle competencia a la Comisión Interamericana para promover y proteger los derechos de la Convención, y de crear un tribunal internacional que conoce de casos por violación a los derechos humanos allí estipulados y responsabiliza a los Estados por el incumplimiento de las obligaciones que prescribe, la CrIDH.

En 1988 se suscribió el Protocolo de San Salvador que amplió el listado de derechos protegidos internacionalmente al campo de los derechos económicos, sociales y culturales, y a partir de allí han sido proferidos diferentes instrumentos internacionales de protección de derechos humanos en las Américas.

1.1.2. Estructura del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos es el mecanismo jurídico-político creado por la voluntad soberana de los Estados en el marco de la OEA, para cumplir con el objetivo común de todos los Estados de promover, proteger y garantizar los derechos humanos en el continente.

Este Sistema se cimienta en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como instrumento por excelencia en donde se encuentra consignado el consenso de los derechos humanos a cuyo respeto y garantía se obligan los Estados, y a partir del cual se hacen exigibles dichas obligaciones a los Estados a través de juicios de responsabilidad internacional. No obstante existen otros tratados interamericanos que hacen parte del SIDH en los que descansa la protección de los derechos humanos en la región y que conforman el denominado “*Corpus Iuris Interamericano*” sobre el cual se profundizará en las próximas líneas.

El Sistema Interamericano no cuenta con un órgano político dedicado a los derechos humanos como si lo tiene el sistema de la ONU con la Comisión de Derechos Humanos (O’Donnell, 2004), no obstante, está dotado de dos organismos principales de naturaleza jurisdiccional y cuasi-jurisdiccional, la CrIDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La CrIDH fue establecida por la CADH como un órgano competente para “conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención” (artículo 33), siéndole adjudicada por la misma Convención una competencia consultiva y otra contenciosa.

En virtud de lo estipulado en su artículo 64, la CrIDH responde consultas elevadas por los Estados miembros de la OEA u otros órganos de la OEA relativas a la interpretación de la Convención Americana y de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos, lo que conforme a la Opinión Consultiva 1 de 1982 cobija todo tratado vigente en un Estado Americano y en el que “esté directamente implicada la protección de los derechos humanos”, incluyendo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en virtud de la competencia que se atribuyó para interpretarla en la Opinión Consultiva 10 de 1989. Así mismo, las consultas pueden versar sobre la compatibilidad de una ley con la Convención, en cuyo caso solo puede elevarla un Estado miembro con respecto a su propia legislación, entendiendo el término “ley” conforme a lo estipulado en la Opinión Consultiva 6 de 1986.

En ejercicio de su función contenciosa, la CrIDH conoce de casos en los que intervenga un Estado Parte que haya reconocido la competencia contenciosa de la Corte (artículo 62 CADH) relacionados con la aplicación de la Convención Americana y demás tratados sobre los cuales le haya sido reconocida la facultad para velar por su cumplimiento. En ejercicio de esta función jurisdiccional la Corte profiere sentencias en donde analiza la responsabilidad internacional de los Estados por la violación de los derechos consagrados en dichos instrumentos del Sistema Interamericano, interpreta la norma convencional y el alcance de las obligaciones y derechos allí contenidos, y de darse el caso, adopta las medidas de reparación

pertinentes. Adicionalmente y conforme a la facultad otorgada por el artículo 63.2 del Pacto de San José, la CrIDH puede adoptar medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es una institución que carece de competencia judicial pero a la que se encuentran sometidos todos los Estados miembros de la OEA, incluso los Estados que no son parte de la Convención Americana, por tratarse de un órgano creado en su Carta de constitución, y cuyas funciones no se encuentran supeditadas al reconocimiento de su competencia como si ocurre con la CrIDH, lo que le permite conocer de las violaciones a los derechos contenidos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre por parte de los Estados miembros de la OEA, y de las violaciones a los derechos convencionales en cabeza de los Estados parte de la Convención.

Este organismo tiene como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia (artículo 106 Carta de la OEA), y en tal sentido, es la encargada de estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América (artículo 41, literal a, CADH), recibir las denuncias o quejas presentadas por cualquier persona o entidad no gubernamental legalmente reconocida sobre violaciones de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana (artículo 44 CADH), la Declaración Americana u otro instrumento conforme a lo dispuesto en su Reglamento y Estatuto, solicita a los Estados que adopten medidas cautelares relacionadas con “situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano” (Artículo 25 Reglamento de la CIDH), presenta recomendaciones a los Estados parte de la Convención

Americana en el trámite de una petición individual (artículos 50 y 51 CADH), y en general recomienda a los Estados miembros de la OEA la adopción de medidas progresivas en favor de los derechos humanos en la región (artículo 41, literal b, CADH).

1.1.3. Principio de Subsidiaridad o Complementariedad

El principio de subsidiaridad, o también llamado de complementariedad, es uno de los principios que subyace el Derecho internacional de los Derechos Humanos en general, y que en el Sistema Interamericano encuentra su fundamento jurídico en el preámbulo de la Convención Americana al establecer que la protección internacional de los derechos esenciales del hombre es de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

El principio de subsidiaridad en el marco del DIDH supone que, no obstante la existencia de normas y procedimientos internacionales para la protección de los derechos humanos o precisamente en virtud de ellos, es a los Estados a los que corresponde en primera instancia respetar y hacer respetar tales derechos en el ámbito de su jurisdicción y sólo cuando éstos no han brindado una protección adecuada o efectiva es que la jurisdicción internacional (ahí donde exista) puede y debe ejercer su competencia. (Toro, s.f., p. 24)

Lo anterior supone, desde la dimensión procesal del principio de subsidiaridad (Santiago, 7 de agosto de 2013)¹, que la responsabilidad internacional de un Estado solo puede ser estudiada y decidida, después que el Estado haya tenido la oportunidad de advertir en sede interna la violación

¹ Según este autor, existen dos dimensiones del principio de subsidiaridad, una dimensión sustantiva y una procesal.

a un derecho humano y reparar a las víctimas del daño ocasionado, de tal suerte, que si en sede interna se protegen los derechos humanos y se resuelve satisfactoriamente esa presunta violación, no es necesario acudir al Sistema Interamericano para que apruebe o confirme tal situación, dado que la CrIDH no funge como un tribunal de casación o apelación ni constituye una cuarta instancia (CrIDH, caso Las Palmeras Vs. Colombia, sentencia de 6 de diciembre de 2001, serie C No. 90, párrafo 33, y caso Tarazona Arrieta y Otros Vs. Perú, sentencia de 15 de octubre de 2014, serie C No. 286, párrafo 136).

Y es que el DIDH no pretende sustituir al derecho nacional sino complementarlo, y en consecuencia actúa solo cuando este último es ineficaz e insuficiente para garantizar el goce pleno de los derechos humanos, pues como lo indicó la CrIDH en el caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006, serie C No. 157, párrafo 66, el Estado

es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos.

En virtud de este principio el artículo 46 de la Convención Americana dispuso como un requisito para que una petición individual sea admitida por la Comisión, “que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente

reconocidos”, recursos que no solo deben existir formalmente sino que deben ser adecuados y efectivos para la protección del derecho humano conculcado y cuyas excepciones están reguladas en la misma norma convencional.

1.1.4. Obligaciones en materia de Derechos Humanos

El sistema interamericano de protección de derechos humanos “se fundamenta en la responsabilidad internacional de los Estados que surge por la violación de los deberes establecidos en los tratados de derechos humanos en vigor” (Rodríguez H., 2006, p. 70), de allí que los tratados de derechos humanos que conforman el *Corpus Iuris* interamericano, y específicamente la Convención Americana defina en sus dos primeros artículos las obligaciones que asumen los Estados al momento de decidir voluntariamente y en ejercicio de su poder soberano, ratificar dicho instrumento, y por cuyo cumplimiento deben velar todos los órganos del Estado.

Así, los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José establecen las obligaciones de respetar y garantizar el pleno ejercicio de los derechos consagrados en la Convención, y adecuar el ordenamiento jurídico interno para hacer efectivos tales derechos.

La primera obligación consistente en respetar y garantizar el goce y pleno ejercicio de los derechos humanos, constituye el fundamento genérico de la protección de los derechos humanos (CrIDH, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988), y contiene un deber negativo y

un deber positivo para los Estados parte de la Convención. En efecto, cuando el artículo 1.1 establece la obligación de respeto, en términos generales supone una exigencia de “no hacer” aquello que pueda violar los derechos humanos, o en otras palabras, no incurrir en conductas que quebranten las normas del tratado. Así las cosas, a través de esta obligación se ponen límites al poder del Estado, impidiendo su intromisión en atributos inviolables de la persona humana, e inherentes a su dignidad, “Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente”.

Por su parte la obligación de garantía, es una obligación positiva que implica la acción del Estado con miras a tomar medidas para asegurar el pleno ejercicio y disfrute de los derechos humanos. Lo anterior supone el reconocimiento de tales derechos al interior de cada Estado, aunque como lo dijo la CrIDH en la sentencia ya referenciada, la sola existencia de normas en sede interna que busquen su cumplimiento no es suficiente, debe existir “una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”, de tal suerte que el Estado debe organizar todo su aparato y estructura con miras a cumplir las normas convencionales.

Esta obligación positiva trae consigo el deber de los Estados de prevenir las violaciones a los derechos humanos, investigar dichas violaciones, sancionar a los responsables de las mismas y reparar sus consecuencias.

La primera obligación de los Estados es la de prevenir, razonablemente, las violaciones a los derechos humanos, y en palabras de la CrIDH

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la

salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado. (CrIDH, caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, párrafo 175)

No obstante, una vez ocurrida la violación del derecho humano, surge para el Estado la obligación de investigar, y si el Estado actúa de modo tal que la violación quede impune, está incumpliendo su obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que

comprometería la responsabilidad internacional del Estado. (CrIDH, caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, párrafo 177)

Por su parte, la obligación de sancionar se materializa en la continuación de la investigación de las violaciones a derechos humanos con miras a sancionar a los responsables conforme al derecho interno (CrIDH, caso Castillo Páez Vs. Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997), lo que a su vez permite garantizar el derecho a la verdad que tienen las víctimas y la sociedad en su conjunto, como quiera que este último “se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención” (CrIDH, caso Barrios Altos Vs. Perú, sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C No. 75, párrafo 48).

Toda violación a un derecho humano trae consigo el deber innegable del Estado de reparar a las víctimas. La Corte ha definido las reparaciones como aquellas “medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas” (CrIDH, caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú, sentencia de 7 de febrero de 2006, serie C No. 144, párrafo 175). Las que van de la mano con las medidas tendientes a evitar su repetición (CrIDH, caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam, sentencia de 10 de septiembre de 1993) y que en su conjunto dan origen al concepto de reparación integral que no es otro que el restablecimiento de las cosas al estado anterior.

No obstante en algunos casos, debido a las circunstancias fácticas que rodean la violación al derecho humano, la restitución integral no es posible, suficiente o adecuada (CrIDH, caso Blake Vs. Guatemala, sentencia de 22 de enero de 1999, párrafo 42), por lo que la reparación se realiza a través de

una indemnización económica (CrIDH, caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, sentencia de 8 de julio de 2004, párrafo 189 y Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia, sentencia de 5 de julio de 2004, serie C No. 109, párrafo 222) y la adopción de otras medidas que coadyuvan a alivianar los efectos de dichas violaciones y a evitar su ocurrencia de nuevo, y dentro de las que se encuentran las de reparar el daño al proyecto de vida, a través de la cual se garantiza la “realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas” (CrIDH, caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas, sentencia de 27 de noviembre de 1998, serie C No. 42, párrafo 147) y las medidas de satisfacción y no repetición que apuntan al “reconocimiento de la dignidad de las víctimas, el consuelo de los derechos humanos de que se trata, así como evitar que se repitan violaciones como las del presente caso” (CrIDH, Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101, párrafo 268).

En virtud de estas últimas, la CrIDH a lo largo de su jurisprudencia ha adoptado mecanismos como la construcción de monumentos, plazas, parques, escuelas, la colocación de placas memoriales o individualizar con el nombre de las víctimas determinada calle, escuela y otros similares (CrIDH, caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, serie C No. 134 y caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia, sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C No. 148). La reincorporación de la víctima a su empleo del que fue arbitrariamente privado (CrIDH, Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, sentencia de 2 de febrero de 2001, serie C No. 72; y caso De la Cruz Flores Vs. Perú, sentencia de 18 de noviembre de 2004, serie C No. 115). La capacitación en derechos humanos a fuerzas de seguridad o personal del Estado (CrIDH Caso las Masacres de Ituango Vs. Colombia; Myrna Mack Chang Vs. Guatemala;

Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia; Tibi Vs. Ecuador; Claude Reyes y otros Vs. Chile, y Vélez Loo Vs. Panamá); la realización de actos públicos de reconocimiento de responsabilidad y ofrecimiento de disculpas por tales hechos (CrIDH. caso Kawas Fernández Vs. Honduras, sentencia de 3 de abril de 2009, serie C No. 196). La realización de un nuevo proceso judicial y la investigación y sanción adecuada a los responsables (CrIDH, caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala, sentencia de 22 de noviembre 2004, serie C No. 117, y caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú). Dejar sin efectos una sentencia judicial (CrIDH, caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, serie C No. 107, caso Palamara Iribarne Vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C No. 135). Ajustar determinada normatividad interna, inclusive la Constitución, a los estándares previstos por la CADH (CrIDH, caso “La Última Tentación de Cristo”(Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C No. 73, caso Yatama Vs. Nicaragua, sentencia de 23 de junio de 2005, serie C No. 127).

Por su parte, el artículo 2 de la Convención Americana consagra la obligación de adecuación, en virtud de la cual todo Estado parte de un tratado de derechos humanos debe adoptar en derecho interno las medidas necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones contratadas en dicho instrumento, como lo indicó la CrIDH en el caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, sentencia de 5 de febrero de 2001. En el derecho de gentes esta obligación constituye una norma consuetudinaria y en consecuencia válida universalmente, y ha sido calificada por la jurisprudencia de la CrIDH como un principio evidente por ejemplo en el caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina, sentencia de 27 de agosto de 1998, serie C No. 39, párrafo 68.

Este artículo convencional no define cuales son las medidas que debe adoptar un Estado, no obstante de su literalidad se advierte que las mismas no se restringen a la norma jurídica o al ordenamiento jurídico de un Estado, sino que además de estas el Estado debe adoptar medidas “de otro carácter” siempre que sean necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades allí contenidos, esto es, medidas que prevengan, investiguen, sancionen o reparen los derechos humanos.

Estas medidas son de dos vertientes, por un lado aquellas que suprimen una norma o práctica de cualquier naturaleza que generen una violación de las normas convencionales o impidan el ejercicio de los derechos humanos, y por otro, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes al efectivo cumplimiento de las garantías previstas en la Convención (CrIDH, caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2004, serie C No. 119, y caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004, serie C No. 112).

Tanto unas como las otras son medidas que evitan la continuada violación a los derechos humanos e impiden que el Estado incurra o siga incurriendo en violación al tratado, como si ocurre cuando el Estado no adapta las normas y las conductas de las autoridades internas a la Convención o se niega a retirar del ordenamiento jurídico una disposición contraria a este tratado, aun cuando estas hayan sido creadas de acuerdo con la Constitución de cada Estado (CrIDH, caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997, serie C No. 35, párrafo 98), pues tanto la existencia de una ley manifiestamente incompatible con la Convención como la falta de medidas de protección, incluso de carácter preventivo, generan *per se* una violación de la CADH en los términos del artículo 1.1².

² Al respecto ver Voto Razonado del Juez A.A. Cancado Trindade, párrafo 6. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005.

La jurisprudencia ha establecido con gran vehemencia que las medidas de derecho interno deben ser efectivas, y su efectividad se determina “cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de la Convención y, en el caso de que así no sea, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ella” (CrIDH, caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina, sentencia de 27 de agosto de 1998, serie C No. 39, párrafo 69). En tratándose de normas jurídicas, la falta de efectividad de estas puede afectar su existencia como tales (CrIDH, caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina, párrafo 70).

1.1.5. Corpus iuris de los Derechos Humanos

En los sistemas de protección de derechos humanos, incluido el sistema interamericano, existen diferentes instrumentos que desarrollan los estándares de protección de los derechos humanos, tales como las grandes declaraciones Universal de Derechos Humanos y Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por un lado, los tratados propiamente dichos en materia de derechos humanos, y los demás instrumentos de carácter no contractual sobre la materia (O'Donnell, 2004). Todos estos documentos forman el concepto de *corpus iuris* de los derechos humanos, término utilizado por primera vez por la CrIDH en la Opinión Consultiva 16 de 1990, en donde se establece que

El *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un

impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.

En sus sentencias la CrIDH ha hecho uso de este concepto para indicar que la Convención Americana hace parte de un *corpus iuris* de los derechos humanos, que sirve para fijar el alcance de los derechos allí establecidos (CrIDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 194. CrIDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 24), y así por ejemplo en el caso conocido como los “Niños de la Calle” contra el Estado de Nicaragua, aplicó no solo tratados internacionales sino también documentos no contractuales para interpretar los alcances del artículo 19 de la Convención Americana.

Resulta importante aclarar que la Corte “no se refiere a estos instrumentos en cuanto fuente de obligaciones para el Estado, pero si se refiere al contenido de ciertas reglas y directrices como descriptivas de deberes que incumben al Estado” (O’Donnell, 2004, p. 58), pues este concepto se utiliza esencialmente para la interpretación de las normas, es decir se acude a instrumentos que no tienen carácter vinculante para aclarar el contenido o alcance de una obligación contenida en una norma vinculante para el Estado.

1.2. Derecho de los tratados

1.2.1 Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece como fuentes del Derecho Internacional Público “a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”.

No obstante en materia de derechos humanos además de las anteriores fuentes del derecho, tienen gran relevancia los instrumentos internacionales que conforman el *corpus iuris* de los derechos humanos, en tanto que como instrumentos creados por los sistemas de protección, coadyuvan a entender su contenido y las obligaciones de los Estados, y a velar por su cumplimiento.

Empezaremos haciendo referencia a los principios generales del derecho y a las decisiones judiciales y la doctrina, para luego abordar la costumbre internacional y por último las convenciones o tratados internacionales.

a) Principios Generales del Derecho y Jurisprudencia y Doctrina

Como lo establece Loretta Ortiz Ahlf “Los principios generales del derecho son principios comunes a los distintos sistemas jurídicos que ya han alcanzado una cierta objetivización en el derecho interno” que además de llenar un vacío en el derecho internacional tanto positivo como consuetudinario, “sirven de instrumento para la debida aplicación e

interpretación de los tratados y de la costumbre” (p. 40). A propósito del tema de los derechos humanos esta autora trae como ejemplos el principio de la interpretación más benéfica para el individuo y el principio de derechos implícitos o inherentes a la persona humana que no pueden desconocerse pese a que no se encuentren expresamente consignados en las constituciones o los tratados internacionales.

La CrIDH hizo uso de los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” en el caso Aloeboetoe y otros contra el Estado de Surinam, lo que constituye un claro ejemplo de la importancia de esta fuente del derecho internacional.

Por su parte, las decisiones judiciales consisten en los pronunciamientos emitidos por órganos jurisdiccionales como la CrIDH, cuasi jurisdiccionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, e incluso nacionales; y la doctrina “son los pronunciamientos adoptados por un órgano competente a fin de interpretar o aclarar el contenido, alcance o valor jurídico de una disposición contenida en la normativa internacional o, eventualmente, una regla o principio del derecho consuetudinario vigente” (O’Donnell, 2004, p. 28).

Evidentemente la jurisprudencia o las providencias de los órganos internacionales constituye una fuente principal del derecho internacional como intérpretes de los tratados y las costumbres, no obstante no tiene el mismo valor jurídico un pronunciamiento de un órgano jurisdiccional que el de un órgano cuasi jurisdiccional, de ahí que se hayan establecido criterios para determinar la jerarquía de estas fuentes del derecho internacional.

Daniel O’Donnell ha señalado como tales la naturaleza del órgano que emite la providencia o realiza un pronunciamiento, esto es si se trata

precisamente de un órgano jurisdiccional o no, su composición, esto es si integran todos los sistemas jurídicos existentes, y la naturaleza de su competencia, es decir que debe advertirse si se estableció en algún instrumento, por ejemplo, que determinado órgano solo tiene competencia para emitir comentarios o recomendaciones, además de tener en cuenta la intención manifestada por el órgano al formular una observación o comentario. Aunado a lo anterior, es necesario analizar la experiencia acumulada de un determinado órgano o el rigor jurídico que fundamentan sus pronunciamiento, y la reacción de los Estados ante estos (2004).

b) La costumbre internacional.

La Costumbre internacional es considerada por la doctrina como la fuente tradicional del derecho internacional (O'Donnell, 2001), y conforme lo establece el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en el artículo 38, hace referencia a la práctica generalmente aceptada como derecho, y en tal sentido la formación de una norma de derecho consuetudinario requiere el cumplimiento de dos requisitos, que se trate efectivamente de una práctica generalizada y la creencia de que esa práctica es obligatoria u *opinio iuris*.

La práctica generalizada no significa que necesariamente una norma sea aceptada de forma unánime por todos los Estados, aunque si es necesario que quienes la aceptan representen distintos sistemas jurídicos y sociales. Esta práctica “puede manifestarse expresa o tácitamente, incluso por la aquiescencia ante los actos o pronunciamientos de otro Estado o de una organización internacional que le afecten” (O'Donnell, 2001, p. 32) y para adquirir obligatoriedad no es necesario que la práctica tenga que existir durante mucho tiempo.

La *opinio iuris* no es otra cosa que la creencia por parte de los Estados que dicha práctica supone una obligación jurídica que debe ser cumplida, es decir no es suficiente que se acuda a esa práctica en forma frecuente o de manera habitual por los Estados, debe considerarse una obligación de naturaleza jurídica para que pueda convertirse en una norma consuetudinaria³.

Una vez la práctica generalizada se convierte en una costumbre internacional y entra a formar parte del derecho internacional, obliga automáticamente a todos los Estados independientemente de su aceptación expresa o tácita en tanto que ya es una fuente del derecho, exceptuando el evento en el que el Estado haya negado su validez desde el principio y de manera inequívoca en cuyo caso dicha norma consuetudinaria no obliga al Estado, aunque esta excepción no se aplica si la norma adquiere el carácter de *ius cogens* (O'Donnell, 2001).

Los órganos políticos de la ONU y la OEA favorecen a través de sus resoluciones la labor de comprobar la práctica y la *opinio juris* de los Estados, de ahí que si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en principio carecían de obligatoriedad, “fueron incorporados al *corpus* del derecho consuetudinario por la práctica de los Estados” (Ortiz Ahlf, 2006, p. 27). El primer documento fue reconocido como obligatorio para los Estados a través del Acta Final de la Conferencia Internacional de los Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968 y fue confirmada por la Corte Internacional de Justicia en el caso Rehenes de Teherán (O'Donnell, 2001). En 1981 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconoció la obligatoriedad de la Declaración Americana en virtud de lo estipulado en la Carta de la OEA (Ortiz Ahlf, 2006, p. 27).

³ CIJ. Asunto de la Plataforma Continental del Mar de Norte. 1969.

c) Los tratados internacionales

Los tratados (convenciones, pactos o protocolos, términos sinónimos en materia de derechos humanos) son “instrumentos contractuales’ en donde los Estados se vinculan por un acto formal que los convierte en Estados Partes, con obligaciones hacia las demás partes” (O’Donnell, 2001, p. 57), y sus reglas han sido codificadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Por tratarse precisamente de acuerdos internacionales celebrados por los Estados, como lo estipula el artículo 2.1. de la Convención de Viena, son los Estados los principales actores en el Derecho Internacional, quienes en ejercicio de su soberanía estatal deciden asumir obligaciones internacionales creadas por ellos mismos. No obstante, la sola firma o adopción de un tratado no obliga a los Estados a su cumplimiento, pues existen diferentes formas a través de las cuales un Estado da su consentimiento para vincularse al contenido y alcances de dicho tratado, y la Convención de Viena señala como tales la firma definitiva del tratado⁴, el canje de instrumentos que constituyen un tratado⁵, la ratificación, aceptación o

⁴ “Artículo 12: Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la firma. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestara mediante la firma de su representante: a) cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto; b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga ese efecto; o c) cuando la intención del Estado de dar ese efecto a la firma se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación. 2. Para los efectos del párrafo 1: a) la rúbrica de un texto equivaldrá a la firma del tratado cuando conste que los Estados negociadores así lo han convenido; b) la firma "ad referéndum" de un tratado por un representante equivaldrá a la firma definitiva del tratado si su Estado la confirma.”

⁵ “Artículo 13: Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante el canje de instrumentos que constituyen un tratado. El consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado constituido por instrumentos canjeados entre ellos se manifestara mediante este canje: a) cuando los instrumentos dispongan que su canje tendrá ese efecto; o b) cuando conste de otro modo que esos Estados han convenido que el canje de los instrumentos tenga ese efecto.”

aprobación de un tratado⁶, y la adhesión⁷, sin embargo en materia de derechos humanos la ratificación y la adhesión son las únicas formas utilizadas por los Estados para adquirir voluntariamente las obligaciones de un tratado en la materia (O'Donnell, 2001).

En tal sentido, la manifestación del consentimiento, como elemento representativo del ejercicio de la soberanía por parte de los Estados, también le permite a éste excluir de su ámbito de obligatoriedad, ciertas disposiciones de un tratado, de acuerdo con el procedimiento establecido en la Convención de Viena.

Puntualmente, las reservas que es el nombre que materializa esta facultad, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 2, numeral 1, literal d de la enunciada Convención, son “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”, de tal manera que si al firmar, ratificar, aceptar, aprobar o adherirse a un tratado el Estado no formula reserva alguna, este instrumento entra en vigor en su totalidad para ese Estado y con

⁶ “Artículo 14: Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la ratificación, la aceptación o la aprobación. 1. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestara mediante la ratificación: a) cuando el tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación; b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que se exija la ratificación; c) cuando el representante del Estado haya firmado el tratado a reserva de ratificación; o d) cuando la intención del Estado de firmar el tratado a reserva de ratificación se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación. 2. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la aceptación o la aprobación en condiciones semejantes a las que rigen para la ratificación.”

⁷ “Artículo 15: Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la adhesión. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestara mediante la adhesión: a) cuando el tratado disponga que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión; b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión; o c) cuando todas las partes hayan consentido ulteriormente que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión.”

posterioridad no puede alegar lo contrario y tampoco puede negarse a cumplirlo.

Si bien las reservas pueden realizarse sobre todos los tratados, la Convención de Viena establece algunas excepciones. El artículo 19 de este instrumento consagra que no se puede realizar una reserva cuando esté prohibida por el tratado; o el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o en su defecto cuando la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado. Una vez realizada la reserva debe seguirse un proceso de aceptación u objeción de la misma por parte de los demás Estados parte en el tratado, lo que puede conllevar incluso a que un tratado no entre en vigor entre el Estado autor de la reserva y un Estado que objete la misma, tal como lo establecen los artículos 20 y 21 del pluricitado instrumento.

No obstante como lo establece Ortiz Ahlf (2006) en muchas ocasiones las reservas limitan la efectividad de un tratado o incluso su campo de aplicación haciendo inocua la excepción consistente en que la reserva no puede ir en contra del objeto y fin del tratado, más aún si se tiene en cuenta que en tratándose de tratados de derechos humanos se pone en juego no solamente la finalidad de estos instrumentos que es la protección y garantía de los derechos humanos, sino también normas imperativas o de *ius cogens*. De ahí que los órganos de control y jurisdicción de derechos humanos, a través de la práctica y la jurisprudencia, se hayan abrogado la competencia de analizar la validez de las reservas, tal y como lo ha hecho por ejemplo la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso de Belilos contra Suiza y el Comité de Derechos Humanos en su Observación No. 24 de 1994⁸. Esto por

⁸ Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 24, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Observación general sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus

supuesto trae como consecuencia que existan dos sistemas de admisibilidad de reservas lo que puede traducirse en que mientras una reserva es declarada inválida por el órgano de control del tratado, pueda estar vigente entre el Estado que la formuló y el que la aceptó (Ortiz Ahlf , 2006).

1.2.2. Naturaleza de los tratados de derechos humanos

Los tratados internacionales celebrados entre Estados se sustentan en el principio de reciprocidad en virtud del cual se establecen derechos y obligaciones mutuas para los Estados parte. En otras palabras, como contratos entre Estados, los tratados regulan intereses de las partes contratantes, a tal punto que la violación de un tratado o de alguno de sus artículos, puede generar, incluso, hasta su terminación en los términos del artículo 60 de la Convención de Viena sobre los derechos de los tratados de 1969.

No obstante, en materia de derechos humanos, si bien estos tratados se suscriben entre Estados, los derechos allí establecidos no se otorgan a los Estados sino a los individuos, y su objetivo no es regular intereses recíprocamente entre los Estados parte sino “el establecimiento de un orden público común” (Rodríguez H., 2006, p. 62) cuyos destinatarios son los seres humanos.

Así, los tratados de derechos humanos poseen unas características propias que les otorgan una naturaleza distinta frente a los tratados tradicionales celebrados por los Estados, las cuales fueron esbozadas por primera vez por la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva sobre las Reservas a la Convención sobre Genocidio, al señalar que

Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, 52º período de sesiones, U.N. Doc. 1994.

Los tratados clásicos de derechos humanos están esencialmente dirigidos a regular hechos y obligaciones entre Estados, los nuevos tratados en materia humanitaria, sin perjuicio de que regulan derechos y obligaciones entre Estados, tienen una fundamental proyección interna. Este es el elemento fundamental caracterizante de estos modernos tratados.

Este carácter especial de los tratados de derechos humanos ha sido resaltado por los órganos internacionales de protección de derechos humanos, en razón a la importancia que reviste su naturaleza propia al momento de interpretar dichos instrumentos.

Así, la CrIDH en su Opinión Consultiva No. 2 del 24 de septiembre de 1982, señaló que

La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

Por su parte, tal y como lo indicó la misma CrIDH en la mencionada Opinión Consultiva, la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que el propósito de la Convención Europea de Derechos Humanos, no era “concederse derechos y obligaciones recíprocas con el fin de satisfacer sus intereses nacionales”, sino “establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de derecho”⁹, razón por la que las obligaciones allí contenidas sean de carácter objetivo cuyo propósito es la protección de los derechos de los seres humanos y no el reconocimiento recíproco de intereses entre los Estados contratantes.

1.2.3. Interpretación de los tratados de derechos humanos

Conforme lo estipulado en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”, de tal suerte que los principales elementos de interpretación son la buena fe, el sentido corriente de los términos, y tener de presente en cada interpretación el objeto y fin del tratado, y aun cuando el artículo 32 de la misma Convención establezca medios complementarios de interpretación, no es necesario acudir a ellos si la interpretación literal y teleológica son suficientes para entender el contenido de una disposición en un tratado (Ortiz Ahlf, 2006, p. 35).

Atendiendo la naturaleza propia y especial de los tratados de derechos humanos, la interpretación teleológica adquiere una mayor relevancia frente a este tipo de tratados, en la medida en que como se indicó anteriormente, su objeto y fin es “la protección de los derechos fundamentales de los seres

⁹ Citado en Corte IDH. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párrafo. 29

humanos” (CrIDH, OC-2/82, párrafo 29) y deben aplicarse “criterios objetivos de interpretación” (CrIDH, OC-3/83, párrafo 50) vinculados al texto mismo del tratado.

Está marcada interpretación teleológica que conlleva a acoger la interpretación que mejor se adecue y que garantice la protección de los derechos humanos, se encuentra además sustentada en el principio *pro homine* desarrollado en el artículo 29 de la Convención Americana, en virtud del cual ante la existencia de dos o más posibles interpretaciones de una norma, se debe acoger la interpretación más garantista para el ser humano por ser la que más se ajusta a su objeto y fin. En su opinión consultiva No. 4 de 1984 la CrIDH reafirmó esta doctrina y señaló que “‘el sentido corriente’ de los términos no puede ser una regla por sí misma sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado”.

El tratadista y juez de la CrIDH, Cancado Trindade (2001), resalta que no se puede pretender interpretar todos los tratados de manera uniforme, pues atendiendo, por ejemplo, la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos, se debe tener presente en su proceso de interpretación

el carácter objetivo de las obligaciones que consagran el sentido común (en relación con el derecho interno del Estado) de los términos de tales tratados, la garantía colectiva de estos, el amplio alcance de las obligaciones de protección y la interpretación de las restricciones permisibles. (p. 50)

Esta interpretación teleológica cimentada en el objeto y fin de los tratados de derechos humanos, se integra además con una interpretación “progresiva y dinámica” (O’Donell, 2001, p. 64) en tanto que “los tratados de derechos

humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” (CrIDH, OC-16/99, párrafo. 114).

Así mismo, no puede perderse de vista otra regla de interpretación reconocida en los tratados de derechos humanos referente a la complementariedad de los instrumentos internacionales entre sí, y entre estos y la normativa interna de los Estados que reconocen derechos humanos, regla que “no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier otro tratado internacional” (CrIDH, OC-5/85, párrafo 51).

1.2.4. Principios que regulan el cumplimiento de los tratados internacionales

Una vez los tratados entran en vigor, los Estados que han dado su consentimiento libre y voluntario quedan obligados a cumplir los compromisos allí asumidos, y de ello dan cuenta algunos principios que rigen el Derecho de los Tratados, iniciando por el denominado “*Ex consensu advenit vinculum*”, en virtud del cual los Estados deben manifestar libremente su consentimiento para obligarse por un tratado, por lo que sin consentimiento estatal no existe tratado, y por tanto, no puede exigirse su cumplimiento, razón por la que este es considerado uno de los principios esenciales y fundantes del derecho de los tratados.

El principio “*pacta sunt servanda*” establecido en el artículo 26 de la Convención de Viena, es considerado el principio fundamental del derecho internacional pues este dispone que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, y en tal virtud garantiza la

ejecución de los tratados mismos, pues si no existiera una obligación legal de respetar los tratados, las partes no se sentirían obligadas a cumplirlos, lo que además debe hacerse de buena fe, regla de interpretación de los tratados, que genera una obligación a las partes de no frustrar el objeto y fin del tratado. Como corolario de este principio el artículo 27 de la Convención de Viena consagra que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, pues de lo contrario la obligatoriedad de un tratado quedaría condicionado a la compatibilidad del mismo con el derecho interno de cada Estado, lo que afectaría la eficacia del derecho internacional (O’Donnell, 2001).

Existen algunas excepciones a este principio. Además de las reservas que pueden conducir a que un Estado se exima del cumplimiento de determinada obligación, siempre que la misma no se oponga al objeto y fin del tratado, los artículos 61 y 62 de la Convención de Viena contienen otras dos excepciones, la imposibilidad subsiguiente de cumplimiento y el cambio fundamental en las circunstancias; no obstante para O’Donnell (2001) estas reglas no son aplicables a los tratados de derechos humanos teniendo en cuenta los objetivos de estos tratados.

Existe otro principio que complementa los anteriores, y es el denominado “*res inter alias acta*” consagrado en el artículo 34 de la enunciada Convención, que establece que los tratados solo obligan a los Estados Parte, y “no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento”.

1.3. Incorporación del derecho internacional en el derecho interno

La relación entre el derecho internacional y el derecho interno ha sido uno de los principales focos de atención por parte de la doctrina tras el fuerte

desarrollo del derecho internacional en diferentes temas de interés universal como la idea de un bien común internacional y la protección de los derechos humanos, lo que ha permitido que los sistemas jurídicos estatales, en cabeza de las Constituciones, le otorguen mayor espacio al derecho internacional.

La incorporación del ordenamiento jurídico internacional en los sistemas jurídicos estatales así como el nivel que ocupa el primero dentro de la jerarquía normativa del Estado, lo determina la Constitución de cada Estado en virtud del principio de soberanía de que goza (Monroy Cabra, 2008), por lo tanto, es el propio Estado el que determina el efecto vinculante de un tratado en su sistema de fuentes del derecho, no obstante, no puede pasarse por alto que una vez entrado en vigor el tratado para ese Estado, no puede alegar como causa de su incumplimiento la violación a la Constitución o a cualquier otra norma interna, so pena de ser responsable internacionalmente.

Existen dos principales teorías que explican esta relación entre el derecho internacional y el derecho interno, las teorías monista y dualista, y a partir de ellas se analiza la recepción y la obligatoriedad del derecho internacional de los derechos humanos en cada Estado, y con ello el proceso de internacionalización del derecho constitucional¹⁰.

No obstante lo anterior, hoy por hoy más allá de la prevalencia de una teoría sobre otra, el derecho internacional interactúa continuamente con los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, existe un constante dialogo e interrelación entre los sistemas jurídicos por lo que no se puede hablar de dos esferas del derecho totalmente ajenas y distantes (Ibañez Rivas, 2015)

¹⁰ Manuel Fernando Quinche Ramírez en su artículo “El control de convencionalidad y el Sistema Colombiano” publicado en el año 2009, lo define como “el proceso de inclusión del Derecho Internacional dentro del derecho constitucional interno de un país, de modo tal que las normas internacionales ocupen un lugar definido dentro del sistema de fuentes del respectivo Estado” (pág. 169).

sino de dos áreas que se complementan en pro de la protección de los derechos humanos, sin embargo matricularse en una o en otra tesis, influye y determina el proceso de recepción del derecho internacional y su efecto vinculante.

1.3.1. Teoría monista y dualista

1.3.1.1. Teoría dualista

La teoría dualista expone que tanto el derecho internacional como el interno de cada Estado, son dos ordenamientos jurídicos distintos e independientes que provienen de fuentes diferentes y regulan relaciones entre sujetos disimiles, y como tales para que una disposición internacional ingrese al orden nacional requiere atravesar por un proceso de transformación mediante un acto formal que transcriba el contenido del tratado en una ley interna, el cual le otorga efecto vinculante en el sistema jurídico doméstico, pues de no ser así, esa norma internacional, aunque en vigor para el Estado, no puede ser invocada en su interior y solo constituiría una fuente de interpretación (Ibañez Rivas, 2015), frustrando así la aplicación del derecho internacional y sobreponiendo los intereses del Estado, aunque con ello desencadene la declaratoria de responsabilidad internacional del Estado.

Por tratarse de ordenamientos autónomos no es posible que exista conflicto entre sus disposiciones, pues una vez acontecido el proceso de transformación la norma internacional se convierte en derecho interno totalmente acompasado con el sistema jurídico del Estado, razón por la que las normas de derecho internacional tampoco pueden anular o inaplicar las normas del derecho interno y evidentemente estas últimas no pueden crear, modificar o anular las normas internacionales (Tantaleán Odar, 2015).

1.3.1.2. Teoría monista

El sistema monista de incorporación de normas internacionales al derecho interno, cuyo máximo exponente es Hans Kelsen, sostiene que existe un único sistema normativo, es decir, que tanto el derecho internacional como el derecho interno hacen parte de una misma estructura jurídica que deriva de la “norma fundamental” en tanto que para Kelsen “las normas jurídicas derivan su validez y su fuerza obligatoria de otras normas superiores desde el punto de vista jerárquico” (Monroy Cabra, 2008, p. 112).

Al pertenecer a un único sistema jurídico, la teoría monista establece que no existe ningún proceso de incorporación o transformación de la norma internacional al derecho interno lo que supone la aplicación inmediata del ordenamiento jurídico internacional (Tantaleán Odar, 2015), y aunque existen actos de aprobación de los tratados, estos por si mismos no implican una mutación de la norma internacional pues hacen parte de la formación del consentimiento del Estado (Ibañez Rivas, 2015).

Ante un eventual conflicto entre una norma internacional y una norma interna, el sistema jurídico determina la prevalencia de la una o la otra. Así, el monismo con primacía del ordenamiento jurídico interno surge como “consecuencia de la soberanía estatal absoluta, lo que conduce a la negación del Derecho Internacional” (Monroy Cabra, 2008, p. 112), y en el monismo con prevalencia del derecho internacional, este último se convierte en el límite de la conducta estatal, y en consecuencia todos los agentes del Estado están supeditados a los estándares internacionales sobreponiéndolos a las disposiciones nacionales.

La aplicación automática del derecho internacional, en tratándose de instrumentos de protección de derechos humanos, permite una protección

más efectiva y rápida de los derechos humanos, y como consecuencia de ello anula de forma inmediata las disposiciones jurídicas que le sean contrarias, de tal suerte que si un Estado adopta o aplica una disposición contrapuesta, incurre en responsabilidad internacional (Tantaleán Odar, 2015).

El tratadista Monroy Cabra (2008) sostiene que de acuerdo con lo regulado en los artículos 26, 27 y 46 de las dos Convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados, se puede concluir que estas Convenciones adoptaron un sistema “monista con preeminencia del Derecho Internacional” (p. 113).

1.3.2. Jerarquía normativa de los tratados de derechos humanos en el derecho interno de los Estados.

Al no poder invocar el ordenamiento jurídico interno para evadir el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas bajo su consentimiento, y a propósito del principio *pacta sunt servanda* que por el contrario le impone la obligación de cumplir dichas obligaciones aun cuando ello implique la adecuación del ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales, bien a través de la supresión o creación de normas jurídicas o implementación o eliminación de prácticas contrarias a los compromisos adquiridos, surge para los Estados la tarea de establecer el lugar que ocupa el derecho internacional, y específicamente los tratados sobre derechos humanos, en el sistema de fuentes del derecho nacional, tarea que nuevamente recae exclusivamente en el propio Estado en virtud del principio de soberanía.

En cuanto a las normas consuetudinarias el autor Monroy Cabra establece que “la recepción del Derecho consuetudinario internacional en el orden interno es automática” (Monroy Cabra, 2008, p.116) siempre que el Estado “haya consentido en la formación de la costumbre por no haber adoptado una conducta contraria u objetado la constitución de dicha costumbre.” (Monroy Cabra, 2008, p.116).

Respecto al derecho convencional, este mismo autor sostiene que la aplicación de los tratados está regulada por cada Estado en su Constitución, ocupando el derecho internacional diferentes posiciones en la jerarquía normativa doméstica dependiendo de lo allí consagrado. Así, existen Constituciones que le otorgan a los tratados igual valor que la ley interna, y entonces se ubican en el rango legal; en otros casos se les otorga un nivel supralegal pero infraconstitucional; algunas Constituciones le dan igual valor a los tratados y a la Constitucional, lo que los sitúa como una fuente constitucional; y otras Constituciones posicionan los tratados internacionales, específicamente en materia de derechos humanos, un nivel más arriba de las mismas Constituciones y eso les asigna una jerarquía supraconstitucional.

La posición que ocupan en el ordenamiento jurídico interno determina la invocación directa de los tratados como fuentes de derecho en cada caso concreto, lo que implica que estos pueden pasar de ser fuentes de aplicación directa que incluso pueden modificar o derogar la misma Constitución, a convertirse, en el mejor de los casos, en criterios auxiliares de interpretación normativa.

Sin embargo, la importancia que ha adquirido el derecho internacional en la consolidación de los ordenamientos jurídicos internos, y específicamente en tratándose de instrumentos de derechos humanos que han permitido un

dialogo continuo entre estos dos sistemas jurídicos en busca de proteger y garantizar el libre y pleno ejercicio de tales derechos, como objetivo común de los Estados, ha conducido a estos últimos a implementar otras formas de recepción del derecho internacional en el derecho interno.

Ibañez Rivas en el Manual Auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia (2015) cita como tales las “cláusulas de interpretación” que establecen que los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos deban ser interpretados conforme a los tratados internacionales, y de contera a los estándares originados en la jurisprudencia internacional, cuando el derecho interno otorgue una protección menos favorable que la internacional teniendo como derrotero el principio *pro homine*. Esta cláusula integra los tratados de derechos humanos en el bloque de constitucionalidad lo que implica que los mismos prevalecen en los sistemas jurídicos domésticos, se constituyen como parámetros de constitucionalidad de las leyes y pueden ser invocados directamente a través de las acciones creadas para tutelar los derechos constitucionales.

La “cláusula de los derechos implícitos” también apertura la introducción del derecho internacional en los sistemas jurídicos internos al estipular que los derechos consagrados en la Constitución no implican la negación de otros derechos que estén estipulados en otros tratados internacionales o que son inherentes al ser humano (Ibañez Rivas, 2015).

1.4. Constitucionalismo Moderno

1.4.1. Evolución histórica del Constitucionalismo Moderno

La transición del Estado liberal, en el que la fuente suprema era la ley, al Estado Constitucional, cuya norma suprema es la Constitución, transformó la estructura política y jurídica de las sociedades modernas que hoy se erigen en la garantía de derechos y el principio de división de poderes derivados del poder constituyente soberano que radica en cabeza del pueblo, consideradas por la doctrina como las columnas del constitucionalismo (Ferrer Mac-Gregor, 2013).

Como afirma Valdés (2005)¹¹ “las Constituciones son relativamente recientes; la expansión universal del constitucionalismo es un fenómeno del siglo XIX”; no obstante si bien la Constitución como norma jurídica, vinculante y obligatoria se origina en los últimos siglos, el término como expresión de la organización política de una sociedad viene desde la edad antigua (Monroy Cabra, 2007), siendo en la edad media, siglo XVI, donde surge el concepto de ley fundamental, antecedente directo de la Constitución, como lo plantea Georg Jellinek en su libro *Teoría General del Estado* (Monroy Cabra, 2007).

Este concepto de ley fundamental se encuentra directamente relacionado con la teoría del contrato social sobre el cual se crea el Estado, que se constituye en el marco jurídico que garantiza el poder soberano ejercido bien sea por el monarca o la asamblea, como lo afirma Thomas Hobbes en su obra *Leviatán*.

Por su parte, para los iusnaturalistas racionales, como Rousseau, quien sostiene en su obra *El contrato social* que el poder soberano radica en el pueblo, la Constitución es “la expresión del pacto social entendido como acuerdo general de sus miembros, lo que conllevó la distinción entre pacto social y acto constitucional. Mediante el pacto social la sociedad civil se

¹¹ Al escribir el prólogo de la obra *Interpretación Constitucional* coordinada por Eduardo Ferrer-Mac-Gregor, México, Porrúa, 2005, 2 vols.

convierte en sociedad estatal. Mediante el acto constitucional se realiza la organización de esa sociedad estatal.” (Monroy Cabra, 2007, p. 42).

Sin embargo fue Jhon Locke en su obra “Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil” (s.f) quien afirmó que ese despojo de soberanía de cada individuo en su estado de naturaleza, tiene como objetivo la creación de la sociedad política en donde se establecen instituciones como el legislador y la ley capaz de representar “la medida común” como parámetro de la solución de las controversias, un juez cierto e imparcial encargado de aplicar la ley, y un poder ejecutivo que ostenta la fuerza necesaria para hacer cumplir las sentencias. A partir de este planteamiento Locke distingue entre el poder absoluto, en donde un solo sujeto ostenta los tres poderes, y un poder moderado en donde los poderes son distintos y deben ser ejercidos por sujetos distintos (Monroy Cabra, 2007).

Todos estos referentes ius filosóficos se materializaron en la Constitución Inglesa del siglo XVIII que se convirtió en el principal referente de Constitución, al equilibrar el poder monárquico frente al poder del Parlamento bajo la fórmula del “*checks and balances*” (Monroy Cabra, 2007), equilibrio defendido por Montesquie en su obra “El Espíritu de las Leyes” (1906) quien advirtió que un régimen político moderado es aquel en el que la Constitución es capaz de mantener diferenciados y en armonía dichos poderes, evitando con ello el absolutismo del poder y garantizando un control permanente entre ellos.

Dos acontecimientos históricos se nutren de esta doctrina: La Revolución Norteamericana y la Revolución Francesa, que para Fioravanti (1999) constituyen “un momento decisivo en la historia del constitucionalismo”, inaugurando “un nuevo concepto y una nueva práctica” (p. 102).

En 1776 las trece colonias americanas independientes se transforman en Estados y suscriben el 4 de julio de ese año la Declaración de Independencia de los Estados Unidos que contiene la proclamación de los derechos inalienables de las personas como el derecho a la vida y a la libertad. No obstante, es la Declaración de Derechos de Virginia del mismo año el principal fundamento de la revolución norteamericana pues pregonó al mundo la soberanía del pueblo, los principios universales y derechos humanos inherentes declarados en una constitución escrita como la base y fundamento del gobierno (Dippel, 2008), develando que la fuente de tales derechos es el Derecho Natural.

Es la Declaración de Virginia la que contiene en palabras de Dippel (2008) los elementos esenciales del constitucionalismo moderno “soberanía del pueblo, principios universales, derechos humanos, gobierno representativo, la constitución como máxima ley, separación de poderes, gobierno limitado, responsabilidad y obligación de rendir cuentas del gobierno, independencia judicial e imparcialidad, y el derecho de la gente a reformar su propio gobierno o el poder constituyente del pueblo” (p. 6), de ahí que se expidieran Constituciones basadas en el principio de soberanía popular y de la división de poderes, en donde además de la declaración de derechos, se consignaron los órganos supremos del Estado y sus funciones, como la Constitución de 1787 que es democrática, fundada en el poder constituyente del pueblo soberano y dirigida a consolidar un gobierno limitado y con contrapesos.

Para Paine en *The Rights of man* (1791) “La constitución precede al gobierno, y este es criatura de ella. La constitución de un país no es un acto del gobierno, sino del pueblo que constituye el gobierno”.

La Revolución Francesa, por su parte, confirmó la esencia misma del constitucionalismo moderno con la Declaración de los Derechos del Hombre

y del Ciudadano, en cuyo artículo 16 establece los elementos principales del constitucionalismo, “Cualquier sociedad en la cual la garantía de los derechos no se garantice, así como la separación de los poderes no esté determinada, no tiene constitución alguna”. Si bien este no contiene todos los elementos que señalaba la Declaración de Virginia, por primera vez en un texto constitucional se establece que el constitucionalismo requiere ciertos elementos básicos sin los cuales no podría hablarse de esta teoría.

La bandera de igualdad y libertad con la que los burgueses franceses lucharon en 1789, dio origen al Estado de Derecho liberal (Carbonell, 2012) que se fundamenta en la legalidad como principio aplicable a toda la sociedad incluyendo al monarca, de tal suerte, que se limitó su poder absoluto y concentrado bajo el principio de separación de poderes, y se creó una Asamblea-Parlamento como depositaria del poder soberano que recaía en el pueblo a quien se le atribuyó la función de hacer la ley, que se convirtió en el estandarte y el referente de legitimidad del Estado de Derecho.

Los derechos individuales representados principalmente en la libertad individual y la igualdad formal, la propiedad privada y la preeminencia de la ley, valores básicos a los que debía servir el Estado de Derecho liberal burgués (Lanchero-Gámez, 2009), fueron cediendo ante el surgimiento en el siglo XX de las libertades materiales y los derechos sociales en donde tuvieron gran incidencia las banderas de pensamientos y revoluciones sociales.

Lo anterior, aunado al “absolutismo del legislador” que se creó con la total reverencia y culto a la ley en el que “El poder de configuración política en manos de los órganos de representación potenció un tipo de Estado en el que la voluntad del legislador daba forma y contenido a los derechos sin control alguno” (Lanchero-Gámez, 2009, p. 253), luego del vencimiento del

sistema fascista del tercer Reich y tras los estragos de la Segunda Guerra Mundial, dio origen a un Estado Social de Derecho en el que se reconoció a la Constitución como norma jurídica vinculante con eficacia directa que limita el contenido de las leyes que crea el legislador y los nutre en clave de derechos fundamentales.

Como se indicó en las primeras líneas de este escrito, se pasó entonces de un Estado liberal a un Estado Constitucional y en consecuencia la fuente normativa principal del derecho pasó de la ley a la Constitución, instrumento contenido de un catálogo de derechos fundamentales, principios y valores de aplicación inmediata, que la definió como la norma de mayor jerarquía de un ordenamiento jurídico en la que se encuentra la validez de las demás leyes que lo integran, de tal suerte que "la Constitución del Estado constitucional constituye más bien una estructura de valor material que, en tanto tal, reclama por sí misma su validez y obligatoriedad" (Cabo Martín, 1997, p. 323).

1.4.2. Principio de Supremacía Constitucional

El contexto histórico – filosófico en que se desarrolla la teoría del constitucionalismo moderno analizado, necesariamente ubica a la Constitución en la cúspide de la estructura jurídica del Estado, la que además de contener el pacto político de una sociedad, representa la norma de normas exigible y aplicable directamente en cada caso concreto.

Como afirma Monroy Cabra (2007), el concepto de Constitución liberal burgués es diferente en el proceso revolucionario francés e inglés y en el norteamericano, pues a diferencia de lo acontecido en Europa, en Norteamérica surgió la justicia constitucional y el control de constitucionalidad de las leyes, a partir del concepto de la Constitución como "norma jurídica

que ocupa la posición suprema del ordenamiento jurídico” (Álvarez, Conde, 1999, p. 148. Citado en Monroy Cabra, 2007).

Fue entonces en las colonias americanas entre 1787 y 1803 donde los jueces empezaron a declarar inconstitucionales las leyes estatales frente a las Cartas de las Colonias por tener estas últimas prevalencia sobre la legislatura de las Colonias; no obstante, mucho tiempo atrás, en 1610, se había resuelto el caso de Thomas Bonham por el juez Edward Coke, que aun cuando para algún sector de la doctrina constituye el primer antecedente de supremacía constitucional en el hemisferio, para otro sector este tipo de control más que de Norteamérica, “constituye la aplicación, en las Constituciones escritas, de los principios y de las técnicas desarrolladas por el common law inglés para impedir que las corporaciones públicas y privadas traspasaran el campo de su actividad” (Ferrer Mac-Gregor, 2011, p. 5), siendo producto de la evolución histórica que pasó de la justicia legal a la justicia constitucional.

La Constitución Estadounidense de 1787 consignó por primera vez una disposición que reconocía la supremacía de la Constitución, y bajo este contexto fue proferido el emblemático caso de Marbury vs. Madisón en 1803 que le otorga al juez la facultad de hacer un control sobre las leyes inconstitucionales, de tal manera que el juez, además del legislador, está sometido también a la Constitución, pasándose así del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho.

La supremacía constitucional se predica tanto en su carácter formal como material.

Acudiendo a su carácter material, la Constitución es norma suprema de todo ordenamiento jurídico ya que ella contiene los valores y principios

fundamentales que rigen a una organización político-social y que soportan el sistema constitucional como expresión de los anhelos y deseos más arraigados para una determinada comunidad política y los derechos universales e inherentes a la persona (Del Rosario Rodríguez, 2011).

La Constitución es el resultado del ejercicio del poder constituyente radicado en el pueblo soberano y no de la voluntad de los poderes constituidos, de ahí su naturaleza relevante ante la que ninguna otra disposición jurídica puede equipararse, pues al no provenir de la voluntad del constituyente originario carece de la legitimidad que ostenta la Constitución, más aún cuando esta contiene un catálogo de derechos que se convierten en los límites al ejercicio del poder, y organiza las instituciones del Estado distribuyendo el poder en tales órganos con el fin de garantizar el sistema de pesos y contrapesos (Palomino Manchego, 2008), lo que la convierte en la primera fuente de derecho.

Es formalmente suprema en tanto que fundamenta y le otorga validez a todo el sistema jurídico estableciendo el procedimiento y los criterios para la creación de otras normas, así como los órganos competentes para hacerlo. Las Constituciones de las revoluciones norteamericana y francesa surgieron como limitadoras del poder ante cualquier exceso o abuso en su ejercicio, y como tales debían gozar de mayor protección ante cualquier intención o pretensión de modificación por parte de algún órgano de poder que no estuviera facultado para hacerlo, estableciéndose entonces un proceso de reforma distinto y mucho más rígido que el de las leyes ordinarias.

El procedimiento esencialmente rígido que adoptan las constituciones para su modificación -en tanto que es expreso y diferente al de las demás leyes-, es otra característica que le otorga a la Constitución el calificativo de norma suprema. Esta rigidez impide que cualquier órgano de poder pretenda

modificarla sin tener la facultad para hacerlo, de allí que cuente con un órgano especializado encargado de adelantar su modificación garantizando la conservación de los elementos esenciales que fundan y erigen el Estado.

Si para que una norma goce de validez en el ordenamiento jurídico debe haberse proferido de acuerdo al procedimiento y las formalidades establecidas en la Constitución, resulta interesante traer a colación una preocupación expuesta por el tratadista Del Rosario Rodríguez (2011) en donde, a propósito de la Constitución como fuente de validez de las demás normas jurídicas, plantea que

El problema radica en que si se acepta que hay lugar para la existencia de normas que no procedan de los parámetros establecidos constitucionalmente para la validez de las normas jurídicas, conceptualizar jerárquicamente a la Constitución como fuente “suprema” única, es un tanto incierto, pues debilita de forma directa su eficacia. Al permitir la coexistencia de normas que no proceden integralmente de la norma suprema se rompe la idea del sistema jerárquico superior, pues el solo hecho de que existan normas que se apliquen dentro del sistema jurídico sin haber surgido del proceso formal de creación, demuestra que la Constitución no se erige como fuente absoluta y única de validez¹², sino que la unidad y coherencia del sistema se integra a partir de las normas externas que son reconocidas como válidas al ser aplicadas por las autoridades. (p. 8)

Los tratados internacionales escapan al proceso formal de creación establecido por las Constituciones en tanto fueron proferidos en un escenario internacional. Es este precisamente el talón de Aquiles de la relación entre el

¹² Esta situación se hace patente con la Ley de Imprenta de 1917, la cual entró en vigor antes que la Constitución promulgada en ese mismo año.

derecho internacional y el derecho constitucional interno de los Estados, pues desde una visión constitucionalista estos tratados no gozan de legitimidad en tanto que sus mandatos no provienen de la voluntad del pueblo como poseedor del poder constituyente y tampoco son válidos por no sujetarse a los procedimientos formales y las competencias establecidas en la Constitución, de ahí que exista un proceso de recepción de los tratados al interior de cada Estado dependiendo de la postura monista o dualista que adopte, a lo que también contribuye la figura del bloque de constitucionalidad como modelo de recepción e integración normativa entre los dos sistemas jurídicos.

De esta forma, como lo señala Ferrer Mac-Gregor (2011) “la supremacía jurídica de la Constitución es el rasgo más significativo del Estado constitucional de Derecho y el control de constitucionalidad de las leyes una de sus expresiones más destacadas” (p. 8).

En efecto, entender la Constitución como norma jurídica fundamental y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico, conlleva a que exista un mecanismo que garantice su superioridad, para lo cual se creó la figura del control de constitucionalidad, a través de la cual se pretende la armonización del sistema jurídico, mediante un análisis de compatibilidad con la ley fundamental.

Para García De Enterría (1983) dicho control tiene su razón de ser, comoquiera que

La Constitución define el sistema de fuentes formales del derecho de modo que solo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (...) una Ley será válida o un Reglamento vinculante. En este sentido, es la primera de las "normas de producción", la norma

normarum, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia (...) o duración (...), lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido. (p.49)

“Como mecanismo destinado a mantener el funcionamiento del Estado dentro de los lineamientos señalados por la voluntad constituyente” (Charry, 1993, p. 73) el control de constitucionalidad hace parte de los procesos constitucionales destinados a fortalecer las instituciones creadas en el texto constitucional, así como el control de las normas jurídicas que emanan del órgano legislativo (Garmendia, 2012); resaltándose que en esencia se constituye en un instrumento para la real materialización del sistema de frenos y contrapesos al ejercicio del poder, comoquiera que sin ello no se garantiza el goce de los derechos y libertades consagradas en los textos fundamentales.

Dicha figura surge en el Constitucionalismo moderno a partir del análisis del caso *Marbury vs. Madison*, donde se ratificó la supremacía de la Constitución y la capacidad de los órganos judiciales de revisar los actos de los poderes políticos del Estado para determinar su conformidad con la norma fundamental, creándose a partir de allí el denominado control de constitucionalidad difuso, propio del sistema jurídico norteamericano, en donde el Juez tiene la facultad en cada caso en concreto de inaplicar una ley considerada inconstitucional, cuyos efectos son *inter partes* y tiene carácter vinculante a través de la doctrina del precedente o *stare decisis* (Amaya, 2010).

En contraposición a dicho sistema, la justicia Constitucional Austriaca optó por un control concentrado en cabeza de un Tribunal especializado o Corte Constitucional que analiza y decide acerca de la constitucionalidad de las leyes y cuyos efectos son generales o *erga omnes*, eliminando cualquier posibilidad de análisis por parte del Juez ordinario en los casos en concreto, pues dicho análisis de constitucionalidad debe plantearse por vía de acción por los órganos del Estado afectados por el ordenamiento inconstitucional (Tobo, 1996).

Y algunos otros Estados como el Colombiano, adoptan un sistema mixto que combina los principales elementos característicos de los sistemas concentrado y difuso.

1.4.3. Bloque de Constitucionalidad

La figura del bloque de constitucionalidad parte de la premisa de que existen normas, principios, derechos, que no se encuentran en el texto de la Constitución pero que por disposición de la misma Constitución adquieren un rango constitucional, por lo tanto el bloque de constitucionalidad se convierte en “un intento por sistematizar jurídicamente ese fenómeno, según el cual las normas materialmente constitucionales -esto es, con fuerza constitucional- son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales -esto es, aquellas que son expresamente mencionadas por el articulado constitucional.” (Uprimny Yepes, 2001, p. 101)

Así también lo ha entendido la jurisprudencia constitucional colombiana al señalar que el bloque de constitucionalidad “está compuesto por aquellas 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” (CConst, C – 225/1995, A. Martínez Caballero).

El origen de esta figura deviene del Consejo Constitucional Francés, quien al hacer una interpretación del Preámbulo de la Constitución Francesa de 1958 que remitía a los Derechos del Hombre y a los principios definidos en la Declaración de 1789 confirmados en el Preámbulo de la Constitución de 1946”, estableció que dicho Preámbulo permitía la integración de la Constitución de 1958, la Declaración de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946 como un solo cuerpo normativo que conformaba la Constitución (Quinche Ramírez, 2009).

Como lo manifiesta el autor Uprimny Yepes (2001), el bloque de constitucionalidad hace más dinámica la Constitución y le permite adaptarse a los cambios históricos, económicos, jurídicos, y en general a las nuevas realidades sociales y políticas de una sociedad. Esta figura faculta a los ciudadanos en general para que invoquen directamente en sus reclamaciones y acciones judiciales las demás normas que se encuentran al mismo nivel constitucional.

El bloque de constitucionalidad constituye una excelente plataforma para la integración de los tratados de derechos humanos en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados y es uno de los principales parámetros para la aplicación del control de constitucionalidad, no obstante teniendo en cuenta que el desarrollo de esta figura es esencialmente jurisprudencial, para el caso colombiano se hará referencia a su desarrollo en las siguientes líneas.

1.5. Jerarquía de los tratados de derechos humanos en el derecho interno del Estado Colombiano

El proceso de internacionalización del derecho constitucional, la consecuente fuerza vinculante de los tratados internacionales de derechos humanos y su invocación directa al interior de los Estados, posibilita o restringe la consolidación de un ideal común internacional de respeto a los derechos humanos, en tanto que los tratados internacionales simplemente consagran compromisos y obligaciones que son propias de los Estados como primeros garantes de los derechos humanos que de ser cumplidas integralmente por estos, no sería necesario acudir a los escenarios internacionales.

En el orden jurídico colombiano la recepción constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos se encuentra garantizada a través de la figura del bloque de constitucionalidad consagrado en los artículos 53¹³, 93¹⁴, 94¹⁵ y 214¹⁶ Superior.

A partir de las enunciadas normas, el derecho internacional de los derechos humanos tiene un tratamiento especial gracias a la prevalencia en el orden interno de los convenios y tratados ratificados por el Estado Colombiano y la

¹³“...Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna...”.

¹⁴“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia...”.

¹⁵ “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”

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

concomitante obligación de interpretar los derechos constitucionales y fundamentales de conformidad con dichos tratados y convenios.

Ésta interpretación fue dada por la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C-574 de 1992, en la cual se indica que el constituyente primario con miras a garantizar en toda circunstancia los valores y principios fundamentales de la persona humana estableció la primacía del derecho convencional relativo a los derechos humanos en el orden jurídico colombiano.

Así mismo, en la sentencia C-295 de 1993, éste Alto Tribunal revalida la prevalencia en el orden interno de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos debidamente ratificados, siempre y cuando sus preceptos se acompañen con los mandatos de la Carta Política, ello en virtud de la supremacía Constitucional establecida en el artículo 4 Superior. Igualmente, precisa que la enunciada prevalencia no se predica de todos los derechos humanos consagrados en los tratados y convenios internacionales, sino solamente de aquellos cuya limitación está prohibida en los estados de excepción, tal y como se desprende de una lectura integral del artículo 93 y 214-2 de la Ley Fundamental.

Al efectuarse la revisión constitucional del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), y de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo, la Corte Constitucional profirió la sentencia C-225 de 1995 en la que ratificó la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales ratificados por Colombia, siempre y cuando se den dos requisitos: a) el reconocimiento de un derecho humano, y b) que ese derecho humano sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de

excepción. De otro lado, este Alto Tribunal efectuó una precisión conceptual trascendental respecto al concepto de prevalencia de los convenios y tratados internacionales de derechos humanos, y la supremacía constitucional, toda vez que si bien podría entenderse por prevalencia, una verdadera supraconstitucionalidad de los tratados de derechos humanos, dicha interpretación no se acompasa con el principio de supremacía constitucional que sitúa en lo más alto de la jerarquía normativa interna a la Carta Fundamental y no a los tratados internacionales de derechos humanos.

Al respecto el órgano de cierre de la jurisdicción Constitucional expreso:

La Corte considera que la noción de "bloque de constitucionalidad", proveniente del derecho francés pero que ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado[23], permite armonizar los principios y mandatos aparentemente en contradicción de los artículos 4º y 93 de nuestra Carta.

Este concepto tiene su origen en la práctica del Consejo Constitucional Francés, el cual considera que, como el Preámbulo de la Constitución de ese país hace referencia al Preámbulo de la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, esos textos son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes. Según la doctrina francesa, estos textos forman entonces un bloque con el articulado de la Constitución, de suerte que la infracción por una ley de las normas incluidas en el bloque de constitucionalidad comporta la inexecutablez de la disposición legal controlada. Con tal criterio, en la decisión del 16 de julio de 1971, el Consejo Constitucional anuló una disposición legislativa por ser contraria a uno

de los "principios fundamentales de la República" a que hace referencia el Preámbulo de 1946.

Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas 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. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reformas diversas al de las normas del articulado constitucional stricto sensu.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la Vista Fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts93 y 214 numeral 2º) es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art.4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).

Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario,

con el fin de potenciar la realización material de tales valores.
(CConst, C-225/1995, A. Martínez)

De esta manera, la Corte Constitucional a través de la figura del bloque de constitucionalidad armoniza el concepto de prevalencia de los tratados y la supremacía constitucional, concluyendo que los convenios y tratados de derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida en los estados de excepción se encuentran en el mismo nivel de la Constitución y por ende tiene su misma fuerza jurídica vinculante, y constituyen parámetros de constitucionalidad de las normas jurídicas de menor jerarquía.

Dicha postura fue confirmada en la sentencia C-358 de 1997 y en la sentencia C-327 de 1997 que definió el bloque de constitucionalidad como aquel conjunto de normas y principios que “sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control constitucional de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la Constitución”, resaltando que si bien es cierto los tratados internacionales vigentes en Colombia encuentran un incuestionable fundamento en normas constitucionales, no todas sus normas integran el bloque de constitucionalidad y sirven de fundamento para realizar el control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto, no todas cumplen los requisitos a los que se ha hecho alusión (ser reconocido como un derecho humano cuya limitación está prohibida en los estados de excepción), lo cual permite afirmar su prevalencia en los términos del artículo 93 de estatuto superior.

Posteriormente en la sentencia C-582 de 1999 se desarrolló el concepto de bloque de constitucionalidad en sentido *lato*¹⁷ y en sentido *estricto*¹⁸, con el

¹⁷ Puntualmente se dijo: “se refiere a aquellas disposiciones que “tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias”, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las

fin de diferenciar algunos preceptos normativos que si bien no forman parte del articulado constitucional, ostentan un carácter supralegal y se constituyen en parámetros del control de constitucionalidad, como en el caso de los tratados internacionales de derechos humanos, las leyes orgánicas, las leyes estatutarias y los tratados que integran el contenido normativo del artículo 101 Superior (tratados sobre límites territoriales del Estado Colombiano) los cuales fueron incluidos dentro del concepto de bloque de constitucionalidad en sentido *lato* (CConst, C - 191 de 1998 E. Cifuentes).

Por su parte, el bloque de constitucionalidad en sentido *estricto*, en los términos de la jurisprudencia constitucional se encuentra conformado por los principios y normas de valor constitucional, es decir, el texto o articulado del Estatuto Superior y los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha expresado de manera general que “los tratados internacionales por el solo hecho de serlo, no forman parte del bloque de constitucionalidad, por lo cual no ostentan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias” (CConst, C-358/97 E. Cifuentes); de igual manera, ha sido enfática en afirmar que “ni siquiera los tratados que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción gozan, en nuestro ordenamiento, de rango supraconstitucional” (CConst, C-400 de 1998 A. Martínez), pues la prevalencia que ostentan de conformidad con el artículo 93 constitucional debe ser acompasada en el principio de supremacía constitucional, y en virtud del bloque de

leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional.”

¹⁸ *“Conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional.”*

constitucionalidad se encuentran normativamente integrados a la Constitución.

Así las cosas, ha concluido este Alto Tribunal que:

la Carta establece una clara prevalencia de la Constitución sobre los tratados, con dos excepciones: de un lado, aquellos que reconocen derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, los cuales se integran al bloque de constitucionalidad; y, de otro lado, igualmente gozan de un status particular los tratados de límites, puesto que éstos, conforme al artículo 102 de la Carta, son normas particulares pues representan elementos constitutivos del territorio nacional, y por ende del propio Estado colombiano. (CConst, C-400 de 1998 A. Martínez Caballero)

A manera ilustrativa, la Corte Constitucional en materia laboral, en la sentencia C-401 de 2005 manifestó que si bien todos los convenios internacionales de la OIT que han sido debidamente ratificados por el Estado Colombiano hacen parte de la legislación interna como lo establece el artículo 53 Constitucional, solamente integran el bloque de constitucionalidad aquellos que reconocen y regulan derechos humanos; igualmente, y con criterios objetivos esta alta Corporación puede señalar que otros convenios forman parte del enunciado bloque de constitucionalidad en sentido *lato*, “en razón a que son un referente para interpretar los derechos de los trabajadores y darle plena efectividad al principio fundamental de la protección del trabajador (C.P., art.1) y al derecho al trabajo (C.P. arts. 25 y 53)”.

Respecto a la fuerza vinculante y relevancia de la jurisprudencia de las instancias internacionales en el ordenamiento jurídico interno colombiano, la

Corte constitucional en sentencia C-481 de 1998 se pronunció sobre su obligatoriedad al señalar que

en la medida en que el artículo 93 establece que los derechos constitucionales se interpretarán de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93), es lógico que nuestro país acoja los criterios jurisprudenciales de los tribunales creados por tales tratados para interpretar y aplicar las normas de derechos humanos. Esa doctrina internacional vincula entonces a los poderes públicos en el orden interno.

No obstante, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la Ley 74 de 1966¹⁹, la misma Corte Constitucional en la sentencia C-010 de 2000 indicó que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar los tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales, como quiera que el artículo 93 de la Carta Fundamental establece que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. En el caso puntual, cito la opinión consultiva No. 05 del 13 de noviembre de 1985 de la CrIDH, órgano judicial autorizado para interpretar la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en la cual estudio in extenso el alcance del derecho a la libertad de expresión.

Asimismo, en las sentencias C-046 de 1996; C-251 de 1997; T-568 de 1999²⁰; T-1319 de 2001; C-671 de 2002; T-558 de 2003, T-786 de 2003 y C-

¹⁹ “Por la cual se reglamenta la transmisión de programas por los servicios de radiodifusión”

²⁰ Esta providencia es de vital importancia en el derecho laboral colombiano, como quiera que por primera vez se planteó la integración de los convenios internacionales del trabajo al bloque de constitucionalidad, a partir del mandato de interpretación conforme señalado en el

370 de 2006, entre otras, el Tribunal de cierre de la jurisdicción Constitucional ha destacado que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de los tratados del derechos humanos, y por ende de los propios derechos constitucionales, razón por la cual debe ser atendida por los jueces nacionales.

En la sentencia C-442 de 2011, la Corte Constitucional ratificó que

la jurisprudencia de la Corte IDH es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos los cuales a su vez resultan relevantes al examinar la constitucionalidad de disposiciones de rango legal al hacer parte del bloque de constitucionalidad.

Aunado a lo anterior, éste Alto Tribunal ha considerado la importancia de realizar una interpretación sistemática y armónica de todos los tratados internacionales en materia de derechos humanos y de éstos con el texto constitucional, pues si bien aquellos hacen parte del bloque de constitucionalidad, y se constituyen en parámetros de constitucionalidad de las leyes, no por ello adquieren el rango de normas supraconstitucionales que pueda dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o

artículo 93 Superior, en la acción de tutela interpuesta por unos trabajadores sindicalizados de las Empresas Varias de Medellín, que fueron despedidos al participar en un cese de labores, a pesar de que la asamblea permanente que habían convocado había sido declarada ilegal por el Ministerio del Trabajo. De otro lado, y frente a la solicitud de nulidad de la sentencia mediante auto de Sala Plena 078-A de 1999, de Corte indico que *“los Convenios 87 y 98 son parte de la legislación interna en cuanto fueron debidamente ratificados (C.P. art, 53), por lo que son normas aplicables en cuya interpretación deben los jueces atender el criterio de los órganos de la OIT que son sus intérpretes legítimos y autoridades competentes para vigilar el cumplimiento de las obligaciones que se desprenden de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.”* (Negrilla fuera de texto).

inconstitucionalidad de una norma jurídica, como quiera que es indispensable una interpretación sistemática con el articulado Superior (CConst, C – 028/2006, H, Sierra).

A título de ejemplo, en la sentencia C-376 de 2010 se abordó el estudio de la demanda de inconstitucionalidad del artículo 183 de la Ley 115 de 1994, que faculta al Gobierno Nacional a regular los cobros que puedan hacerse por concepto de derechos académicos en los establecimientos educativos estatales, frente a los artículos 44, 45, 67 y 93 de la Constitución, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), 13 y 16 del Protocolo de San Salvador, y 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en general señalan la gratuidad de la educación básica primaria, toda vez, no obstante el artículo 67 constitucional relativiza el cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos, de tal suerte que en virtud de este artículo aun cuando la educación primaria sea gratuita, si una persona posee los recursos para sufragarla, deberá cobrarse por ella.

En esa oportunidad la Corte Constitucional luego de realizar un análisis sistemático y armónico de los tratados internacionales de derechos humanos y del articulado constitucional, concluyó que en aplicación del principio hermenéutico consagrado en el artículo 93 de la Carta Política, que impone el deber de armonizar el sentido de la norma constitucional con los contenidos de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, aunado a la aplicación del principio *pro homine*²¹,

²¹ CConst, T-191/2009: “El principio de interpretación *pro homine*, impone aquella interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos. En el orden interno, este principio se deriva de los artículos 1º y 2º Superiores, en cuanto en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado

los cobros académicos en los establecimientos educativos estatales, no se aplican en el nivel de educación básica primaria, la cual es obligatoria y gratuita como lo establecen los tratados internacionales de derechos humanos, de tal suerte que la Corte Constitucional aplicó la norma más favorable aun cuando se tratara de un estándar internacional y no de una interpretación constitucional.

Por su parte, en la SU-712 de 2013 este Alto Tribunal, en sede de revisión de la acción de tutela interpuesta por la ex senadora Piedad Esneda Córdoba Ruíz contra la Procuraduría General de la Nación, entre otros aspectos, analizó la compatibilidad de la competencia atribuida constitucionalmente al Procurador General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a quienes desempeñen funciones públicas, entre los cuales se encuentran aquellas personas que desempeñan cargos de elección popular²² y el artículo 23²³ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como quiera que en virtud del artículo 93 Constitucional,

social de Derecho, y como fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, así como la finalidad de las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades.”

²² Constitución Política de Colombia, artículo 277: “El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

(...)

6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”.

²³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 23. Derechos Políticos.

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”

los derechos y deberes constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. En dicha oportunidad, la Corte con sustento en la sentencia C-028 de 2006 concluyó que la norma convencional aludida no impone una prohibición para que los Estados en su ordenamiento interno consagren otro tipo de restricciones a los derechos políticos, y adopten otras medidas sancionatorias para combatir la corrupción, máxime cuando ha sido la propia CrIDH la que ha indicado que las sanciones administrativas y disciplinarias al igual que las penales “[son] una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de estas”, siempre y cuando se respete el debido proceso.

Así las cosas, la Corte Constitucional a partir de una interpretación sistemática y teleológica ha armonizado las normas convencionales con nuestro texto fundamental, lo cual denota el carácter vinculante de las mismas, y por ende la obligación de todas las autoridades públicas de aplicarlas al momento de ejercer cualquier función pública aplicando el estándar más favorable independientemente de si este se origina en el escenario nacional o internacional.

Ahora bien, reiterando la posición adoptada en la sentencia C-028 de 2006 y SU-712 de 2013, la Corte Constitucional en sentencia C-500 de 2014 decide estarse a lo resuelto en la sentencia de constitucionalidad ya enunciada, no obstante, destaca que “los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solo obligan al Estado colombiano cuando éste ha sido parte en el respectivo proceso”; y en dicha medida la jurisprudencia de la CrIDH, como interprete auténtica del Pacto de San José de Costa Rica, es un criterio hermenéutico relevante que debe ser atendido por las autoridades judiciales internas, en ejercicio del control de

convencionalidad que deben adelantar como corolario de la obligación de cumplimiento de los compromisos internacionales.

Como la demanda de inconstitucionalidad en esa oportunidad se sustentaba en la variación de la jurisprudencia de la CrIDH respecto a las restricciones de los derechos políticos de los ciudadanos, el Alto Tribunal Constitucional señaló los requisitos que deben cumplirse para que se reabra un asunto previamente estudiado en sede de control abstracto:

(i) el parámetro de control haya sido una norma integrada al bloque de constitucionalidad en sentido estricto; (ii) los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan variado radicalmente y de forma clara el sentido de la norma; (iii) la nueva interpretación resulte compatible con la Constitución Política; (iv) ofrezca un mayor grado de protección a los derechos, que el otorgado por la Constitución; (v) se integre a la ratio decidendi de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y (vi) sea uniforme y reiterada.

Recientemente en sentencia C-327 de 2016, la Corte Constitucional recalcó la importancia de interpretar sistemáticamente las normas que integran el bloque de constitucionalidad con la norma Fundamental; y a su vez, reiteró que la jurisprudencia de los órganos internacionales competentes para interpretar el alcance de los derechos y obligaciones señalados en dichos instrumentos, son un criterio relevante de interpretación de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta la función interpretativa del bloque de constitucionalidad (CConst, C – 269/2014 M. González).

Bajo la interpretación efectuada por la Corte Constitucional, la Constitución Colombiana integra el derecho internacional a través de la figura del bloque

de constitucionalidad ubicando a los tratados de derechos humanos especialmente, en un rango constitucional lo que ratifica el principio de supremacía constitucional, de tal suerte que sirven de criterio de interpretación de todo el ordenamiento jurídico a través de la figura de la cláusula de interpretación conforme regulada en el artículo 93 constitucional y en consecuencia pueden ser invocados como violados dentro de los parámetros del bloque de constitucionalidad.

Así mismo, la Constitución Colombiana hace uso de las cláusulas de interpretación y de los derechos innominados como formas de recepción del derecho internacional, y en tal sentido no se trata exclusivamente de la jerarquía de las fuentes del derecho interno, sino de la materialización de los derechos humanos a través de dos cláusulas que no le ponen límite a los derechos humanos ni a su interpretación.

Capítulo II

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

2.1. Origen de la Figura

Entender la figura del control de convencionalidad implica de suyo hacer un recorrido desde los orígenes del uso del término, y el caso Almonacid Arellano y otros contra el Estado de Chile²⁴ es el primer referente jurisprudencial de la CrIDH al respecto. Sin embargo su introducción en el Sistema Interamericano se debe a los valiosos votos singulares del entonces juez de la Corte, Sergio García Ramírez, en los casos Myrna Mack Chang contra el Estado de Guatemala²⁵ y Tibi vs. Ecuador²⁶, en los que se acuña

²⁴ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. En este caso la Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado de Chile por violación de los artículos 1.1 y 2, y de los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la CADH, declaró que la norma interna (Decreto 2191 de 1978) era incompatible con la Convención, carecía de efectos jurídicos a la luz de dicho tratado y le ordenó al Estado adoptar medidas para que ese decreto no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, ni tampoco siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en el Estado de Chile.

²⁵ Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. Voto Concurrente Razonado de Sergio García Ramírez, párrafo 27. Al dilucidar sobre la responsabilidad del Estado como un todo independientemente de la distribución de competencias y atribuciones existentes en derecho interno, este juez plantea que “No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.”

²⁶ Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114. Voto Concurrente Razonado de Sergio García Ramírez, párrafo 3. Al referirse al papel que desempeña la CrIDH en el marco del Sistema regional de protección, sostiene que “En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados --disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del

por primera vez el término control de convencionalidad para referirse al papel que desempeña la Corte como garante de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención o CADH) al estudiar la responsabilidad internacional de un Estado y analizar disposiciones generales de orden interno como actos impugnados ante el Sistema regional.

Estos antecedentes fueron recogidos en el Caso Almonacid Arellano antes mencionado, partiendo de la premisa que la competencia para ejercer dicho control no radica exclusivamente en la Corte (de allí que los doctrinantes hablen de un control concentrado y difuso de convencionalidad (Jinesta, 2012) sobre lo que volveremos posteriormente), sino también en el Poder Judicial a quien le corresponde verificar si las leyes que van a aplicarse en un caso particular son compatibles con la CADH (Ferrer Mac-Gregor Poisot, 2011).

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

control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.”

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 CrIDH, intérprete última de la Convención Americana. (CrIDH, caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C No. 154, párrafo 124).

Posteriormente en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra el Estado de Perú²⁷, la Corte continúa el desarrollo del concepto y alcances de esta doctrina insistiendo que los órganos del poder judicial deben realizar ya no una “especie” de control, como dispuso en Almonacid Arellano, sino un control de convencionalidad como tal, que no debe limitarse a lo expuesto por los accionantes en cada caso concreto sino que su aplicación debe ser de oficio en el marco de las competencias de que gocen dichos jueces y de la regulación procesal interna de cada Estado, sin que su función quede limitada “a las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto” (Rincón, 2013, p. 207) y el cual es complementario al control de constitucionalidad que realizan los jueces respecto de su propia legislación interna (Ibáñez Rivas, 2012, p. 107).

La Corte supone entonces a los jueces nacionales como jueces interamericanos garantes de la convencionalidad de las normas (Benavente

²⁷ Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párrafo. 128. “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad”²⁷ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.”

Chorres, 2012) quienes deben garantizar el efecto útil de la Convención (González Domínguez, 2014, p. 8), inaplicando las normas locales opuestas a este tratado y a la jurisprudencia interamericana (Sagües, s.f.), de tal suerte que, al tenor de lo planteado por la Corte en las sentencias anteriores, la eficacia de los tratados internacionales y el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados al suscribir o ratificar soberanamente la CADH, justifican que los jueces internos apliquen disposiciones convencionales o interpretaciones jurisprudenciales de la Corte como intérprete por excelencia del Pacto de San José de Costa Rica al resolver los asuntos puestos en su conocimiento (Carbonell, 2013), pues omitir tal deber y aplicar una norma contraria a la Convención “produce por sí misma una responsabilidad internacional del Estado” (Ferrer Mac-Gregor Poisot, 2011, p. 563).

Esta doctrina fue reiterada en múltiple jurisprudencia interamericana en casos como *La Cantuta vs. Perú* (29 de noviembre de 2006, párr. 173), *Boyce vs. Barbados* (20 de noviembre de 2007, párr. 78), *Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes vs. Guatemala* (9 de mayo de 2008, párr. 63), *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (12 de agosto de 2008, párr. 180), *Rosendo Padilla vs. México* (2009, párr. 339), *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (26 de mayo de 2010, párr. 208 y nota 307), *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (24 de agosto de 2010, párr. 311), *Fernández Ortega vs. México* (30 de agosto de 2010, párr. 234 y 237), *Rosendo Cantú vs. México* (31 de agosto de 2010, párr. 219 y 220), *Ibsen Cárdenas e Ibsén Peña vs. Bolivia* (1 de septiembre de 2010, párr. 202), *Vélez Loor vs. Panamá* (23 de noviembre de 2010, párr. 287), *Gómez Lund vs. Brasil* (24 de noviembre de 2010, párr. 176), *Cabrera García y Montiel Flórez vs.* (26 de noviembre de 2010, párr. 225), *Gelmán García vs. Uruguay* (24 de febrero de 2011, párr. 193) (Sagües, 2010) (Carbonell, 2013); a través de la cual la CrIDH ha ido construyendo y

determinando las características y el alcance de este control como pasará a exponerse.

2.2. Conceptualización de la teoría de Control de Convencionalidad

Sin lugar a dudas uno de los aspectos que ha generado mayor atención en la doctrina es la definición misma de la figura del control de convencionalidad. La CrIDH a lo largo de su jurisprudencia ha introducido algunos elementos que han conducido a que se entienda no siempre como un control netamente represivo, consistente en la inaplicación o invalidez de las normas y leyes (en sentido material) que sean incompatibles con la CADH (González Domínguez, 2014, p. 23), sino como una herramienta que permite adoptar una interpretación armónica y coherente de dichas normas y leyes con los estándares mínimos interamericanos²⁸. Sin embargo esta interpretación conforme supone que las normas internas no se oponen al tratado internacional porque pueden interpretarse de un modo compatible con los estándares interamericanos (Ferrer Mac-Gregor Poisot, 2011).

En efecto a partir del caso Trabajadores cesados del Congreso el doctrinante Sagües define el control de convencionalidad como “un acto de revisión o fiscalización de la sumisión de las normas nacionales, a la Convención Americana sobre derechos Humanos, y a la exégesis que a este instrumento da la CrIDH” (2010, p. 120).

Por su parte el ex juez de la Corte Rey Cantor (2008) definió el control de convencionalidad como

²⁸ Esta figura de la Interpretación conforme fue introducida por la Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párrafos 338 a 340. Reiterado en Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párrafo 311; y Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220, párrafo 233.

un mecanismo de protección procesal que ejerce la CrIDH, en el evento en que el derecho interno (constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.) es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados—aplicables—, con el objeto de aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derechos interno con el tratado), en un caso concreto, dictando una sentencia judicial y ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con el objetivo de garantizar la supremacía de la Convención americana. (p. 47)

En tal sentido Henríquez Viñas (2014) establece que algunos autores como Allan Brewer, Juan Carlos Hitters y el mismo Néstor Sagües, entienden el control de convencionalidad como un control normativo entre las normas jurídicas internas y los estándares interamericanos verificando que exista conformidad de las primeras con las últimas. Mientras que para Ernesto Rey, Claudio Nash, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Humberto Nogueira, Víctor Bazán, Karlos Castilla, entre otros, el control de convencionalidad “implica un ejercicio interpretativo que, en caso de lagunas o antinomias, las autoridades deben hacer en el ámbito de sus competencias para preferir la normativa de origen internacional que permite una mejor protección de los derechos humanos” (Henríquez Viñas, 2014, p. 133).

Estas dos fases del control de convencionalidad, la represiva creada por la CrIDH desde las primeras sentencias y la constructiva adoptada por este tribunal con posterioridad, generan consecuencias jurídicas diferentes. Mientras la primera necesariamente conduce a la inaplicabilidad o invalidez (Burgoguer Larser, 2014) de las disposiciones jurídicas internas (desde la

ley en sentido material, decretos o reglamentos e incluso las Constituciones estatales, hasta las prácticas internas como las resoluciones judiciales y las decisiones administrativas (Henríquez Viñas, 2014) que de suyo trae consigo la aplicación del criterio jerárquico entre las fuentes del derecho al asignarle jerarquía supraconstitucional al derecho internacional (Sagües, 2010); la segunda pretende armonizar los derechos y libertades constitucionales con “los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección” (Ferrer Mac-Gregor Poisot, 2011, p. 549).

En otras palabras bajo la cláusula de la interpretación conforme, de origen español, más que imponer la norma y los estándares internacionales sobre las disposiciones jurídicas internas, se busca realizar un proceso interpretativo de armonización entre estos con el fin de asegurar la efectividad de los derechos humanos evitando así los nefastos efectos que genera la declaración de inconvencionalidad o inaplicación de una disposición jurídica interna (Ferrer Mac-Gregor, 2011), de tal suerte que dicho proceso tiene como único derrotero el principio *pro homine* consagrado en el artículo 29 convencional (Castillo Córdova, 2012), según el cual “entre enunciados normativos con atributos y garantías de derechos fundamentales, siempre debe aplicarse aquel que asegure mayor cantidad de atributos o garantías de los derechos” (Henríquez Viñas, 2014, p. 136), a tal punto que el juez puede dejar de aplicar la norma internacional cuando existan en el derecho interno estándares más favorables y proteccionistas de la persona humana pues como lo ha indicado en reiterada jurisprudencia la Corte, el objeto del Sistema Interamericano es crear las garantías para que los derechos humanos puedan desarrollarse plenamente, y si tal escenario

garantista lo brinda en mayor medida el derecho interno, es éste el que debe aplicarse.

En tales términos Jiniesta L. (s.f.) plantea que a nivel interno los jueces deben buscar por todos los medios armonizar la interpretación de los preceptos nacionales con el *corpus iuris* internacional, y si definitivamente la disposición es “absoluta y directamente incompatible o disconforme” con el parámetro de convencionalidad, le corresponde a este ejercer la función negativa del control y declarar la inconvencionalidad de la misma y expulsarla del ordenamiento jurídico, decisión que debe adoptarse en el marco específico de sus competencias y conforme al derecho procesal interno de acuerdo con el modelo de control de constitucionalidad acogido por cada Estado, concentrado o difuso.

No obstante lo anterior y pese a la variada jurisprudencia al respecto, un sector de la doctrina (Castilla Juárez, 2014) afirma que lo que se ha construido pretorianamente es un falso control de convencionalidad, en tanto que la misma constituye simplemente una mera aplicación de la Convención Americana y su jurisprudencia, como lo ha advertido la misma Corte en la Resolución de supervisión de cumplimiento del caso *Gelman vs. Uruguay* cuando afirma que el control de convencionalidad es “una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal” (CrIDH, caso *Gelman Vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la CrIDH 20 de marzo de 2013, párrafo 65).

Así, para este sector de la doctrina la figura del control de convencionalidad es simplemente un instrumento ideado por la Corte para exigir, principalmente de los jueces un mayor cumplimiento de la Convención, es

una reiteración de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados, que no impone jerarquías normativas lesivas para los sistemas democráticos de los Estados, de modo que lo que la jurisprudencia llama “control de convencionalidad” no es más que la “garantía de los tratados”, pues el único que puede realizar un verdadero control de convencionalidad es el tribunal internacional en tanto que es el único “con competencia para determinar cuándo un acto u omisión de un Estado se contrapone a la obligación internacional adquirida por el mismo al firmar, ratificar o adherirse a un instrumento internacional” (Castilla Juárez, 2014, p. 167).

2.3. Clasificación del Control de Convencionalidad

Entendido el control de convencionalidad como el examen de compatibilidad entre las normas jurídicas o las prácticas y hechos al interior de un Estado (Quinche Ramírez, s.f.) con el *corpus iuris* interamericano, bien sea a partir de la interpretación conforme o de la inaplicación o invalidez de tales disposiciones, dicha competencia en primera medida está atribuida a la CrIDH.

En efecto la Corte como máxima intérprete de la Convención es el órgano encargado de velar por su integridad y vigencia (art.62.1 CADH), así como por la de los demás instrumentos interamericanos de protección de derechos humanos (Quinche Ramírez, s.f.), por lo que en el ejercicio de sus competencias incluso desde antes de acuñarse al término control de convencionalidad, la Corte venía realizando esa labor. Esto es lo que los doctrinantes llaman el control de convencionalidad concentrado (Benavente Chorrres, 2012).

En efecto en el ejercicio de su función consultiva en 1994²⁹ la Corte precisó que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por los Estados al suscribir, ratificar o adherirse a la CADH es violatoria de dicho instrumento, y su aplicación en un caso concreto genera responsabilidad del Estado (CrIDH, OC-14/94), creando así la figura de la violación *per se* de la Convención (Quinche Ramírez, 2014) que constituye el primer avance en el ejercicio del mencionado control. Bajo esta premisa la Corte ha realizado a lo largo de su jurisprudencia diferentes exámenes de compatibilidad entre las normas y leyes nacionales y la Convención, en donde incluso ha ordenado a los Estados modificar su Constitución, como en los casos: Olmedo Bustos y otros Vs. Chile; Caesar Vs. Trinidad y Tobago; Boyce y otros Vs. Barbados. Y sus leyes, como se presentó en los casos: Barrios Altos Vs. Perú; Almonacid Arellano y otros Vs. Chile; Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil, y Gelman Vs. Uruguay, por encontrar disposiciones contrarias a la Convención.

No obstante lo anterior con la creación de la figura del control de convencionalidad propiamente dicha la Corte ha extendido la competencia para realizarla en los jueces nacionales, que deben actuar como "jueces convencionales de derecho común" cuando deben resolver casos en los que es aplicable el derecho internacional (Burgoguer Larser, 2014).

Y es que como lo refiere el juez Ferrer Mac-Gregor en su voto razonado en el caso Gelman vs. Uruguay, la obligación primaria de garantizar el pleno

²⁹ La CrIDH ejerce una función contenciosa cuando resuelve un proceso puesto en su conocimiento por violación a derechos humanos a través del sistema de petición individual que conoce en primer lugar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 61 a 63); pero también ejerce una función consultiva cuando los Estados formulan solicitudes a este Tribunal Interamericano para que establezca cuál es la interpretación que debe dársele a determinada disposición de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos (Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 64).

goce y ejercicio de los derechos humanos se encuentra en cabeza de los Estados, correspondiéndole al Sistema Interamericano y en su caso particular a la Corte de manera subsidiaria y complementaria (Bazán. V. 2012)³⁰ declarar la responsabilidad del Estado cuando tales obligaciones de respeto y garantía de los derechos consagradas en el artículo 1.1 de la CADH, han sido quebrantadas.

En efecto el juez nacional, ahora juez interamericano, no debe limitarse a realizar el control de legalidad y de constitucionalidad propios de un Estado constitucional de Derecho, sino que además de ello debe asumir el papel de “primer y auténtico guardián” de la Convención Americana, la jurisprudencia de la Corte y en general del *corpus iuris* interamericano (CrIDH, caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C No. 220), con el fin de salvaguardar los principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos interamericanos y garantizar el objeto y fin de la Convención.

Este control de convencionalidad difuso conduce necesariamente a analizar a la luz de la jurisprudencia interamericana y de la doctrina, quienes tienen la competencia para realizarlo.

Al repasar el caso Almonacid Arellano se advierte que inicialmente el control de convencionalidad es una atribución del “Poder Judicial” al indicar que los jueces son los encargados de velar porque los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de disposiciones internas contrarias a su objeto y fin. En el mismo sentido en el caso Trabajadores Cesados del

³⁰ Este principio se encuentra establecido en el Preámbulo de la Convención Americana, en donde se indica que la jurisdicción interamericana tiene una naturaleza coadyuvante y complementaria y no sustitutiva de los ordenamientos nacionales, en virtud del cual los Estados tienen la posibilidad de solucionar internamente las violaciones a los derechos humanos sin necesidad de verse enfrentado a un proceso internacional.

Congreso la Corte refiere tal competencia a los órganos del poder judicial, indicando que quienes ejercen el control de constitucionalidad también deben aplicar el control de convencionalidad, de tal suerte que la doctrina ha entendido que se hace referencia no solamente a los jueces ordinarios sino también a las Cortes y Tribunales Constitucionales (Sagües, 2010), tal y como lo indicó la CrIDH en el caso Cabrera García y Montiel Flórez contra México al ampliarlos destinatarios del referido control a todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, es decir a todos los jueces independientemente de su jerarquía, vinculación específica con el poder judicial, especialidad o instancias, basta con que administren justicia para adquirir la obligación de realizar el tan mencionado control (Nogueira Alcalá, 2012).

Sin embargo como se observa hasta aquí la Corte ha asignado la competencia para ejercer el control de convencionalidad exclusivamente a quienes ejerzan la administración de justicia, desobligando por supuesto a los demás órganos del Estado de realizar dicho examen de compatibilidad, en su función represiva o constructiva.

Fue en el caso Gelman contra el Estado de Uruguay que la Corte amplió la competencia para ejercer este control y atribuyó dicha obligación a “cualquier autoridad pública”, de manera que a partir de esta sentencia no solamente los jueces deben analizar en cada caso la compatibilidad de las normas jurídicas internas con el *corpus iuris* interamericano, sino que tal función está atribuida a todos los órganos y autoridades del Estado, pues de adoptarse por cualquiera de estos una práctica o acto inconvencional se genera la responsabilidad del Estado (Rincón, 2013).

Y es que cuando la Corte indica “cualquier autoridad” comprende incluso las instancias democráticas, pues la sola democracia por sí misma no garantiza

el respeto de la Convención, de suyo que por más que una decisión, ley o política sea producto de la voluntad del pueblo, las autoridades están en la obligación de aplicar el control de convencionalidad para evitar que se hagan nulas las disposiciones del Pacto de San José (Ibáñez Rivas, 2012).

Así concebida, esta figura ha generado múltiples reacciones adversas en defensa de la soberanía de los Estados y la supremacía constitucional, sin embargo en la sentencia *Trabajadores Cesados del Congreso* la Corte precisó los términos de su aplicación al determinar que tal competencia deben ejercerla los jueces “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes”, lo que de suyo supone la creación de un “margen de discrecionalidad limitado por el ordenamiento jurídico interno o local” (Jinesta, 2012, p.7), de conformidad con el modelo de control de constitucionalidad propio de cada Estado.

Así para autores como Sagües (2010) en un sistema de control difuso o mixto de constitucionalidad no tiene mayor relevancia el asunto de los destinatarios de esta doctrina, en tanto que como los jueces realizan un control de constitucionalidad también pueden ejercer el control de convencionalidad, pero en los modelos de control concentrado de convencionalidad, como esta función está atribuida exclusivamente al tribunal constitucional, los jueces ordinarios deben remitir los asuntos a este tribunal constitucional para que realice el control de convencionalidad, por cuanto este debe ejercerse en el marco de sus respectivas competencias y dentro del marco legal procesal propio de cada Estado.

Rey Cantor (2008) y García Ramírez (2009) contrario sensu consideran que el control de convencionalidad es obligatorio para todos los jueces nacionales, sin distinción alguna.

Para Jinesta (2012) el modelo de control de constitucionalidad, difuso o concentrado, es indiferente a la hora de aplicar el control de convencionalidad, como quiera que en el primero de los modelos no existe ninguna resistencia a que los jueces nacionales de cualquier nivel inapliquen la norma interna en un caso concreto, aunque la declaración de su invalidez debe estar reservada para la autoridad competente de expulsar normas del ordenamiento jurídico; tal facultad de inaplicación o invalidez es propia del Tribunal constitucional competente para ello, atribuyéndosele a los jueces ordinarios la función de ejercer el control de convencionalidad aplicando los parámetros de la interpretación conforme, de tal manera que están autorizados para reinterpretar las disposiciones jurídicas internas a la luz del *corpus iuris* interamericano.

Lo que ha ocurrido entonces es una internacionalización del derecho constitucional (Ferrer Mac-Gregor Poisot, 2011) al trasladar garantías y figuras constitucionales, como el control de constitucionalidad que solidifica la teoría de la supremacía constitucional, al escenario internacional a través de la consolidación del control difuso de convencionalidad que en el mismo sentido construye la teoría de la supremacía convencional.

La recepción de esta figura al interior de los Estados no ha sido del todo pacífica, pese a que ha tenido algunos avances como lo referencia la misma Corte a través de la aceptación en derecho nacional de la jurisprudencia interamericana como “elemento “hermenéutico” y de “control” de la normatividad interna” en el marco de lo que se conoce como “nacionalización” del “derecho internacional de los derechos humanos” (García Sayán, 2005), es decir que la creación propia de la figura del control se nutrió de la práctica jurisprudencial.

Es por esta razón que más que una imposición del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho doméstico, que exija a los órganos internos la aplicación sin discusión alguna de los estándares interamericanos, se propone una interacción continua entre el juez interamericano y el juez nacional en búsqueda de la construcción de un verdadero escenario de garantía de los derechos humanos, como bien lo indicó el ex juez de la Corte Cancado Trindade en su voto razonado en el caso Trabajadores Cesados del Congreso

3. O sea, los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en **constante interacción** en el presente dominio de protección de la persona humana. (Subrayado y negrillas propias).

Debe entonces existir un “diálogo jurisprudencial” (Bazán, 2010) entre los jueces domésticos y el tribunal interamericano, en virtud del cual

Las cortes locales lleven adelante una interpretación conforme a la Convención Americana y a los pronunciamientos de la Corte IDH, pero que correlativamente ésta tenga presente las observaciones que desde los contextos jurisdiccionales se formulen a los criterios del tribunal interamericano. (Bazán, 2010, p.2)

En otras palabras lo que se plantea es que si el objeto de la figura es garantizar el goce y ejercicio pleno de los derechos humanos, debe existir

una conversación transnacional en un plano de igualdad entre la Corte y los jueces nacionales, en el que se adopten los estándares más favorables a la persona humana independientemente de que estos sean propios de los Estados o de la Corte (Bazán, 2010), pues la finalidad es y debe ser la persona, máxime si la Corte ha acudido a interpretaciones internas de los Estados para fundamentar su jurisprudencia y los estándares que fija en determinadas materias (CrIDH, caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica, sentencia de 28 noviembre de 2012, serie C No. 257).

La evolución jurisprudencial antes analizada, además de traer consigo aspectos de gran relevancia que generan discusión en cuanto a los efectos de la aplicación de esta doctrina, deja entrever cómo a partir de esa interpretación evolutiva y en aplicación del principio *pro homine*, la Corte pretende que los Estados asuman con mayor intensidad su papel de garante primario de los Derechos Humanos y se alcancen los fines y los móviles que condujeron finalmente a crear el Sistema Interamericano.

Definida así la competencia para aplicar el control de convencionalidad en todas las autoridades públicas, resulta necesario aclarar cuáles son los parámetros que deben tener en cuenta los Estados para realizar dicho control.

2.4. Características y parámetros para su aplicación.

Así, a lo largo de estas reflexiones se ha hecho mención en tal sentido al *corpus iuris* interamericano como aquel que comprende la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda otra Convención o Declaración del Sistema Interamericano y las sentencias y opiniones consultivas de la CrIDH (Bazán, 2012). Si bien este parecería el mejor escenario de protección en tanto que considera que el estándar mínimo de

protección se extiende a todos los instrumentos regionales de derechos humanos ratificados por un Estado, así como a los pronunciamientos que la Corte realiza en el ejercicio de su función consultiva y mediante la cual define en abstracto algunos elementos de la interpretación interamericana, existen algunas discusiones al respecto.

Al acudir nuevamente al caso *Almonacid Arellanos* se advierte que aunque al definir la doctrina del control la Corte indica que este debe realizarse entre las disposiciones internas y la Convención, a lo largo de su texto amplió el parámetro de confrontación a todos los instrumentos sobre los cuales ejerce competencia material, posición que fue reiterada en el año 2010 en el caso *Ibsen Cárdenas contra el Estado de Bolivia* cuando afirma que “El Tribunal recuerda que el objeto de su mandato es la aplicación de la Convención Americana y de otros tratados que le otorguen competencia” (párrafo 199).

Esta extensión normativa a los instrumentos integrantes del *corpus iuris* convencional fue tempranamente advertida por el juez García Ramírez en su voto razonado en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso*, pues la finalidad de dicha figura es que “haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos” (párrafo 2).

Sin embargo esta interpretación no ha sido del todo bien recibida por la doctrina pues considera que cuando la Corte ha acudido a tales instrumentos en sus decisiones, lo hace exclusivamente como criterios de interpretación de las normas contenidas en la Convención al no tener competencia material que impliquen la aplicación directa de dichos tratados (Henríquez Viñas, 2014). Es por esta razón que autores como Quinche Ramírez (2009) afirman que solamente constituyen instrumentos de convencionalidad la Convención

Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura³¹ y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas³², toda vez que específicamente estos tratados, en sus artículos VIII y XIII, le otorgan competencia a la Corte para conocer de las violaciones a estos.

Así, el referente de aplicación del control de convencionalidad queda ampliado en favor de la protección de los derechos humanos, por lo que además de la Convención Americana de la que es parte un determinado Estado como parámetro mínimo de convencionalidad, también integran este referente todos los demás tratados de igual naturaleza que integran el *corpus iuris* interamericano respecto de los cuales un Estado es parte, pues como lo manifestó la Corte en el caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) contra el Estado de Guatemala, la calidad de parte en otros tratados interamericanos de derechos humanos distintos a la Convención Americana, obliga a todos sus órganos, incluido el poder judicial, para que “los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin” (párrafo 330).

Ahora, es indispensable que el Estado sea parte dentro de otro tratado interamericano para que se considere la aplicación de dicho tratado en el control de convencionalidad, esto en respeto de su soberanía y consentimiento para adquirir obligaciones en el escenario internacional. Si esto se cumple, entonces ese Estado queda vinculado a las interpretaciones que sobre dicho tratado, su alcance y el contenido de sus obligaciones y derechos, realice la CrIDH.

Esto no es óbice para que aun cuando un determinado Estado no sea parte de un tratado interamericano de derechos humanos diferente a la

³¹ Adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en Cartagena de Indias, el 17 de diciembre de 1985.

³² Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994.

Convención Americana, este pueda ser utilizado como parámetro de convencionalidad en dicho Estado, si se tiene como un parámetro de interpretación utilizado por la CrIDH.

En efecto, en la amplia gama de instrumentos internacionales de derechos humanos, el soft law o derecho suave, entendido en el derecho internacional como “como aquellos instrumentos, interpretaciones, decisiones o recomendaciones que dictan órganos con competencia para hacerlo, que no son vinculantes en cuanto a la obligatoriedad de su cumplimiento, pero no por ello, carentes de efectos jurídicos o de cierta relevancia jurídica” (Llugdar, 2016, p. 8), es constantemente utilizado por la CrIDH para ampliar el marco interpretativo sobre un derecho u obligación contenido en los tratados vinculantes a los Estado y así hacer lograr un mayor grado de protección en términos de respeto y garantía. Por tanto, si los instrumentos que no son vinculantes a un Estado son interpretados por la CrIDH para hacer más efectivos los derechos humanos y lograr un mayor cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por ese Estado, “tal interpretación debe valorarse positivamente y sumirse como vinculante” (Ibañez Rivas, 2015, p. 74).

Ahora bien, cuando la Corte sostiene en su jurisprudencia que debe tenerse en cuenta no solamente el tratado internacional sino también “la interpretación que del mismo ha hecho la CrIDH, intérprete última de la Convención Americana” (CrIDH, caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, párrafo 124), se entiende inmersas dentro de dicho parámetro las opiniones consultivas que emite la Corte dentro de su función consultiva, en la medida en que precisamente a través de este instrumento este Tribunal como máximo intérprete de la Convención define cómo debe entenderse determinada disposición convencional o si algunos hechos, actos o comportamientos resultan contrarios al Pacto de San José. Tales

planteamientos pueden extenderse incluso a las medidas provisionales proferidas por la Corte ya todos los pronunciamientos de la Corte “con independencia del acto procesal del que emane no del tipo de competencia que haya sido ejercida por la Corte” (Carbonell, 2013, p.83).

No obstante, la mayor discusión la protagoniza la jurisprudencia de la CrIDH como parámetro de convencionalidad, en tanto que esta le ha dado un efecto erga omnes a sus sentencias (Hitters, 2013).

Cuando un Estado es parte dentro de un proceso internacional, la sentencia allí proferida debe ser cumplida por este en virtud de lo estipulado en los artículos 67 y 68.1 de la CADH, en tanto que la misma constituye cosa juzgada internacional y en consecuencia todos los órganos del Estado deben velar por su cumplimiento, el cual no se somete exclusivamente a la parte resolutoria del fallo, sino que entendiendo este como un todo, incluye también los argumentos y consideraciones que llevaron a proferir dicha sentencia.

Sin embargo aun cuando el Estado no es parte dentro del proceso, por el solo hecho de ser parte de la Convención Americana debe velar porque las interpretaciones que en sus sentencias realice la Corte frente al *corpus iuris* convencional sean adoptadas e introducidas en derecho interno a través de un efectivo ejercicio de control de convencionalidad, pues como lo afirma el ex juez Sergio García Ramírez no tendría sentido esperar a que la Corte se pronuncie caso por caso frente a un mismo tema en todos los Estados para que estos sientan obligatorios sus pronunciamientos, bastaría con que “una vez fijado el “criterio de interpretación y aplicación” éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico” (CrIDH, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Voto razonado, párrafo 8).

Esta eficacia interpretativa que implica no solo aplicar la norma convencional sino la norma convencional interpretada pretende lograr una “efectividad regional estándar mínima de la Convención Americana para ser aplicable por todas las autoridades en el ámbito nacional” (CrDH, caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Voto razonado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrafo 44), lo que conduce a afirmar que las interpretaciones constitucionales o legales de orden interno deben ajustarse al estándar interpretativo de la Convención, so pena de verse incumplido el artículo 2 convencional que impone la obligación de adecuación. Sin embargo resulta necesario advertir que esta eficacia interpretativa como “pauta hermenéutica fundamental e imprescindible de mínimos en materia de derechos humanos” (CrIDH, caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Voto razonado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrafo 53) es relativa en la medida en que los Estados Parte pueden apartarse de la jurisprudencia interamericana cuando en aplicación del artículo 29 convencional, adopten una interpretación más favorable a la persona humana y al derecho humano en cuestión, consolidándose así un “margen interpretativo nacional”.

En tales términos existe un efecto erga omnes de las sentencias proferidas en el escenario interamericano, por lo que los Estados deben analizar qué implicaciones tienen dichas sentencias en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales. No en vano el artículo 69 convencional ordena notificar las sentencias a todos los Estados aunque no sean parte en el caso concreto, lo que mantiene vivo el orden jurídico internacional (Hitters, 2013).

2.5. Fundamentos del Control de Convencionalidad

El desarrollo de la teoría de control de convencionalidad pone de relieve el debate jurídico-teórico respecto a los diversos métodos utilizados por dicho

Tribunal Internacional para la interpretación de la CADH, en la medida en que los derechos y las libertades allí consagradas se interpretan de manera extensiva y evolutiva, lo cual ha conllevado a la creación de conceptos transformadores como lo es del control de convencionalidad (Burgorgue-Larsen, 2014).

Esto se afirma en la medida en que la ampliación de este concepto a lo largo de la jurisprudencia de la CrIDH, evidencia como las obligaciones generales establecidas en el artículo 1.1 y específicamente la señalada en el artículo 2 de la Convención, se reinterpretan a la luz de las necesidades actuales en materia de protección de derechos humanos, para garantizar la aplicación del principio *pro homine* y el efecto útil del tratado.

De allí que la obligación de adoptar medidas legislativas y de diverso carácter para adecuar el ordenamiento interno del Estado con el propósito de efectivizar los derechos y las libertades consagrados en la Convención, ha sido analizada jurisprudencialmente con el propósito de sentar criterios específicos en materia de adecuación. Básicamente la Corte ha manifestado que dicha obligación se encamina en la supresión de normas y prácticas que constituyan violación de las garantías señaladas en el Pacto de San José u obstaculicen su ejercicio, como también comprende la expedición de normas y prácticas para la efectiva observancia de dichas garantías (Ministerio Público Fiscal, 2013), lo cual materialmente constituye la aplicación del control de convencionalidad, que se exige no solamente a los jueces domésticos, sino también a todas las autoridades públicas, por cuanto, el Estado como ente abstracto actúa a través de sus agentes estatales y en consecuencia la falta de cumplimiento de los compromisos internacionales por acción u omisión de cualquier autoridad pública y específicamente el incumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos genera responsabilidad internacional del Estado.

Ahora bien, si se acepta que el concepto pretoriano del Control de Convencionalidad desarrolla de manera amplia y progresista las obligaciones preceptuadas en el artículo 2 convencional, es claro que las adecuaciones del ordenamiento interno de cada Estado debieron efectuarse desde el momento en que éste ratificó dicho tratado internacional, sin embargo el referente jurisprudencial de la Corte demuestra que dicha apreciación carece de asidero fáctico, por cuanto:

De los 155 casos en que el Tribunal ha concluido que los Estados incurrieron en responsabilidad internacional por alguna violación a los derechos humanos, en 68 de ellos la Corte declaró que los Estados incumplieron con el artículo 2 de la Convención Americana, lo cual equivale a un 44% del total de esos casos. (Ministerio Público Fiscal, 2013, p.19)

De esta forma se evidencia que en relación con el deber de adecuación del ordenamiento interno y adopción de prácticas que efectivicen el goce de los derechos humanos, los Estados Latinoamericanos históricamente han sido propensos a incumplir dicha obligación, en tanto se aplican normas internas violatorias de la convención o se interpreta restrictivamente la misma, menoscabando los derechos consagrados en el Pacto de San José.

Así las cosas, la CrIDH a través de la teoría del control de convencionalidad busca audazmente especificar las condiciones o el mecanismo a través del cual los Estados parte deben velar para que el efecto útil de las disposiciones convencionales no sean mermadas por la aplicación de normas internas contrarias a su objeto y fin, de tal suerte que impone a la autoridad judicial no solamente analizar la compatibilidad de la norma nacional a la luz de los parámetros constitucionales, sino también de las normas convencionales, tal

y como lo hace esta misma Corte en cada caso al exigir el cumplimiento del artículo 2 convencional a través de la adopción de garantías de no repetición, cuando ordena al Estado la implementación o expulsión de medidas a nivel normativo o institucional para prevenir la recurrencia de nuevas violaciones en materia de derechos humanos.

Así, por ejemplo antes de que incluso se adoptara la figura del control de convencionalidad como tal, la Corte en el ejercicio de su función de máxima guardiana de la Convención, había ordenado en su jurisprudencia retirar del ordenamiento jurídico de los Estados disposiciones jurídicas contrarias a este tratado internacional, por cuanto constituían *per se* una violación al artículo 2 convencional.

En efecto la figura de la violación *per se* de la Convención introducida a través de la Opinión consultiva 14 de 1994 supone que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones convencionales constituye una violación de este instrumento internacional por su sola expedición, esto es una ley de expedición inmediata³³, contrario sensu a aquellas leyes que pese a ser expedidas contrariando disposiciones convencionales solamente generan responsabilidad internacional del Estado cuando son cumplidas por los agentes del Estado.

En este orden de ideas en el caso Suarez Rosero contra el Estado de Ecuador la Corte determinó por primera vez que una norma de derecho interno, del Código Penal específicamente, violaba *per se* el artículo 2 de la CADH independientemente de su aplicación en el caso concreto, y así lo declaró en su parte resolutive.

³³La opinión consultiva define las leyes de aplicación inmediata como aquellas en que “las personas sujetas a jurisdicción de la norma se afecten por la sola vigencia de la misma”.

De la misma forma pero en relación con disposiciones contenidas en la Constitución, en el caso “La última tentación de Cristo” contra Chile la Corte declaró la responsabilidad del Estado por la violación del derecho a la libertad de pensamiento y expresión, ordenándole que modifique su Constitución Política, al decidir que éste debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película La última tentación de Cristo, por cuanto dicha censura está contenida precisamente en un artículo constitucional.

En el caso Barrios Altos contra Perú, por ejemplo, en tratándose de la expedición de una ley de amnistía, la Corte dispuso que el Estado incumplió los artículos 1.1 y 2 de la Convención como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía, indicando que estas son incompatibles con este tratado internacional y carecen de efectos jurídicos, y otorgándole efectos generales a esta decisión lo que dio inicio al control de convencionalidad sobre estas leyes en la región.

A partir de esta y otra jurisprudencia³⁴ se ha consolidado entonces un ejercicio de control de convencionalidad realizado por la CrIDH como máxima intérprete y guardiana de la Convención, lo que permite concluir que en efecto esta doctrina ha estado implícita en la jurisprudencia interamericana desde mucho antes de haberse adoptado de forma expresa en el año 2006, pero exclusivamente en cabeza de este Tribunal interamericano quien de

³⁴Corte IDH. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52 (Responsabilidad internacional por normas dictadas en estado de emergencia contrarias a la Convención), Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94 (Responsabilidad internacional por normas que prevén la existencia de la pena de muerte), Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112 (Responsabilidad internacional por políticas públicas inexistentes o por políticas públicas contrarias a la Convención).

suyo tiene la competencia para declarar la responsabilidad internacional del Estado por violación al artículo 2 convencional.

Cuando la Corte reconoce el ejercicio del control de convencionalidad y extiende su competencia a los jueces nacionales como en el caso Almonacid Arellano, en efecto fundamenta tal adopción en el artículo 2 del Pacto de San José, pues afirma que “La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular.”³⁵. En consecuencia, al derivar este control de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados al ratificar o adherirse a la Convención, estas deben ser cumplidas de buena fe de conformidad con los principios que rigen el derecho de los tratados como bien lo establece la Corte en la misma sentencia (C/IDH Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, párrafo 125).

Los Estados deben acatar el tratado internacional de buena fe (*pacta sunt servanda*) y no pueden por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida, como lo disponen los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. En tal sentido la Corte ha indicado que tales obligaciones vinculan a todos los poderes y órganos del Estado (C/IDH. Caso Castillo Petruzzi y

³⁵Continúa diciendo la Corte “Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.” Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrafo 123.

otros Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la CrIDH de 17 de noviembre de 1999, considerando cuarto. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de la CrIDH de 7 de septiembre de 2012, considerando cuarto), de tal suerte que todas las autoridades públicas de cualquier nivel, los poderes ejecutivo, legislativo, judicial u otras ramas del poder público del Estado, incluyendo a los más altos Tribunales de justicia, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional.

En este orden de ideas si la obligación contenida en el artículo 2 convencional dispone que los Estados deben adoptar “todas las medidas legislativas o **de otro carácter** que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” (negritas fuera del texto original), estos deben realizar lo que esté a su alcance para cumplir dicha obligación, no solamente en la producción de leyes o disposiciones jurídicas, sino en la aplicación e interpretación que de las mismas realicen las autoridades administrativas y especialmente los jueces nacionales, pues resulta necesario reiterar que el uso de normas contrarias a la Convención que no sean de aplicación inmediata y la interpretación de las mismas a partir de criterios que no se ajusten a los estándares interamericanos para lograr un mínimo de efectividad a la Convención Americana, genera responsabilidad del Estado.

Y es que como lo precisa la Corte “la concepción del llamado control de convencionalidad tiene íntima relación con el “principio de complementariedad”” (CrIDH, caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, párrafo 70), pues los Estados son los primeros y principales garantes de los derechos humanos y ante su violación, le corresponde a estos resolver internamente el asunto y reparar los daños ocasionados, antes de ser llamado a responder en el escenario internacional

(CrIDH. Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No.259, párrafo 142, y Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú, párrafo 66), razón por la que se ha generado un “control dinámico y complementario” de las obligaciones de respeto y garantía entre las autoridades internas y las instancias internacionales “de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí” (CrIDH, caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, párrafo 143):

Pese a lo anterior se cuestiona si de la obligación de adecuación de obligatorio cumplimiento por los Estados, se puede desprender un deber de todas las autoridades públicas, específicamente de los jueces domésticos, de realizar un examen de compatibilidad e interpretación entre las normas jurídicas y las prácticas internas con el *corpus iuris* convencional, máxime si por ejemplo en un caso concreto deban crear estándares interamericanos sobre un derecho o grupo poblacional, cuando la Corte en el ejercicio de su competencia, no se haya pronunciado al respecto y no haya realizado la interpretación que mejor se compense con los derechos humanos permitiendo con ello que cada Estado, o incluso cada juez, interprete el *corpus iuris* según su leal saber y entender, aunque se reitera la prevalencia del principio *pro homine* es el objeto mismo del estándar interamericano.

Una interpretación mutativa por adición es lo que ha venido realizando la Corte al atribuirle el carácter de difuso al control de convencionalidad que venía realizando este tribunal como intérprete final del Pacto, en tanto que “El tribunal ha agregado *algo* al contenido inicial del Pacto, aunque el texto literal de éste no ha variado” (Sagües, 2010, p. 125), es decir, que el Tribunal ha creado obligaciones a cargo de los Estados que estos no asumieron al firmar la Convención Americana.

Sin embargo adicional a las obligaciones de cumplir de buena fe los tratados internacionales, se suman las reglas de interpretación establecidas en el artículo 31 numeral 3 literal a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en donde se estipula que estos deben ser interpretados teniendo en cuenta que “todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones”, y como quiera que en la Convención Americana, que los Estados ratificaron o se adhirieron, se le asignó a la CrIDH la competencia de ser la máxima intérprete de este instrumento internacional, de acuerdo al artículo 62 *ibídem*, sus pronunciamientos son obligatorios para los Estados parte, y como se vio anteriormente tienen efectos *erga omnes*, más si esta ha jugado un papel trascendental en la evolución interpretativa de la CADH de acuerdo a las necesidades sociales y preocupaciones actuales de las sociedades democráticas que no existían en el momento de su adopción en 1969, manteniendo vivo su contenido.

No cabe duda entonces que la doctrina del Control de Convencionalidad es un instrumento de creación pretoriana que tiene como fundamento las obligaciones internacionales de respeto, garantía y adecuación y los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* propios del Derecho de los tratados, así como la obligación de los Estados de no invocar disposiciones internas para no cumplir el tratado internacional, de tal suerte que si bien puede constituir una interpretación extensiva de los artículos convencionales, la misma tiene como finalidad mantener el bien común internacional que dio origen al sistema regional de protección de derechos humanos creado soberanamente por los Estados.

La adopción plena de esta figura por los Estados pretende crear un Derecho Común en Derechos Humanos (Sagúes, 2010) que consolide en la

región un escenario en donde todos los Estados hablen el mismo idioma proteccionista y garantista que tenga como punto de partida y de llegada la aplicación de la norma más favorable de la persona humana, el *principio pro homine*.

Capítulo III

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ESTADO COLOMBIANO

3.1. El Estado como primer garante del Control de Convencionalidad

Uno de los principales elementos legitimadores del Estado es la adopción de un catálogo de derechos en la Constitución como límite al abuso de poder, y en consecuencia es en el Estado, como estructura de poder jurídica y política, en quien radica el deber de proteger y garantizar los derechos de las personas que se encuentren bajo su jurisdicción.

Es con tal objetivo que la comunidad internacional ha adoptado una serie de instrumentos frente a los cuales el Estado de manera libre y soberana a través de su ratificación o adhesión, se constrañe a cumplir las obligaciones establecidas en tales tratados, como las de respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos consagradas en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos constituye “una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o **complementaria** de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” según lo establece el preámbulo de la misma Convención.

Es precisamente ese principio de complementariedad o subsidiaridad el que impone en cabeza del Estado la obligación de ser el primero y principal garante de los derechos de las personas, y de tal manera “si se produce un

acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano” (CrIDH, caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, párrafo70).

El control de convencionalidad se convierte entonces en una manifestación del deber del Estado como primer garante de los derechos humanos, por lo que el Estado está obligado a realizar un control primario de convencionalidad, y solo cuando este no brinde una protección efectiva a los derechos humanos, la CrIDH ejercería un control complementario de convencionalidad, garantizándose así un “control dinámico y complementario” de las obligaciones convencionales entre el Estado y las instancias internacionales, tal como fue sostenido por el Juez Ferrer MacGregor Poisot, en su voto razonado, al supervisarse el cumplimiento de la sentencia del caso Gelman Vs. Uruguay.

Así, el control de convencionalidad además de tener un sólido fundamento en el artículo 2 de la Convención Americana, también materializa el deber del Estado como principal y primer protector de los derechos humanos, y le otorga fuerza al principio de subsidiaridad del Sistema Interamericano, de tal suerte que no es potestativo del Estado decidir si ejerce o no el control de convencionalidad, en tanto que con él se concretan las obligaciones convencionales asumidas por el Estado en ejercicio de su soberanía.

El deber del Estado como primer garante y protector de los derechos humanos vincula a todos los órganos y funcionarios del Estado, de tal suerte que la verificación de compatibilidad entre las normas y actos internos y la Convención Americana y demás tratados del *corpus juris* interamericano, es responsabilidad de todos los poderes, órganos y autoridades públicas en

todos los niveles del Estado como lo estableció la CrIDH en el caso Gelman vs. Uruguay, con independencia de los cambios de gobierno que ocurren al interior del Estado como garantía democrática, en aplicación del principio de derecho internacional de la identidad o continuidad del Estado según el cual “la responsabilidad subsiste para todos sus poderes y órganos con independencia de los cambios de gobierno en el transcurso del tiempo y, concretamente, entre el momento en que se comete el hecho ilícito que genera la responsabilidad y aquél en que ella es declarada” (CrIDH, caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, párrafo 90).

Colombia como Estado Parte de la Convención Americana se encuentra apremiado a cumplir las obligaciones convencionales como primer garante de derechos humanos, y de contera a realizar el control primario de convencionalidad que vincula a toda la estructura del Estado incluidas las ramas del poder público (ejecutiva, legislativa y judicial), órganos de control (Ministerio Público y Contraloría General de la República), órganos autónomos (Banco de la República, Entes Universitarios Autónomos, Corporaciones Autónomas Regionales, y otros), organización electoral (Registraduría Nacional del Estado Civil, Consejo Nacional Electoral), y en general a todas las autoridades públicas de cualquier nivel (Nacional, Departamental y municipal), de tal suerte que el incumplimiento de tales obligaciones por parte de cualquiera de ellos genera responsabilidad internacional para el Estado Colombiano.

3.2. El juez nacional como juez de convencionalidad.

Si bien el control de convencionalidad recae en cabeza de todas las autoridades públicas del Estado Colombiano, el papel del juez como garante de los derechos protegidos por los tratados internacionales de derechos

humanos goza de una “dimensión especial” (Ibañez Rivas, 2015, p. 85), y no en vano en sus primeros pronunciamientos la CrIDH le impuso esta obligación inicialmente a los jueces, en tanto que estos tienen a su cargo la función de velar porque las demás instituciones, órganos y autoridades estatales respeten las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos al ser quienes juzgan las conductas y acciones del Estado concluyendo con su intervención las posibilidades para el Estado de investigar y reparar las violaciones a derechos humanos en sede interna. En tal sentido

si los operadores de justicia aplican su Derecho interno de conformidad con la Convención Americana y demás tratados del *corpus juris* interamericano, no habrá razón para que se genere responsabilidad internacional alguna para el Estado y, en consecuencia, no será necesario acudir al SIDH para la aplicación del control complementario de convencionalidad. (Ibañez Rivas, 2015, p. 67).

Corresponde entonces enfatizar en esta investigación, el papel del juez colombiano como juez convencional en la consolidación de un derecho común americano y los parámetros o exigencias que debe tener en cuenta en la aplicación de un efectivo control de convencionalidad.

3.2.1. Supremacía Constitucional y control de constitucionalidad como “disyuntiva” para aplicar el control de convencionalidad.

Para Quinché Ramírez (2009), el control de convencionalidad es una consecuencia del proceso de constitucionalización del derecho internacional, que en términos de Cançado Trindade implica que los tratados de derechos humanos tienen una “dimensión constitucional” y forman en el escenario

internacional “un orden jurídico *constitucional* de respeto a los derechos humanos” (CrIDH, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros). Vs. Perú. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de Noviembre de 2007 Serie C No. 174. Voto disidente del juez Antonio Cançado Trindade, párrafo 7).

Como Constituciones del orden internacional, los tratados de derechos humanos cuentan con las mismas características de una Constitución y en consecuencia un sector de la doctrina plantea la existencia de una “supremacía convencional” (Carpizo, 2013) en materia de respeto a los derechos humanos, que le confiere a la Convención Americana sobre Derechos Humanos el calificativo de norma superior, como consecuencia de la obligación de armonizar el ordenamiento jurídico interno con las normas de la Convención Americana contenida en el artículo 2.

No obstante, plantear el presupuesto de una “supremacía convencional” en principio generaría un enfrentamiento con el principio de supremacía constitucional que en Colombia se encuentra regulado en el artículo 4 de la Constitución Política, con base en el cual el Estado tiene la facultad de determinar el lugar que ocupan los tratados internacionales de derechos humanos en la jerarquía normativa interna, y es precisamente la supremacía constitucional la que impide que en Colombia los tratados de derechos humanos gocen de un rango “supraconstitucional” ubicándolos en cambio en el mismo nivel de la Constitución en aplicación de la figura del bloque de constitucionalidad.

Al pertenecer al bloque de constitucionalidad hay un diálogo constante y una retroalimentación entre las normas constitucionales y las normas internacionales en materia de protección de derechos humanos, y por lo

tanto estos últimos deben ser tenidos en cuenta por los jueces en sus decisiones como normas integrantes de la Constitución.

No obstante, su pertenencia al bloque de constitucionalidad no supone que el ejercicio del control de convencionalidad se vea subsumido en el control de constitucionalidad, pues de ser así los tratados internacionales quedarían condicionados o sometidos a los postulados constitucionales y a las interpretaciones de los tribunales constitucionales internos, tal y como lo entendió en una oportunidad la misma Corte Constitucional en la sentencia C-941 de 2010 al señalar que esa Corte “no es juez de convencionalidad, esto es, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado” y que el análisis de confrontación entre un tratado internacional y una ley en sentido material, debe realizarse sistemáticamente con el texto de la Constitución, esto es, bajo las disposiciones constitucionales.

El control de convencionalidad permite que exista coherencia entre el sistema jurídico interno de los Estados y el sistema internacional o los estándares internacionales de protección de derechos humanos en busca de consolidar un Derecho Común más allá de los Estados, que tenga al principio *pro homine* como derrotero principal de las normas y prácticas domésticas. Por su parte, el control de constitucionalidad lo realiza cada Estado en su interior con el fin de garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico interno con los parámetros axiológicos de su Constitución, que aun cuando también tengan como fundamento el principio *pro homine* y busquen garantizar el ejercicio de los derechos a las personas, sus decisiones tienen un alcance exclusivamente nacional y no trascienden más allá de sus fronteras.

Son sistemas jurídicos independientes, y en tal sentido garantizar que el juez nacional además del control de constitucionalidad esté obligado a realizar un control de convencionalidad, no solamente armoniza las normas sobre derechos humanos entre los dos sistemas jurídicos y garantiza una mayor protección de los derechos humanos al interior del Estado, sino que permite en mayor medida la invocación directa de los tratados internacionales como parámetro de compatibilidad entre las normas internas y el *corpus iuris* interamericano que pueda concluir en la expulsión del ordenamiento jurídico de una norma que sea contraria a los estándares internacionales o que haga nulo su efecto útil sin necesariamente tener que acudir a la Constitución o al bloque de constitucionalidad como fundamento para su invocación directa, sino que tal invocación se derive solamente de las obligaciones que soberana y libremente el Estado Colombiano asumió al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que está obligado a cumplir en virtud de los principios de *pacta sunt servanda* y buena fe contenidos en la Convención de Viena de 1969.

Además, que el control de convencionalidad respeta el régimen de control de constitucionalidad elegido soberanamente por cada Estado y su aplicación se realiza respetando las competencias de los diferentes organismos y las normas procesales vigentes al interior de cada Estado, “una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquellos pasan a conformar su ordenamiento jurídico” (CrIDH, caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, párrafo 88).

Entonces, el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad son complementarios como lo ha resaltado la CrIDH, y así lo entendió la Corte Constitucional recientemente al señalar en la sentencia de unificación

712 de 2013 que “los órganos que componen la administración de justicia deben ejercer oficiosamente el control de convencionalidad de las normas internas”.

Así, los jueces deben realizar de manera paralela el control de constitucionalidad cuando así lo establezca el ordenamiento interno, y el control de convencionalidad en cumplimiento de sus obligaciones de respeto, garantía y adecuación consignadas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, pues como lo resalta Sagüés “No es suficiente, entonces, con que una regla local sea constitucional. También debe ser “convencional” (2010, p.13), y con ello no solo se materializa la coherencia entre las normas internas y la Constitución, que es el objetivo del control de constitucionalidad, sino también la coherencia que debe existir entre ese derecho interno, incluida la Constitución, y el Derecho Internacional.

Y se incluye la Constitución, porque el control de convencionalidad se aplica no solamente sobre los actos generales internos, las prácticas de las autoridades públicas y las normas jurídicas internas como leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas, resoluciones con independencia del órgano que las emita, y sentencias judiciales, sino también sobre la Constitución Política (CrIDH, caso *Boyce y otros Vs. Barbados*, sentencia de 20 de noviembre de 2007, serie C No. 169, párrafos 78 a 80).

No obstante en Colombia, este ejercicio de compatibilidad que exige el control de convencionalidad es posible respecto de las normas internas con un rango inferior a la Constitución y no así respecto de esta, pues valga recordar que el bloque de constitucionalidad le otorga prevalencia a los tratados internacionales de derechos humanos respecto de las demás normas del ordenamiento jurídico, pero solo cuentan con rango constitucional y no supraconstitucionalidad, lo que en principio impediría ejercer el control

de convencionalidad frente a la propia Constitución, por cuanto ello sería revalidar el principio de supremacía convencional desdibujando la supremacía constitucional que caracteriza el constitucionalismo.

Sin embargo, no puede perderse de vista que el examen de compatibilidad entre la norma doméstica y el *corpus iuris* interamericano se realiza siempre que el estándar internacional sea mucho más favorable para el individuo, pues el objeto y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los demás instrumentos que componen el *corpus iuris*, es garantizar en mayor medida el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, respetarlos y protegerlos, y el control de convencionalidad fue instituido por la CrIDH en el caso Almonacid Arellano para “velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos” (CrIDH, caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, párrafo 124), por lo que si una disposición o una práctica nacional contiene un estándar más garantista y proteccionista, el Estado “debe” aplicar este parámetro interno del Estado y desatender el mandato contenido en el instrumento internacional.

Bajo este marco interpretativo, la supremacía constitucional cede ante el principio *pro homine* y en caso de existir conflicto o contradicción entre un artículo de la Constitución Política de Colombia y el *corpus iuris* interamericano, de encontrarse que la norma internacional es más favorable al ser humano, el juez dentro del marco de sus competencias y de acuerdo a las regulaciones procesales internas, debe aplicar esta norma incluso por encima de la Constitución con el fin no solo de cumplir sus obligaciones internacionales de buena fe con base en el principio *pacta sunt servanda* y la prohibición de invocar disposiciones del derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado regulados en la Convención de Viena de

1969, sino también en procura de custodiar el objeto y fin del tratado y garantizar que los derechos humanos no sean restringidos o limitados.

Como muestra de ello la Corte Constitucional Colombiana en sentencia C-376 de 2010 al realizar el análisis del artículo 67 de la Constitución que establecía el cobro de la educación primaria de probarse que una persona tuviera los recursos para sufragarla, frente a los artículos 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 13 y 16 del Protocolo de San Salvador, y 28 de la Convención sobre los Derechos de los niños que en general estipulaban que la educación básica primaria era gratuita, decidió dar aplicación a las normas convencionales por encima de las constitucionales y concluyó que la educación primaria estatal debe ser gratuita independientemente de la capacidad económica de la familia, invocando como fundamento el principio *pro homine*.

No llegó a la misma conclusión la Corte Constitucional Colombiana en casos recientes (CConst, SU-712/2003, J. Palacio y SU-355/2015, M. González) en los que analizó una contradicción normativa entre el artículo 277.6 de la Constitución Política y el artículo 23 de la Convención Americana. Con base en el primer artículo la Corte Constitucional considera permitido que “una autoridad administrativa separe del cargo a un funcionario de elección popular, a través de un procedimiento disciplinario”, mientras que con base en la Convención Americana la CrIDH “ordena que una decisión de esa naturaleza sea adoptada por un juez penal competente” (CConst, SU-712/2003, J. Palacio).

Al respecto la Corte Constitucional concluyó que aun cuando esa contradicción normativa debía ser resuelta armonizando las normas en conflicto para asegurar la supremacía de la Constitución y el pleno respeto de las obligaciones del Estado en el derecho internacional de los derechos

humanos existiendo para los jueces la obligación de ejercer oficiosamente el control de convencionalidad, el artículo 23 de la Convención Americana debía ser interpretada de manera coherente y sistemática con la Constitución Política, y ese artículo convencional no prohibía a los Estados consagrar en sus ordenamientos jurídicos internos otro tipo de restricciones a los derechos políticos de sus ciudadanos, por lo que la Procuraduría General de la Nación tiene la competencia para investigar y sancionar disciplinariamente a todos los servidores públicos incluidos los de elección popular.

Esta posición, demuestra que para la Corte Constitucional esa interpretación sistemática del derecho internacional de los derechos humanos y la Constitución Política, tiene como eje central la supremacía constitucional y no el principio *pro homine*.

Lo anterior evidencia las variadas posiciones de la Corte Constitucional Colombiana al respecto, generando así un panorama no tan claro que impide aplicar sin mayores reparos el control de convencionalidad cuando sea la Constitución, o alguna norma o parámetro del bloque de constitucionalidad, la que se contraponga al *corpus iuris* interamericano y que sea contraria a su objeto y fin que no es otro que el pleno disfrute de los derechos humanos.

No obstante, independientemente de las posiciones adoptadas por la Corte Constitucional colombiana, la Constitución en su aspecto material, más que una norma cerrada, constituye un “proceso cultural abierto” (Toro Huerta, 2005, p. 124) que se nutre del contexto social, político y jurídico de cada sociedad y de la comunidad internacional, en el que los jueces asumen el papel de garantes de los derechos humanos más que de la Constitución como norma suprema, como primer y auténtico guardián de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en general el *corpus iuris* interamericano (CrIDH, caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México.

Voto razonado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrafo 24), y como tal ese es su racero al momento de fallar casos concretos, de tal manera que como lo que se pretende es armonizar los sistemas jurídicos nacional e internacional en busca de un mismo objetivo, la supremacía constitucional no constituye ningún obstáculo para el ejercicio del control de convencionalidad.

Así, debe existir un “diálogo jurisprudencial” (Bazán, 2010) entre los jueces domésticos, bien sea la Corte Constitucional en el sistema concentrado de constitucionalidad o cualquier juez por vía de excepción incluso en procesos ordinarios, y el tribunal interamericano, una interacción continua y en un plano de igualdad en búsqueda de la construcción de un verdadero escenario de garantía de los derechos humanos en donde se adopten los estándares más favorables a la persona humana independientemente de que estos hayan sido creados por los Estados o por la Corte, en aplicación del principio *pro homine*, de tal suerte que la finalidad es y debe ser la persona, y los Estados deben asumir con mayor intensidad su papel de garantes primarios.

3.2.2. Eventos de aplicación del control de convencionalidad

La aplicación del control de convencionalidad por parte de los jueces requiere el reconocimiento de algunos aspectos o supuestos indispensables para tal fin, con independencia de si el estándar mínimo de protección a aplicar haya sido establecido en una sentencia o pronunciamiento en donde el Estado Colombiano sea parte.

Así, cuando un juez esté frente a un asunto en el que sea procedente aplicar el control de convencionalidad en tanto que en él se debate una presunta violación a derechos humanos, debe imprimir todo su esfuerzo por buscar una interpretación armónica del ordenamiento jurídico con el estándar

internacional, y dejar como última alternativa la inaplicación o expulsión de una norma jurídica que le sea contraria.

En primer lugar, si al hacer este examen de compatibilidad se evidencia que la norma o acto doméstico se ajusta al *corpus iuris* interamericano y a las interpretaciones efectuadas por la CrIDH, se está en presencia de un escenario ideal para la aplicación del control de convencionalidad por cuanto los dos ordenamientos jurídicos, nacional e internacional, no se oponen y por el contrario se complementan, pues la aplicación de uno o del otro traen las mismas consecuencias jurídicas favorables para el ser humano.

Por el contrario, cuando resulte que la norma o acto interno sea contrario al estándar mínimo internacional de protección, el juez debe tratar de armonizar estos dos sistemas en cumplimiento de su obligación de interpretar el derecho interno conforme a la Convención Americana y los demás tratados que constituyen el parámetro de control, así como la interpretación que de los mismos realice la CrIDH teniendo en cuenta la naturaleza especial de estos tratados. Esta visión constructiva del control de convencionalidad parte de la presunción de que el Estado Colombiano se ha obligado de buena fe a cumplir los tratados internacionales, específicamente aquellos que tienen como objeto y fin la protección de los derechos humanos, no solamente porque así lo regula el derecho de los tratados, sino porque su propósito y finalidad es garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos al interior del Estado, y en consecuencia no es su intención crear normas o establecer conductas o prácticas que contradigan los estándares internacional de protección.

Este primer ejercicio de armonización se encuentra en cabeza de todos los jueces con independencia de su especialidad o nivel, y de ser efectivo se hace innecesaria la modificación, inaplicación o expulsión de la norma o

práctica interna sometida a análisis. Por lo tanto, un correcto ejercicio de esta obligación que establece que entre varias interpretaciones posibles de una norma jurídica se prefiera la que coincida con los parámetros convencionalidad y garanticen el efecto útil de los tratados de derechos humanos, puede evitar una declaratoria de inconventionalidad que hace tensa la relación entre los dos sistemas jurídicos, permitiendo que permanezcan en el derecho doméstico normas o actos en tanto que las mismas se interpreten conforme al *corpus iuris* interamericano.

La interpretación conforme solo es posible en la medida en que la norma o práctica interna no sea manifiestamente incompatible con la Convención Americana y los estándares mínimos de protección, pues de ser así el cumplimiento de la obligación de adecuación implica la adopción de medidas más extremas como la inaplicación de la misma en el caso concreto si el juez carece de la competencia para invalidarla.

La inaplicación de una norma altamente inconventional que se realiza en ejercicio del control de convencionalidad y que tiene como finalidad garantizar el efecto útil de la Convención Americana y la interpretación interamericana, en el Estado Colombiano se realiza aplicando la figura de la “excepción de inconventionalidad” que así como la excepción de inconstitucionalidad, puede ser ejercida por todos los jueces en el trámite incluso de procesos ordinarios, como se expondrá seguidamente.

Ahora, la otra opción en caso de una absoluta incompatibilidad, consiste en expulsar del ordenamiento jurídico la norma o práctica así calificada, decisión que además de tener efectos erga omnes, solo puede ser adoptada por la autoridad judicial que goce de dicha competencia, que en el caso Colombiano es ejercida por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y

los tribunales y jueces administrativos en los casos establecidos por la ley colombiana, como se analizará en líneas posteriores.

En cualquier caso, todos los jueces deben tener en cuenta que los parámetros convencionales respecto de los cuales se debe ejercer el control de convencionalidad son el estándar “mínimo” de protección para asegurar un mínimo nivel de efectividad de la Convención Americana a nivel regional (CrIDH, caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrafo 44), de tal suerte que si en sede nacional se realiza una interpretación que haga más efectiva la norma convencional y sea más favorable a la persona humana, el juez se encuentra facultado a aplicar esta última en virtud del principio *pro homine*, pues el objeto y fin de la Convención no es otro que proteger y garantizar los derechos humanos.

En virtud del principio *pro homine* ninguna disposición del Pacto de San José puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de los derechos humanos que estén reconocidos en otros tratados internacionales o en el derecho interno de cada Estado, de tal suerte que si en un determinado caso a una misma situación se aplica una norma de la Convención Americana interpretada por la CrIDH y una norma interna u otro tratado de derechos humanos en el cual el Estado Colombiano sea parte, debe prevalecer la norma más favorable para la persona humana.

Así, en caso de no existir norma convencional, interpretación interamericana o en términos generales estándar mínimo de protección que sea aplicable a un caso concreto, el juez nacional puede realizar su propia interpretación de la norma convencional siempre que esta se fundamente en el principio *pro homine*, de tal manera que solo será admisible la interpretación que sea más

favorable a la persona humana y que garantice el efecto útil del *corpus iuris* interamericano.

3.2.3. Aplicación del Control de convencionalidad en el marco de las competencias internas de acuerdo con el modelo de control de constitucionalidad adoptado por Colombia.

En virtud del ejercicio del control de convencionalidad, la CrIDH concibe a los jueces nacionales como jueces interamericanos garantes de la convencionalidad de las normas (Benavente Chorres, 2012), quienes incluso deben aplicarlo de oficio en el marco de las competencias de que gozan dichos jueces y de la regulación procesal interna de cada Estado de acuerdo con el modelo de control de constitucionalidad acogido, como lo dispuso la misma Corte en el caso Trabajadores Cesados del Congreso contra el Estado de Perú, con el único objetivo de garantizar el efecto útil de la Convención (González Domínguez, 2014, p. 8).

Entonces, la aplicación del control de convencionalidad lejos de imponerse sobre el derecho interno o intentar modificarlo, exige el respeto de las normas que determinan las competencias de los jueces y los requerimientos procesales mínimos de admisibilidad y procedencia de los procesos para acudir a la administración de justicia, por lo que un juez solo puede aplicar dicho control de acuerdo a sus facultades, y por tanto siguiendo el modelo de control de constitucionalidad adoptado por el Estado solo quienes tengan la competencia para expulsar normas del sistema jurídico doméstico por ser inconstitucionales, podrá hacerlo respecto a disposiciones inconvencionales, limitándose los demás administradores de justicia a realizar una interpretación conforme.

Lo anterior evidencia que esta no es una obligación exclusiva de los jueces constitucionales sino que se extiende a todos los jueces ordinarios en todas sus actuaciones o providencias judiciales.

Como se anunciara, en Colombia el control de constitucionalidad es *mixto o flexible*, en razón a la combinación de los principales elementos del control difuso y concentrado, como quiera que pese a la existencia de un Tribunal Especializado (Corte Constitucional), encargado de la guarda de la integridad y supremacía constitucional, todas las autoridades nacionales tienen la facultad de llevar a cabo el denominado control por vía de excepción, que les permite inaplicar una norma de carácter legal con ocasión a la abierta contradicción o incompatibilidad respecto de una norma constitucional.

Al respecto, así hubo de pronunciarse la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia de Constitucionalidad 122 de 2011 al señalar que

La excepción de inconstitucionalidad o el control de constitucionalidad por vía de excepción, se fundamenta en la actualidad en el artículo 4º de la Constitución, que establece que “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...”. Esta norma hace que nuestro sistema de control de constitucionalidad sea calificado por la doctrina como un sistema mixto ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución.

Debe tenerse en cuenta que el control por vía de excepción puede realizarse *ex officio* o por solicitud de parte ante la autoridad jurisdiccional,

administrativa e incluso particulares (CConst, C-122/2011, J. Henao), sin que dicho precepto normativo desaparezca del sistema jurídico, toda vez que continua siendo válido y susceptible de control por vía de acción, es decir, puede ser demandado ante la Corte Constitucional a efectos de que se defina de forma definitiva y con efectos *erga omnes* si la norma exceptuada es inconstitucional o no.

De otro lado, el sistema jurídico Colombiano prevé una serie de acciones públicas en defensa de la Constitución, que no solo dan cuenta de la garantía en la institucionalidad política, en cuanto permite a los coasociados “ejercer un control permanente sobre el organismo soberano a quien compete hacer las leyes, facilitando la correspondiente anulación de aquellas normas que se expidan en contravía de la Carta Fundamental o que resulten incompatibles con su texto” (CConst, C-426/2002, R. Escobar); sino también, permite la materialización de la democracia participativa³⁶, como postulado esencial del Estado Social de Derecho. En dicho sentido, el control de constitucionalidad por vía de acción se adelanta a través de la *acción pública de inconstitucionalidad*, la *acción de nulidad por inconstitucionalidad* y la *acción de tutela*.

A través de la acción pública de inconstitucionalidad o acción de inexequibilidad, cualquier ciudadano puede impugnar ante la Corte Constitucional, los actos reformativos de la Constitución³⁷; las leyes, tanto por su contenido material, como por vicios de procedimiento en su

³⁶ Constitución Política de Colombia, artículo 40: “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

(...)

6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley...”.

³⁷ Constitución Política de Colombia, artículo 241, numeral 1: “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación”.

formación³⁸; los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias³⁹, y los decretos con fuerza de ley expedidos con fundamento en el artículo 341 de la Constitución. La sentencia que decida sobre la inconstitucional de la norma demandada tiene efecto *erga omnes*, y en la eventualidad que se declare su inexecutable sin ningún tipo de condicionamiento, dicho precepto legal es retirado del ordenamiento jurídico de manera inmediata.

Por su parte, mediante la acción de nulidad por inconstitucionalidad se adelanta el control de constitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno cuyo conocimiento no corresponda a la Corte Constitucional,⁴⁰ función que es asumida por la Sala Plena del Consejo de Estado; a su turno los Tribunales y juzgados Administrativos cumplen similar función a nivel departamental y municipal, respectivamente, a través del conocimiento de la acción pública de nulidad, hoy medio de control de simple nulidad consagrado en el artículo 135 del nuevo Estatuto de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

³⁸ Constitución Política de Colombia, artículo 241, numeral 4: “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

³⁹ Constitución Política de Colombia, artículo 150, numeral 10: “Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos”.

⁴⁰ Entre ellos encontramos los decretos reglamentarios expedidos por el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política; los decretos ordinarios o ejecutivos expedidos por el Presidente de la República actuando en su calidad de suprema autoridad administrativa; decretos, resoluciones o circulares que expida el Gobierno para ejercer las competencias asignadas en el numeral 25 del artículo 189 Constitucional.

Como mecanismo de garantía y protección de los derechos fundamentales la acción de tutela se erige como mecanismo de control de constitucionalidad, como quiera que la actividad judicial a través de la cual se desarrolla esta acción es del ámbito de la jurisdicción constitucional (Alemán Peñaranda, 2009), y al lograr la protección de los derechos subjetivos fundamentales se hace prevalecer la norma fundamental, lo cual contribuye a la defensa del orden constitucional.

Además de las anteriores, y sin requerir la interposición del ejercicio de acción, el control de Constitucionalidad se realiza de manera previa y automática. En lo tocante al control previo, encontramos los relacionados con los proyectos de ley objetados por el Presidente de la República⁴¹, el que realizan los Tribunales Administrativos cuando deben resolver las objeciones que, por motivos de inconstitucionalidad, presentan los Gobernadores contra los proyectos de Ordenanzas dictadas por las Asambleas Departamentales, y cuando deciden sobre la constitucionalidad de los actos de los Concejos Municipales, de los Alcaldes⁴², como también en los casos a que alude la ley que regula las instituciones y los mecanismos de participación ciudadana (CConst, C - 400/2013, N. Pinilla); el referente a los tratados y de sus leyes aprobatorias⁴³, y el control previo de proyectos de ley estatutaria⁴⁴. Por su

⁴¹ Constitución Política de Colombia, artículo 66: “El Gobierno dispone del término de seis días para devolver con objeciones cualquier proyecto cuando no conste de más de veinte artículos; de diez días, cuando el proyecto contenga de veintiuno a cincuenta artículos; y hasta de veinte días cuando los artículos sean más de cincuenta.

Si transcurridos los indicados términos, el Gobierno no hubiere devuelto el proyecto con objeciones, el Presidente deberá sancionarlo y promulgarlo. Si las cámaras entran en receso dentro de dichos términos, el Presidente tendrá el deber de publicar el proyecto sancionado u objetado dentro de aquellos plazos. Lo anterior en concordancia con los artículos constitucionales 167 y 241 num. 8º.

⁴² Constitución Política de Colombia, artículo 305 numeral 9: “Objetar por motivos de inconstitucionalidad, ilegalidad o inconveniencia, los proyectos de ordenanza, o sancionarlos y promulgarlos”.

⁴³ Constitución Política de Colombia, artículo 241 numeral 10: “Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la

parte, el control automático lo ejerce la Corte Constitucional al analizar los decretos legislativos expedidos por el Presidente de la República con ocasión a los estados de excepción consagrados en los artículos 212, 213 y 215 Constitucionales, y su finalidad es que el máximo Tribunal Constitucional se pronuncie de manera definitiva sobre su constitucionalidad, para lo cual es obligación del Gobierno enviar a la Corte el correspondiente decreto, a más tardar al día siguiente de su expedición.

De otro lado, doctrinariamente se han establecido diversas formas de control de constitucionalidad en Colombia, como la expuesta por el autor Charry (1992), en donde se clasifica el mentado mecanismo en atención a la fuente⁴⁵, el objeto de juzgamiento⁴⁶, el momento del ejercicio del control⁴⁷, la iniciativa del mismo⁴⁸, sus efectos⁴⁹, su especialidad⁵⁰ y su trámite⁵¹ (p. 73).

Ahora bien, una vez esbozadas las vías procesales mediante las cuales se lleva a cabo el control de constitucionalidad, es imperioso indicar los parámetros utilizados por la Corte Constitucional al momento de estudiar la constitucionalidad de los preceptos legales demandados por

Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva”.

⁴⁴ Constitución Política de Colombia, artículo 241 numeral 8: “Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”.

Artículo 153 C.N. “La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura.

Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla.

⁴⁵ Proveniente de la misma Constitución y de la Ley.

⁴⁶ Puede recaer sobre las personas o los actos

⁴⁷ Previo o posterior al perfeccionamiento del acto.

⁴⁸ Puede ser político, automático u oficioso, pública o en razón de interés particular.

⁴⁹ Puede recaer sobre los actos o sobre las personas.

⁵⁰ Especial o general.

⁵¹ Según se trate de control principal o accesorio.

inconstitucionalidad, como también aquellos sujetos a control previo y/o automático. En dicho sentido, se encuentra que por vía de acción (demanda de inconstitucionalidad) el artículo 2º del Decreto 2067 de 1992, establece un mínimo de requisitos que deben ser acatados por los ciudadanos al momento de ejercerla, entre los cuales se encuentran los argumentos de violación esgrimidos contra la norma, lo cual conlleva una carga mínima de sustentación, pues tal como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional

el propósito es evitar de una parte, que la Corporación establezca por su cuenta las razones de inconstitucionalidad, convirtiéndose entonces en juez y parte del trámite, y generando una intromisión desproporcionada del Tribunal Constitucional en las funciones propias del Congreso de la República; y, de otra parte, que ante la ausencia de razones comprensibles, que cuestionen seriamente la presunción de corrección de las decisiones adoptadas en el foro democrático, deba proferirse un fallo inhibitorio, frustrándose así el objetivo de la acción de inconstitucionalidad. (CConst, C- 178/2014, M. Calle)

Debe aclararse que lo anterior se efectúa con miras a analizar de manera más concreta la incompatibilidad de la norma acusada con las disposiciones constitucionales, sin que ello implique una limitación al análisis de exequibilidad, pues tal como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, a partir del denominado bloque de constitucionalidad consagrado normativamente en los artículos 53, 93, 94 y 214 superior, se ampliaron los parámetros del control de constitucionalidad.

Así las cosas, la Corte Constitucional como máxima y auténtica intérprete de la Carta al momento de ejercer el control de constitucionalidad de manera concentrada verifica la compatibilidad de los preceptos legales puestos en su conocimiento a la luz del denominado bloque de constitucionalidad del cual

hacen parte los tratados sobre derechos humanos. De la misma manera el Consejo de Estado en el proceso de nulidad por inconstitucionalidad, los Tribunales y Juzgados Administrativos en los demás procesos de nulidad, observación y objeción, y en general todos los jueces por vía de excepción en el trámite de procesos ordinarios, deben tener en cuenta todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad al momento verificar una posible incompatibilidad entre las disposiciones legales y dichos parámetros de constitucionalidad.

Resulta imperativo analizar entonces la aplicación de la teoría convencional a la luz de los modelos y características del control de constitucionalidad en Colombia.

Evidentemente la aplicación del control concentrado de convencionalidad radica en cabeza de la CrIDH como máxima intérprete del *corpus iuris* interamericano, por lo que no es en el carácter concentrado del control de convencionalidad donde se centra la discusión, sino en la característica de difuso que la Corte le asignó a este instrumento, por cuanto es aquí donde se vislumbra su recepción, aceptación y aplicación al interior de los Estados por sus autoridades.

Y allí resulta necesario resaltar que todos los jueces colombianos, incluidos los altos tribunales y por supuesto la Corte Constitucional, se encuentran obligados a realizar en todas sus actuaciones y acciones, ese examen de compatibilidad que exige el control de convencionalidad en el marco de las competencias que el derecho interno les asigna.

Como se anunciara, no todos los jueces colombianos tienen el mismo grado de competencia para pronunciarse sobre la compatibilidad de una disposición jurídica y las normas internacionales, en tanto que como el

modelo constitucional adoptado establece que la expulsión de las normas o disposiciones del ordenamiento jurídico es una competencia propia de la Corte Constitucional o del Consejo de Estado y la jurisdicción contencioso administrativa en los asuntos establecidos por la ley, solo ellos pueden retirar del sistema colombiano una norma por ser inconvencional, y en consecuencia los demás jueces internos limitarían su competencia en el ejercicio del control de convencionalidad a la aplicación de una interpretación conforme, o la inaplicación de una norma en un caso concreto a través de la figura de excepción de inconvencionalidad.

En ejercicio de las acciones públicas implementadas en Colombia en defensa de la Constitución ya referidas, esto es, la acción pública de inconstitucionalidad, acción de nulidad por inconstitucionalidad y la acción de tutela, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, los tribunales y juzgados administrativos y en general todos los jueces como jueces constitucionales en acciones de tutela, de oficio, deben complementar ese examen de constitucionalidad con un examen de compatibilidad entre el *corpus iuris* internacional y el derecho interno, aun cuando el estándar internacional se oponga a la misma Constitución Política, a menos que esta última sea más favorable a la persona.

Igual función se encuentra obligada a ejercer la Corte Constitucional en el trámite de los controles de constitucionalidad que de forma previa y automática son de su competencia, y los tribunales administrativos en tratándose del control previo por motivos de inconstitucionalidad que ejercen sobre los proyectos de ordenanza y los acuerdos municipales a través de las acciones denominadas objeción y observación.

Si como consecuencia de ese ejercicio de control de convencionalidad, se impone la necesidad de expulsar del ordenamiento jurídico las normas o

disposiciones puestas bajo estudio en cada caso, cuentan con la competencia para hacerlo porque esa facultad les fue otorgada por el ordenamiento interno en el modelo constitucional colombiano, con excepción de los jueces de tutela como se expondrá más adelante.

Ahora, atendiendo su calidad de interprete autorizada de la Constitución y guarda de la supremacía constitucional, además de aplicar el control de convencionalidad respecto de las leyes y normas que sean de su conocimiento, la Corte Constitucional colombiana también debe efectuar un “control de la interpretación” (Ferrer Mac-Gregor Poisot, E, 2011, p. 535) para “desechar aquellas “interpretaciones” contrarias o incompatibles al parámetro convencional” (Ferrer Mac-Gregor Poisot, E, 2011, p. 535) respecto de la Constitución misma y de las disposiciones que conforman el bloque de constitucionalidad, teniendo como derrotero el principio *pro homine*, con el fin de armonizar en su integridad el sistema jurídico interno colombiano al objeto y fin de la Convención Americana y todo el *corpus iuris* interamericano.

Este ejercicio de compatibilidad que complementario al examen de constitucionalidad, corresponde al análisis en abstracto de una norma jurídica (sea esta ley, acto legislativo, proyectos de ley o Decretos Legislativos expedidos por el Presidente de la República), sea este por vía de acción a través de la interposición de una demanda que realiza cualquier ciudadano, o en el ejercicio del control previo o automático que debe realizar la Corte Constitucional, el Consejo de Estado o los tribunales administrativos de conformidad con las competencias asignadas a cada órgano, culmina con la declaración de inconvencionalidad de dicha disposición jurídica y su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico, o la convencionalidad condicionada de la misma a partir de una interpretación conforme de tal norma con los parámetros convencionales, decisión que tiene efectos erga

omnes y es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades del Estado.

De manera específica, la acción de tutela, como instrumento en virtud del cual cualquier persona puede reclamar la protección de sus derechos fundamentales ante los jueces de la República como quiera que su conocimiento radica en todo aquel que administre justicia independientemente de su jerarquía o especialidad, es un escenario que facilita y exige sin condicionamientos la aplicación del control de convencionalidad, de tal suerte que el juez al analizar un caso concreto por esta vía, no solamente debe detenerse en los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en la interpretación que de las mismas realice la Corte Constitucional, sino que también incluirá como parámetros de análisis de violación los derechos humanos estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la interpretación que establezca la CrIDH, así como todo el *corpus iuris* interamericano, tomando como derrotero el principio *pro homine* en busca de proteger los derechos de todas las personas y garantizar un escenario propicio para el disfrute y goce de los mismos.

Aun cuando la acción de tutela sea considerada una acción constitucional y los jueces solo actúen en calidad de jueces constitucionales, las decisiones que se tomen en ejercicio de esta acción tiene efectos inter partes y en consecuencia a través de ellas no se puede expulsar una norma del ordenamiento jurídico, siéndoles permitido únicamente interpretar constitucional y de contera convencionalmente todo el sistema jurídico en defensa de los derechos fundamentales y humanos de las personas de conformidad con la finalidad de esta acción. Ahora cuando la Corte Constitucional cumple su función de revisión de fallos de tutela, posee las mismas potestades de los jueces constitucionales generales en acciones de

tutela, y en consecuencia en sede de tutela no puede expulsar alguna norma ni aun cuando la misma sea inconstitucional o inconvencional.

Por otro lado, y teniendo en cuenta que la obligación de realizar el control de convencionalidad no es exclusiva de los jueces constitucionales sino que se extiende a todos los jueces ordinarios, estos últimos deben efectuar una interpretación conforme e inaplicar una norma o disposición jurídica por vía de excepción.

En efecto, y a propósito de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, todos los jueces que no tengan competencia para expulsar una norma del ordenamiento jurídico, pueden utilizar de manera complementaria la figura de la excepción de inconvencionalidad cuando dicha norma contradiga el *corpus iuris* interamericano, aun cuando esté acorde a la Constitución, en procura que tanto el ordenamiento interno como el internacional cumplan su función de garantizar el goce y ejercicio pleno de los derechos humanos.

Esta obligación debe ejercerse de oficio, independientemente de si las partes en el proceso judicial lo han o no solicitado, y de encontrarse necesaria la inaplicación de una norma convencional, esta decisión tiene efecto *inter partes*, en tanto que la referida norma inaplicada pierde sus efectos en el caso particular pero mantiene su vigencia en el ordenamiento jurídico, pues como ya se explicara su expulsión está reservada a otros órganos jurisdiccionales por mandato constitucional o legal.

Así las cosas, es claro que los jueces en general, con independencia de su especialidad, en procura de garantizar el efecto útil de la Convención o del estándar internacional de protección de los derechos humanos, concomitantemente al ejercicio de control de constitucionalidad por vía de excepción de inconvencionalidad pueden aplicar un control de

convencionalidad con el objeto de dar cumplimiento a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos.

En este orden de ideas se evidencia que en nuestro sistema jurídico el denominado Control difuso de Convencionalidad, puede efectuarse respetando las regulaciones procesales y competenciales establecidas para la aplicación del Control de Constitucionalidad, y en consecuencia el control de convencionalidad en el Estado Colombiano complementa la función del Estado en pro de la persona humana, y por supuesto el control de constitucionalidad, pues lejos de ser dos instrumentos que se yuxtaponen, tienen muchas características en común y tienen como objetivo principal garantizar el disfrute y goce de los derechos de las personas, bien se encuentren establecidos en la Constitución o en la Convención Americana.

3.2.3.1. Resumen de la aplicación del control de convencionalidad en el Estado Colombiano.

CONTROL ITEMS	CONSTITUCIONALIDAD	CONVENCIONALIDAD
Control concentrado	Corte Constitucional – Consejo de Estado y Tribunales y Juzgados Administrativos (en acciones de inconstitucionalidad, nulidad por inconstitucionalidad,	Cridh

	nulidades simples, observaciones y objeciones)	
Control difuso	Los demás jueces de la Republica, la Corte Constitucional en acciones de tutela, y el Consejo de Estado y los tribunales y juzgados administrativos cuando no actúen como jueces constitucionales en las acciones de nulidad por inconstitucionalidad, nulidades simples, observaciones y objeciones	Todos los jueces de la República de Colombia, incluidos la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, los tribunales y juzgados administrativos independientemente de si actúan como jueces constitucionales o jueces ordinarios
Parámetros para su ejercicio	Constitución Política y el Bloque de constitucionalidad	Corpus Iuris Interamericano
Objeto controlado	Todas las normas del ordenamiento jurídico con excepción de la Constitución Política	Todas las normas del ordenamiento jurídico incluyendo la Constitución Política
Consecuencias	❖ Declaratoria de inexecutable y orden de expulsión del ordenamiento interno del Estado.	❖ Declaratoria de inconvencionalidad y orden de expulsión del ordenamiento

	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Exequibilidad condicionada. ❖ Inaplicación de la norma por excepción de inconstitucionalidad 	<p>interno del Estado.</p> <ul style="list-style-type: none"> ❖ Interpretación conforme. ❖ Inaplicación de la norma por vía de excepción de inconvencionalidad ❖ Aplicación de la norma más favorable ❖ Creación de estándar mínimo
Efectos	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Erga omnes en los casos de estudio de constitucionalidad abstracta de la norma. ❖ Inter partes en los casos de acciones de tutela. ❖ Inter partes en todos los casos en que los jueces ordinarios aplican excepción de inconstitucionalidad 	<ul style="list-style-type: none"> ❖ Erga omnes en los casos de estudio de inconvencionalidad abstracta de la norma. ❖ Inter partes en los casos de acciones de tutela. ❖ Inter partes en todos los casos en que los jueces ordinarios aplican excepción de inconvencionalidad ❖ Inter partes cuando se aplica la norma

		más favorable o se crea el estándar mínimo de protección
--	--	----------------------------------------------------------

3.3. Parámetros para la aplicación del control de convencionalidad en las decisiones judiciales.

La doctrina del control de convencionalidad y su reconocimiento en el derecho interno colombiano, teniendo en cuenta las implicaciones de su aplicación en el marco del sistema mixto de control de constitucionalidad acogido por el Estado Colombiano, hacen necesaria la adopción de algunos parámetros que pueden reflejar la aplicación de esta figura por los jueces nacionales, quienes están obligados a ejercer el control de convencionalidad en todas sus actuaciones judiciales en cumplimiento del deber de adecuación regulado en el artículo 2 de la Convención Americana, en el marco de sus competencias y de las regulaciones procesales internas.

Estos parámetros están basados en las características propias del control de convencionalidad que son las que los jueces deben reconocer para aplicar esta figura.

3.3.1. Citación de instrumentos internacionales de Derechos Humanos: Invocación de instrumentos vinculantes y no vinculantes al Estado Colombiano, y de la jurisprudencia de la CrIDH.

Evidentemente la aplicación del control de convencionalidad supone en primer lugar la invocación o citación del *corpus iuris* interamericano aplicable en un determinado caso judicial, pues es a partir de allí que es posible un examen de compatibilidad entre este y el sistema jurídico nacional. Como se anunciara el *corpus iuris* interamericano está conformado por una serie de

instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados, dentro de los que se incluye la Convención Americana, y que sirven para fijar el alcance de los derechos establecidos en dicha Convención.

Así, el ejercicio del control de convencionalidad supone que los jueces colombianos están obligados a invocar como parámetros de compatibilidad directamente los instrumentos que le son vinculantes en su calidad de Estado parte, entre los que se encuentran:

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos que el Estado Colombiano ratificó el 28 de mayo de 1973, cuyo depósito fue realizado el 31 de julio de 1973, y que fue aprobada mediante la ley 16 de 1972;
- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” ratificado el 23 de diciembre de 1997 y aprobado mediante la ley 319 de 1996;
- La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura ratificada el 19 de enero de 1999 y aprobada mediante la ley 409 de 1998;
- La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas ratificada el 12 de abril de 2005 y aprobada mediante la ley 707 de 2001;
- La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Convención de Belém do Pará ratificada el 15 de noviembre de 1996 y aprobada por la ley 248 de 1995;

- La Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad ratificada el 11 de febrero de 2004 y aprobada mediante la ley 762 de 2002.

Además de estos y los demás tratados ratificados y aprobados por Colombia en materia de derechos humanos, el juez nacional también debe tener como parámetro de convencionalidad los tratados interamericanos no ratificados por Colombia como el Protocolo a la Convención Americana sobre derechos humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, la Convención Interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia, y la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia; y todos los instrumentos que forman parte del *soft law*, entre otros la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Carta Democrática Interamericana, la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, los Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas, y en general cualquier otro instrumento de derechos humanos que sea utilizado por la CrIDH como marco interpretativo de los derechos y obligaciones establecidos en los tratados vinculantes al Estado Colombiano en pro de efectivizar en mayor medida la protección y la garantía de los derechos humanos.

En lo que corresponde a la jurisprudencia y demás pronunciamientos de la CrIDH, resulta necesario señalar que el Estado Colombiano reconoció la competencia de la CrIDH el 21 de junio de 1985, por lo que todos sus pronunciamientos son vinculantes para los jueces nacionales con independencia de si Colombia es o no parte en tales providencias.

En efecto, las sentencias en que un Estado es parte, constituyen cosa juzgada internacional lo que implica una “vinculación absoluta en la manera en que las autoridades nacionales del Estado condenado deben interpretar la norma convencional, y en general, el *corpus iuris* interamericano aplicado en la sentencia que decide el caso” (CrIDH, caso Gelman Vs. Uruguay. Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrafo 83), y en consecuencia el Estado se encuentra sometido a cumplir la sentencia en su integridad.

Así, los casos que se adelantan contra el Estado Colombiano y que concluyen con una sentencia, hacen surgir la obligación de cumplir además de su parte resolutive, es decir las medidas de reparación que en dicha sentencia se hayan ordenado, aplicar el fundamento, los motivos y la *ratio decidendi* que la fundamentan, en tanto que la sentencia es vinculante en su totalidad y debe impactar todo el ordenamiento jurídico.

La interpretación efectuada por el órgano internacional en dichas sentencias respecto a un determinado derecho u obligación debe acogerse al interior del Estado Colombiano no solamente en el caso específico en que se profirió, sino como marco interpretativo general aplicable a todos los asuntos en los que se vea comprometido ese derecho u obligación, pues parafraseando al juez García Ramírez, no tendría sentido que la CrIDH se pronunciara muchas veces sobre un determinado derecho o norma internacional para que los Estados asumieran dicha interpretación y los estándares adoptados por la Corte, porque ello rompería el principio de subsidiaridad del sistema y el sentido mismo del Sistema Interamericano, y la CrIDH se convertiría en una cuarta instancia”.

Así, los jueces colombianos deben aplicar directamente la interpretación internacional no solamente en el caso específico que originó dicha sentencia,

sino en el ordenamiento jurídico en su totalidad incluyendo las conductas y prácticas estatales, y en el marco de sus competencias de oficio y sin mediar orden expresa, corregir, inaplicar o expulsar ciertas normas que le sean contrarias o interpretar tales aspectos de conformidad con el estándar adoptado por la CrIDH en tales pronunciamientos.

De la misma manera, constituyen parámetro de convencionalidad con eficacia vinculante la norma convencional interpretada por la CrIDH en una sentencia en el que el Estado Colombiano no sea parte del proceso internacional por el solo hecho de ser parte de la Convención Americana, toda vez que las sentencias gozan de una eficacia *erga omnes*, pues a través de ellas la CrIDH establece un criterio interpretativo como estándar mínimo de protección de los derechos humanos.

Además de las sentencias, también deben tenerse como parámetros las opiniones consultivas y las resoluciones que sobre medidas provisionales y de supervisión de cumplimiento profiera la CrIDH, pues en ellos también se fija el alcance interpretativo de las obligaciones convencionales y los derechos humanos.

En tal sentido, para aplicar el control de convencionalidad es necesario que el juez colombiano invoque instrumentos de derechos humanos que pertenezcan al *corpus iuris* interamericano, vinculantes y no vinculantes para el Estado Colombiano, y los pronunciamientos de la CrIDH que le sean aplicables a cada caso, como parámetros del examen de compatibilidad los cuales debe citar o referenciar en la respectiva decisión.

3.3.2. Aplicación del *corpus iuris* interamericano en la *ratio decidendi* de una decisión judicial: aspectos sustantivos y procesales.

Resulta imperativo establecer si el control de convencionalidad fue aplicado para decidir de fondo el aspecto sustancial del litigio, es decir para definir la procedencia o no de las pretensiones de la demanda y la protección o no de los derechos humanos, o si se acudió a dicho examen de compatibilidad para resolver aspectos procesales, como temas de caducidad, valoración de pruebas, legitimidad para actuar, competencia de la autoridad administrativa o judicial, entre otras, pues deben compatibilizarse las normas con el *corpus iuris* interamericano tanto en aspectos procesales como en aspectos sustantivos.

El fin mismo del control de convencionalidad es garantizar los principios y derechos establecidos en la Convención Americana y en otros instrumentos interamericanos con miras a que el efecto útil de la Convención no sea mermado o anulado por normas o disposiciones internas contrarias a su objeto y fin, siempre que estos maximicen la protección de los derechos humanos.

Esto implica necesariamente que el juez que aplique un control de convencionalidad necesariamente debe acudir a la Convención Americana y demás tratados interamericanos de derechos humanos, así como a la interpretación que de los mismos realice la CrIDH, para realizar este examen de compatibilidad, aspecto que debe verse reflejado en la providencia o sentencia que profiera el juez nacional en primer lugar a través de la citación de dichos instrumentos.

No obstante, la mera citación no es suficiente para aplicar un verdadero control de convencionalidad, por el contrario es indispensable que estas normas convencionales y la interpretación que de las mismas realiza la CrIDH sean parte integral de la sentencia, es decir tales estándares interamericanos mínimos de protección de derechos humanos deben integrar

la *ratio decidendi* del respectivo pronunciamiento del juez nacional colombiano, deben formar parte de la argumentación que brinde el juez para decidir un determinado caso.

No puede entenderse como control de convencionalidad la inclusión de normas, tratados, sentencias, pronunciamientos y en general de todo el *corpus iuris* interamericano como dichos de paso en una providencia o sentencia doméstica que no tengan incidencia en la decisión misma adoptada por el juez, incluso cuando las normas internacionales y las internas sean compatibles y conduzcan a una misma decisión, pues en este caso el juez debe hacer alusión a dicha compatibilidad para evidenciar no solamente el cumplimiento de las obligaciones internacionales, sino también la total concordancia del ordenamiento jurídico interno con el sistema internacional de protección de derechos humanos en busca de un mismo objetivo común, el respeto y garantía de los derechos humanos.

Igual situación ocurriría en caso que el juez nacional advierta que existe al interior del Estado o con ocasión de otro tratado, una interpretación más garantista y favorable a la persona humana que la establecida en el escenario interamericano como estándar mínimo de protección, o cuando no exista todavía en el *corpus iuris* interamericano norma o interpretación alguna que regule una situación específica con la que se encuentre el juez en un caso particular, pues en cualquiera de los dos eventos le correspondería al juez interno evidenciar tales acontecimientos haciendo referencia a los mismos en la sentencia o providencia a proferir, y fundamentar en el principio *pro homine* su decisión de aplicar otra interpretación distinta o realizar una primera interpretación en un asunto respecto del cual no exista referente alguno.

Este es sin duda el principal aspecto que denota la aplicación o no de un verdadero control de convencionalidad, pues si las referencias al sistema interamericano constituyen simplemente citas que se incluyen en el cuerpo de la providencia judicial interna como dichos de paso que hacen más atractivos dichos pronunciamientos porque en ellos también se protege el mismo derecho en discusión o como presuntamente argumentos que refuerzan una determinada posición, dicha citación no concluiría con una expresa manifestación de compatibilidad, o una interpretación conforme, una inaplicación normativa o incluso una modificación o expulsión del sistema nacional.

3.3.3. El control de convencionalidad se realiza de manera oficiosa o a petición de parte.

Si bien la propia comunidad cada vez reconoce más la importancia de los derechos humanos y las obligaciones del Estado respecto a su protección, garantía y su deber de interpretar las normas respetando tales derechos, lo que conlleva a que en los procesos judiciales se invoquen constantemente y se exija una interpretación en clave de derechos humanos y en consecuencia la aplicación del control de convencionalidad, la jurisprudencia de la CrIDH atribuyó el cumplimiento de esta obligación “de oficio” a todas las autoridades estatales, incluidos los jueces nacionales.

El juez nacional no debe esperar a que las personas interesadas invoquen en cada asunto los derechos humanos, los tratados internacionales, las obligaciones que de allí se derivan y la jurisprudencia interamericana, por el contrario y aun cuando no se haya siquiera mencionado, el juez de oficio debe aplicar el *corpus iuris* interamericano en el caso concreto y realizar un efectivo control de convencionalidad, en tanto, es el juez el que conoce el derecho, las obligaciones internacionales asumidas por el Estado y de contera conoce su obligación de adecuar el ordenamiento jurídico y las

prácticas internas a los estándares mínimos de protección internacional o a la interpretación que efectivicen en mayor medida los derechos humanos y sean más favorables a la persona humana.

Esta aplicación “de oficio” puede ejercerse incluso cuando el respectivo proceso judicial se encuentre en la etapa de adopción de la sentencia o la decisión final, y su ejercicio no puede quedar supeditado a las reformas legales o constitucionales que se requieran al interior del Estado Colombiano para hacer compatibles las normas o prácticas internas al estándar interamericano, sino que su aplicación debe ser inmediata y realizar ese examen de compatibilidad en cada caso específico, de ahí la importancia que los jueces nacionales conozcan el derecho internacional de los derechos humanos, las obligaciones internacionales que asume el Estado, la jurisprudencia interamericana y la obligación que como jueces tienen de aplicar el control de convencionalidad a partir de una completa formación jurídica que contribuya a fortalecer el discernimiento a la hora de ponderar una norma o acto interno con el *corpus iuris* interamericano.

3.3.4. La no invocación de disposiciones de derecho interno para no aplicar estándares interamericanos mínimos de protección o alguna interpretación más favorable a la persona humana.

Conforme a los principios de la Convención de Viena de 1969 un Estado no puede invocar sus propias normas internas, aun cuando sean estas de nivel constitucional, para obviar el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas en un tratado internacional. Así, el juez nacional no puede exponer argumentos para no aplicar o aplicar de manera restringida el control de convencionalidad, y por el contrario debe integrar los estándares mínimos de protección en el derecho nacional y hacerlos más extensivos en favor de la persona humana.

3.3.5. Efectos de la aplicación del control de convencionalidad.

Como se indicó anteriormente la aplicación del control de convencionalidad puede conducir al juez colombiano, en el marco de sus competencias, a algunos de los siguientes supuestos:

- Determinar una compatibilidad absoluta de la norma o acto interno con el estándar interamericano mínimo de protección, la que debe ser expresamente señalada por el juez;
- La realización de una interpretación conforme que armonice la norma o acto interno sometido a análisis con el *corpus iuris* interamericano;
- La inaplicación en un caso concreto de alguna norma por ser esta manifiestamente incompatible con el estándar interamericano mínimo de protección, a través de la figura de la excepción de inconvencionalidad;
- La expulsión del ordenamiento jurídico de la norma o acto interno que sea incompatible con el *corpus iuris* interamericano;
- La inaplicación del estándar interamericano mínimo de protección por existir una interpretación que es más favorable a la persona humana en aplicación del principio *pro homine*, la que debe ser expresamente señalada por el juez en la providencia;
- La elaboración de un estándar mínimo de protección ante la inexistencia de pronunciamiento o interpretación interamericana respecto de una situación particular, teniendo como derrotero el

principio *pro homine*, la que debe ser expresamente señalada por el juez en la providencia.

Cualquiera de estos supuestos supone un verdadero ejercicio del control de convencionalidad.

Capítulo IV

APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

4.1. Parámetros de selección de las providencias analizadas

Como se enunció en el capítulo III, el Estado es el principal garante del respeto de los derechos humanos de todas las personas residentes en su territorio, lo cual conlleva implícitamente que todas sus autoridades públicas adopten medidas afirmativas en procura de su efectividad.

De manera particular, el Estado Colombiano al adoptar la fórmula jurídico-política de Estado Social y Democrático de Derecho, asumió el reto de construir una sociedad en la cual la dignidad humana se convierte en el eje de acción de todo el andamiaje institucional, y por esta razón los Jueces de la República juegan un papel preponderante en la consolidación del Pacto Nacional, si tenemos en cuenta, que son éstos quienes a través de sus providencias garantizan la protección de los derechos, la convivencia pacífica y el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares, de conformidad con el artículo 2 Superior.

En el desempeño de la función de administrar justicia, el Consejo de Estado como máximo Tribunal de la jurisdicción Contencioso Administrativa se constituye en una de las autoridades más representativas del Estado, en relación con el deber de garantía y respeto de los derechos humanos y el pleno ejercicio del control de convencionalidad, si tenemos en cuenta que al ser el máximo órgano de la jurisdicción que controla a la Administración, es la autoridad judicial encargada de dirimir los conflictos en que participa el Estado.

Al ser un Tribunal de cierre de jurisdicción, es la autoridad encargada de unificar la jurisprudencia, y por ende sus providencias constituyen precedente judicial de obligatorio cumplimiento para las autoridades judiciales de inferior jerarquía e incluso para el propio Consejo de Estado, que solo puede separarse del precedente si asumen la carga de transparencia y argumentación que permite conocer las razones por las cuales no acoge y se aparta de la subregla jurisprudencial (López, 2006).

Por estas razones, se procedió al estudio de las sentencias emitidas por éste Alto Tribunal, en casos donde se analizó la responsabilidad del Estado por la violación a la vida física (causación de la muerte), en el contexto del conflicto armado, pues este ha sido el principal escenario donde el Estado colombiano ha sido condenado internacionalmente por la CrIDH, en tanto que de las 19 sentencias que ha proferido dicha Corte contra el Estado Colombiano hasta junio de 2018, 15 providencias tienen como supuestos fácticos el conflicto armado colombiano, lo cual denota la importancia de analizar la aplicabilidad del control de convencionalidad, por parte de la autoridad judicial encargada de materializar en este ámbito en concreto, el deber de respeto y adecuación, que esencialmente son las obligaciones internacionales que sustentan el control de convencionalidad.

Aunado a lo anterior, el derecho a la vida es el principal derecho humano, si tenemos en cuenta que a partir de éste se garantiza el ejercicio de los demás derechos y en contextos como el colombiano su protección y garantía impone medidas más eficaces, a la luz del conflicto armado que históricamente ha azotado a la población colombiana.

En este punto es pertinente aclarar que para efectos de la investigación, acogimos el concepto de conflicto armado dado por la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137, que lo definió en los siguientes términos:

En contraste con esas situaciones de violencia interna, el concepto de conflicto armado requiere, en principio, que existan grupos armados organizados que sean capaces de librar combate, y que de hecho lo hagan, y de participar en otras acciones militares recíprocas, y que lo hagan. (...) Los conflictos armados a los que se refiere el artículo 3, típicamente consisten en hostilidades entre fuerzas armadas del gobierno y grupos de insurgentes organizados y armados.

De esta manera, dentro del contexto del conflicto armado la vulneración del derecho a la vida principalmente se presentó en los siguientes escenarios fácticos: atentados terroristas, muertes en combates, tomas guerrilleras, ejecuciones extrajudiciales y minas antipersona.

En todos estos escenarios se encuentra inmerso el accionar del Estado a través de su Fuerza Pública, y grupos armados ilegales que encontrándose en hostilidades o fuera de ella vulneran el derecho a la vida de la población civil e incluso de los miembros de las Fuerzas Armadas del Estado, mediante la utilización de diversos mecanismos, como la colocación de artefactos explosivos, incursiones armadas en poblaciones rurales, ataques indiscriminados contra locaciones militares, ejecuciones extrajudiciales de civiles que posteriormente fueron presentados como miembros de grupos armados insurgentes muertos en combate (falsos positivos), entre otras.

Así mismo, como extremo temporal para la selección de las providencias a analizar se tomó el periodo comprendido entre el año 2006 y 2015, en atención a que la CrIDH solo hasta el año 2006 implementó la expresión “control de convencionalidad” en el caso Almonacid Arellano contra el Estado

de Chile, desarrollando en pronunciamientos posteriores el alcance y contenido de dicha figura, y que con el paso de los años se ha consolidado, existiendo la necesidad de verificar si un año después de la anualidad 2014, que al momento de definirse el extremo temporal de esta investigación, fue el último periodo en el cual la CrIDH se pronunció en casos contenciosos contra el Estado Colombiano, se aplicó el control de convencionalidad en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

4.2. Metodología de análisis

Teniendo en cuenta que el objeto de la investigación se circunscribe a determinar la aplicabilidad del control de convencionalidad en las sentencias proferidas por el Consejo de Estado en los casos de violación a la vida física, en el marco del conflicto armado colombiano, las providencias judiciales seleccionadas fueron analizadas bajo la técnica hermenéutica de análisis de precedentes jurisprudenciales, que distingue entre *ratio decidendi* y *obiter dictum* (López, 2006).

Lo anterior, en atención a que si bien los documentos jurídicos y de manera puntual en este caso, las sentencias, exponen un discurso argumentativo en el cual se encuentran inmersas razones jurídicas, sociales, económicas y políticas, no hace parte del objeto de investigación analizar y determinar las razones reales por las cuales el Consejo de Estado adoptó o no la teoría del control de convencionalidad, sino por el contrario, lo que se pretendió determinar a partir del análisis de las sentencias es la aplicación de la pluricitada doctrina de control de convencionalidad, resaltando que entre los parámetros que evidencian en mejor medida su aplicabilidad, es la utilización del *corpus iuris* interamericano para fundamentar la razón de la decisión judicial.

Aunado a lo anterior y de acuerdo a la doctrina del precedente, la *ratio decidendi* es la formulación precisa de la regla jurisprudencial aplicable a casos análogos futuros, es decir, conlleva el elemento vinculante y de obligatoriedad que garantiza que situaciones similares puedan ser decididas de manera igual, efectivizándose de esta manera el principio de igualdad de trato y seguridad jurídica.

Es preciso notar que si bien no se efectuó un análisis dinámico de precedente como técnica objetiva para la conformación de líneas jurisprudenciales (lo cual no es objeto de esta investigación), por poseer patrones facticos similares, en las decisiones judiciales estudiadas se verificó si la razón de la misma se cimentó en el estándar interamericano de protección de derechos humanos o si por el contrario fue estructurada a partir de preceptos legales o reglamentarios.

4.3. Análisis de Resultados

Para recaudar las providencias judiciales proferidas por el Consejo de Estado, en donde se analizó la responsabilidad del Estado por la violación a la vida física (causación de la muerte), en el contexto del conflicto armado, durante el periodo comprendido entre el año 2006 y 2015, procedimos a formular un derecho de petición a la Relatoría de la enunciada Corporación Judicial, quienes nos remitieron vía correo electrónico la relación de aproximadamente 1259 sentencias, relacionadas con la muerte de personas en diferente contextos, como fallas médicas, conflicto armado, accidentes de tránsito, muertes por uso excesivo de la fuerza, por arma de dotación oficial, por razones de limpieza social, desplazamientos forzados y daños a bienes muebles e inmuebles, distribuidas de la siguiente manera:

Anualidad	No. de sentencias
2006	12
2007	15
2008	14
2009	34
2010	48
2011	85
2012	274
2013	275
2014	245
2015	257

Procedimos a revisar una a una aquellas providencias, a efectos de seleccionar las que cumplieran con los supuestos fácticos objeto de investigación, identificando un total de 272 providencias, proferidas en los siguientes periodos:

Anualidad	No. de sentencias
2006	8
2007	11
2008	13
2009	15
2010	17
2011	18
2012	48
2013	41
2014	43
2015	58

Esta información fue verificada personalmente por la relatora de la enunciada Corporación Judicial, luego de la visita realizada por las suscritas investigadoras, aclarándose que las providencias estudiadas fueron aquellas que se encontraban sistematizadas en la relatoría, habida cuenta que existe la posibilidad en los primeros años de investigación que algunas sentencias no se hayan vinculado digitalmente a la plataforma documental de la Corporación.

Así mismo, es importante aclarar que si bien el número de sentencias proferidas para cada anualidad es mucho mayor que el número de sentencias seleccionadas, solo estas últimas cumplían con los parámetros fácticos ya enunciados, pues algunas de las providencias enviadas planteaban contextos de conflicto armado y vulneración de derechos humanos, pero puntualmente no se había violentado el derecho a la vida física (muerte), sino que se trataba por ejemplo de desplazamientos forzados, daños a bienes muebles e inmuebles por tomas guerrilleras, lesiones por excesivo uso de la fuerza, y otras sentencias envidadas contaban con supuestos fácticos que giraban en torno a la muerte de personas, pero estas habían acontecido en contextos muy diferentes al conflicto armado.

Una vez escogidas las sentencias objeto de investigación, se diseñó una ficha de evaluación y trabajo que contiene los parámetros que reflejan la aplicación del control de convencionalidad que se estudiaron en dichas providencias.

El primer punto de la ficha hace referencia a la identificación de la sentencia en donde se incluyen entre otros datos los hechos que dieron origen a cada fallo judicial, así como la decisión del Consejo de Estado de declarar o no la responsabilidad del Estado, lo que resulta de gran relevancia pues la

declaratoria de responsabilidad implica que el Estado omitió el cumplimiento de algún deber o norma, o incurrió en alguna práctica que ocasionó o generó el daño antijurídico que se le imputa, encontrándose en esta investigación que del universo de sentencias analizadas del 2006 al 2015, en el 87% el Consejo de Estado declaró la responsabilidad del Estado, y ello significa que en esos casos el Estado Colombiano no garantizó la protección del derecho a la vida en situaciones de conflicto armado, y en consecuencia no adoptó medidas efectivas dirigidas al cumplimiento de las obligaciones de protección y garantía de los derechos humanos contenidas en el artículo 1.1. de la Convención Americana.

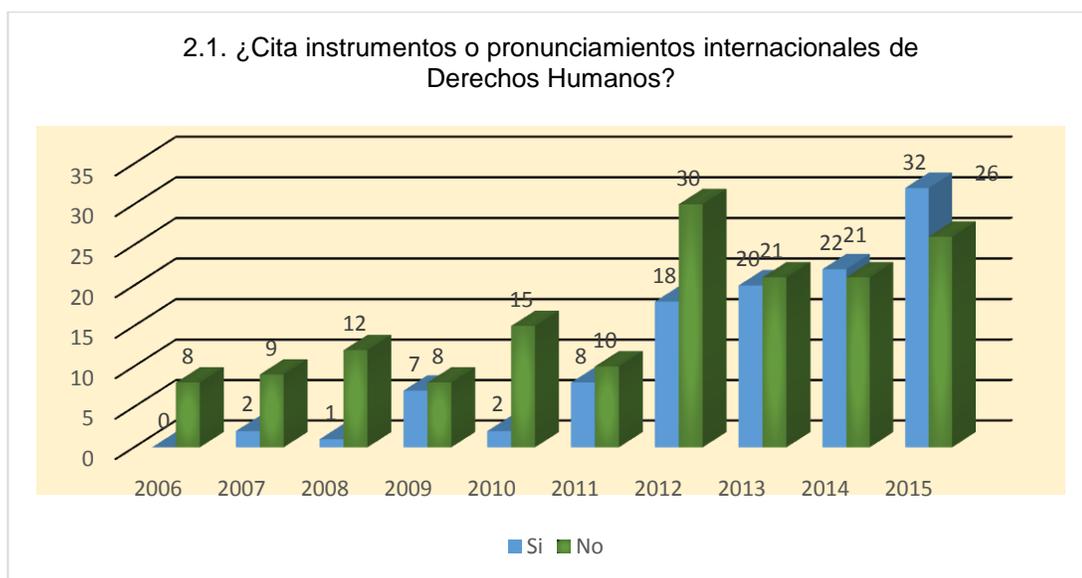
El segundo punto de la ficha se refiere a los parámetros de aplicación del control de convencionalidad que fueron analizados en el acápite 3.3. del Capítulo tercero de este documento, y a los que se hará referencia en relación con los resultados de esta investigación.

El punto 2.1. de la ficha hacen referencia a la citación de instrumentos en materia de derechos humanos o pronunciamientos de organismos o tribunales de derechos humanos.

Como ya se anunciara, la aplicación del control de convencionalidad tiene como punto de partida el reconocimiento por parte de los jueces internos de los instrumentos y pronunciamientos en derechos humanos en el escenario internacional, pues es a partir de este aspecto que se puede realizar un verdadero examen de compatibilidad entre la norma o la práctica doméstica y los estándares mínimos de protección en derechos humanos, de allí que los jueces necesariamente deben citar en sus providencias judiciales los instrumentos o pronunciamientos de órganos de derechos humanos que constituirán el fundamento de sus decisiones, pues para efectos de esta investigación, la no citación de tales pronunciamientos o normas implica que

no pueda efectuarse un verdadero control de convencionalidad, razón por la que la investigación se centró en las sentencias que efectivamente citaron tales documentos.

Así, en relación con este parámetro, encontramos los siguientes resultados:



Como se advierte de la tabla anterior, desde el año 2006 hasta el año 2010 la citación de instrumentos o pronunciamientos sobre derechos humanos era casi inexistente en relación con el número de sentencias analizadas cada año, pese a que los supuestos fácticos de estas sentencias guardan estrecha relación con los casos en que el Estado Colombiano fue condenado en el sistema interamericano por violación a derechos humanos, habiendo proferido la CrIDH hasta el año 2010, once (11) sentencias condenatorias relacionadas en su gran mayoría con muertes de personas en el marco del conflicto armado, lo que evidencia que en este periodo la integración del derecho internacional de derechos humanos en el ámbito judicial doméstico,

fue muy incipiente, y así mismo lo fue la aplicación del control de convencionalidad.

Al no existir citación alguna de instrumentos o pronunciamientos en materia de derechos humanos en las sentencias proferidas en el año 2006, evidentemente este año es excluido del análisis de los demás parámetros, por lo que fuerza concluir que no existió control de convencionalidad en este año.

A partir del 2011 se evidenció un incremento bastante considerable en el número de sentencias que realizaban ese primer reconocimiento de instrumentos o pronunciamientos en derechos humanos en relación con el número de sentencias analizadas cada año, no obstante aunque en el año 2011 se redujo la diferencia entre las sentencias que realizaban dicha citación y las que no, en el año 2012 esa diferencia aumentó considerablemente, advirtiéndose que no existía todavía una posición constante en el Consejo de Estado de reconocimiento de estos instrumentos o pronunciamientos en materia de derechos humanos, siendo solo a partir del año 2013 que se evidencia una constante en el mayor porcentaje de citación en las sentencias analizadas, a tal punto que en los años 2014 y 2015 fue mayor el número de sentencias que realizaron la citación de algún instrumento o pronunciamiento en materia de derechos humanos que las que no lo hicieron, lo que permite concluir que efectivamente a partir del año 2013 el sistema internacional de derechos humanos tuvo una mayor incidencia en las decisiones judiciales internas, y aunque la mera citación no significa *per se* la realización de un control de convencionalidad, si existe mayor posibilidad que se haya aplicado este instrumento en estos últimos años, como se analizará adelante.

Ahora bien, se hizo necesario diferenciar los instrumentos de derechos humanos de los pronunciamientos de organismos o cortes internacionales, en razón a la naturaleza de ambos documentos y su fuerza vinculante.

Así, el punto 2.1. de la ficha hace referencia a los instrumentos internacionales de derechos humanos, en donde se incluyeron todos los instrumentos citados en cada providencia analizada sin hacer distinción alguna en razón a la naturaleza de los mismos (tratados, convenciones, declaraciones o cualquier regla o resolución en la materia), ni tampoco respecto a la autoridad que los produjo o emitió.

Tal es el caso de citas de instrumentos de Derechos Humanos como la Convención Americana sobre de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, y citas de Derecho internacional Humanitario como los Protocolos I y II Adicional a los Convenios de Ginebra, el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y Protocolo III sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias.

También se citaron instrumentos como el Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la impunidad, los Principios y directrices básicas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de los delitos y de abuso de poder, el Código de conducta para funcionarios encargados de

hacer cumplir la ley, la Resolución 1989/65 adoptada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas “Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”, los Principios rectores de los desplazamientos internos, el Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias, la Resolución 1265 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, la Resolución 54 de 1992 “Resolución de París”, la Resolución 60/147 del 2005 de las Naciones Unidas, Informes publicados por la Oficina del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias.

En fin, en dicho parámetro se tuvieron en cuenta un sin número de instrumentos de toda clase y provenientes de toda autoridad, lo que demuestra un reconocimiento de diferentes instrumentos vinculantes y no vinculantes relacionados de alguna manera con los derechos humanos.

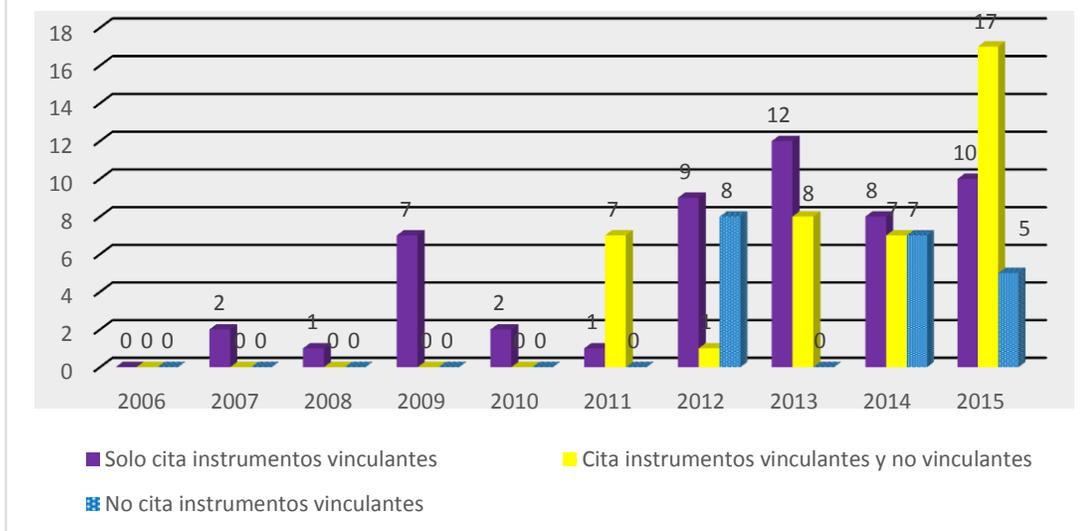
La mayoría de tales instrumentos fueron citados en las sentencias analizadas de los años 2013 a 2015, aunque en los años 2011 y especialmente 2012, fue ampliándose el marco normativo citado en materia de derechos humanos incluyendo instrumentos del Sistema Universal de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

No obstante en los años 2007 a 2010 las pocas citaciones de instrumentos de derechos humanos que existieron eran exclusivamente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que demuestra un incipiente reconocimiento del marco normativo internacional en materia de derechos humanos, pues aunque por sí misma la Convención Americana es el instrumento vinculante en virtud del cual es analizada la responsabilidad internacional del Estado en el Sistema Interamericano sin requerir otros

instrumentos que la soporten, ya existían en el escenario internacional otros instrumentos incluso vinculantes y que le son aplicables a Colombia, no solo en materia de derechos humanos sino también de derecho internacional humanitario que son aplicables a los supuestos fácticos de esas sentencias, y se reconoció únicamente como norma internacional esta Convención.

Precisamente para identificar aún más la importancia que para el Consejo de Estado tenía reconocer y aplicar o no los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos pertenecieran estos al derecho duro o al derecho suave, y teniendo en cuenta que, como se indicó en el capítulo tercero, el juez nacional además de los instrumentos vinculantes debe tener como parámetro de convencionalidad los tratados no ratificados por Colombia y todos los instrumentos que forman parte del *soft law*, en tanto que son o pueden ser utilizados como marco interpretativo de los derechos y obligaciones contemplados en los instrumentos vinculantes como lo hace la CrIDH en su jurisprudencia al efectivizar en mayor medida la garantía de los derechos contenidos en la Convención Americana, surgió la necesidad de diferenciar el tipo de instrumentos que eran citados por el Consejo de Estado para identificar si se citaban instrumentos vinculantes y no vinculantes para el Estado.

2.1.1. De las sentencias que citan instrumentos internacionales de Derechos Humanos, ¿cuántos de éstos instrumentos son vinculantes para Colombia?



Al haberse citado exclusivamente la Convención Americana sobre derechos humanos en las sentencias proferidas entre los años 2007 y 2010, es forzoso concluir como lo arroja la gráfica, que durante este periodo solo se citaron instrumentos vinculantes para Colombia.

A partir del año 2011 las sentencias analizadas incluyeron tanto instrumentos vinculantes como no vinculantes, advirtiéndose un mayor grado de reconocimiento sobre la importancia, no solo de los tratados vinculantes, sino también de los que pertenecen al *soft law*, en el análisis de la responsabilidad del Estado, y la incidencia que tenían estos últimos instrumentos en la interpretación de las obligaciones del Estado, esto es las acciones o medidas que la componen y que debe cumplir o respetar el Estado para garantizar la protección a los derechos humanos. Incluso en los años 2012, 2014 y 2015 se advierte un gran número de sentencias que no citan ningún instrumento vinculante, de tal manera que la interpretación de

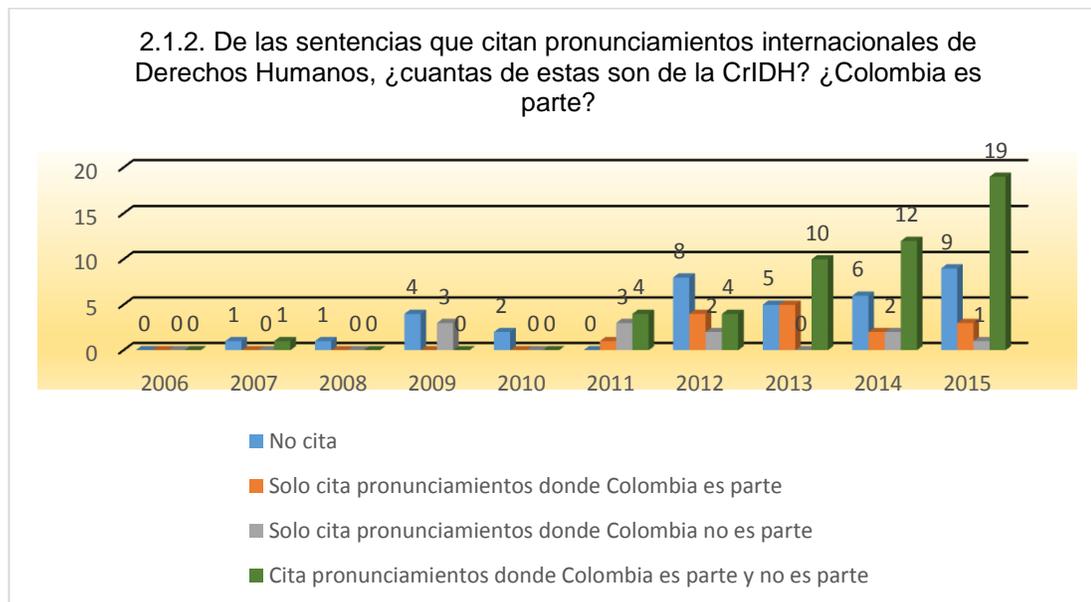
esas obligaciones internacionales tuvo como soporte instrumentos del *soft law*.

Imperante es afirmar que no solo los instrumentos internacionales definen el contenido de las obligaciones del Estado y los derechos humanos y su citación no solo permite la aplicación del control de convencionalidad, también contribuyen en esa labor la jurisprudencia o los pronunciamientos de la CrIDH, llámense sentencias, opiniones consultivas o resoluciones de medidas provisionales o supervisión de cumplimiento.

Al ser la CrIDH la intérprete autorizada de la Convención Americana sobre Derechos humanos, sus pronunciamientos determinan el alcance interpretativo de cada uno de los derechos y obligaciones allí contempladas constituyéndose en la norma convencional interpretada, de tal suerte que su citación por parte del Consejo de Estado es suficiente para aplicar el control de convencionalidad aun cuando no se haya citado la Convención directamente, pues tales pronunciamientos o sentencias suponen la citación de ese tratado propiamente dicho.

Como ya se indicara, constituye un parámetro de convencionalidad con eficacia vinculante todas las sentencias de la CrIDH independientemente de que el Estado Colombiano haya o no sido parte de ella, pues si siendo parte es obligación del Estado acoger además de su parte resolutive su *ratio decidendi* como marco interpretativo general aplicable a todos los asuntos en que se vea comprometido ese derecho u obligación interpretado, no siendo parte en determinado fallo interamericano, también debe ser aplicada su *ratio decidendi* en tanto que sus sentencias gozan de una eficacia *erga omnes*.

De allí la importancia de determinar si en los casos analizados se realizó la citación de pronunciamientos o jurisprudencia de la CrIDH, identificando en cuantas de ellas se citan pronunciamientos donde Colombia es y no es parte.



Sin mayor rigorismo en el análisis se puede concluir que hasta el año 2010 y con excepción del año 2007, en las sentencias estudiadas no se realizó citación de fallos o pronunciamientos de la CrIDH donde Colombia haya sido parte, en los años 2008 y 2010 no se citó ningún pronunciamiento de la CrIDH, y en el año 2009 aunque solo en el 42,8% de las sentencias analizadas se realizó alguna citación, en ninguno de los fallos o pronunciamientos citados Colombia era parte.

No ocurre lo mismo con el siguiente periodo, pues desde el año 2011, con excepción del año 2012, se advierte un mayor porcentaje de citación de jurisprudencia o pronunciamientos de la CrIDH, encontrándose incluso que es mayor el número de sentencias en donde se citan pronunciamientos donde Colombia es y no es parte, reconocimiento que permite aplicar en mayor medida un verdadero examen de compatibilidad.

Al realizar el análisis de las sentencias escogidas se evidenció que además de pronunciamientos de la CrIDH, se citaron de otros órganos internacionales de derechos humanos de los sistemas universal y europeo, incluyendo también de otras ramas del derecho internacional, como el derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional y el derecho internacional público.

Esto evidencia un alto grado de reconocimiento de los diferentes organismos que materializan el derecho internacional y la necesidad de una integración normativa para el análisis de casos específicos, pues es evidente que para resolver un caso por muerte en el marco del conflicto armado, convergen diferentes obligaciones internacionales que integran distintas áreas del derecho internacional, y tener de presente los pronunciamientos de estos organismos sobre tales obligaciones, refleja en mayor medida el compromiso del Estado por cumplirlas a cabalidad.

Es el caso de citas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos humanos, Comisión de Derechos Humanos, Comité de Derechos Humanos, Corte Internacional de Justicia, Corte Permanente de Justicia Internacional, Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Corte de Justicia de la Unión Europea, Asamblea General de las Naciones Unidas, Comisión de derecho internacional de las Naciones Unidas, y en general, de muchos organismos internacionales que aunque sus pronunciamientos no son vinculantes para el Estado Colombiano, contribuyeron a fortalecer la interpretación de las obligaciones del Estado.

Así, además de verificar si se citaban pronunciamientos de otros órganos de derechos humanos, se identificó si en tales pronunciamientos Colombia había actuado como parte, arrojando el siguiente resultado:



La anterior gráfica evidencia que hasta el año 2010 no se realizaron citaciones de otros organismos internacionales, y a partir del año 2011 y de manera progresiva el Consejo de Estado incluyó dentro de la parte motiva de sus sentencias pronunciamientos de otros órganos distintos a la CrIDH para interpretar el alcance y contenido de sus obligaciones, advirtiéndose que con excepción del año 2013, en muchos de estos pronunciamientos el Estado Colombiano fungió como parte.

Ahora bien, es imperativo resaltar que esta investigación gira en torno a la aplicación del control de convencionalidad como figura jurídica creada por la CrIDH cuyo fundamento es el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagra la obligación de los Estados Parte de adecuar su ordenamiento jurídico interno a esta Convención.

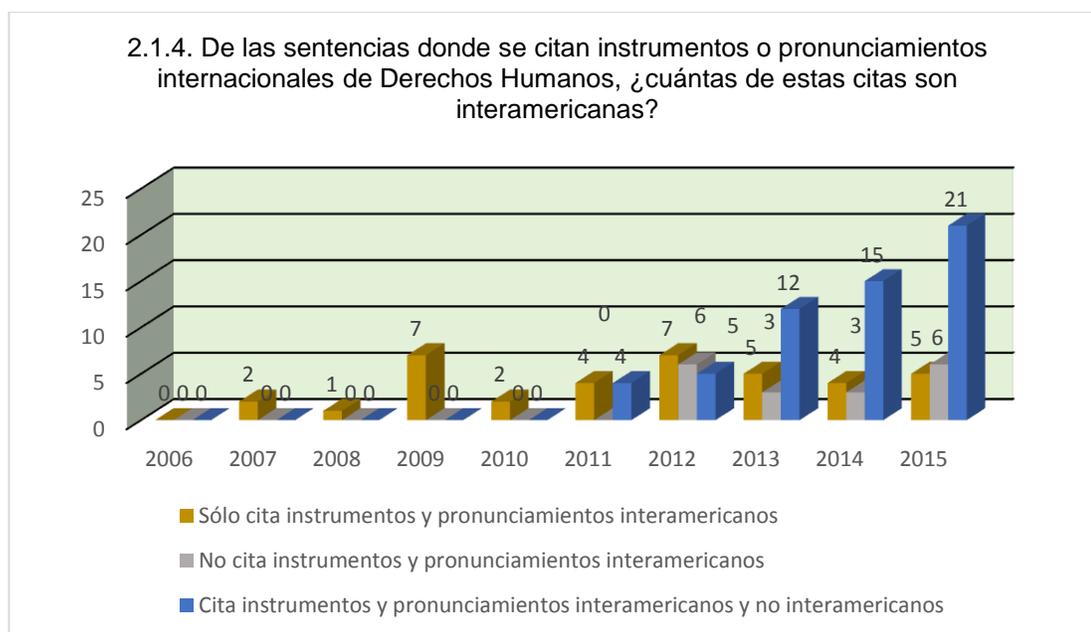
Bajo este contexto la CrIDH en la jurisprudencia que ha creado y desarrollado jurídicamente esta figura, inicialmente hizo referencia a que el control de convencionalidad se hacía entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana, ampliando después el parámetro de convencionalidad al *corpus iuris* interamericano, lo que permite concluir que necesariamente para que exista ese examen de compatibilidad con los efectos jurídicos que ello implica, debe invocarse algún instrumento o sentencia o pronunciamiento interamericano que constituya el parámetro del análisis.

Si bien el marco normativo en materia de derechos humanos no se agota en la Convención Americana ni en el Sistema Interamericano como tal, fue la CrIDH la que desarrolló esta figura y fue ella la que dispuso como parámetro de convencionalidad el *corpus iuris* interamericano, y en consecuencia siguiendo el hilo argumentativo de esta investigación, no podría hablarse de control de convencionalidad, al menos bajo el concepto planteado en este documento, si esa confrontación normativa no tuviera en uno de sus extremos un instrumento o pronunciamiento interamericano que materialice el artículo 2 convencional.

Es decir, aunque son aplicables a estos casos otros instrumentos que no son propios del derecho internacional de derechos humanos o que no son proferidos en el escenario interamericano, la CrIDH ha sido enfática en señalar que los mismos contribuyen a ampliar el marco interpretativo de un derecho u obligación contenido en la Convención Americana como instrumento vinculante, de tal suerte que es imprescindible que esa confrontación normativa se haga con la Convención Americana o, en su defecto, algún instrumento vinculante del sistema interamericano, o con sentencias o pronunciamientos de la CrIDH que lo interpretan.

Aun cuando el control de convencionalidad también puede desencadenar que se aplique un estándar de protección de derechos humanos mucho más garantista que el adoptado en algún instrumento o sentencia o pronunciamiento interamericano, precisamente para llegar a esa conclusión necesariamente debe existir ese estándar interamericano respecto del cual se hace esa comparación.

Son estas las razones que condujeron a hacer una nueva clasificación, luego de verificadas las sentencias en las que se realizó alguna citación de instrumentos o pronunciamientos en materia de derechos humanos, para identificar del total de estas sentencias, cuántas de ellas dentro de sus citaciones incluían instrumentos o pronunciamientos del sistema interamericano, y a partir de su resultado continuar con el análisis de los demás aspectos, encontrando lo siguiente:



En los primeros años seleccionados, 2007 a 2010, todas las citaciones en las sentencias analizadas son interamericanas, y ello se debe sin lugar a

dudas a que el único instrumento reconocido en ese periodo era la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues como se indicó, solo en los años 2007 y 2009 se realizó alguna citación de pronunciamientos de la CrIDH.

A partir del año 2011 fueron muy pocos los fallos judiciales del Consejo de Estado que no citaron ningún instrumento o pronunciamiento interamericano, por lo que el 84% de las sentencias citaron instrumentos o pronunciamientos interamericanos.

Lo anterior denota que la Sección Tercera del Consejo de Estado progresivamente ha adoptado los estándares mínimos de protección de los derechos humanos establecidos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para el análisis de la responsabilidad del Estado, como resultado del proceso de internacionalización del Derecho Constitucional, pues dicha responsabilidad no solamente se analiza desde la esfera del cumplimiento de los deberes legales y Constitucionales internos del Estado Colombiano, sino también desde la esfera de la garantía y materialización de las obligaciones interamericanas adquiridas por el Estado de manera voluntaria al ratificar la Convención Americana, aun cuando para su interpretación se acuda a otros instrumentos o pronunciamientos.

Esta clasificación resultó ser necesaria en la investigación al encontrarse en las sentencias analizadas, que por tratarse de hechos que acontecían en el marco del conflicto armado, algunas de ellas citaban exclusivamente instrumentos propios del Derecho internacional humanitario, por ejemplo.

El marco normativo del Derecho internacional humanitario regula las situaciones de conflicto armado y en consecuencia es imprescindible su aplicación en casos que contengan tal supuesto fáctico. No obstante para

efectos de estudiar si el Consejo de Estado reconoce y realiza un control de convencionalidad en materia de derechos humanos en cada una de sus sentencias, esa aplicación debe estar sustentada en las obligaciones internacionales de respeto y garantía de los derechos humanos.

Es así como la CrIDH en su reiterada jurisprudencia establece que aplicando el artículo 29.b) de la Convención Americana y las reglas de interpretación generales contenidas en el artículo 31.3.c de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, la Convención Americana puede ser interpretada en relación con otros instrumentos internacionales, por lo que al “examinar la compatibilidad de las conductas o normas estatales con la Convención, la Corte puede interpretar a la luz de otros tratados las obligaciones y los derechos contenidos en dicho instrumento” (CrIDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Sentencia del 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, párr. 39).

Y es que específicamente respecto al Derecho Internacional Humanitario la CrIDH dispuso que desde el caso Las Palmeras vs. Colombia, “las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra podían ser tomados en cuenta como elementos de interpretación de la propia Convención Americana”, y que utilizar esta normativa como norma de interpretación complementaria a la normativa convencional, no supone una jerarquización entre estas normas, sino que “Eso sólo implica que la Corte puede observar las regulaciones del Derecho Internacional Humanitario, en tanto normativa concreta en la materia, para dar aplicación más específica a la normativa convencional en la definición de los alcances de las obligaciones estatales”.

En este orden de ideas, el análisis de los demás parámetros de aplicación del control de convencionalidad, solo se va a realizar respecto de las sentencias que citan algún instrumento o pronunciamiento interamericano.

El punto 2.2. de la ficha hace referencia al parámetro más importante en la aplicación del control de convencionalidad, y consiste en analizar en cada sentencia si los instrumentos o pronunciamientos en materia de derechos humanos citados, tuvieron incidencia en la decisión judicial adoptada por el Consejo de Estado. En otras palabras, si se aplicó el *corpus iuris* interamericano y los estándares mínimos de protección de derechos humanos en la *ratio decidendi* de la sentencia, y en consecuencia en la decisión de fondo del litigio, o si aún después de realizarse ese examen de compatibilidad, esta Corte de cierre adoptó un estándar mucho más proteccionista que el definido en el escenario interamericano.

Este es el aspecto más importante por cuanto el derecho internacional de derechos humanos debe ser empleado por los Estados en la toma de decisiones internas, debe formar parte de la argumentación brindada por el Consejo de Estado para garantizar así que las disposiciones de la Convención Americana no se vean mermadas por disposiciones internas contrarias a su objeto y fin que no es otro que efectivizar en su máxima expresión la protección y garantía de los derechos humanos. De ahí que no pueda hablarse de control de convencionalidad con la mera citación del *corpus iuris* interamericano exclusivamente como dichos de paso en una sentencia judicial.

Ahora bien, el Sistema Interamericano no solamente ha dedicado sus esfuerzos a la materialización de los derechos sustantivos contenidos en la Convención Americana y demás instrumentos que componen el *corpus iuris* interamericano, la CrIDH se ha pronunciado además en relación con

aspectos procesales que también permiten hacer efectivos esos derechos sustantivos, verbi gracia la caducidad o prescripción de la acción judicial, y la flexibilidad de rigorismos procesales al momento de la valoración de medios probatorios.

En tal sentido resultó necesario distinguir el análisis de la aplicación del control de convencionalidad en la *ratio decidendi* de los aspectos sustantivos y procesales dentro de las sentencias objeto de investigación.

Identificar si los fallos judiciales internos aplicaron o no el control de convencionalidad en el aspecto sustantivo, es decir en el análisis de responsabilidad del Estado, implica precisar los estándares interamericanos mínimos de protección que el Sistema Interamericano ha establecido en relación con la protección del derecho a la vida, teniendo en cuenta el contexto de los casos escogidos para realizar esta investigación, que no es otro que el conflicto armado.

Como se indicara anteriormente las sentencias escogidas del Consejo de Estado, tienen diferentes supuestos fácticos como la colocación de artefactos explosivos, incursiones armadas en poblaciones rurales, ataques indiscriminados contra locaciones militares, ejecuciones extrajudiciales de civiles que posteriormente fueron presentados como miembros de grupos armados insurgentes muertos en combate (falsos positivos), entre otros, y en varias oportunidades el Estado Colombiano ha sido declarado responsable internacionalmente por violación al derecho a la vida física bajo estas circunstancias.

Definir el estándar interamericano respecto a este derecho implica acudir a la jurisprudencia de la CrIDH como máxima intérprete de la Convención Americana.

El derecho a la vida se encuentra consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana sobre derechos humanos, y la jurisprudencia de la CrIDH ha sido enfática en señalar que su protección es imprescindible, pues constituye “el presupuesto esencial para el ejercicio de los demás derechos” (CrIDH. Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270, párr. 217), pues de no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido, razón por la que no se admiten enfoques restrictivos, y no puede ser suspendido en ningún contexto en tanto que forma parte del núcleo inderogable conforme al artículo 27.2 de la Convención Americana (CrIDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia).

El derecho a la vida tiene demasiadas dimensiones en razón a los diferentes contextos en que se desenvuelve el ser humano, razón por la que el sistema interamericano ha protegido este derecho desde la existencia misma de la vida a lo que se ha llamado como vida física, pasando por la vida en condiciones dignas, la vida social y cultural, la vida en riesgo en situaciones de desaparición forzada, hasta la concepción de vida a través de la fecundación in vitro.

No obstante como los supuestos fácticos de las sentencias escogidas refieren la muerte de personas en contextos de conflicto armado, se analizará exclusivamente el estándar interamericano mínimo de protección en relación con la vida física partiendo precisamente de las obligaciones de respeto y garantía.

La CrIDH dispuso que bajo la obligación de respeto se debe restringir el ejercicio del poder estatal, es decir que el Estado tiene el deber de impedir

que sus agentes o particulares atenten contra la vida (CrIDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia), y en tratándose de la responsabilidad del Estado en relación con el actuar de terceros “no basta una situación general de contexto, sino que es necesario que en el caso concreto se desprenda la aquiescencia o colaboración estatal en las circunstancias propias del mismo” (CrIDH. Caso Yarce y otras Vs. Colombia. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325, párr. 127).

En cuanto a la obligación de garantía la CrIDH ha sido enfática en señalar que los Estados tienen que crear las condiciones necesarias para que no se produzcan violaciones de este derecho humano, esto es que adopte las medidas apropiadas para **prevenir y proteger** el derecho a la vida.

Esta protección activa del derecho a la vida por parte del Estado no sólo involucra a sus legisladores, sino a toda institución estatal y a quienes deben resguardar la seguridad, sean éstas sus fuerzas de policía o sus fuerzas armadas. En razón de lo anterior, los Estados deben adoptar las medidas necesarias, no sólo a nivel legislativo, administrativo y judicial, mediante la emisión de normas penales y el establecimiento de un sistema de justicia para prevenir, suprimir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también para prevenir y proteger a los individuos de actos criminales de otros individuo se investigar efectivamente estas situaciones (CrIDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia).

Como quiera que en los contextos de conflicto armado intervienen también terceros que violan este derecho humano, resulta necesario enfatizar que el Estado puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares, pues las obligaciones convencionales de

garantía tienen el carácter *erga omnes*, aunque ello no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados, pues

sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo (CrIDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.)

Es así como en el caso Yarce contra Colombia, la CrIDH dispuso que los deberes del Estado se determinan en razón de las particulares necesidades de protección de un sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, y que este deberse incumple si

- 1) al momento de los hechos existía una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinados; 2) que las autoridades conocían o debían tener conocimiento de ese riesgo⁵², y 3) que las autoridades, pese a ello, no adoptaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que,

52 El conocimiento del riesgo ha sido determinado por la Corte a partir de actos tales como denuncias y manifestaciones directas a las autoridades (*Caso Luna López Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Serie C No. 269, párr. 125 y 126). Por el contrario, el conocimiento por parte del Estado de una “situación de inseguridad” fue considerado insuficiente en un caso en que la presunta víctima no había sido objeto de amenazas y no había “exist[ido] una denuncia pública o ante autoridades estatales de una situación de riesgo que l[e] afectara [...] o [a] sus familiares, o la necesidad de contar con medidas de protección” (*Caso Castillo González y otros Vs. Venezuela. Fondo*. Sentencia de 27 de noviembre de 2012. Serie C No. 256, párrs. 127 y 131).

juzgadas razonablemente, podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo⁵³.

Lo anterior,

no excluye la relevancia del conocimiento estatal de una situación general de riesgo; ello puede ser relevante para evaluar si un acto determinado es o no suficiente para generar en el caso el conocimiento por las autoridades de un riesgo real e inmediato, o la respuesta de las mismas al respecto.

Las ejecuciones extrajudiciales, por ejemplo, se generan por la utilización indebida del legítimo uso de la fuerza que el Estado le ha conferido a algunos de sus agentes, no obstante ese uso debe estar en concordancia con lo preceptuado en la CADH, por lo que

los Estados deben vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso legítimo de la fuerza, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción. La Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse en otros casos acerca de los criterios que determinan el uso legítimo de la fuerza por parte de miembros de cuerpos de seguridad del Estado. A la luz de esos criterios son analizados los hechos de este caso. Al respecto, el uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales: a) debe estar definido por la excepcionalidad, y debe ser planeado y limitado

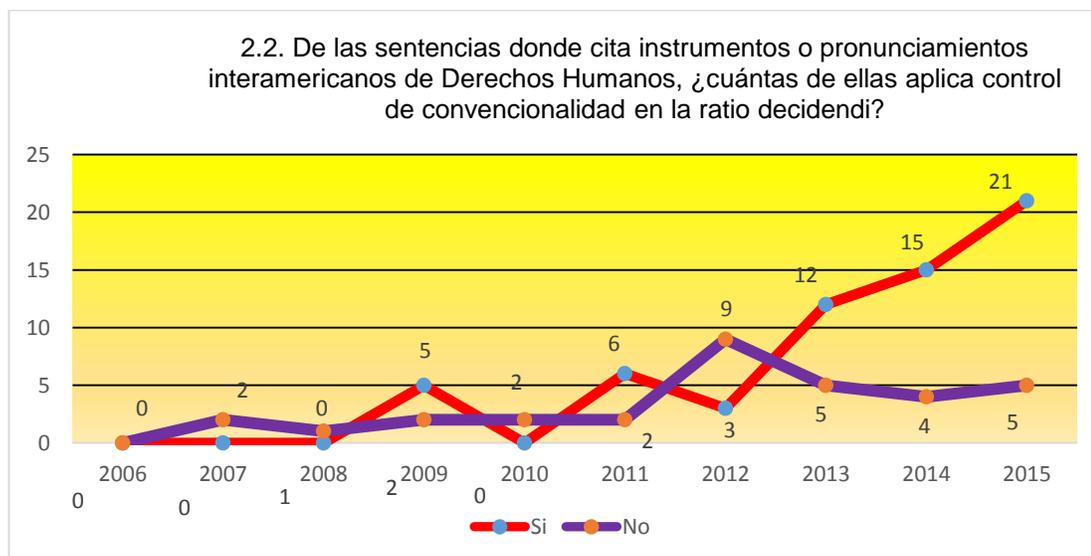
53 Ha explicado este Tribunal que “[los] deberes [estatales] de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo” (*Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, supra*, párr. 123, y *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia, supra*, párr. 520).

proporcionalmente por las autoridades. En este sentido, sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control; b) el uso de la fuerza letal y las armas de fuego contra las personas debe estar prohibido como regla general, y su uso excepcional deberá estar formulado por ley y ser interpretado restrictivamente, no siendo más que el “absolutamente necesario” en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler; c) debe estar limitado por los principios de proporcionalidad, necesidad y humanidad. La fuerza excesiva o desproporcionada por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que da lugar a la pérdida de la vida puede por tanto equivaler a la privación arbitraria de la vida, y d) la legislación interna debe establecer pautas lo suficientemente claras para la utilización de fuerza letal y armas de fuego por parte de los agentes estatales, así como para asegurar un control independiente acerca de la legalidad de la misma. La obligación de iniciar una investigación seria, independiente, imparcial y efectiva ante el conocimiento de que agentes de seguridad han hecho uso de armas de fuego con consecuencias letales, constituye un elemento fundamental y condicionante para la protección del derecho a la vida que se ve anulado en esas situaciones⁵⁴. (CrIDH. Caso familia Barrios Vs. Venezuela. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237.).

Identificado el estándar mínimo de protección del derecho a la vida, y leyendo una a una las sentencias analizadas se logró identificar en cuantas

⁵⁴ Cfr. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párrs. 81, 83, 84, 86 y 88. Asimismo, cfr. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párrs. 66, 67, 68 y 75.

de ellas se aplicó ese estándar en su *ratio decidendi* convirtiéndose en el fundamento de la decisión judicial.



Como lo evidencia la gráfica anterior solo hasta el 2009 las providencias que cumplían los supuestos fácticos ya descritos aplicaron el control de convencionalidad y dicha aplicación fue el argumento determinante o razón de la decisión, es decir, que en dicho lapso existió mayor aplicabilidad del control de convencionalidad que tuvo sus altibajos durante el año 2010 a 2012, para finalmente iniciar un periodo ascendente de reconocimiento y aplicabilidad desde la anualidad 2013 a 2015, pues del total de las sentencias estudiadas en este último periodo el 78% aplicó plenamente el control de convencionalidad.

No se desconoce que con ocasión al menor número de providencias encontradas para los primeros años de investigación, la posibilidad de evidenciar la aplicabilidad del control de convencionalidad en la *ratio decidendi* de las sentencias era menor, sin embargo es importante resaltar que el elemento cuantitativo no fue determinante, habida cuenta que el

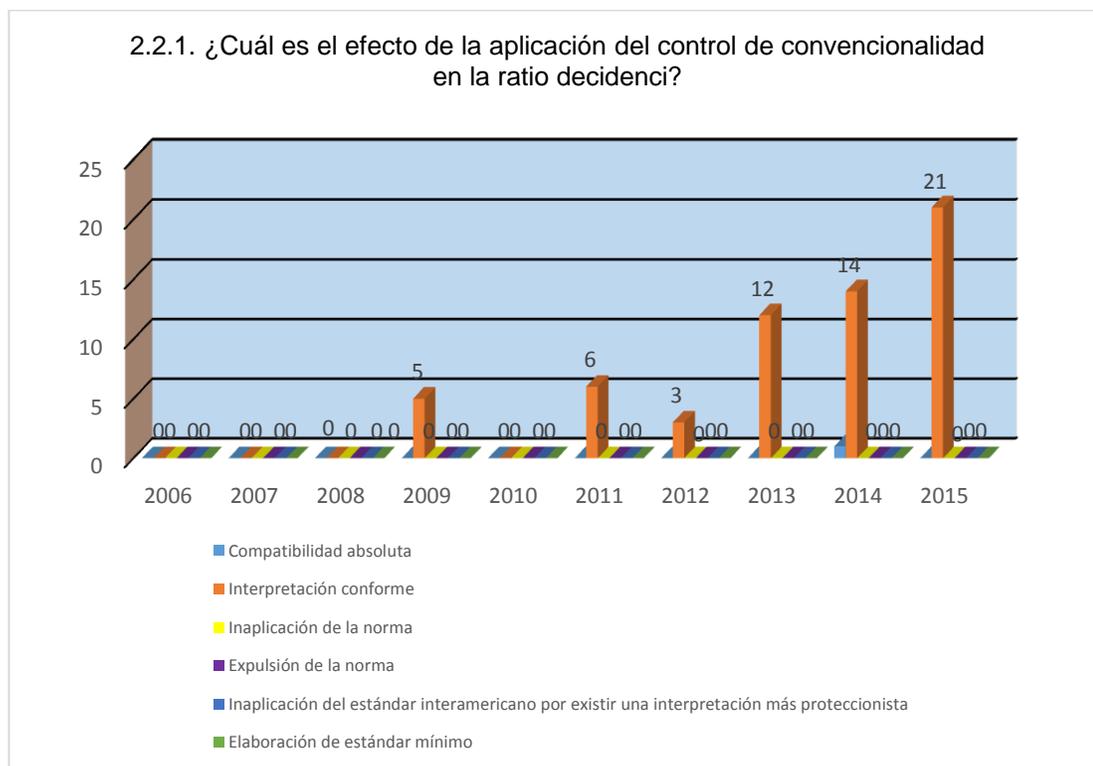
universo escogido fueron todas aquellas decisiones judiciales que citaron pronunciamientos e instrumentos interamericanos de derechos humanos, bajo la consideración de que si no se presentaban citas o referencias era improbable que la razón de la decisión fuera el resultado de la aplicación del control de convencionalidad.

De allí que el alto grado de aplicabilidad del control de convencionalidad en los últimos años de estudio, en nuestro criterio obedeció al mayor reconocimiento de la jurisprudencia de la CrIDH y del *corpus iuris* interamericano, como elementos imprescindibles de una nueva concepción del derecho desde una mirada global y humanista, no nacionalista y normativista.

Otro elemento importante de la aplicación de esta figura jurídica, consiste en el impacto que tiene su aplicación al interior del Estado que permita determinar si la aplicación del control de convencionalidad tiene efectos en el ordenamiento jurídico y las prácticas internas. Y es que precisamente esta figura jurídica tiene como finalidad la materialización del artículo 2 convencional en busca de alcanzar no solamente un estado de mayor protección y garantía de los derechos humanos, sino también de consolidar en América un derecho común en clave de derechos humanos.

Así las cosas, luego de identificadas las sentencias judiciales que aplicaron el control de convencionalidad en su *ratio decidendi*, se procedió a determinar el efecto de esa aplicación en cada una de ellas, encontrando que en un 99% de las sentencias analizadas, las normas internas que establecen el deber de protección y garantía de la vida física fueron interpretadas conforme al *corpus iuris* interamericano, por lo cual, es posible afirmar que la aplicación de convencionalidad por parte del Consejo de Estado por excelencia tiene como efecto la armonización del ordenamiento interno a los

parámetros interamericanos de derechos humanos, tal y como lo evidencia la siguiente gráfica:



No se encontraron casos en donde como resultado de ese examen de compatibilidad se haya dispuesto la inaplicación de una norma o su expulsión del ordenamiento jurídico, o se haya encontrado una interpretación más garantista y que efectivizara en mayor medida el derecho humano a la vida, y menos aún que el Consejo de Estado tuviera que elaborar un estándar mínimo de protección, pues como se indicó, ello sería posible solo si en el escenario interamericano no existiera una norma convencional o pronunciamiento que estableciera una forma de protección mínima de un determinado derecho, lo que no ocurrió en las sentencias analizadas, pues el derecho a la vida por antonomasia ha sido el más desarrollado por el Sistema Interamericano, no solo respecto a la existencia de la vida misma, sino en relación con todas las dimensiones que ella abarca.

Los efectos más drásticos como serían la expulsión o inaplicación de una norma interna, no se han dado en la jurisprudencia nacional y puntualmente en los casos analizados, en razón a que pesar de la interiorización y reconocimiento de la teoría del control de convencionalidad por parte de los funcionarios judiciales, el razonamiento jurídico respecto a las fuentes del derecho y jerarquía normativa no se ha modificado, pues se sigue abordando la discusión desde el concepto de supremacía constitucional, pasándose por alto que en términos prácticos no se trata de establecer si el tratado internacional de derechos humanos reviste la naturaleza de norma supraconstitucional sino más bien si la obligación contraída por el Estado garantiza en mayor y mejor medida los derechos fundamentales de las personas que hacen parte de los derechos de la humanidad.

Esto se debe sin lugar a dudas a que la aplicación del control de convencionalidad en estas sentencias domésticas estuvo muy ligada a las normas constitucionales y a la interpretación que de las mismas realizaba la Corte Constitucional Colombiana, advirtiéndose que incluso en algunas de ellas la introducción del *corpus iuris* interamericano se realizó con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el carácter vinculante de los tratados internacionales por virtud del bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, a criterio de las investigadoras el Consejo de Estado imprimió todo su esfuerzo por buscar una armonización de las obligaciones internas que demandan la protección del derecho a la vida en contextos de conflicto armado con el *corpus iuris* interamericano y los estándares ya señalados, lo que efectivamente corresponde a una interpretación conforme como efecto de la aplicación del control de convencionalidad en los términos planteados por la CrIDH.

No obstante, como las sentencias objeto de estudio analizaron el comportamiento o las acciones u omisiones del Estado, la declaración de responsabilidad del Estado en el 99% de las sentencias que aplicaron el control de convencionalidad en la *ratio decidendi*, implica que el Estado no actuó conforme a esos estándares mínimos de protección del derecho a la vida, y en consecuencia en el caso concreto de cada una de estas sentencias no puede hablarse de una interpretación conforme como tal, sino que el efecto de tal examen de compatibilidad entre la práctica interna y el *corpus iuris* interamericano arrojó como efecto una “expulsión de esa práctica interna”, como analógicamente lo expone la CrIDH respecto de las normas manifiestamente incompatibles con la Convención Americana, y frente a lo cual si tiene competencia el Consejo de Estado, al ser el único órgano judicial encargado de juzgar los hechos, omisiones u operaciones del Estado.

Ahora bien, se encontró que en una sola sentencia judicial la aplicación del control de convencionalidad tuvo como efecto una compatibilidad absoluta de la norma y el acto interno con el estándar interamericano mínimo de protección, señalado expresamente por el Consejo de Estado en dicha sentencia.

Este caso fue fallado el 26 de febrero de 2014 y al interior del Estado es identificado con la radicación 05001-23-31-000-2004-01004-01 cuyo magistrado ponente es el Consejero de Estado Jaime Orlando Santofimio Gamboa. En esta providencia se estudió la responsabilidad del municipio de Urrao por la muerte de un concejal de dicho municipio por parte de miembros de un grupo armado al margen de la ley, previas amenazas recibidas en su contra.

El Consejo de Estado realizó un análisis normativo de las obligaciones de respeto y garantía (materializada esta última en los deberes de protección y

seguridad) en relación con la protección del derecho a la vida, basado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en las reglas aplicables del derecho internacional humanitario, teniendo de presente los estándares mínimos de protección fijados por la CrIDH cuando la violación a este derecho no deviene de la acción de un agente estatal sino de terceros combatientes al interior del conflicto armado, resaltando el carácter vinculante de las normas internacionales relacionadas con la protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Partiendo de este marco normativo y jurisprudencial que sin lugar a dudas refleja una aplicación plena del control de convencionalidad, y con fundamento en el material probatorio obrante en dicho proceso judicial, el Consejo de Estado concluyó expresamente que

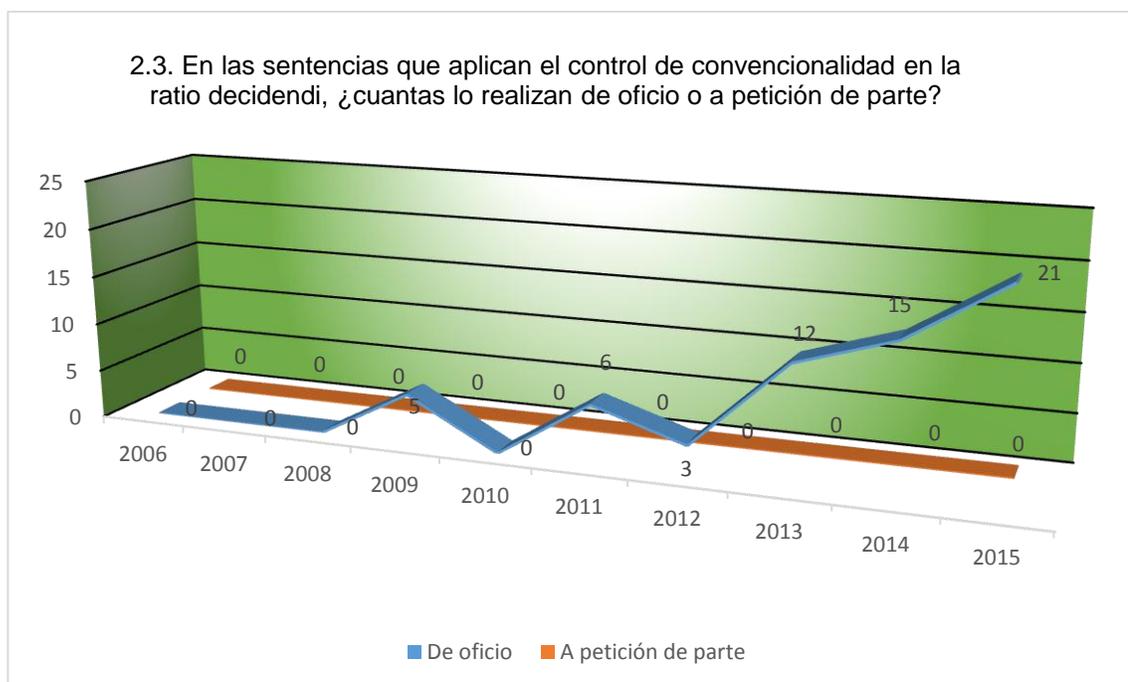
para la Sala resulta claro que la responsabilidad que hoy se reclama del ente demandado, no proviene del incumplimiento estatal respecto de las normas internas y la Carta Política, ni mucho menos de aquellas de carácter internacional que orientan la conducción de las hostilidades en el marco del conflicto armado interno.

Aunque en este proceso se declaró administrativamente responsable al municipio de Urrao por los perjuicios ocasionados a los demandantes de dicho proceso judicial con ocasión de la muerte del concejal, esta declaratoria de responsabilidad se realizó exclusivamente en relación con la omisión de contratar la póliza de seguro de vida del fallecido, pero no en relación con la causación de su muerte, es decir, la violación del derecho a la vida del mencionado concejal, aspecto que además no fue analizado en la sentencia estudiada, por cuanto tal declaratoria de responsabilidad la hizo el juez de primera instancia y ese aspecto no fue objeto de apelación ante el

Consejo de Estado que confirmó, con algunas modificaciones, el fallo apelado.

Sin lugar a dudas, uno de los aspectos que materializan el control de convencionalidad es precisamente determinar si el juez reconoce esta figura y su carácter vinculante al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, por petición de alguna de las partes intervinientes en dichos procesos judiciales, o lo hace de oficio, pues aun cuando la sociedad cada día se empodera de sus derechos y exige que sus procesos sean fallados en clave de derechos humanos, la aplicación de esta figura es una obligación de todas las autoridades judiciales para materializar el artículo 2 convencional, y el cumplimiento de las obligaciones internacionales no puede estar supeditada a que la ciudadanía lo exija, el juez debe hacerlo de oficio.

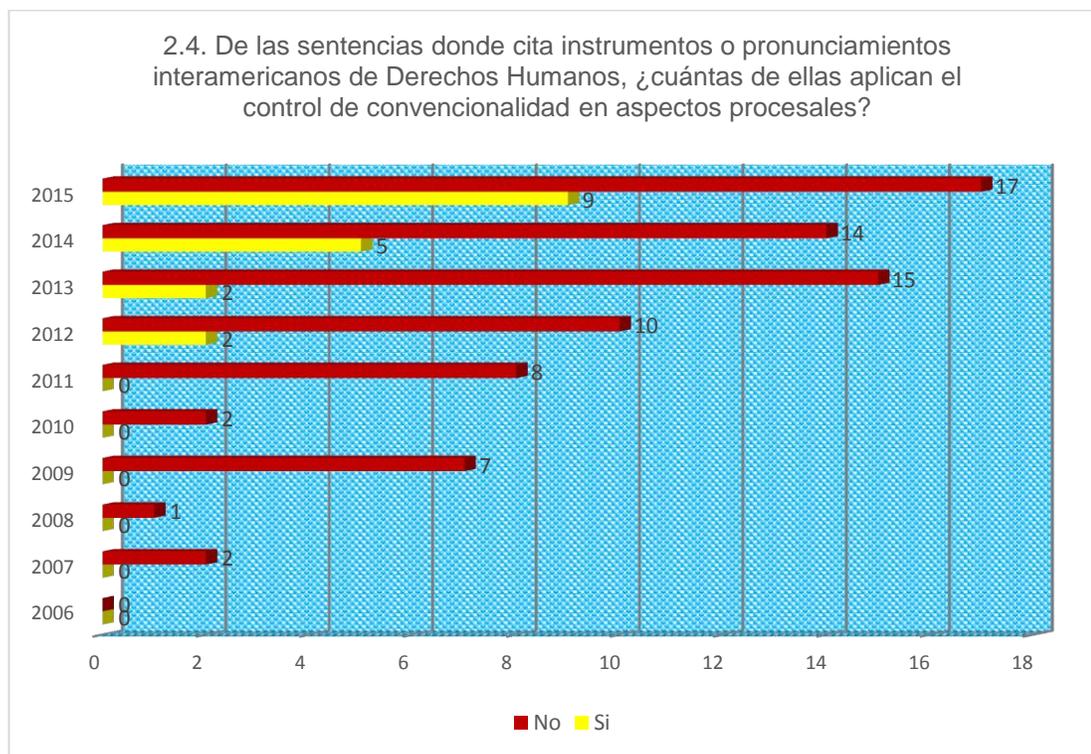
Del universo de providencias que aplicaron dicha teoría, todas se dieron de oficio, resaltándose de esta manera no solamente el reconocimiento de los Derechos Humanos sino también la aplicación del principio *iura novit curia*, como obligación de los funcionarios judiciales en el ejercicio de la administración de justicia.



Como se observa, del universo de providencias donde se aplicó el control de convencionalidad en la *ratio decidendi*, ninguna se dio por petición de parte, y si tenemos en cuenta que en estos caso necesariamente se debe acudir a la administración de justicia por intermedio de un abogado, es dable concluir que los profesionales de derecho aun no reconocen el derecho internacional de los derechos humanos como fuente vinculante y obligatoria para la resolución de los conflictos.

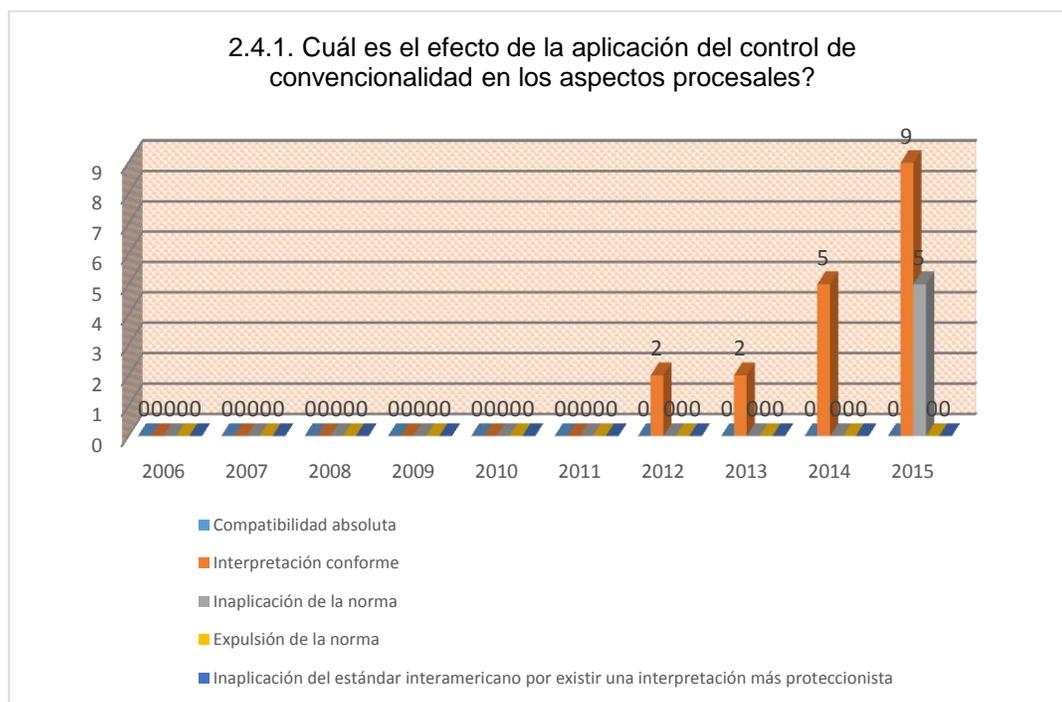
Ahora bien, al escudriñar la aplicación del control de convencionalidad en la *ratio decidendi* en los aspectos procesales de las sentencias estudiadas como caducidad o prescripción de la acción judicial, valoración probatoria, legitimidad para actuar, competencia, entre otras, la investigación arrojó como resultado que hasta el año 2011 fue inexistente la aplicación de esta figura jurídica, pero que a partir del año 2012, y de manera progresiva hasta el año 2015, se inició a compatibilizar las normas procesales con el *corpus iuris* interamericano, sin que pase inadvertido que en una mayor proporción

de las sentencias estudiadas dicha aplicación no se efectuó, tal y como lo enseña la siguiente gráfica:



Así las cosas se advierte que aun cuando empezó a aplicarse esta figura jurídica en aspectos procesales, que resultan de gran trascendencia para el análisis propiamente dicho de la responsabilidad del Estado, todavía se advierten muchísimos casos judiciales en las que se hace temerosa su aplicación, aunque no puede pasarse por alto que no en todas las providencias analizadas es posible hacer la aplicación de este tipo de aspectos, por cuanto algunos casos, procesalmente, no presentan ningún problema jurídico al respecto o los mismos fueron definidos en el trámite procesal, resaltándose que las providencias seleccionadas corresponden exclusivamente a sentencias judiciales que definen de fondo la existencia de responsabilidad del Estado, proferidas incluso en segunda instancia por el órgano de cierre de la Jurisdicción contencioso administrativa.

En torno a los efectos de la aplicación del control de convencionalidad en aspectos procesales, tenemos:



Es claro que la interpretación conforme es el principal efecto de la aplicación del control de convencionalidad en estos aspectos procesales, y ello no supone mayor discusión, pues precisamente el Consejo de Estado ha reconocido la importancia de buscar armonizar las normas internas con el *corpus iuris* interamericano como primer ejercicio de compatibilidad, dejando como última medida la inaplicación de la norma en razón a su falta de competencia para expulsar del ordenamiento jurídico normas contenidas en la ley, como es el caso de las reglas procesales, pues su facultad de nulidad se refiere exclusivamente a actos administrativos.

No obstante en el año 2015 se encontraron 5 de las 9 sentencias judiciales, que equivale el 36%, en las que además de realizar una interpretación conforme, el Consejo de Estado dispuso la inaplicación de la norma interna por encontrarla absolutamente incompatible con el *corpus iuris* interamericano, en algún aspecto procesal, específicamente acudió a lo que podría llamarse “excepción de inconventionalidad” aunque no utilizó este término.

Efectivamente en dos de estas sentencias judiciales, que corresponden a los casos estudiados bajo radicaciones 85001-23-31-000-2010-00178-01 y 85001-23-33-000-2013-00035-01 promovidos por las señoras Cruz Helena Taborda Taborda y otros y Fanny Lozano Moreno y otros, respectivamente, se analizó la “caducidad” del medio de control, es decir el término que el ordenamiento jurídico interno dispone para que una persona en ejercicio de su derecho de acción, pueda reclamar ante la administración de justicia la responsabilidad del Estado.

En estas providencias el Consejo de Estado determinó que en aquellos casos no era aplicable la norma interna (Código Contencioso Administrativo) que disponía ese término de caducidad de estas acciones, pues en tratándose de delitos de lesa humanidad, como fueron calificados esos asuntos, no opera el término de caducidad por constituir una norma de *ius cogens* reconocida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y refrendada por la CrIDH por ejemplo en el caso Almonacid Arellano contra el Estado de Chile, lo que además se encuentra también regulado en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, y aunque señala que Colombia no ratificó esa Convención, eso es intrascendente porque es una norma de *ius cogens*. De no haberse aplicado el control de convencionalidad en este importante aspecto procesal, sobre tales asuntos judiciales se hubiera declarado la

caducidad de la acción y no se hubiera analizado de fondo la responsabilidad del Estado.

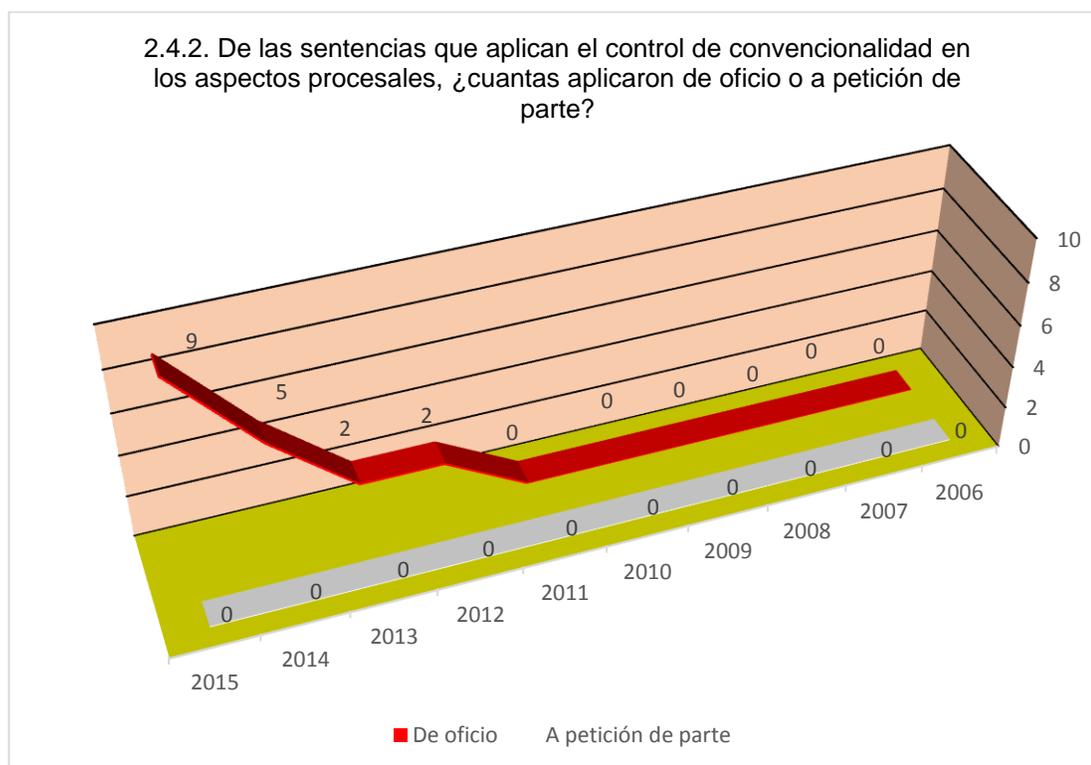
Por su parte, en las cinco sentencias judiciales en las que el Consejo de Estado inaplicó la norma jurídica interna, se analizó uno de los aspectos trascendentales en la valoración probatoria en tratándose de casos de violación al derecho a la vida física en el marco del conflicto armado.

En estos casos, por ejemplo, por contar con tales supuestos fácticos, se habían realizado investigaciones judiciales en el área penal por los mismos hechos, trasladándose dichos investigaciones al proceso contencioso administrativo que se tramitaban ante el Consejo de Estado. Precisamente para que esa prueba trasladada tuviera valor probatorio en el proceso contencioso administrativo, el Código de Procedimiento Civil establecía unos requisitos de introducción de la prueba.

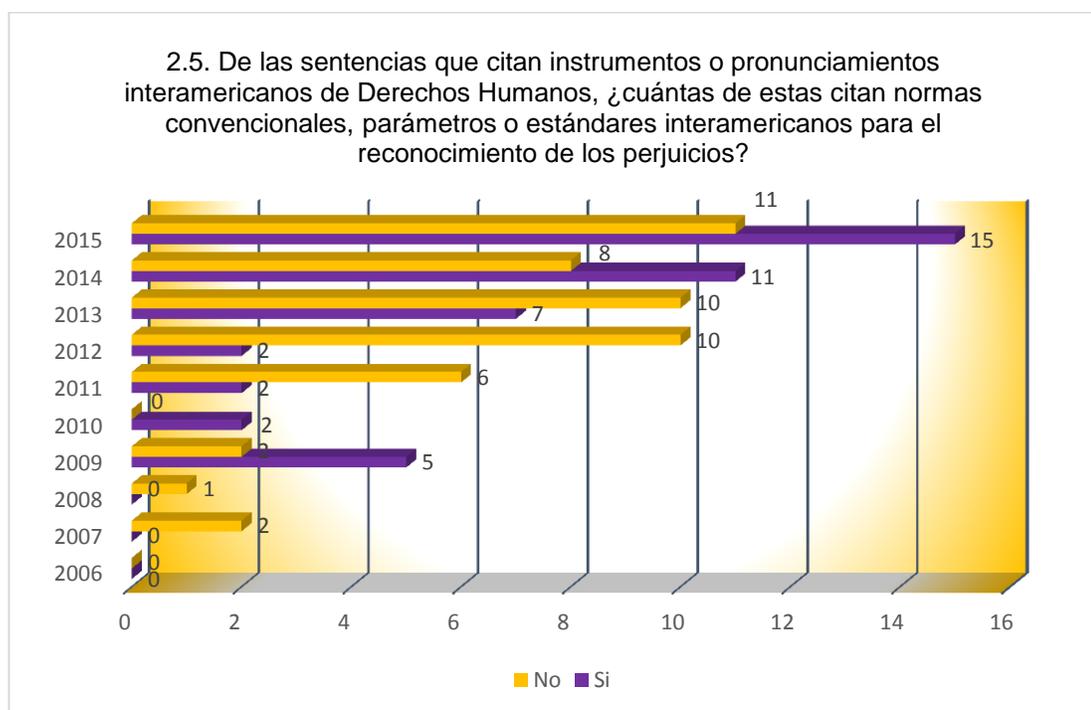
No obstante el Consejo de Estado dispuso que esos requisitos de introducción de la prueba deben ser más flexibles por tratarse de asuntos de violación a Derechos Humanos, conforme lo ha indicado la CrIDH, e inaplicó los requisitos establecidos en la norma procesal civil, por lo que en el caso promovido por la señora Dioselina Sánchez de Jiménez y otros identificado con el radicado 73001-23-31-000-2003-00903-01 dispuso que se valorarían todas las pruebas trasladadas; en el caso cuyo demandante corresponde al señor Pedro Jiménez Calderón y otros con radicación 23001-23-31-000-2008-00281-01 señaló que se valoraría esa prueba trasladada del proceso penal pero se examinaría junto con el restante material probatorio para determinar si existe responsabilidad del Estado analizando tales pruebas desde un contexto global de la situación fáctica, y en los casos promovidos por Cruz Helena Taborda Taborda y otros, Fanny Lozano Moreno y otros, y Yessica Tatiana López y otros con radicaciones 85001-23-31-000-2010-

00178-01, 85001-23-33-000-2013-00035-01 y 17001-23-31-000-2009-00212-01 respectivamente, indicó que aunque no pueden ser valorados como pruebas, se tienen como indicios que pueden probar asuntos de violaciones a Derechos humanos dando prevalencia a lo sustancial sobre el excesivo rigorismo procesal.

En torno a los sujetos que promueven la aplicación del control de convencionalidad en los aspectos procesales de las sentencias, de forma similar al análisis de esa figura jurídica en los aspectos sustantivos, en todas las sentencias analizadas el Consejo de Estado realizó de oficio este examen de compatibilidad, advirtiéndose así un alto grado de reconocimiento de la obligación de aplicar este instrumento incluso de manera oficiosa, como lo evidencia la siguiente gráfica:



Es ineludible que la declaración de responsabilidad del Estado trae como consecuencia la reparación de perjuicios, y aunque el análisis de las medidas de reparación desde el sistema interamericano por sí mismo amerita una investigación propia, es preciso identificar en las sentencias objeto de estudio si se aplicó el *corpus iuris* interamericano para definir cómo se realizaría ese reconocimiento de los perjuicios o la adopción de las medidas de reparación en caso que se acudiera a una reparación integral y no solamente a una indemnización económica de los perjuicios.



Se tiene que en los años 2007 a 2008 la citación de normas convencionales o estándares interamericanos para la indemnización de perjuicios fue inexistente, pues únicamente el órgano de cierre de la jurisdicción Contencioso Administrativo ordenó el reconocimiento de perjuicios morales y daños materiales en la modalidad de lucro cesante y daño emergente, sin que existiera algún análisis respecto a la necesidad de reparar los daños de

manera plena e integral, como fue establecido en la jurisprudencia de la CrIDH.

En la anualidad 2009 se dio un gran avance en la adopción de medidas de reparación no pecuniarias que se fue fortaleciendo en los años subsiguientes, como efecto directo de la aplicación del control de convencionalidad en la *ratio decidendi*, habida cuenta que siguiendo la línea argumentativa de la parte sustantiva, se evidenció la necesidad de avanzar en el reconocimiento de medidas que procuraran el restablecimiento pleno de los derechos de las víctimas directas e indirectas, adoptándose medidas de rehabilitación, restitución, satisfacción y garantías de no repetición.

Igualmente es importante aclarar que en la mayoría de sentencias analizadas en el periodo 2009 a 2012 si bien se citaban los estándares interamericanos, también se indicó que el reconocimiento de perjuicios se realizaba con sustento en los principios de integralidad y equidad consagrados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, norma interna que fue interpretada conforme a dichos estándares, lo cual nos permite afirmar que en materia de reparación de perjuicios se aplicó el control de convencionalidad.

Ello se reafirma con la postura que adoptó el Consejo de Estado en los años 2013 a 2015 cuando se acreditaron eventos de graves violaciones a derechos humanos en el marco del conflicto armado, pues se sostuvo que la indemnización integral adicionalmente a ser un derecho de las víctimas era una obligación del Estado que se soportaba en las obligaciones internacionales contraídas soberanamente por el Estado y que prevalecían en el orden interno a la luz de lo preceptuado en el bloque de constitucionalidad.

Especialmente las sentencias de los años 2014 y 2015 evidenciaron que cuando fue declarada la responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado, la indemnización de perjuicios se dio con total acatamiento de los parámetros convencionales, a tal punto que de manera oficiosa fueron decretada la mayoría de estas, siendo notorio que los principio de congruencia, justicia rogada y *no reformatio in pejus* cedieron ante la necesidad de reparación integral en perspectiva de derechos humanos.

Con todo, es preciso manifestar que si bien en el periodo comprendido entre los años 2011 a 2015, un gran número de sentencias analizadas no citaron explícitamente normas convencionales o estándares interamericanos para la indemnización de perjuicios, implícitamente aplicaron los parámetros convencionales de reparación integral, sustentados principalmente en la Ley 446 de 1998.

Conclusiones

Analizar la aplicación del control de convencionalidad en las sentencias judiciales proferidas por el Consejo de Estado al interior del Estado Colombiano, por tratarse de una figura creada en el escenario internacional, conduce necesariamente a cuestionarse inicialmente sobre la relación entre el derecho internacional general, y específicamente el derecho internacional de los derechos humanos, con el ordenamiento jurídico colombiano y la forma como se incorpora al Estado Colombiano, para derivar de allí el carácter vinculante y obligatorio de este control para los jueces domésticos, pues ese proceso de internacionalización del derecho constitucional, la consecuente fuerza vinculante de los tratados internacionales de derechos humanos y su invocación directa al interior de los Estados, posibilita o restringe la consolidación de un ideal común internacional de respeto a los derechos humanos, que es sin lugar a dudas la finalidad del control de convencionalidad.

Aunque individualmente los Estados definen su ordenamiento jurídico, no están obligados exclusivamente por su normativa interna, sino también por el Derecho Internacional al que se han sometido voluntariamente y en ejercicio de su soberanía al manifestar su libre consentimiento de obligarse por los tratados como fuente del derecho al firmarlos, ratificarlos, aceptarlos o aprobarlos, adherirse, o canjear los instrumentos que lo constituyen. Este consentimiento conocido en el derecho internacional como el principio “*Ex consensu advenit vinculum*”, le impone la obligación de cumplir tales obligaciones de buena fe en aplicación del principio de *pacta sunt servanda* sin que pueda invocar disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

El derecho internacional de los derechos humanos consolidado a través de las luchas históricas por la reivindicación de los derechos, constituye una rama del derecho internacional, y como tal tiene como fuentes vinculantes los principios generales del derecho, la doctrina, la costumbre internacional, y principalmente los tratados o convenios de derechos humanos y las interpretaciones que de los mismos hagan los órganos internacionales competentes. Los tratados de derechos humanos gozan de una naturaleza especial que no persigue la reciprocidad de obligaciones entre Estados sino en favor de los individuos al establecer un orden público común que tiene como finalidad la protección de los derechos humanos, los cuales se complementan con los demás instrumentos que forman parte del *corpus iuris* de los derechos humanos, y cuya interpretación además de incluir los elementos establecidos en la Convención de Viena de 1969, debe tener como referente el cumplimiento del objeto y fin de estos tratados que no es otro que la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, prevaleciendo una interpretación teleológica, progresiva y dinámica que acoja la interpretación que mejor se adecue y que garantice la protección de los derechos humanos en aplicación del principio *pro homine*.

A esta área del derecho internacional pertenece la Convención Americana sobre derechos humanos -principal instrumento que edifica el Sistema Interamericano de Derechos Humanos- que consagra las obligaciones de respetar y garantizar el pleno ejercicio de los derechos consagrados en la Convención, y de adecuar el ordenamiento jurídico interno para hacer efectivos tales derechos, y cuya exigibilidad es subsidiaria del derecho interno en tanto que el Estado es el primer y principal garante de los derechos humanos de las personas en el ámbito de su jurisdicción, lo que supone que la responsabilidad internacional de un Estado solo puede ser estudiada y decidida, después que el Estado haya tenido la oportunidad de advertir en sede interna la violación a un derecho humano y reparar a las

víctimas del daño ocasionado, de tal suerte, que si en sede interna se protegen los derechos humanos y se resuelve satisfactoriamente esa presunta violación, no es necesario acudir al Sistema Interamericano para que apruebe o confirme tal situación, dado que la CrIDH no funge como un tribunal de casación o apelación ni constituye una cuarta instancia.

La incorporación de estos tratados en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, así como el nivel que ocupa dentro de la jerarquía del sistema de fuentes nacional, lo determina la Constitución de cada Estado en ejercicio de su soberanía, bien sea otorgándole una jerarquía legal, o supralegal pero infraconstitucional, o al mismo nivel de la constitución, o incluso por encima de la Constitución llamada supraconstitucional, para lo cual debe considerar el principio de supremacía constitucional como un concepto absoluto o relativo que restringe o permite que existan normas como los tratados internacionales que no procedan de los parámetros establecidos constitucionalmente para la validez de las normas jurídicas, y aun así sean vinculantes y de invocación directa al interior de los Estados.

No obstante en materia de derechos humanos existe un constante diálogo en interrelación entre los sistemas jurídicos nacional e internacional que se complementan en pro de los derechos humanos, el cual se ve reflejado en la “cláusula de los derechos implícitos” que establece que los derechos consagrados en la Constitución no implican la negación de otros derechos que estén estipulados en otros tratados internacionales o que son inherentes al ser humano, y las “cláusulas de interpretación” que integran los tratados de derechos humanos en el bloque de constitucionalidad y en virtud de las cuales los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos deben ser interpretados conforme a los tratados internacionales, y de contera a los estándares originados en la jurisprudencia internacional, cuando el derecho

interno otorgue una protección menos favorable que la internacional teniendo como derrotero el principio *pro homine*

En el Estado Colombiano la recepción de los tratados internacionales de derechos humanos está regulada en los artículos 53, 93, 94 y 214 de la Constitución Política, otorgándole un tratamiento especial gracias a la prevalencia en el orden interno de estos tratados y la concomitante obligación de interpretar los derechos fundamentales conforme a esos tratados. Su incorporación se realiza a través de la figura del bloque de constitucionalidad, y en absoluto respeto del principio de supremacía constitucional, esa prevalencia no supone una supraconstitucionalidad de los tratados de derechos humanos, sino que los mismos se encuentran en el mismo nivel de la Constitución, y por ende tienen su misma fuerza vinculante constituyendo parámetros de constitucionalidad de las normas jurídicas de menor jerarquía, y la jurisprudencia de los órganos internacionales que interpretan estos tratados constituyen un criterio relevante de interpretación.

En tal sentido, los tratados de derechos humanos sirven de criterio de interpretación de todo el ordenamiento jurídico a través de la figura de la cláusula de interpretación conforme regulada en el artículo 93 constitucional, lo que se complementa con las cláusulas de interpretación y de los derechos innominados como formas de recepción del derecho internacional, y en consecuencia pueden ser invocados como violados dentro de los parámetros del bloque de constitucionalidad.

No obstante lo anterior, independientemente del modelo de recepción del derecho internacional que adopte el Estado y de la jerarquía atribuida a los tratados de derechos humanos, el Estado Colombiano, al igual que todos los Estados, deben adoptar todas las medidas necesarias para cumplir con las

obligaciones internacionales asumidas al ratificar o adherirse a esos tratados y garantizar su objeto y fin, la plena protección de los derechos humanos.

Bajo este contexto se estudia la aplicación del control de convencionalidad al interior del Estado Colombiano, no sin antes concluir los alcances de esta figura jurídica.

La doctrina del Control de Convencionalidad se encuentra implícita en la jurisprudencia de la CrIDH, desde mucho tiempo antes de haberse adoptado explícitamente en el año 2006, mediante la interpretación de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, que señalan las obligaciones de respeto y garantía de los derechos y libertades consagrados en dicho tratado internacional, así como también el deber de adecuación del ordenamiento jurídico interno de los Estados con el objeto que se permita el goce efectivo de los derechos humanos.

La evolución de ésta teoría a través de la jurisprudencia fue marcando su derrotero, pues si bien en principio ésta se concebía exclusivamente como la inaplicación o invalidez de normas domésticas contrarias al *corpus iuris* interamericano, con posterioridad se configuró además la visión constructiva de la doctrina al considerar que todas las autoridades públicas, incluidos los jueces nacionales, debían interpretar los postulados internos de conformidad con los estándares interamericanos, con el fin de que la protección y garantía efectiva de los derechos humanos en la región conduzca a la creación de un mismo lenguaje en favor de la persona.

El principio *pro homine* como mandato interpretativo del derecho internacional de los derechos humanos, debe guiar el actuar de los Estados en sede interna, de allí que el control de convencionalidad no se transforme en una aplicación ciega e imponente de los estándares internacionales, sino

que se aplique el estándar más favorable para la persona humana, provenga este de las interpretaciones de la CrIDH o de los Estados, construyéndose así un dialogo constante y reciproco entre ambos actores del Sistema Interamericano, para consolidar en la región un derecho común de los derechos humanos que acompase los sistemas democráticos de los Estados que protegen su soberanía.

La aplicabilidad de la teoría del control de convencionalidad, originada en un organismo supranacional, como lo es la CrIDH, se encuentra en estrecha relación respecto a la recepción y sistema de incorporación del derecho internacional en el derecho interno, no siendo potestativo del Estado decidir si ejerce o no el control de convencionalidad, en tanto que con él se concretan las obligaciones contenidas en la Convención Americana, y particularmente la de adecuación regulada en el artículo 2 convencional en que se fundamenta esta figura, y además materializa el deber del Estado como principal y primer protector de los derechos humanos, lo que vincula a todos los órganos y funcionarios del Estado, no obstante en esta investigación se analizó exclusivamente el papel del juez como garante de los derechos humanos.

En el caso Colombiano se evidenció que al estar los tratados de derechos humanos en el mismo nivel de la Constitución y pertenecer al bloque de constitucionalidad, y en virtud del principio de supremacía constitucional contenido en el artículo 4 de la Constitución Política, si bien existe un diálogo constante y una retroalimentación entre las normas constitucionales y las normas internacionales en materia de derechos humanos, en virtud de dicha supremacía constitucional podría concluirse que el control de convencionalidad solo se podría aplicar respecto de las normas internas con rango inferior a la Constitución pero no respecto de esta.

Lo anterior no significa que esa supremacía constitucional limite el ejercicio de un verdadero control de convencionalidad, pues teniendo en cuenta que el estándar internacional se aplica siempre que sea mucho más favorable para el individuo y garantice en mayor medida el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, ese principio de supremacía constitucional debe ceder ante el principio *pro homine* y en caso de existir conflicto o contradicción entre un artículo de la Constitución Política de Colombia y el *corpus iuris* interamericano, de encontrarse que la norma internacional es más favorable al ser humano, el juez dentro del marco de sus competencias y de acuerdo a las regulaciones procesales internas, debe aplicar esta norma incluso por encima de la Constitución con el fin no solo de cumplir sus obligaciones internacionales de buena fe con base en el principio *pacta sunt servanda* y la prohibición de invocar disposiciones del derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado regulados en la Convención de Viena de 1969, sino también en procura de custodiar el objeto y fin del tratado y garantizar que los derechos humanos no sean restringidos o limitados, por lo que la supremacía constitucional no constituye ningún obstáculo para el ejercicio del control de convencionalidad.

La Corte Constitucional Colombiana, como guardiana de la Constitución, no ha sentado una posición unificada al respecto pues ha tenido posiciones variadas, en unos casos aplicando las normas convencionales por encima de las constitucionales (Sentencia C-376 de 2010), y en otros casos teniendo como eje central la supremacía constitucional y no el principio *pro homine* (Sentencias SU-712/2003 y SU-355/2015), lo que ha impedido que los jueces apliquen sin mayores reparos el control de convencionalidad cuando sea la Constitución o alguna norma o parámetro del bloque de constitucionalidad la que sea menos favorable a la persona humana, no obstante los jueces no deben perder de vista que son los garantes de los

derechos humanos y como tal ese es su racero para decidir los casos concretos.

En consecuencia además del control de constitucionalidad los jueces nacionales están obligados a realizar un control de convencionalidad que permita la invocación directa de los tratados de derechos humanos sin necesariamente tener que acudir a la Constitución o al bloque de constitucionalidad para invocarlos, y que esté dirigido exclusivamente a garantizar el goce efectivo de los derechos humanos.

La obligación de realizar el control de convencionalidad por parte de las autoridades domesticas se circunscribe en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes atendiendo el modelo de control de constitucionalidad de cada Estado, tal y como lo indicó la CrIDH en el caso Trabajadores Cesados del Congreso contra el Estado de Perú, sin que ello suponga que el control de convencionalidad quede subsumido en el control de constitucionalidad sino que por el contrario son complementarios y respetando las competencias de los jueces al interior del Estado Colombiano para inaplicar o expulsar normas del ordenamiento jurídico.

Como quiera que el control de constitucionalidad en Colombia es mixto y posee diferentes acciones y procedimientos por vía de acción y excepción o en el ejercicio del control previo y automático, el control de convencionalidad difuso que radica en cabeza de los jueces domésticos incluidas las Altas Cortes -el control concentrado de convencionalidad lo realiza la CrIDH - se materializa en el análisis de los casos concretos teniendo la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la jurisdicción contencioso administrativa en los asuntos establecidos por la ley, la competencia para retirar del sistema colombiano una norma por ser inconvencional en caso de

que sea absolutamente incompatible con el estándar interamericano, y los demás jueces internos limitan su competencia al ejercicio del control de convencionalidad por vía de interpretación conforme, o la inaplicación de una norma en un caso concreto por vía de excepción de inconvencionalidad.

El Estado Colombiano como principal garante de los derechos humanos, debe adoptar medidas afirmativas en procura de la materialización de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones soberanamente contraídas en los tratados de derechos humanos, de allí que los jueces nacionales deban realizar un análisis de compatibilidad de las normas y prácticas internas con los estándares interamericanos, cuando se ponga en su conocimiento casos de violaciones a los derechos humanos, pues es el Estado quien debe investigar, juzgar y sancionar en sede nacional dichas conductas a fin de que las víctimas de las mismas no acudan a instancias nacionales en procura de verdad, justicia y reparación.

Con base en las características propias del control de convencionalidad, se determinaron como parámetros que los jueces deben reconocer para aplicar esta figura, en primer lugar la invocación o citación del *corpus iuris* interamericano aplicable en un determinado caso judicial, trátase de instrumentos internacionales vinculantes o no al Estado Colombiano y la jurisprudencia y demás pronunciamientos de la CrIDH en los que sea o no parte el Estado, pues es a partir de allí que es posible un examen de compatibilidad entre este y el sistema jurídico nacional, sin que la simple citación conlleve *per se* a la materialización del mismo, pues solo cuando la razón de la decisión judicial se sustenta en el acatamiento de los estándares establecidos en el *corpus iuris* interamericano es que puede predicarse un verdadero ejercicio de control de convencionalidad.

Así, además de la citación o referencia del *corpus iuris* interamericano por parte del juez, resulta imperativo que dichos estándares internacionales sean determinantes para decidir de fondo el aspecto sustancial del litigio, es decir, deben integrar la *ratio decidendi* del respectivo pronunciamiento del juez nacional colombiano, incluso cuando exista compatibilidad absoluta entre los normas internas y las internacionales o que advierta que existe al interior del Estado o con ocasión de otro tratado una interpretación más favorable y garantista a la persona humana o que no existe norma o estándar que regule una situación particular, pues así lo debe indicar expresamente el juez en su providencia.

El juez nacional también debe percatarse que aun cuando las partes no soliciten su aplicación, el juez de oficio tiene la obligación de ejercer el control de convencionalidad, estándole prohibida la invocación de disposiciones de derecho interno para no aplicar estándares interamericanos mínimos de protección o alguna interpretación más favorable a la persona humana.

Sin lugar a dudas la aplicación del control de convencionalidad tiene unos efectos y el juez en el marco de sus competencias debe determinar en la sentencia los efectos de su ejercicio, bien sea que establezca una compatibilidad absoluta de la norma o acto interno con el estándar interamericano mínimo de protección, o realice una interpretación conforme que los armonice con el *corpus iuris* interamericano, o que conlleve a la inaplicación en un caso concreto de alguna norma por ser manifiestamente incompatible con el estándar interamericano a través de la figura de la excepción de convencionalidad, o que conduzca a la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma o acto interno que sea incompatible con el *corpus iuris* interamericano, o que inaplique el estándar interamericano por existir una interpretación más favorable a la persona humana en aplicación

del principio *pro homine*, o que elabore un estándar mínimo de protección ante la inexistencia de pronunciamiento o interpretación americana respecto de una situación particular, teniendo como derrotero el mismo principio *pro homine*.

Estos parámetros fueron los analizados en las sentencias objeto de estudio en la presente investigación, la que se circunscribió al periodo 2006 a 2015 en el que la Sección Tercera del Consejo de Estado profirió 1259 sentencias cuyos supuestos fácticos giraban en torno a la muerte de personas en diferentes contextos, de las cuales 272 sentencias habían sido proferidas en el marco del conflicto armado entendido este como un conflicto en los que intervienen grupos armados organizados capaces de librar combate y que participen en otras acciones militares recíprocas, y fueron estas últimas las analizadas.

A partir del estudio de estos parámetros se concluye que el Consejo de Estado, como órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativo es una de las autoridades judiciales más representativas del Estado Colombiano que progresivamente desde el año 2007 al 2015 ha venido realizando un reconocimiento de instrumentos o pronunciamientos de derechos humanos, advirtiéndose un mayor incremento a partir del año 2011, pero siendo solo a partir del año 2013 que se evidencia una constante con el mayor porcentaje de citación del derecho internacional de derechos humanos, centrándose en mayor medida en la citación de instrumentos vinculantes y providencias de órganos internacionales donde el Estado Colombiano era parte. Se excluye del análisis el año 2006 como quiera que las sentencias estudiadas en ese año no citaron ningún instrumento o pronunciamiento en materia de derechos humanos como parámetro inicial de análisis sin el cual resulta inocuo el estudio de los demás parámetros.

Bajo el concepto de control de convencionalidad adoptado en la presente investigación, como figura adoptada por la CrIDH con fundamento en la obligación de adecuación contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, se determinó que no podría analizarse la aplicación del control de convencionalidad si esa confrontación normativa no tuviera en uno de sus extremos un instrumento o pronunciamiento interamericano, razón por la que se analizaron las sentencias proferidas por el Consejo de Estado en donde se citaran o se invocaran instrumentos o pronunciamientos regionales, encontrando que del número total de sentencias que reconocían el derecho internacional de derechos humanos durante el periodo analizado, el 84% de las sentencias citaron instrumentos o pronunciamientos interamericanos que de manera progresiva iban en aumento.

Al analizar si los instrumentos o pronunciamientos interamericanos que se citaban habían sido determinantes para definir la *ratio decidendi* de las sentencias, se encontró que a solo a partir del año 2009 se empezó a aplicar materialmente el control de convencionalidad, advirtiéndose que su aplicabilidad fue mayor en el periodo 2013 a 2015 en tanto que del total de las sentencias estudiadas en ese periodo el 78% habían aplicado plenamente un control de convencionalidad.

El ascendente grado de aplicabilidad del control de convencionalidad en los años 2013 a 2015, obedeció al mayor reconocimiento de la jurisprudencia de la CrIDH y del *corpus iuris* interamericano, por parte de la sección tercera del Consejo de Estado, que ha acogido una nueva concepción del derecho desde una mirada global y humanista, no nacionalista y normativista.

Por excelencia, el efecto de la aplicación del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido la armonización del ordenamiento interno a los parámetros interamericanos de derechos

humanos, pues un 99% de las sentencias analizadas dan cuenta que el deber de protección y garantía de la vida física fueron interpretadas conforme al *corpus iuris* interamericano; no existiendo ningún evento en el cual como resultado de ese examen de compatibilidad se haya dispuesto la inaplicación de una norma o su expulsión del ordenamiento jurídico, o se haya encontrado una interpretación más garantista y que efectivizara en mayor medida el derecho humano a la vida, y menos aún que el Consejo de Estado tuviera que elaborar un estándar mínimo de protección, advirtiéndose solo una sentencia en la que se encontró una compatibilidad absoluta de la norma y el acto interno con el estándar interamericano mínimo de protección.

Los efectos más drásticos como serían la expulsión o inaplicación de una norma interna, no se han dado en la jurisprudencia nacional en razón a que pesar de la interiorización y reconocimiento de la teoría del control de convencionalidad por parte de los funcionarios judiciales, el razonamiento jurídico respecto a las fuentes del derecho y jerarquía normativa no se ha modificado, pues se sigue abordando la discusión desde el concepto de supremacía constitucional, pasándose por alto que en términos prácticos no se trata de establecer si el tratado internacional de derechos humanos reviste la naturaleza de norma supraconstitucional sino más bien si la obligación contraída por el Estado garantiza en mayor y mejor medida los derechos fundamentales de las personas que hacen parte de los derechos de la humanidad.

Del universo de providencias donde se aplicó el control de convencionalidad en la *ratio decidendi*, ninguna se dio por petición de parte, y si tenemos en cuenta que en estos caso necesariamente se debe acudir a la administración de justicia por intermedio de un abogado, es dable concluir que los profesionales de derecho aun no reconocen el derecho internacional de los

derechos humanos como fuente vinculante y obligatoria para la resolución de los conflictos.

La aplicación de la pluricitada teoría en aspectos procesales fue inexistente en los años 2006 a 2011 y a partir del 2012 al 2015 fue progresiva al analizarse aspectos procesales referentes a la caducidad o prescripción de la acción judicial, valoración probatoria, legitimidad para actuar, competencia, entre otras, las cuales en su totalidad también fueron analizadas de oficio y no a petición de parte, con efecto de interpretación conforme salvo hasta el año 2015 cuando del 100% de las providencias en las que se aplicó el control de convencionalidad en materia procesal en ese año, en el 36% de esas providencias el Consejo de Estado dispuso la inaplicación de la norma interna en materia de caducidad de la acción judicial, por encontrarla absolutamente incompatible con el *corpus iuris* interamericano.

En relación con las medidas de reparación adoptadas por el Consejo de Estado en el universo de sentencias analizadas, se encontró que de manera progresiva se citaron instrumentos o providencias interamericanas en materia de derechos humanos, y si bien inicialmente el reconocimiento de medidas de reparación no pecuniarias se sustentó en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, se aplicó plenamente el control de convencionalidad en tanto que dicha norma era interpretada conforme a los estándares interamericanos, siendo solo en los años 2014 y 2015 que la reparación se dio con total acatamiento de los parámetros convencionales.

Referencias

Doctrina

Alemán Peñaranda, I. (2009). La jurisdicción Constitucional y la acción de tutela como control de constitucionalidad. *Justicia Juris*. (45-64). Recuperado de

http://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-6-no-11/art-5.pdf

Álvarez Conde, E. (1999). Curso de Derecho Constitucional. Volumen I. Madrid España: Editorial Tecnos. Citado en Monroy Cabra, M.G. (2007). Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.

Amaya, J. (2010). Marbury vs. Madison o de antiguas y modernas tensiones entre Democracia y Constitución. *Revista de Estudios Jurídicos*. (1-22). Recuperado de

<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/539/481>

Bazán, V (2010). La CrIDH y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable. "Nuevas tendencias del derecho constitucional en América Latina". Conferencia llevada a cabo en el VIII Congreso Internacional de la Asociación de Derecho Constitucional, México. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/215.pdf>

Bazán, V (2012). El Control de Convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. En C. Steiner (Ed). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. El Control de Convencionalidad*. (17-55) Bogotá, Colombia:

Fundación Konraud Adenauer. Recuperado de <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/98.pdf>

Benavente Chorres, H. (2012). El juez de control como garante de la convencionalidad de las normas en el nuevo proceso penal mexicano. *Estudios constitucionales*, (145-200). Recuperado de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000100005&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-52002012000100005

Burgogue-Larsen, L. (2014). El Contexto, las Técnicas y las Consecuencias de la Interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. *Estudios constitucionales*, (105-162). Recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v12n1/art04.pdf>

Cabo Martín, C. (1997). "Contra el consenso. Estudios sobre el Estado Constitucional y el Constitucionalismo del Estado Social". Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=144>

Cançado Trindade, A.A. (2001). *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI.*, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Carbonell, M. (2012). En los orígenes del Estado Constitucional: La Declaración Francesa de 1789. Recuperado de www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/LOS_ORIGENES_DEL_ESTADO_CONSTITUCIONAL_-_Miguel_Carbonell.pdf

Carbonell, M. (2013). *Introducción General al Control de Convencionalidad.* Porrúa, México: Editorial Porrúa México.

Carpizo, E. (2013). El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Recuperado de <http://www.elsevier.es/es-revista-boletin-mexicano-derecho-comparado-77-articulo-el-control-de-convencionalidad-y-S0041863313711578>

Castilla Juárez, K. (2014). Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional, *Derecho del Estado*. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/3376/337632740006.pdf>

Castillo Córdova, L. (2012). La Relación entre los Ámbitos Normativos Internacional y Nacional sobre Derechos Humanos. *Estudios constitucionales*. (231-280). Recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v10n2/art06.pdf>

Charry, J. M. (1992). La acción de Tutela. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

Charry Ureña, J. (1993). Justicia Constitucional. *Derecho Comparado y colombiano*. Santafé de Bogotá: Banco de la República.

Del Rosario Rodríguez, M.F. (2011). La supremacía constitucional: naturaleza y alcances. *Revista Dikaion*. (97-117). Recuperado de <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1950/2495>

Dippel, H. (2008). El surgimiento del Constitucionalismo Moderno y las constituciones latinoamericanas tempranas. *Revista Pensamiento Jurídico No. 23. Constitucionalismo y Derecho Internacional Público*, (13-32).

Recuperado de http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/38120/pdf_209

Ferrer Mac-Gregor Poisot, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez Mexicano. *Revista Estudios Constitucionales*. (531-622). Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/820/82022776013.pdf>

Ferrer Mac-Gregor Poisot, E. (2013). El Control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3384/30.pdf>

Fioravanti, M. (1999), *Costituzione*. Bologna: Editorial Il Mulino.

García De Enterría, E. (1983). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, España: Civitas.

García Ramírez, S. (2009), *Cuestiones jurídicas en la sociedad moderna*, Cuadernos del Seminario de Cultura Mexicana, México, p. 344.

García-Sayán, D. (2005). *Una Viva Interacción: CrIDH y Tribunales Internos*. En *la CrIDH: un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, pp. 323-384.

Garmendia Cedillo, X. (2012). Control difuso y control convencional de constitucionalidad. *Praxis de la justicia fiscal y administrativa*. (1-51). Recuperado de <http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/controldifusoycontrolconvencional.pdf>

González Domínguez, P. (2014). *Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales: La Doctrina del Control de Convencionalidad*. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Recuperado de http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/7408-implementaci%C3%B3n-de-la-convenci%C3%B3n-americana-sobre-derechos-humanos-en-los-sistemas-jur%C3%ADdicos-nacionales.html

Henríquez Viñas, M. (2014). La polisemia del control de convencionalidad interno. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (113-141). Recuperado de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/8542>

Hitters, J. C. (2013). Un Avance en el Control De Convencionalidad. (El Efecto “Erga Omnes” De Las Sentencias De La CrIDH). *Estudios constitucionales*, (695-712). Recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v11n2/art18.pdf>

Ibáñez Rivas, J.M. (2012). Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la CrIDH. *Anuario de derechos humanos*, (103-113). Recuperado de <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20555/21725>

Ibañez Rivas, J.M. (2015). Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/32077.pdf>

Jinesta, E. (2012). Control de convencionalidad ejercido por Tribunales y Salas Constitucionales. Recuperado de <http://www.ernestojinesta.com/14%20-%20Control%20de%20Convencionalidad%20Ejercido%20por%20los%20Tribunales%20y%20Salas%20Constitucionales.pdf>

Lanchero-Gómez, J.C. (2009). Del Estado liberal al Estado constitucional. Implicaciones en la comprensión de la dignidad humana. *Revista Dikaion*. (247-267). Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/720/72012329010.pdf>

Locke, J. (s.f). Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Recuperado de [http://historia-derecho.com.ar/PDF/Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil.pdf](http://historia-derecho.com.ar/PDF/Segundo%20Tratado%20sobre%20el%20Gobierno%20Civil.pdf)

López, D. (2006). El derecho de los jueces. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A.

Llugdar, E.J.R. (2016). La Doctrina de la Corte Interamericana de DDHH, y las Resoluciones de la Comisión Interamericana de DDHH, como fuentes y formas de protección de los Derechos Fundamentales. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35244.pdf>

Ministerio Público Fiscal. (2013). Diálogos: el impacto del sistema interamericano en el ordenamiento interno de los Estados (1°Ed). Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/dialogos.pdf>

Monroy Cabra, M.G. (2007). Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.

Monroy Cabra, M.G. (2008). El Derecho Internacional como fuente del derecho constitucional. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4941857>

Montesquieu (1906). El Espíritu de las Leyes. Madrid, España: Librería General de Victoriano Suarez. Recuperado de <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/espírituDeLasLeyesT1.pdf>

Nogueira Alcalá, H. (2012). Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. (1167-1220). Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/135/art/art8.pdf>

O'Donnell, D (2001). Introducción al derecho internacional de los derechos humanos. En A. Valencia Villa (Ed). *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional*. Volumen I. (27-95) Bogotá, Colombia: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

O'Donnell, D. (2004). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Bogotá, Colombia: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Ortiz Ahlf, L (2006). Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En C. Martín, D. Rodríguez-Pinzón y J.A. Guevara (Eds). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. (23-47) México D.F., México: Universidad Iberoamericana A.C., Academia de Derechos Humanos y

Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University, y Distribuciones Fontamara S.A

Paine, T (1791). The Rights of man (Los derechos del hombre). Recuperado de <http://constitucionweb.blogspot.com.co/2011/07/los-derechos-del-hombre-thomas-paine.html>

Palomino Manchego, J.F. (2008). Constitución, Supremacía Constitucional y Teoría de las fuentes del Derecho: una visión desde el Perú. *Revista Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 58/59, 227-242. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3163754.pdf>

Quinche Ramírez, M.F. (2009). El Control de Convencionalidad y el Sistema Colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25586.pdf>

Quinche Ramírez, M.F. (2014). *El Control de Convencionalidad*. Bogotá: Temis S.A.

Quinche Ramírez, M.F. (s.f). El control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. *Centro de estudios políticos*. Recuperado de <http://www.centrodeestudiospoliticos.com/descargas/1.8.pdf>

Rey Cantor, E. (2008). *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, homenaje a Héctor Fix Zamudio*, Porrúa, México: Editorial Porrúa.

Rincón, E.R. (2013). ¿Cómo funciona el control de convencionalidad?: definición, clasificación, perspectiva y alcances. *Iter Ad Veritatem*, (197-214). Recuperado de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/viewFile/578/399>

Rodríguez H., G (2006). Normas de Responsabilidad Internacional de los Estados. En C. Martín, D. Rodríguez-Pinzón y J.A. Guevara (Eds). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. (49-78) México D.F., México: Universidad Iberoamericana A.C., Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University, y Distribuciones Fontamara S.A.

Sagües, N.P. (2010). Teoría de la Constitución.

Sagües, N.P. (2010). Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, (117-136). Recuperado de <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>

Sagües, N.P. (s.f). 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. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>

Santiago, A. (7 de agosto de 2013). El principio de Subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.ancmvp.org.ar/user/files/02%20Santiago13.pdf>

Tantaleán Odar, C.F. (2015). Análisis del proceso de internacionalización de los derechos humanos y de la incorporación de normas internacionales a los ordenamientos internos. *Derecho y Cambio Social*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5460646.pdf>

Tobo Rodríguez, J. (1996). *La Corte Constitucional y el Control de Constitucionalidad en Colombia*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Toro Huerta, M. I. (2005). Retos de la Aplicación Judicial en México conforme a los Tratados de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *La armonización de los tratados internacionales de derechos humanos en México*. Ponencia presentada en el Seminario llevado a cabo en Guadalajara, Jalisco. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2481>

Toro Huerta, M.I. (s.f.). *El principio de Subsidiariedad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con especial referencia al Sistema Interamericano*. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2496/7.pdf>

Uprimny Yepes, R. (2001). El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. En A. Valencia Villa (Ed). *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional*. Volumen I. (97-154) Bogotá, Colombia: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Valdés, D. (2005). Prólogo del libro *Interpretación Constitucional* de Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Porrúa, México.

Sentencias CrIDH

Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109

Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144.

Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No.157.

Corte IDH. Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257

Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72

Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75

Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C No. 87.

Corte IDH. Caso Blake Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48

Corte IDH. Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.

Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220.

Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220. Voto razonado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Corte IDH. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 11 de marzo 2005. Serie C No. 123.

Corte IDH. Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre 2004. Serie C No. 117

Corte IDH. Caso Castillo Páez Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34

Corte IDH. Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214

Corte IDH. Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299

Corte IDH. Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270.

Corte IDH. Caso De la Cruz Flores Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004. Serie C No. 115

Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade.

Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

Corte IDH. Caso de la Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259.

Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110

Corte IDH. Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310

Corte IDH. Caso familia Barrios Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237.

Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la CrIDH 20 de marzo de 2013.

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la CrIDH de 20 de marzo de 2013. Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219

Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros("Diario Militar") Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253

Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107

Corte IDH. Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.

Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217.

Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112

Corte IDH. Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196.

Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 33

Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42

Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119

Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101

Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. Voto Concurrente Razonado de Sergio García Ramírez.

Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63

Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135

Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.

Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287.

Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35

Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C No. 44.

Corte IDH. Caso Tarazona Arrieta y Otros Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286, párr. 136.

Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158.

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4

Corte IDH. Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218

Corte IDH. Caso Yarce y otras Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325.

Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

Opiniones Consultivas CrIDH

Corte IDH. "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art.64 Convención Americana sobre Derechos Humanos).Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.

Corte IDH. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2.

Corte IDH. Restricciones a la pena de muerte(Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos).Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3

Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts.13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5

Corte IDH. La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

Corte IDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989. Serie A No. 10.

Corte IDH. Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts.41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).Opinión Consultiva OC-13/93 de 16 de julio de 1993. Serie A No. 13

Corte IDH. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14.

Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17

Pronunciamientos de otros órganos de derechos humanos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “La Tablada” – Informe No. 55/97, Caso No. 11.137

Corte EDH. Belilos vs. Suiza. Sentencia del 29 de abril de 1988. Serie A. No. 132.

Comité de Derechos Humanos. Observación General No. 24, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Observación general sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la

adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, 52º período de sesiones, U.N. Doc. 1994.

CIJ. Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, opinión consultiva. 1951,

Instrumentos Internacionales

Carta de la Organización de Naciones Unidas del 26 de junio de 1945

Carta de la Organización de Estados Americanos del 30 de abril de 1948

Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Convención de Viena de 1969.

Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 30 de abril de 1948

Otros documentos

La Carta Magna firmada el 15 de junio de 1215.

La Petition of Right de 1628.

El Habeas Corpus Act de 1679

La Bill of Rights 1689

Declaración de Virginia del 12 de junio de 1779 de 1779.

Declaración de Independencia de los Estados Unidos del 4 de julio de 1776

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de 1945

Reglamento del CIDH

Sentencias de Tribunales Colombianos

CConst, C – 225/1995, A. Martínez Caballero

CConst, C – 574/1992 C. Angarita Barón

CConst, C – 295/1993 C. Gaviria Díaz

CConst, C – 358/1997 E. Cifuentes Muñoz

CConst, C – 327/1997 F. Morón Díaz

CConst, C – 582/1999 A. Martínez Caballero

CConst, C – 191/1998 E. Cifuentes Muñoz

CConst, C – 400/1998 A. Martínez Caballero

- CConst, C – 401/2005 M.J. Cepeda Espinosa
- CConst, C – 481/1998 A. Martínez Caballero
- CConst, C – 010/2000 A. Martínez Caballero
- CConst, C – 046/1996 C. Gaviria Díaz
- CConst, C – 251/1997 A. Martínez Caballero
- CConst, T – 568/1999 C. Gaviria Díaz
- CConst, T – 1319/2001 R. Uprimny Yepes
- CConst, T – 671/2002 E. Montealegre Lynett
- CConst, T – 558/2003 C.I. Hernández Vargas
- CConst, T – 786/2003 M.G. Monroy Cabra
- CConst, C – 370/2006 M.J. Cepeda Espinosa y otros
- CConst, C – 442/2011 H.A. Sierra Porto
- CConst, C – 028/2006 H.A. Sierra Porto
- CConst, C – 376/2010 L.E. Vargas Silva
- CConst, T – 191/2009 L.E. Vargas Silva

CConst, SU – 712/2003 J.I. Palacio Palacio

CConst, C – 500/2014 M. González Cuervo

CConst, C – 327/2016 G.E. Ortiz Delgado

CConst, C – 269/2014 M. González Cuervo

CConst, SU – 355/2015 M. González Cuervo

CConst, C – 122/2011 J.C. Henao Pérez

CConst, C - 426/2002, R. Escobar Gil.

CConst, C - 400/2013, N. Pinilla Pinilla

CConst, C- 178/2014, M.V. Calle Correa.

CE. 9 ago. 2016. 11001032500020110031600. W. Hernández Gómez (E). En <http://www.consejodeestado.gov.co/actuaciones.asp?numero=11001032500020110031600>

Normativa Colombiana

Constitución Política de Colombia de 1991

Ley 1437 de 2011

Ley 446 de 1998

Decreto 2067 de 1992

ANEXO ÚNICO: FICHA DE ANÁLISIS DE SENTENCIAS

1. IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA		
Corporación:	Magistrado Ponente:	
Fecha de la sentencia:	Radicación:	
Demandante:	Demandado:	
Hechos:		
Decisión:		
2. PARÁMETROS DE APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD		
2.1. ¿Cita instrumentos o pronunciamientos internacionales de Derechos Humanos?	Si _____	No _____
2.1.1 ¿Cita instrumentos internacionales de Derechos Humanos?	Vinculantes para Colombia	No Vinculantes para Colombia
2.1.2. ¿Cita jurisprudencia o pronunciamientos de la CrIDH?	Si _____	No _____
¿Cuáles?	Colombia es parte	Colombia no es parte
2.1.3. ¿Cita jurisprudencia o pronunciamientos de	Si _____	No _____

otros órganos de Derechos Humanos?		
¿Cuáles?	Colombia es parte	Colombia no es parte
2.1.4. De las sentencias donde se citan instrumentos o pronunciamientos internacionales de Derechos Humanos, ¿cuántas de estas citas son interamericanas	Interamericanas	No interamericanas
2.2. ¿Aplica el <i>corpus iuris</i> interamericano en la <i>ratio decidendi</i> de la sentencia?	Si _____	No _____
¿Por qué?		
2.2.1. ¿Cuáles el efecto de la aplicación del control de convencionalidad?		
Compatibilidad absoluta de la norma o acto interno con el estándar interamericano mínimo de protección, la que debe ser expresamente señalada por el juez		
Interpretación conforme que armonice la norma o actor interno sometido a análisis con el <i>corpus iuris</i> interamericano		
Inaplicación en un caso concreto de la norma por ser esta manifiestamente incompatible con el estándar interamericano mínimo de protección, a través de la figura de la excepción de inconvencionalidad.		
Expulsión del ordenamiento jurídico de la norma o acto interno que sea incompatible con el <i>corpus iuris</i> interamericano		
Inaplicación del estándar interamericano mínimo de protección por existir una interpretación más favorable a la persona humana en aplicación del principio <i>pro homine</i> , la que debe ser expresamente señalada por el juez en la providencia		

Elaboración de un estándar mínimo de protección ante la inexistencia de pronunciamiento o interpretación interamericana respecto de una situación particular, teniendo como derrotero el principio <i>pro homine</i> , la que debe ser expresamente señalada por el juez en la providencia.	
2.3. ¿Realiza el control de convencionalidad de oficio o a petición de parte?	
De oficio _____	A petición de parte _____
2.4. ¿Aplica el control de convencionalidad en aspectos procesales?	
Si _____ No _____	
¿Por qué?	
2.4.1. ¿Cuál fue su efecto?	
2.4.2. De oficio _____ o a petición de parte _____	
2.5. ¿Cita normas convencionales o parámetros o estándares interamericanos para el reconocimiento de perjuicios?	
Si _____ No _____	
3. OBSERVACIONES	

1. IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA

Corporación:	Magistrado Ponente:	
Fecha de la sentencia:	Radicación:	
Demandante:	Demandado:	
Hechos:		
Decisión:		
2. PARÁMETROS DE APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD		
2.1. ¿Cita instrumentos o pronunciamientos internacionales de Derechos Humanos?	Si _____	No _____
2.1.1 ¿Cita instrumentos internacionales de Derechos Humanos?	Vinculantes para Colombia	No Vinculantes para Colombia
2.1.2. ¿Cita jurisprudencia o pronunciamientos de la CrIDH?	Si _____	No _____
¿Cuáles?	Colombia es parte	Colombia no es parte
2.1.3. ¿Cita jurisprudencia o pronunciamientos de otros órganos de Derechos Humanos?	Si _____	No _____

¿Cuáles?	Colombia es parte	Colombia no es parte
2.2. ¿Aplica el <i>corpus iuris</i> interamericano en la <i>ratio decidendi</i> de la sentencia?	Si _____	No _____
¿Por qué?		
2.2.1. ¿Cuáles el efecto de la aplicación del control de convencionalidad?		
Compatibilidad absoluta de la norma o acto interno con el estándar interamericano mínimo de protección, la que debe ser expresamente señalada por el juez		
Interpretación conforme que armonice la norma o actor interno sometido a análisis con el <i>corpus iuris</i> interamericano		
Inaplicación en un caso concreto de la norma por ser esta manifiestamente incompatible con el estándar interamericano mínimo de protección, a través de la figura de la excepción de inconvencionalidad.		
Expulsión del ordenamiento jurídico de la norma o acto interno que sea incompatible con el <i>corpus iuris</i> interamericano		
Inaplicación del estándar interamericano mínimo de protección por existir una interpretación más favorable a la persona humana en aplicación del principio <i>pro homine</i> , la que debe ser expresamente señalada por el juez en la providencia		
Elaboración de un estándar mínimo de protección ante la inexistencia de pronunciamiento o interpretación interamericana respecto de una situación particular, teniendo como derrotero el principio <i>pro homine</i> , la que debe ser expresamente señalada por el juez en la providencia.		
2.3. ¿Realiza el control de convencionalidad de oficio o a petición de parte?		
De oficio _____	A petición de parte _____	
2.4. ¿Aplica el control de convencionalidad en aspectos procesales?		

Si _____ No _____
¿Por qué?
¿Cuál fue su efecto?
2.5. ¿Cita normas convencionales o parámetros o estándares interamericanos para el reconocimiento de perjuicios?
Si _____ No _____
3. OBSERVACIONES