

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD
APLICADO POR LOS JUECES DE TUTELA EN
COLOMBIA

Facultad de Derecho

Universidad Autónoma Latinoamericana



**EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERNO APLICADO POR
LOS JUECES DE TUTELA EN COLOMBIA**

ii

Autor

Jorge Alexander Pulgarín Pulgarín

Alejandra Londoño Vélez

Asesor del trabajo de grado

Jaime Humberto Salazar Botero

Trabajo para optar título de abogado

Facultad de Derecho

Universidad Autónoma Latinoamericana

Diciembre 2020

“En los momentos de crisis, solo la imaginación es más importante que el conocimiento”

(Albert Einstein)

Queremos dedicar este trabajo a nuestra hija Mariapáz Pulgarín Londoño, el ser que ha sido fuente de inspiración, que nos motiva cada día a superarnos y seguir por el maravilloso sendero del saber. Todo es y será en pro de su bienestar.

A nuestro asesor, gran maestro que puso todo su empeño y conocimiento en la realización de este trabajo de grado, él que siempre contribuyó en la edificación y materialización de nuestras ideas.

A la universidad Autónoma Latinoamericana construida por maestros admirables, quienes fueron pilar importante en la construcción del conocimiento. Gracias a nuestra alma mater por no solo habernos formado como abogados, también por haber aportado a nuestra formación en principios y valores. Esta linda profesión la ejerceremos con responsabilidad, honestidad y sobre todo con humanidad.

RESUMEN

Se describe el control de convencionalidad difuso y se interpreta su aplicación por parte de los jueces de acción de tutela en Colombia, a partir de los planteamientos emanados de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para evidenciar cual ha sido el sentido y alcance del Control Judicial Interno de Convencionalidad en materia del amparo constitucional.

A partir de una metodología cualitativa, cuyo método hermenéutico-interpretativo y enfoque dogmático jurídico, desentrañan la categoría dual de significado y valor del Control Judicial Interno como objeto cultural, a partir de la recolección de la información sustentada en la revisión documental.

ABSTRACT

The diffuse conventionality control is described and its application is interpreted by the tutelage action judges, based on the approaches emanating from the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, to show what has been the meaning and scope of the Internal Judicial Conventionality Control in matters of constitutional protection.

From a qualitative methodology, whose hermeneutical-interpretive method and legal dogmatic approach, unravel the dual category in regards of the meaning and the value of Internal Judicial Control as a cultural object, from the collection of information supported by the documentary review of primary and secondary sources.

Judicial activity in constitutional matters was delved into in depth, in order to

Se ahondó en la actividad judicial en materia constitucional, con el fin de generar, por un lado, un conocimiento amplio sobre el desarrollo que se ha dado a esta figura propia del sistema interamericano, lo cual reflejaría a grosso modo la concepción que se tiene sobre él a nivel interno. Por el otro, de fomentar un dialogo fluido, que verse sobre el camino que se debe tomar a nivel institucional y pragmático-judicial, para llegar a una etapa de óptimo cuidado de los Derechos Humanos en el escenario de la acción de tutela en Colombia.

Palabras clave: Acción de Tutela, Control de Convencionalidad Difuso, Juez de Tutela, Hermenéutica Constitucional, derecho internacional.

generate, on the one hand, a broader vi knowledge about the development that has been given to this figure of the inter-American system, which would roughly reflect the conception that is held about him internally. On the other hand, to promote a constant and active dialogue, to be seen on the path that must be taken at the institutional and pragmatic-judicial level, to reach a stage of optimal care of Human Rights in the scenario of the tutelage action in Colombia.

Keywords: Diffuse Conventuality Control, Tutelage Judge, Constitutional Hermeneutic, international law.

Tabla de contenido

Introducción	1
Capítulo I: La Doctrina del Control de Convencionalidad Difuso.....	13
Resumen.....	13
Contexto al Caso Myrna Mack Chang contra el Estado de Guatemala.....	13
Alusiones a la Sentencia Myrna Mack Chang	16
Caso de los trabajadores Cesados Contra el Estado peruano	17
Caso Luis Alfredo Almonacid Arellano contra Chile	19
Acosta Calderon contra el Estado ecuatoriano: punto de referenciación	28
Capítulo II: Jurisprudencia del Control de Convencionalidad Difuso en Colombia.....	36
Resumen.....	36
Sentencia de la Corte Constitucional C-792 de 2014	49
Sentencia de la Corte Constitucional C-327 de 2016.....	51
Sentencia de la Corte Constitucional C- 659 DE 2016.....	53
Capítulo III: Hermenéutica Constitucional como Ejercicio de Implementación del Control	
.....	55
Resumen.....	55
Análisis de la procedencia de la acción de tutela. Presupuestos básicos	55
Análisis de fallos de tutela y la aplicación del Control de Convencionalidad.	58
Aplicación del Control de Convencionalidad	Error! Bookmark not defined.
Conclusiones	82

Referencias.....	86	viii
Apéndice o anexos.....		90

Lista de tablas

Tabla 1 Elaboración propia, Fuente: (Bazán, 2014, pág. 296).	16
--	----

Lista de figuras

Ilustración 1 Elementos para la aplicación del Control de Convencionalidad Fuente: (Carbonell, 2011).....	25
Ilustración 2 Figura de Premisas Fuente: (Corte Constitucional de Colombia, 2006)	42
Ilustración 3 Criterios de Control. Elaboración propia, Fuente: (Quinche, 2017).....	48

Introducción

En diciembre de 1948, el anuncio de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Logró acciones sobre igualdad y libertad en las que se resaltan realidades de múltiples comunidades en el ámbito global (Fundación Juan Vives Suriá, 2010. p. 14). En otro punto, a nivel latinoamericano se firmó la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica en 1969, siendo una de las bases fundamentales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, perteneciente al derecho internacional público.

Lo anterior, teniendo como punto de referencia y expresado en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es que se desprende el compromiso de los Estados Parte, tanto de respetar y garantizar el goce de los derechos fundamentales, como de ajustar su dictamen jurídico interno a esta premisa. Bajo este imperativo, nació a principios del siglo XXI el Control de Convencionalidad como un mecanismo que garantiza el efecto útil de lo acordado en el Pacto de San José de Costa Rica. (García, 2011. p. 132)

Cabe indicar que, el Control de Convencionalidad fue creado por la Corte Interamericana de Derecho Humanos con el fin que los Estados miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) tengan no solo la capacidad o la facultad, sino el deber objetivo de velar por el estricto cumplimiento de los preceptos indicados en

la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, los cuales salvaguardan los derechos humanos consagrados universalmente y reconocidos.

Por consiguiente, en el orden cronológico el 25 de noviembre de 2003, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se remitió a la sentencia para el caso Myrna Mack Chang contra el Estado de Guatemala, en la cual “condenó a la nación por violar los derechos a la vida, las garantías judiciales, la protección judicial y la integridad personal de las víctimas de esta contienda” (2003. p. 138). Posteriormente, en voto razonado recurrente del Juez Sergio García Ramírez a esta sentencia, se hizo referencia, por vez primera vez, a lo que se le denominó como “Control de Convencionalidad”.

Aunque en esa oportunidad solo se mencionó este concepto de forma escueta en aras de complementar la explicación sobre la imposibilidad de los Estados para fragmentarse jurídicamente ante la Corte IDH y excepcionar el principio internacional de unidad del Estado, en la posterioridad se dio un desarrollo mucho más profundo del tema en los casos referidos de Tibi, también con los Trabajadores Cesados del Congreso contra Perú y Vargas Areco contra Paraguay.

No obstante, fue en el precisamente en Almonacid Arellano contra Chile, en el año 2006, en el cual la Corte (IDH), se hizo cargo de la doctrina del Control de Convencionalidad al referenciarla taxativamente en un proceso concreto, mencionando que los jueces y los tribunales internos, a pesar de estar sometidos al imperio de la ley nacional,

también deben velar por el cumplimiento a cabalidad de las disposiciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual se integra a los ordenamientos jurídicos locales mediante su ratificación en clave del corpus iuris internacional.

Lo anterior, crea una obligación adicional para los operadores jurídicos, los cuales tienen la tarea de contrastar constantemente las normas jurídicas internas con los mandatos que se establecieron en el “Pacto de San José y especialmente, con la interpretación que haga la (CIDH) sobre éste, siendo su principal interprete” (2006. p. 53). Con el ejercicio de comprender cada circunstancia respectiva

A partir de esta fase histórica, la (CIDH) se ha encargado de desarrollar y ampliar esta doctrina, precisando sus características y elementos con la intención que estos preceptos sirvan como base para futuras decisiones de este organismo, indicando que este ejercicio se debe realizar *ex officio*, al margen de aquellas regulaciones, competencias procesales referidas con atención a los otros “presupuestos formales a los que haya lugar de acuerdo con los distintos ordenamientos jurídicos” (García, 2011. p.13). Lo que se traduce en que, los operadores judiciales corresponden realizar en el Control de Convencionalidad de forma oficiosa, sin importar que las demás partes procesales aleguen su ejercicio. Por lo que, presupone que son los jueces quienes ostentan la obligación de velar por el cabal cumplimiento de los preceptos convencionales en el orden interno.

Según Bazán (2014) entender el Control de Convencionalidad (CDC) se despliega básicamente en dos planos:

i) En el plano internacional, como ejercicio de la competencia contenciosa asignada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que le permite determinar, caso por caso, si los actos o las normas de derecho interno de los Estados Parte en la Convención resultan armónicos. ii) En el plano del derecho interno, consistente en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que se aplican en casos concretos en la Convención y otros instrumentos internacionales esenciales en el área de derechos humanos y, a otros patrones interpretativos. (2014, pág. 296).

Por ende, se refiere a la manera en que la institución regional, relacionada en el cumplimiento de aquellas funciones asignadas por la Corte Internacional de Derechos Humanos en los artículos referidos 61 a 69 de la CADH, como figura referente se cita la sentencia del Caso Myrna Mack Chang Contra Guatemala. Como fundamento orientador al panorama.

De modo que, a partir de su noción conceptual y operativa, la CIDH se ha pronunciado determinando que el Control de Convencionalidad es un ejercicio en el que los jueces internos de distintos Estados Parte tienen el deber al fallar los casos sometidos a

su capacidad, de aplicar la CADH, así como las derivas llegadas de esa corte referidos a esos derechos.

Específicamente lo indicó el alto tribunal interamericano de derechos humanos, así:

Cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” (...) en esta tarea deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete de primer orden de la CADH (Carbonell, 2011, pág. 8)

Los antecedentes que indican esta figura jurídica pueden describirse en tres etapas. La primera se establecería desde el inicio de las actividades de la CIDH hasta el año 2006, durante este periodo se asiste a la simple actividad de la Corte en el que se hace uso de la competencia contenciosa y no se usa la expresión “Control de Convencionalidad”.

Sin embargo, registra la declaratoria de la responsabilidad internacional de algunos Estados Parte, con fundamento en la figura de la “violación per se de la convención”, que se utiliza como criterio de control conforme a la CADH.

La segunda etapa, se inicia en el año 2006 cuando se profiere la sentencia de fondo en el Caso Almonacid Arellano contra Chile, en la cual, tal y como se mencionó anteriormente, se usa de modo explícito la expresión “Control de Convencionalidad”. Este periodo pertenece a la formulación concreta del Control de Convencionalidad y a la determinación de sus elementos sustantivos y procesales por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

En la tercera y última etapa, que va desde el año 2013 a la actualidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha continuado ejerciendo el control de convencionalidad, pero defiriendo la tarea de su aplicación a los tribunales internos de los Estados Parte, con la idea de construir un diálogo judicial entre los distintos operadores judiciales, encaminado a estos a la defensa de los DD.HH bajo el supuesto según el cual la Convención no determina una forma puntual para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad (2014).

De igual forma, el surgimiento de este concepto se desarrolla estrictamente con la internacionalización del derecho constitucional, el cual se puede concebir como un proceso de inclusión de los mandatos de derecho internacional dentro del derecho constitucional

interno de un país determinado, “dándoseles a estos un estatus similar o idéntico al de la carta magna, por enunciar y proteger derechos fundamentales que protegen la esfera más íntima y esencial de cada individuo de la sociedad” (Quinche, 2009. p.7).

Para el caso nacional, la Constitución Política de Colombia de 1991, insta en su artículo 9 que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan, entre otros, en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por el país. Por su parte, el artículo 93 señala que los convenios y tratados de índole internacional que reconocen derechos humanos predominan en el ordenamiento jurídico interno, delimitándose de esta manera el bloque de constitucionalidad, una integración abstracta entre la normativa del derecho internacional y la Carta Magna, cuyo fin último es el de darle el máximo cuidado y amparo a los derechos humanos.

Sobre este sustento, se debe tener en cuenta que Colombia firmó y acordó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), realizado el día 22 de noviembre de 1969, admitiendo la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el 21 de junio de 1985 con la consigna de hacerlo por “*tiempo indefinido, bajo condición de reciprocidad y para hechos posteriores a esta aceptación, sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención*” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 9 de diciembre de 1994, pág. 7)

Por lo tanto, la aplicación de esta figura jurídica en el sistema interno colombiano representaría su compromiso con las surgidas corrientes de protección y amparo de los Derechos Humanos (DH). Encontrar lo contrario, simbolizaría un atraso de peso en cuanto a los fines últimos del Sistema Interamericano, como la incorporación de un auténtico Corpus Juris Interamericano (Nogueira & Aguilar, 2017. p.152).

Ante el panorama anterior, se traza la siguiente pregunta de investigación: *¿Cómo se manifiesta el Control Judicial Interno de Convencionalidad en los fallos de tutela en Colombia?* La cual se absuelve, a partir del abordaje metodológico del objetivo general, consistente en analizar la manifestación del Control de Convencionalidad Difuso por parte del juez de tutela en Colombia. En consecuencia, se resolvieron los objetivos específicos que son: i) Identificar los parámetros que la (CIDH) ha establecido para la aplicación del control de convencionalidad difuso; ii) Interpretar la postura de la Corte Constitucional de Colombia, sobre el carácter de articulación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y por ultimo; iii) Determinar cuál es el método de interpretación que debe tener el Juez de Tutela, en materia del control judicial interno de convencionalidad.

En otra instancia, la metodología de la investigación, cabe indicar que se hace referencia al modo en que se puntualizan y se enfocan los problemas para así, encontrar las respuestas (Lecanda & Garrido, 2002), por ello se hace innegable inscribir el presente documento, en los linderos del enfoque propio de la naturaleza cualitativa, ya que, la

respuesta a la pregunta se absolvió a través de la interpretación y, por ende, de la subjetividad que se desprendió del análisis de las respectivas normas jurídicas y doctrina legal probable que decanta la doctrina del control judicial interno de convencionalidad.

En este sentido, la investigación cualitativa está en procura por lograr descripción y argumentación, además, “una descripción holística, esto es, que intenta analizar exhaustivamente, con sumo detalle, un asunto o actividad en particular” (Vélez V, 2012. p. 12). Por consiguiente, es cualitativa porque, se sirve del ejercicio hermenéutico que conduce a las subjetividades propias de la interpretación, en las cuales participan los sujetos como intérpretes de la CADH y el deber objetivo del Estado Colombiano, mediante la judicatura como órgano independiente del poder público, de reconocer y ejecutar las obligaciones internacionales que el Estado Colombiano posee en materia del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos (SIPDH).

Por consiguiente, el análisis la problemática de la investigación se abordó desde el campo de lo subjetivo (interpretación), es decir, atendiendo al plano objetivo de los compromisos adquiridos por los Estados con la CADH, pero desde los ejercicios de hermenéutica; remetido a la comprensión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como interprete por excelencia de la Convención para determinar e implementar el Control de Convencionalidad impreciso y en las motivaciones de los jueces constitucionales de tutela para aplicarlo o desconocerlo.

La investigación documental tiene puesta su perspectiva en ir más allá de la simple descripción de los datos y del control judicial interno de convencionalidad, para centrarse más en la regla de interpretación que debe tener en cuenta un juez cuando ostenta la toga constitucional, en relación al control judicial interno de convencionalidad, en aras de identificar si están o no cumpliendo con el mandato que vía bloque de constitucionalidad tienen al momento de motivar la decisión de tutelar o no el derecho objeto de debate.

En este sentido, como lo expresa McDonald & Tipton sobre la investigación documental:

Una herramienta de investigación dentro de las disciplinas sociológicas, y se han venido desarrollando históricamente, este tipo se basa en el estudio de la documentación entendida como la amplia gama de registro y símbolos, así como cualquier material y datos disponibles en las bases de datos. (McDonald & Tipton, 2016, pág. 196)

Ante lo anterior, la investigación documental exige una serie de esfuerzos por lograr identificar los argumentos y las percepciones sobre el contexto que se analiza. En este sentido, esta línea enlaza un clivaje hermenéutico con los aspectos de discusión de la temática y, además, permite la interpretación de los nuevos aportes que se han realizado en el marco del desarrollo jurídico tal y como lo aprecia Luis Gómez (2012)

En efecto, esta línea investigativa, se encausa a estudiar a detalle aquellas vertientes que proceden de los datos rastreados como fuentes formales que pretenden dar punto de análisis a los hechos rastreados, por tanto, La investigación documental propicia los enlaces que se van configurando los hechos encontrados y las interpretaciones como perspectiva de comprensión ante la problemática trazada en este estudio. Por ejemplo, la acción de comprender que se emprende sobre un hecho resulta significativa en cuanto permite esclarecer una problemática (Habermas, 2010). Por lo expuesto, esta investigación se encuentra en el marco de lo dogmático, porque, la parte que se analizó de la jurisprudencia fueron las reglas jurisprudenciales y la doctrina legal probable que indican las circunstancias de procedibilidad Control de Convencionalidad Difuso.

El presente trabajo explora dentro de la normativa una perspectiva de interpretación más teleológica y metodología para una mejor aplicación de los criterios convencionales por parte del juez de tutela en la democracia colombiana afectada a nivel histórico por las desigualdades, exigiendo por parte de la categoría constitucional del estado de derecho, una protección más formal que material, como es costumbre en los estados constitucionalistas latinoamericanos.

Por lo anterior, el trabajo presenta el panorama general que introduce a la problemática de Control de Convencionalidad, luego hace una exploración por la metodología aplicada, seguidamente se adentra a la doctrina de CC puntualizando con el ejercicio jurisprudencial a lo comprendido como: *“un conjunto de elementos*

interrelacionados con un objetivo común., en este caso, el ordenamiento jurídico interno, que se ve nutrido por el derecho internacional y la protección judicial” Valencia Zea (2003. P. 24) Finalmente se puntualizan algunos casos derivados de la corte y se cierra con unas conclusiones para precisar y determinar un marco de comprensión frente a lo estudiado en este trabajo monográfico.

Capítulo I: La Doctrina del Control de Convencionalidad

Difuso

Resumen

Se pretende en este acápite, identificar los parámetros que la corte Interamericana de Derechos humanos (CIDH), ha establecido para la aplicación del *Control de Convencionalidad* difuso. Por tanto, se explora en la normativa y las determinaciones con la finalidad de comprender el panorama que se torna confuso entre la materialización de los convenios internacionales y jurisprudenciales de la CIDH.

Contexto al Caso Myrna Mack Chang contra el Estado de Guatemala

El presente capítulo, identifica el concepto *Control de Convencionalidad*, emanado de la Corte IDH, pero cuyo carácter abstracto implica la participación de los jueces y demás agentes estatales que hacen parte del organismo interno de aquellos Estados Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos. Lo cual parte través de la lectura crítica del desarrollo histórico y argumentativo que ha logrado dicho constructo jurídico.

Así, la principal tesis indica que el Control de Convencionalidad asistida con los tradicionales controles de legalidad y constitucionalidad se recoge como mecanismo

aplicable y necesario para el blindaje y defensa de los derechos humanos y el régimen democrático en la región. Por consiguiente, al ser un concepto en constante construcción se debe recurrir a enfoques sistémicos en la medida en que, a partir de los componentes del control de convencionalidad y las relaciones existentes entre ellos se evidencian algunas dinámicas regionales y locales. (Rincón, 2013)

Por lo anterior, es pertinente examinar el caso referido, acontecido en noviembre del 2003, allí, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó su papel y emitió sentencia para el caso Myrna Mack Chang contra el Estado de Guatemala, en la cual lo condenó por violar los derechos fundamentales sobre la vida, “las garantías judiciales, la protección judicial y la integridad personal de las víctimas de esta contienda” (2003, pág. 134). Permitiendo que se hiciera referencia, por vez primera en el actuar de este organismo, a lo que se conoce como el *Control de Convencionalidad*.

En el año 1990, en el marco de un conflicto interno se desarrollaba en el Estado de Guatemala, grupos armados al margen de la ley fueron responsables de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y acciones sistemáticas que vulneraron los derechos humanos de los habitantes de esa nación. La antropóloga Elizabeth Mack Chang realizaba un trabajo académico de investigación sobre los efectos de ese conflicto, más concretamente, de la problemática de los refugiados y los desplazamientos de grupos indígenas a causa de las acciones de estos grupos ilegales tal como se expresa lo expresa Corte Interamericana de Derechos Humanos (Myrna Mack Chang, 2003). En medio de

Ese contexto, la activista fue asesinada el 11 de septiembre de 1990 en hechos confusos durante una operación realizada por fuerzas militares de ese país.

Posteriormente y ante la inoperancia de las investigaciones de carácter penal desarrolladas por las autoridades de Guatemala, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en atención a solicitudes y denuncias realizadas por familiares y representantes de Mack Chang, asumió la competencia para conocer este caso el 19 de julio de 2001. En la sentencia emitida por el órgano internacional se condenó al Estado de Guatemala por la vulneración sistemática de los derechos a la vida, integridad personal y otros, consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, de la cual era parte el país centroamericano desde el 25 de mayo de 1978.

Frente a lo anterior, es de resaltar que, en el análisis de la responsabilidad estatal por los hechos investigados, el concepto de Control de Convencionalidad no fue determinante para la motivación de la decisión condenatoria, no obstante, el Juez Sergio García Ramírez analizó las diferentes actuaciones del Estado que tuvieron relación con el asesinato de la activista, así como la inoperancia del proceso penal para esclarecer los hechos e identificar los responsables. Fue allí donde se hizo alusión por primera vez en este escenario jurisdiccional al control de convencionalidad, señalando que su aplicación para la garantía de los derechos humanos estaba en cabeza de la figura estatal de forma genérica, y que respecto de la obligación de garantizar el cumplimiento de estos derechos no era posible atribuir responsabilidades de forma fragmentada a sus instituciones.

Alusiones a la Sentencia Myrna Mack Chang

Una vez expuesto lo anterior, se hace necesario comenzar a establecer que el *Control de Convencionalidad* Consiste en la labor de verificación que permite identificar que las normas internas de un Estado que se aplican a casos concretos tengan armonía con los estándares mínimos, comunes definidos por lo planteado en la *Convención Americana de Derechos Humanos* (CADH).

Como lo considera Víctor Bazán (2014) el Control de Convencionalidad se despliega básicamente en dos planos:

<p>i) En el plano internacional, como ejercicio de la competencia contenciosa asignada a la CIDH que le permite determinar, caso por caso, si los actos o las normas de derecho interno de los Estados Parte en la Convención resultan armónicos con la CADH y sus tratados concurrentes.</p>	<p>ii) en el plano del derecho interno, consistente en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que se aplican en casos concretos en la Convención y otros instrumentos internacionales esenciales en el área de derechos humanos y, a otros patrones interpretativos que la <u>CorteIDH</u> ha ofrecido a su respecto.</p>
---	--

Tabla 1 Elaboración propia, Fuente: (Bazán, 2014, pág. 296).

En pocas palabras, se tiene que su noción conceptual y operativa exige que sea interiorizado como una acción en la que los jueces que se encuentran al interno de los

distintos Estados Parte tienen el deber al fallar sobre aquellos casos sometidos a su competencia con base a la Convención, así como los entendimiento e interpretaciones que hace la CIDH sobre estos derechos.

En este sentido, el primer antecedente por parte de la CIDH emerge con la opinión consultiva 014 de 1994, donde se especificó que “el derecho interno de los Estados Parte es un hecho respecto de la Convención Americana” (Sentencia de 24 de febrero de 2011). Aunque en esa oportunidad solo se mencionó este concepto de forma escueta en aras de complementar la explicación sobre la imposibilidad de los Estados para fragmentarse jurídicamente ante la CIDH y excepcionar el principio internacional de unidad del Estado, en la posterioridad se dio un desarrollo mucho más profundo del tema en los casos referidos con los *Trabajadores Cesados del Congreso contra Perú* (2006) y; *Vargas Areco contra Paraguay* (2006).

Caso de los trabajadores Cesados Contra el Estado peruano

En 1992 se presentó un despido masivo de trabajadores del congreso peruano en cumplimiento del Decreto Ley 25640 de 1992, que como finalidad tuvo un proceso de racionalización y consecuente disminución de personal del órgano legislativo de ese país que desencadenó el despido de 1110 funcionarios entre los que se encontraban congresistas y trabajadores de todas las plantas que comprendían su funcionamiento. Fue así, que posterior al agotamiento de recursos ordinarios en cumplimiento de la legislación interna,

los trabajadores cesados, considerando que se presentaba una falta de garantías judiciales y administrativas acudieron al órgano internacional, logrando que el caso fuera remitido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el 4 de febrero de 2005.

Por consiguiente, el fundamento de derecho de la demanda consistió en la argumentación de la violación sistemática de los derechos a las garantías y la protección judiciales, consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es entonces, el escenario donde se da un desarrollo más amplio al concepto del *Control de Convencionalidad*, en el que la Corte IDH contrastó la aplicación de una norma de carácter administrativo, Decreto Ley 25640 de 1992, con los derechos establecidos en la CADH y las obligaciones estatales para la garantía de su cumplimiento, desplegando así, un ejercicio de adecuación de las normas de carácter interno a las disposiciones convencionales, ejercicio denominado el *Control de Convencionalidad*.

En consecuencia, los fundamentos facticos y jurídicos objeto del litigio fueron propicios para dar un desarrollo más amplio del Control de Convencionalidad, dado que la actuación del Estado peruano estaba legitimada en una norma propia de su ordenamiento jurídico interno, sin embargo, el órgano jurisdiccional internacional fue enfático al establecer que los diferentes estados partes de la Convención ADH estaban obligados aplicar *ex officio*, un control de convencionalidad de todas sus actuaciones, para el caso concreto, las de carácter judicial, y que ese control consistía en examinar que las decisiones emitidas se ajustaran no solo a la normativa interna, sino también, a las garantías suscritas

en la Convención ADH, análisis que posteriormente sirvió para dar fundamento a la sentencia que condenó al Estado peruano a pagar reparaciones y costas a 257 personas consideradas como víctimas.

No obstante, cabe destacar que fue precisamente en el caso *Almonacid Arellano contra Chile* (2006), que la CIDH se permitió ponderar la doctrina del Control de Convencionalidad al referenciarla taxativamente en un proceso concreto de su competencia contenciosa, mencionando que, en el ejercicio contencioso liderado por los jueces y los tribunales internos, aunque se encuentren condicionados con la ley nacional, también pueden guardar el acatamiento a cabalidad de las posturas que se contienen en la en la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual se integra a los ordenamientos jurídicos locales mediante su ratificación.

Caso Luis Alfredo Almonacid Arellano contra Chile

Este caso acontece por hechos en los que fue ejecutado el señor Luis Alfredo Almonacid Arellano, presuntamente los responsables del hecho fueron miembros de la Policía chilena en un marco social desarrollado en medio del régimen militar que desembocó el derrocamiento del presidente Salvador Allende en 1973. Posteriormente, en el Estado de Chile se emitió el Decreto Ley 2191, que permitió la amnistía de todas las acciones que pudieren ser tipificadas como delitos ocurridos entre 1973 y 1978, durante el régimen militar que permitió derrocar el gobierno de aquella época, lo que propició que la

muerte del señor Almonacid no fuera investigada por las autoridades chilenas competentes para ello.

En relación a estos hechos, es necesario resaltar, que la Corte IDH, pese a que el Estado Chileno solo le reconoció competencia hasta el 21 de agosto de 1990, fecha posterior a lo acontecido, resolvió ser competente para el caso, con fundamento en que la temporalidad de los hechos, y el reconocimiento de su competencia por el Estado parte, no podía entenderse como una limitación de reserva. Ahora bien, fue en este caso concreto, en el que se presentó un análisis jurídico y un desarrollo mucho más amplio del concepto de *Control de Convencionalidad*, ello, teniendo en cuenta que el objeto del debate se centró en la obligación que tenía el Estado de Chile de garantizar, como Estado parte de la Convención, los derechos consagrados en su artículo 1, 2, 8 y 25, en contraste de la aplicación del Decreto Ley 2191 de 1973.

Dado lo anterior, y en aras de analizar el *Control de Convencionalidad* aplicado por la Corte IDH, debe resaltarse que, en el caso concreto, se dio especial énfasis al artículo segundo de la Convención ADH que expresa:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta

Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (Almonacid Arellano contra Chile, 2006)

Lo anterior, fue confrontado con la expedición y aplicación del Decreto Ley 2191 del Estado de Chile, confrontación que de forma concluyente le permitió a la Corte IDH determinar que las disposiciones de esa norma no se habían emitido conforme a los deberes consagrados en el artículo 2 de la CADH, y que la aplicación de dicho decreto sin consideración del deber del Estado parte de adecuar sus disposiciones normativas a aquellas de la Convención, impidieron de forma sistemática que se garantizaran los demás derechos vulnerados de las víctimas, como los de respetar las garantías consagradas en la Convención sin distinción, garantías judiciales y protección judicial establecidos en los artículos 1, 8 y 25, respectivamente, de la CADH (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969) lo que ocasionó, que se emitiera una sentencia condenatoria contra el Estado Chileno.

Conforme a lo anterior, fue sentado de forma concreta en la jurisprudencia de la Corte IDH el concepto del *Control de Convencionalidad* y se estableció que ninguna de las disposiciones y aplicaciones normativas de una legislación interna de un estado parte de la Convención, podían estar en contravía o reducir la garantía de aplicación de sus disposiciones normativas convencionales y de las interpretaciones que la Corte IDH de ellas hiciera. Del mismo modo, que es deber de las autoridades judiciales –en el caso

concreto- realizar un control *ex officio*, para garantizar la armonía de la aplicación normativa nacional vs la aplicación de las garantías de la Convención y la jurisprudencia de la Corte IDH.

Lo anterior crea una obligación adicional para los operadores jurídicos, los cuales tienen la tarea y obligación convencional de contrastar constantemente las normas jurídicas internas con los mandatos contemplados en el Pacto de San José y especialmente, con el ejercicio interpretativo proveniente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre este, “siendo su principal hermeneuta” (2005, pág. 53).

A partir de esta este suceso histórico, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* se ha puesto en marcha en desarrollar y aumentar la doctrina referida puntualizando en los elementos característicos con la intención que estos preceptos sirvan como base para futuras decisiones de este organismo, indicando que este ejercicio “se debe realizar oficiosamente, en el marco de las competencias y las regulaciones procesales correspondientes y; con la atención de los otros presupuestos formales a los que haya lugar de acuerdo con los distintos ordenamientos jurídicos” (García, 2011, pág. 13)

Lo que se traduce en que cualquier operador estatal que esté facultado a administrar justicia está llamado a extender el ejercicio de interpretación a una teleología en clave convencional, en la medida que la convención no solo la aplica la CIDH. Por ende, se trata de un ente institucional en la línea regional que se articule a las funciones que interponga

la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresados en los numerales 61 a 69 dados en la Convención.

En consecuencia, la Corte Internacional de Derechos Humanos puede hacer uso de las nociones operativas y conceptuales y con base a ello el *Control de Convencionalidad* es un mecanismo en el que los jueces internos de distintos Estados poseen el deber, al fallar en los casos que se someten a su competencia contenciosa, en el aplicativo del amparo y garantía dada en la Convención. Al igual que las interpretaciones que se tengan sobre esos derechos. De esta manera lo señaló el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos:

Cuando un Estado es parte de un Tratado Internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, pág. 32)

Cabe aclarar que también se indicó la importancia de la normatividad frente a los hechos de la siguiente forma:

entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, y en esta tarea deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete de primer orden de la CADH. (Garcia, 2011, pág. 42)

Por consiguiente, lo planteado sugiere idealizar a la CIDH, respecto del *Control de Convencionalidad* en relación a los Estados parte, cuatro elementos de los cuales no podrían ser ajenos en tanto la Convención impone una serie de obligaciones pero que se podrían sintetizar en los artículos 1.1 y 2. Así:

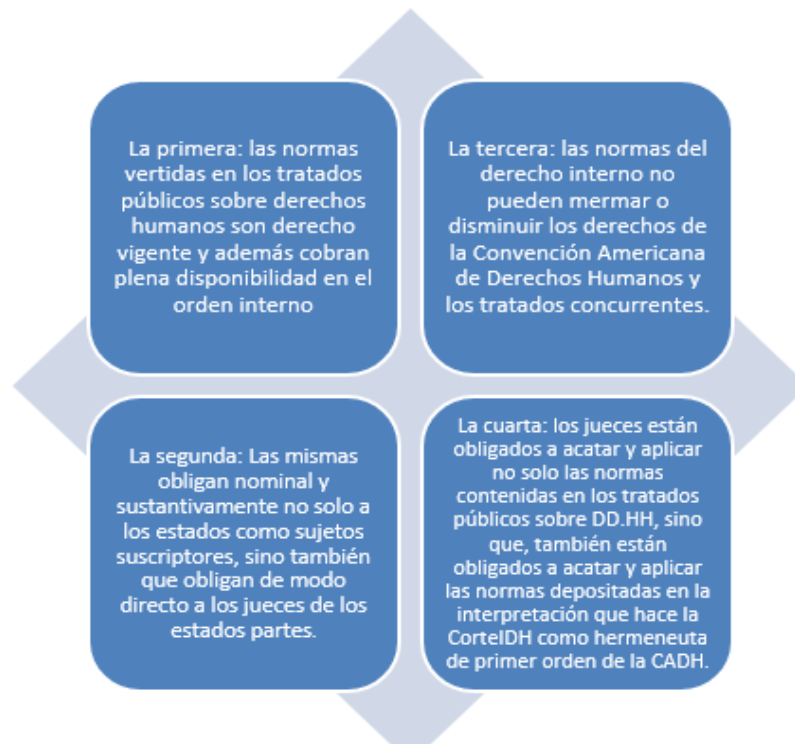


Ilustración 1 Elementos para la aplicación del Control de Convencionalidad Fuente: (Carbonell, 2011)

En efecto, bajo el entendido que la CADH hace un único *corpus iuris convencionalis* del Derecho Internacional, se tiene como adelanto relevante que el *Control de Convencionalidad* no será exclusivamente una actividad sobre leyes, sino que, además, funcionará, sobre todo tipo de actividades estatales que puedan menoscabar el acceso a la administración de justicia y a un recurso judicial efectivo como en el caso Almonacid Arellano contra Chile, antes expuesto.

En ese sentido, es necesario resaltar que en el oficio permanente del control de las normas convencionales, la actividad de todos los poderes públicos del estado, no solo el judicial, tienen el deber de velar por la la aplicación de las esas normas.

Por ello, desde la formulación de la Convención Americana de Derecho como un *Corpus Iuris Convencionis* propio del *ius cogens*, resulta importante acercar a los Estados Parte y en especial al órgano ejecutivo de ellos, puesto que la misma normativa implica la afirmación del principio de legalidad ampliado, de modo que produce divergencia (por ello se dice que ampliado), con el principio de adecuación normativa, inspirado en los artículos 1.1 y 2. Verbigracia, el efecto útil y la primacía de los principios *pro persona* y *pro homine*, que deben orientar, sustentar y determinar las actividades, procedimientos y decisiones de todas las administraciones públicas. (Santofimio, 2019)

Lo anterior implica que el control de convencionalidad ejercido por los estados parte, en el específico del órgano Ejecutivo del poder público constituye un componente reflejado en el margen de lo cotidiano que puede garantizar las decisiones acorde a las obligaciones normativas que van ligadas al derecho y a la democracia, no solo con una base constitucional que no se desconoce, sino que escala a un orden normativo y jurisprudencial de la convención que permite proyectar la actividad, el procedimiento y la decisión administrativa al cumplimiento de los estándares máximos de protección en la región en materia de derechos humanos convencionales.

Ejemplo de ello, es concretamente el procedimiento administrativo como punto cardinal de la actuación del ejecutivo, que no puede limitarse al principio de legalidad básico, sino que en virtud del *Control de Convencionalidad* debe honrar amparar y garantizar no solo la existencia de la misma Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) sino, debe “acreditar los efectos y las respuestas que se desencadenen ante las infracciones de derechos reconocidos amén de la *Convención*, amén de la Constitución o amén de la ley” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pág. 32).

Ese ambito administrativo en el contexto colombiano no solo debe entenderse desde el punto de vista de la administración estatal, sino desde todas las esferas que implican sus funciones encaminadas a las garantías de los derechos humanos que estan consagrados en su normativa interna y aquellas que deban ser garantizadas en pro de las obligaciones internacionales que suscriban en tratados internacionales, en concordancia de el control de convencionalidad. Un caso acontecido en el Estado de Ecuador sirve como criterio y punto de referenciación relevante para esclarecer la noción que se pretende exponer respecto al *Control de Convencionalidad* desde una optica que no solo implica la decisión de la autoridad judicial, sino tambien, desde el análisis de efectividad de las herramientas que se proporcionan para que el acceso a la admisnitración de justicia sea materializado de forma eficiente y no sea solo una estipulación de forma.

Acosta Calderon contra el Estado ecuatoriano: punto de referenciación

Es decir, que se trata de una obligación que implica que un recurso sea idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente, tal como lo indica el caso *Acosta Calderón vs. Ecuador* (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005) en el cual, el ciudadano colombiano Rigoberto Acosta Calderón fue privado de su libertad de forma preventiva por más de cinco años por las autoridades de dicho Estado al ser investigado por los delitos de tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, tiempo durante el cual, presentó los recursos consagrados en la legislación interna de ese país para que se le amparará su derecho a la libertad de forma efectiva ante la inoperancia de los titulares de la pretensión punitiva, pero que no fueron resueltos de forma diligente por las autoridades judiciales.

Es ese sentido, pese a la existencia formal en la legislación ecuatoriana de un recurso que permitiera el acceso idóneo a las garantías judiciales del señor Acosta Calderón, el mismo no fue materializado de forma efectiva, lo que fue tomado como fundamento, entre otros, para condenar al Estado de Ecuador por violaciones sistemáticas que evitaron que se cumplieran las disposiciones establecidas en el artículo 8 de la Convención ADH. En consecuencia, no puede ser considerado como efectivo aquel recurso que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.

Por lo tanto, en este momento es posible indicar la indentificación concreta de tres bases del ordenamiento de los Estados partes que merecen una relevancia especial en virtud, de sus contenidos revestidos de dinámica de efectividad, en relación con la implementación de control de convencionalidad, como lo son el Estado de Derecho, el Estado Democrático y el Estado Social de derecho, que para efectos de la practicidad se unen en una amalgama jurídica. En este sentido, “lo Constitucional y democrático de derecho que en sí mismo decanta la base de los doctrinantes en relación con la finalidad del Estado y su vínculo con la Convención, las finalidades públicas, el respeto irrestricto de la legalidad” (Santofimio, 2019).

Por otra parte, en relación con la soberanía de los Estados Parte y el ejercicio objetivo de aplicación del control de convencionalidad, es pertinente indicar que, las implicaciones que ha venido tomando el control de convencionalidad, cada vez más intruso dentro del ordenamiento jurídico de los Estados, con atribuciones modificatorias del régimen interno y con la obligación de acomodar la propia legislación a los parámetros, no solo de la Convención, si no también, existe la obligación de aplicar los demás tratados internacionales que versen sobre derechos humanos en definitiva todos los tratados que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, las sentencias de la CorteIDH, como también sus opiniones consultativas, las cuales también tienen que ser tenidas en cuenta a la hora de ejercer el control de convencionalidad.

En ese sentido, la respuesta casi obvia, la cual por un simple uso elemental intelectual sería que el mencionado control tendría un límite representado en la soberanía de los países, debido a que estos, entre sus ramas y órganos, son los encargados de crear las leyes, los decretos, las resoluciones, los acuerdos, etc. Pero no, lamentablemente no opera así en la cotidianeidad. (Eguis, 2020)

En la actualidad se presenta un problema para todas las autoridades del Estado, ya no solo a los jueces de la República, como bien lo contempló en su momento la sentencia del caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), precisamente la problemática que se plantea viene sostenida por la presencia de dos tipos de régimen normativos, uno que tiene origen en el orden interno de cada uno de los países y otro que tiene principio por medio de los diversos tratados que tratan sobre derechos humanos al igual que las decisiones y pronunciamientos de la CorteIDH considerado de orden externo.

Esto somete al mismo tiempo poder ser juzgados por tribunales de carácter interno, regulados por la normatividad interna de cada uno de los Estados, y tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dado que no podemos darle ese rotulo a la Comisión ADH.

Sin embargo, debido a la diferencia de ordenamientos jurídicos que tiene cada uno de los Estados, no es posible exigirles un cumplimiento casi alineado o igualitario a todos los países que han ratificado la Convención, y este podría ser el primer punto para ir

construyendo el telar que nos permita comprender los límites a este control convencional. (Carbonell, 2011)

Inicialmente, hay que explicar que existen diferentes sistemas que permiten ejecutar, en algunos casos, un control de constitucionalidad difuso que aplica por ejemplo en Estados como EEUU, como también hay otros países que ejercen el control de constitucionalidad concentrado como Venezuela, Panama, entre otros, y están los países mixtos entre los que se ubica Colombia, y se pueden ejercer los dos controles el difuso y el concentrado. (Garcia, 2016)

Acto seguido, indica Manilli (2019) que, hay Estados en los cuales los tratados internacionales de derechos humanos no tienen la misma jerarquía en todos los demás, por cuanto existen países cuyos los tratados internacionales tienen una jerarquía que bien podría catalogarse como legal, por ejemplo, México, es decir, a la par de la ley, eso nos lleva a la disyuntiva que podría presentarse en el caso que ante la existencia de una ley que entra en vigencia después de ser ratificado y aprobado el tratado, esta ley nueva bien podría derogarlo.

En tal sentido, continua Manili (2019) disertando respecto de la existencia de países en los que los tratados internacionales tienen jerarquía por encima de la Ley, pero por debajo de la Constitución, es decir, no hacen arte del bloque de constitucionalidad, y es evidente que, al existir algún tipo de disputa entre ambas, la Constitución impera sobre el

tratado, como en el Estado de Chile, donde esa jerarquía no está definida y se otorga de un examen de interpretación de cada caso concreto.

Existen otro tipo de Estados que les dan a los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos un puesto a la par de la Constitución, pero sujeta, como dice Manili (2019), al principio *pro homine* (min 8:39), es decir, que este tratado se aplica en el evento en que las normas que consagra tengan un beneficio mayor que las normas que están consagradas en la Constitución. Por último, existen países donde reina la doctrina del bloque de constitucionalidad (min 9:00), entre los que se encuentra Colombia, donde los tratados sobre derechos humanos tienen la misma jerarquía que la Constitución.

Sin embargo, ante esta estructura, el control de convencionalidad trata de imponerse sobre todo el andamiaje jurídico de los Estados, independientemente de si aplica en ellos el control de constitucionalidad de forma difusa, concentrada o mixta, el control convencional trata de sobrepasar las posibilidades de que los Estados miembros tengan una opción, dado su carácter de obligatoriedad en el escenario interamericano. (Pardo & Parra, 2006)

Por tal motivo, es que se viene presentando una seria *limite sui generis* (más bien desconocimiento) de las altas cortes de algunos países americanos respecto a las decisiones que el alto tribunal de derecho interamericano toma respecto a un determinado caso, como, por ejemplo, lo sucedido con el caso *Johan Alexis Ortiz Hernandez vs. Venezuela* (2017),

en el cual en Tribunal Supremo de Justicia del Estado Bolivariano de Venezuela bajo el criterio que si cumplía el fallo vulneraría su Constitución nacional, determinó no cumplir de manera parcial con la sentencia impuesta por la Corte IDH, dejando sin fundamento la decisión tomada por esta.

Otro límite del control de convencionalidad puede encontrarse presente en aquellos eventos es que la estructura del Estado, o el andamiaje institucional del Estado no permita el cumplimiento de una sentencia que fue emitida para condenar a otro Estado en que la estructura u organización de sus instituciones si les permite cumplir con este, no obstante, ese otro Estado al tener una conformación diferente, si podría tener en cuenta esa sentencia de la Corte IDH, como criterio vinculante en el cumplimiento del mencionado control convencional.

Esto debido a que si bien los casos que llegan a la CorteIDH no son muy numerosos, sus decisiones o las resoluciones de estos si constituyen criterios vinculantes importantes para los demás Estados que han ratificado la Convención que, por lo tanto, le han reconocido competencia a la CorteIDH y sus decisiones, por esto no es de extrañar que una decisión que ha sido proferida por este tribunal internacional sea integrada en el orden interno de los mencionados Estados, y que dicha sentencia sea tenida como criterio importante a la hora de realizar el mencionado control de convencionalidad por otros Estados que no fueron condenados en la sentencia proferida, pero que desde el caso Gudiel

Alvarez y otros vs. Guatemala (2012), estas sentencias vinculan a los demás Estado para la realización de dicho control convencional.

Este caso, que se dio por hechos presentados entre 1983 y 1985, en los que se presentaron acciones de desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales y actos de tortura en menor de edad, y en cual, la Corte IDH mencionó el carácter vinculante de algunos de sus pronunciamientos anteriores en los cuales estableció, que de forma oficiosa todos los estados partes de la Convención estaban en la obligación de iniciar investigaciones ante cualquier sospecha de violación sistemática de derechos fundamentales, en especial, ante la posibilidad de que una persona fuera sometida a desaparición forzada. Elemento vinculante omitido por el Estado de Guatemala que sirvió de fundamento, entre otros, para que se determinará su responsabilidad por los hechos que dieron lugar a ese escenario contencioso.

Lo anterior es latente si realizado el ejercicio de contextualizar la realidad jurídica y organizacional de todos los Estados que hacen parte de la Convención ADH, y al darnos cuenta de lo que nos muestra dicha acción, colisionaríamos con la realidad, y es que no existe un criterio común, unánime de organización o estructura estatal legal entre nosotros.

Este punto es prescindible entenderlo debido a que constituye un límite importante para la realización del control difuso por arte de los jueces en el entendido en que dicha sentencia se convertiría en una inaplicable en ese otro país con un ordenamiento y

estructura organizacional diferente al país que si tiene determinada estructura que si les es dable cumplir con esa obligación.

En el evento anterior, se estaría en un criterio dispar de aplicación del control de convencionalidad, haciendo difícil de cumplirlo ante la imposibilidad organizativa y estructural, solo por mencionar algunos criterios, sin que el funcionario que advierte esa situación pueda realizar ninguna acción para tratar de cumplir con dicho pronunciamiento convencional o procedente en un evento similar, debido a que se escapa a las funciones que la misma ley le impone cumplir para el cargo desempeñado y que para hacerlo tendría que cambiar la estructura de la institución o la entidad pública, lo cual escapa claramente a sus funciones.

Capítulo II: Jurisprudencia del Control de Convencionalidad Difuso en Colombia

Resumen

El presente capítulo tiene por objetivo interpretar la postura de la Corte Constitucional de Colombia sobre el carácter vinculante de la CADH. Para ello, se tuvieron en cuenta los precedentes constitucionales en los que se ha tratado el concepto de *Control de Convencionalidad*. Partiendo de las posturas que no reconocían la posibilidad de su aplicación hasta los más recientes pronunciamiento del órgano de techo que ha empezado aceptar su diligencia.

Es necesario resaltar que “la Corte Interamericana ha establecido que la CADH no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad” (Ibañez Rivas, 2017, pág. 56) y que atañe a cada Estado Parte, en virtud del modelo jurídico que haya adoptado y sus instituciones constituir la atmósfera conveniente para desplegar los controles de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad.

En esa medida, el presente apartado realiza un recorrido descriptivo de la jurisprudencia nacional de la jurisdicción constitucional, propia de la Corte Constitucional,

con el fin de tener un *dialogo judicial* entre el tribunal de Costa Rica y la judicatura nacional.

Por lo que, en el caso colombiano el bloque de constitucionalidad funge como el mecanismo integrador entre la triada del derecho doméstico, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Por ende, dicha vía es también el elemento articulador del control de constitucionalidad y el control de convencionalidad en Colombia. En ese sentido, la Corte Constitucional ha decantado el bloque de constitucionalidad como criterio de control. Así, en la sentencia C-327 (2016), la Guarda Constitucional indicó:

Los artículos 9, 44, 93, 94, 102 y 214 de la Carta establecen el mandato constitucional que ordena la integración material de ciertas normas y principios que no hacen parte formal de la carta superior como parámetro del control de constitucionalidad de las leyes. Esta integración es lo que la jurisprudencia de esta corporación ha denominado el bloque de constitucionalidad (2016, pág. 16)

Por lo tanto, las medidas establecidas ante el Control de Constitucionalidad, normativa no solo indica lo expresado en la Carta política sino “también un conjunto de principios, normas y reglas que provienen de otras fuentes y que tienen la misma jerarquía que ésta. Lo anterior, hace que la normativa superior sea mucho más amplia que el texto constitucional” (Quinche, 2009, pág. 220)

Lo anterior, según Quinche (2009) exige reconocer dos etapas del control de convencionalidad, respecto la Corte Constitucional, las cuales están relacionadas con la comprensión e importancia del control de constitucionalidad. Así, La primera concerniría al periodo en que los componentes del bloque de constitucionalidad fueron reducidos a un criterio hermenéutico estrecho, negándose la existencia del control de convencionalidad, y la segunda etapa más reciente, en la que el bloque de constitucionalidad es considerado como criterio obligatorio del control, dándole así cabida al control de convencionalidad. (p.217)

En relación al primer periodo, que para mayor comprensión será denominado el bloque de constitucionalidad como criterio relevante y la negación del control de convencionalidad, permite su reconocimiento a partir de una entrevista que concedió el profesor Humberto Sierra Porto y en cuya oportunidad, se le preguntó por el control de convencionalidad. “Trataba de una jurisprudencia de la Corte Interamericana que precisa, que sus decisiones son obligatorias para el presidente y para todas las autoridades de un Estado, y que tienen valor de precedente para todos los países que aceptan su competencia” (Sierra, 2014. p. 22)

Igualmente se puso sobre la mesa que, el control de convencionalidad en algunos puntos supone una tensión entre lo que dice la Constitución y lo que dice la Convención, entonces se le pregunto al insigne jurista “¿Qué debe primar, la Constitución o la

Convención?, a lo que respondió que la única alternativa no es que prime una sobre la otra, sino que hay ocasiones donde prima la Convención, otras donde priman las normas internas” (Sierra, 2014. p. 22)

Resueltas las incógnitas, es necesario cuestionar ¿cuál ha sido la postura de la Corte Constitucional respecto del control de convencionalidad y cómo han sido resueltos los problemas de jerarquía entre la Constitución y la Convención en los casos concretos?

De modo que, es innegable que la Corte Constitucional, a partir del año 2000, ha examinado de manera intensa las reglas y estándares fijados por la Corte Interamericana, bajo la figura del bloque de constitucionalidad, no obstante, no había realizado ejercicio de Control de Convencionalidad de forma expresa. Así entonces, la Corte venía ejerciendo el control de constitucionalidad, recogiendo como argumento la Convención americana y a la jurisprudencia interamericana. En ese orden de ideas, no operaba lo que señalaba el Magistrado Sierra, es decir, que hay ocasiones donde se debe aplicar la convención, otras donde priman las normas internas y otras donde se podrían armonizar.

A contrario sensu, se señalaba que en Colombia la CADH no constituía un criterio autónomo de Control de Constitucionalidad, que en el país no hay lugar a la supraconstitucionalidad y que la Corte Constitucional no es juez de convencionalidad como irreflexivamente; dijo la sentencia de constitucionalidad C-028 (2006), que examinó la constitucionalidad de

las sanciones disciplinarias con fundamento en la Convención Americana o en la sentencia de Constitucionalidad C-442 (2011), donde a propósito la tipificación de los delitos de injuria (Quinche, 2009, pág. 221)

De la misma manera, como medida referencial ante lo planteado, el mismo documento considera:

en la sentencia de unificación SU-712 (2013), en la que la Corte Constitucional se abstuvo de aplicar el precedente contenido en la sentencia de fondo proferida en el Caso López Mendoza Contra Venezuela (2011) a propósito de la destitución de la senadora Piedad Córdoba por el Procurador General de la Nación, destitución declarada nula por el Consejo de Estado (2016) (Quinche, 2009, pág. 221).

En tal sentido, imperioso es retomar la sentencia C-028 (2006) antes mencionada, en tanto los mecanismos del bloque de constitucionalidad no son criterios autónomos del control constitucional. Lo que implica que dicho fallo se permitió resolver sobre el libelo de mandatorio en que se solicitaba la declaratoria de inconstitucionalidad de numerosos enunciados de la Ley 734 de 2002, *Código Único Disciplinario de Colombia*, relacionados con las sanciones de destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos durante más de 10 años.

Así, el actor planteó que tales cánones violaban los artículos: 40 de la Carta, que establece los derechos políticos; el artículo 93 que enuncia la primacía de los derechos humanos contenidos en tratados públicos; al igual que la violación del artículo 23 de la Convención Americana. Según el cual las inhabilidades para ejercer cargos públicos deben ser ordenadas por un juez y no por un funcionario administrativo. (2006)

En sí, la Corte se ocupó en dicho ejercicio analítico de la potestad disciplinaria, el principio de legalidad, las potestades del legislador, las reglas de interpretación de los tratados que integran el bloque de constitucionalidad, los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción, y en lo que allí se denominó la interpretación armónica y sistemática que debe realizarse entre la constitución y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. (2006)

Ahora bien, lo que resulta más relevante es que, a efectos responder el cargo de violación del artículo 23 convencional, la Corte partió del concepto de armonía y del supuesto de la armonización permanente entre normas locales e internacionales y, estableció a partir de tal análisis, dos premisas: (2006)



Ilustración 2 Figura de Premisas Fuente: (Corte Constitucional de Colombia, 2006)

Por consiguiente, la Corte Constitucional considera que “la pertenencia de una norma internacional al bloque de constitucionalidad no conduce a interpretar que aquella prevalezca sobre la constitución, sino que es necesario hacer interpretaciones armónicas y sistemáticas entre las disposiciones jurídicas de diverso origen” (Corte Constitucional, 2006. p. 24). Por ello el artículo 23 Convencional, señala que “es diáfano que el mencionado instrumento internacional forma parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, debe ser utilizado como parámetro que guíe el examen de constitucionalidad de las leyes colombianas” (Ibañez Rivas, 2017, pág. 27).

En este sentido, afirmó la Guarda que el choque de “una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaración automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto constitucional” (Pardo & Parra, 2006, pág. 38).

Lo que en pocas palabras permite inferir que la Corte en ese momento señaló que el bloque de constitucionalidad es solo un criterio interpretativo de las normas; que la aplicación directa de las normas internacionales no puede dar lugar a las declaratorias de exequibilidad o de inexecutable; que no hay lugar a la supraconstitucionalidad y, que en Colombia no hay lugar al control de convencionalidad, lo que además de incorrecto es contrafáctico (2017).

Posteriormente, en la sentencia de constitucionalidad C-442 (2011), la parte actora demandó por cargos de inconstitucionalidad la tipificación de los delitos de injuria y calumnia incluida en el Código Penal. Así, para el concepto de los demandantes, esa tipificación vulneraba el principio de legalidad, así como otras normas de la constitución y de la convención americana, en la medida que era ambigua y amplia, hasta el punto de poder criminalizar conductas que estuvieran simplemente relacionadas con la libertad de expresión y de opinión.

De modo que, como tesis, se solicitó la aplicación del precedente contenido en la sentencia de fondo del caso de Kimel contra Argentina (2008), en virtud del cual se había declarado la responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos a la libertad de expresión y de opinión, ocasionada en la condena del periodista Kimel, por haber mencionado su opinión acerca, en relación de la conducta de un juez argentino que permitió la impunidad en un caso por una masacre. En la línea de la condena y dentro de los puntos resolutivos del fallo, la corte interamericana le ordenó a ese país ajustar su

legislación en relación con la criminalización de los delitos de injuria y calumnia en los siguientes términos:

Punto resolutivo. El Estado debe adecuar en un plazo razonable su derecho interno a la convención americana sobre derechos humanos, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión (Sentencia 16996 de 20 de febrero de 2008, 2008, pág. 17)

En virtud de lo anterior la corte constitucional se permitió avocar en la sentencia (2011) que:

Aunque constituye un precedente significativo en torno al alcance de la libertad de expresión y del principio de legalidad en la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno (García, Control judicial interno de convencionalidad, 2011, pág. 21)

De ahí, se dice que la Corte afirmó que no había ambigüedad ni laxitud en la tipificación, a partir que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la misma Corte Constitucional se habría determinado los elementos objetivos que permiten hablar propiamente de la injuria y la calumnia finalizando con que la jurisprudencia resulta vinculante cuando los jueces interpreten y apliquen esas disposiciones en casos concretos.

No obstante, resulta aún más relevante, enunciar para ampliar la ilustración del lector e invitarle a hacer una lectura acuciosa de la sentencia en comento, en la medida que, en el salvamento de voto la Magistrada Calle tuvo aires de oposición contra la tesis de derecho viviente de la sala, que quedaba circunscrito al derecho local que no tenía vigencia del control de constitucionalidad, proponiendo como punto de partida del precedente el concepto del derecho convencional viviente.

Dos años más tarde, con la sentencia de unificación SU-712 (2013), se reiteró de forma tácita de las tesis contenidas en los fallos anteriores, en tanto ratificó la competencia del procurador para sancionar personas que hubiesen sido elegidas por voto popular para desempeñar cargos públicos. Tratándose en el caso sub examine la revisión de la tutela que había sido interpuesta por la senadora Piedad Córdoba en contra del Procurador Alejandro Ordoñez.

Al respecto, Quinche (2017) sabiamente afirmó:

Piedad Córdoba es miembro del partido liberal colombiano, elegida por voto popular al senado de la república de Colombia para desempeñar cargos el periodo 2010-2014. La cual se recoge como proyecto político al ser afrocolombiana, feminista, defensora a ultranza de los derechos humanos y de izquierda. Personificando y representando todo lo que la derecha colombiana ha odiado (p.223).

El mencionado autor, hace una relación política a dicha situación jurídica del derecho convencional, que, si bien no hace parte del marco de estudio del presente documento se encuentra interesante al abordar que una lideresa de derechos humanos fue víctima del atropello estatal ajeno al Estado Constitucional de Derecho y, por consiguiente, tuvo que acudir al derecho vivo convencional que reivindicara sus derechos políticos convencionales bajo las astas del control de convencionalidad.

Dicha funcionaria, interpuso acción constitucional de tutela en defensa de sus derechos fundamentales, invocando la CADH y el precedente contenido en la sentencia de fondo proferida en el Caso López Mendoza Contra Venezuela (2011) que señala:

En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía sanción, debería tratarse de una condena, por un juez competente en proceso penal. El órgano que impuso dichas sanciones no era un juez competente, no hubo condena y las sanciones no se aplicaron como

resultado de un proceso penal, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana (Caso López Mendoza Vs Venezuela, 2011, pág. 13)

Una cita bastante pertinente para el objeto de estudio del presente, en la medida que permite razonar sin dificultad la necesaria introspección del derecho interno al derecho convencional con los artículos 1.1 y 2 de la CADH, por lo que, de no cumplirse el Estado Parte presentado en la competencia contenciosa de la corte tendría una a su cargo una responsabilidad internacional, y en el caso anterior, fue responsable internacionalmente por la vulneración categórica de los artículos 1.1 y 2 en conexidad con el 8.

Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. En el presente caso, si bien el señor López Mendoza ha podido ejercer otros derechos políticos está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir el derecho a ser elegido (Caso López Mendoza Vs Venezuela, 2011, pág. 20)

Así, se trae a colación los párrafos 106 y 107 de la sentencia de fondo del caso López Mendoza contra Venezuela, por la relación y pretensión de aplicación del precedente

en el recurso de amparo presentado por la senadora colombiana, para lo cual, la Corte Constitucional, confirmó la negación de la tutela por improcedencia, al considerar que la actora tenía un medio eficaz de defensa como es la pretensión de nulidad ante el Consejo de Estado (2013). Absteniéndose de aplicar el precedente interamericano avalando la tesis reduccionista de la CADH.

Apartándose de la línea motivada por la Corte, se repensó el bloque de constitucionalidad como criterio de los *Controles de Constitucionalidad* y Convencionalidad, de modo que la postura reduccionista de su función ha sido objeto de revisión por la máxima guarda constitucional desde el año 2016, permitiendo hoy que:

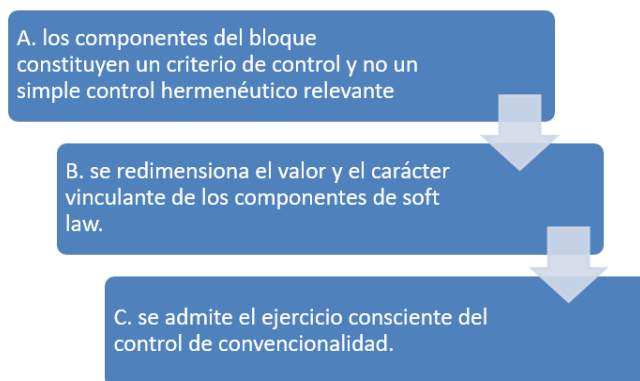


Ilustración 3 Criterios de Control. Elaboración propia, Fuente: (Quinche, 2017)

Dicho lo anterior, fue con ocasión a la sentencia de constitucionalidad C-792 (2014), que se empezó a analizar nuevamente la postura del carácter vinculante de la jurisprudencia de la CorteIDH, en tanto “se afirma la procedencia del control de convencionalidad; además, la sentencia C-327 (2016), que logró redefinir el sentido y alcance del bloque de constitucionalidad y finalmente, la sentencia C-659 (2016)” (Quinche, 2017, p. 225).

Sentencia de la Corte Constitucional C-792 de 2014

En este caso, fueron demandados por considerarse inconstitucionales algunos apartes de los artículos 20, 32, 162, 176, 179, 179 B, 194 y 481 de La Ley 906 de 2004 Código de Procedimiento Penal. El accionante, expuso que los apartes impugnados atentaban contra las disposiciones establecidas en los artículos 13, 29, 31 y 93 de la Constitución Política de Colombia, así como lo establecido en el artículo 8.2. de la Convención ADH y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La tesis de la demanda argumentó que los apartes demandados no constituían el derecho constitucional de apelar aquellos fallos que emitían una sentencia condenatoria por primera vez, cuando eran proferidos en la segunda instancia de un proceso penal, por lo que solicitó una interpretación

sistemática de las disposiciones constitucionales y convencionales que sirvieron de fundamento jurídico para la demanda (Sentencia C-792, 2014)

En el análisis de constitucionalidad de la norma, la Corte, al considerar que el recurso extraordinario de casación no cumplía los estándares del derecho de impugnación, aplicó la Jurisprudencia de la Corte IDH como criterio hermenéutico relevante, trayendo a contexto precedentes emitidos por el órgano internacional que en su *ratio decidendi* establecieron el alcance del artículo 8.2 de la Convención y que sostuvieron que la garantía allí consagrada no se agotaba estrictamente con la posibilidad de una segunda instancia, puesto que, cuando en ella es revocado un fallo de carácter absolutorio y consecuentemente, se impone uno condenatorio por primera vez, el condenado debe contar con la posibilidad de recurrir esa decisión.

En ese sentido, el órgano de techo después de un análisis de su propio precedente jurisprudencial determinó que no se había abordado el tema de forma amplia por la Corporación, razón por la cual, una de las reglas aplicadas fue el ejercicio hermenéutico de interpretación de precedentes de los órganos jurídicos que tienen a su cargo la función de interpretar y aplicar los derechos convencionales, especialmente, el precedente emitido por la Corte IDH y el Comité de Derechos humanos

Corolario de lo antes expuesto, si bien en dicha sentencia no se acogió de forma expresa el concepto de control de convencionalidad, si fueron aplicadas las directrices dispuestas por la jurisprudencia de la Corte IDH en armonía del cumplimiento del artículo 8.2 de la Convención ADH, concluyéndose que debía ser garantizado el derecho constitucional a la impugnación garantizando la facultad de apelar los fallos condenatorios emitidos por primera vez en sede de una segunda instancia, siendo determinante la interpretación del organismo internacional en litigios de esta materia específica para la declaratoria de inconstitucionalidad de los apartes demandados.

Sentencia de la Corte Constitucional C-327 de 2016

En Sentencia C 327 de 2016 la parte actora demandó por considerar inconstitucional la disposición del artículo 90 del Código Civil de Colombia, específicamente el aparte que establece que la existencia legal de las personas “principia al nacer”, así, en la interpretación de los demandantes, ese aparte vulneraba el artículo 4 de la Convención ADH que consagra que “toda persona tiene derecho a la vida y este derecho debe protegerse desde la concepción” (Sentencia C-327, 2016, pág. 5) consecuentemente, la tesis de los actores proponía que en cumplimiento de la disposición convencional el reconocimiento de derechos que se le garantiza al nacido debía comprenderse desde el momento mismo de la concepción.

De este modo, los demandantes centraron su argumento en atención al artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, que establece que los tratados internacionales debían aplicarse integralmente al ordenamiento jurídico interno, y que para el caso concreto, la CADH disponía de forma clara que la protección de derechos debía garantizarse de forma total desde la concepción, razón por la cual, parte de los fundamentos de derecho de la demanda, se enfocaron en realizar un examen de control de constitucionalidad desde la adecuación de la disposición normativa con aquella de naturaleza convencional (Sentencia C-327, 2016)

Así, el órgano de techo se ocupó de hacer una línea jurisprudencial del precedente constitucional para establecer la fuerza vinculante de las disposiciones de la Convención ADH, de la Jurisprudencia de la Corte IDH y demás tratados internacionales; en esta ocasión, se estableció que las disposiciones de la Convención y los pronunciamientos del organismo jurisdiccional internacional debían ser “criterios relevantes” para delimitar el contenido y alcance de los deberes y derechos establecidos en la legislación interna. Del mismo modo, en atención al bloque de constitucionalidad se estableció que debe presentarse una función interpretativa e integradora de derechos y deberes, atendiendo los elementos de cada caso concreto y teniendo en cuenta no solo las circunstancias de hecho, sino de derecho según la particularidad del caso.

En ese orden de ideas, si bien el examen de constitucionalidad de la norma demandada como resultado fallo declarando inexequibles los apartes demandados, fue productivo,

en aras del desarrollo de control de convencionalidad el análisis que se realizó del artículo 4 de la Convención y los pronunciamientos de diferentes órganos internacionales de DH, puesto que la Corte estableció que esas instancias debían ser tenidas en cuenta como criterio hermenéutico relevante de interpretación, y para el caso concreto, fueron aplicadas interpretaciones de la Corte IDH sobre la aplicación sistemática del derecho a la vida y la consecuente garantía de los demás derechos fundamentales que ello implica.

Sentencia de la Corte Constitucional C- 659 de 2016

En la Sentencia C- 659 de 2016 se solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad de expresiones contenidas en La Ley 48 de 1993, que “reglamentó el ejercicio de reclutamiento y movilización militar en Colombia.” (Ley 48, 1993, pág. 2). Las disposiciones alegadas inconstitucionales por el actor se encontraban en el artículo 10 de la mencionada norma, que disponía que las mujeres del estado colombiano tenían la posibilidad de prestar servicio militar voluntariamente, no obstante, limitándolo a desempeñarse “en tareas de apoyo logístico, administrativo, social, cultural o de defensa de la ecología y el medio ambiente, y en general, de las actividades que contribuyan a la modernización y al desarrollo del país” (Ley 48, 1993, pág. 3).

En consideración del actor, las disposiciones antes señaladas violaban de los derechos fundamentales a la igualdad consagrada en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia y, además, su aplicación estaba en contravía de las obligaciones

suscritas en la Convención de Belém do Pará, que se suscribió por Colombia en 1994 adquiriendo el compromiso de erradicar todo tipo de violencia en contra de la mujer. Es de resaltar, que la del artículo 10 de Ley 48 de 1993 ya había sido sometida a examen de constitucionalidad y declarada exequible mediante Sentencia C-511 de 1994, sin embargo, ese examen de constitucionalidad no tuvo en cuenta las disposiciones de la convención internacional debido a la posterioridad de su inclusión al bloque de constitucionalidad.

Es en este punto, donde la Corte Constitucional presta un especial énfasis en el concepto de control de convencionalidad, haciendo determinante que el estado colombiano hubiera suscrito la Convención de Belém do Pará en 1994 y permitiendo que las obligaciones allí suscritas dieran paso a un nuevo examen de constitucionalidad, que a la postre, y dado que el análisis desarrollado por el órgano de techo, permitió concluir que los apartes de la norma demandada se encontraban en contravía de dicha convención, tesis expuesta por la corte que hizo parte de la *ratio decidendi* que como resultado declaró inexecutable los apartes demandados (Sentencia C-659, 2016)

Dicho lo anterior, es necesario aportar que, dada la línea argumentativa exployada por la suprema autoridad de la jurisdicción constitucional, cual es la Corte Constitucional de Colombia, es ésta quien está facultada en primer orden hermenéutico para proponer los parámetros de interpretación que se constituyen en filtro de constitucionalidad al momento en que el juez de tutela deba aplicar o no el control de convencionalidad como alivio a una

situación que menoscabe la ejecución efectiva de un derecho fundamental en clave convencional.

Capítulo III: Hermenéutica Constitucional como Ejercicio de Implementación del Control

Resumen

El presente capítulo, tiene por objetivo determinar cuál es el método de interpretación que debe de tener el Juez de tutela en materia del Control Judicial Interno de Convencionalidad. Para ello se retoma un análisis de interpretación hermenéutica que debe realizar el juez ante las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y demás tratados Internacionales, suscritos por el Estado colombiano. Por consiguiente, se analizó material jurisprudencial para identificar la aplicación del *Control de Convencionalidad* por los jueces de tutela y la Corte Constitucional en sede de revisión de acción de tutela.

Análisis de la procedencia de la acción de tutela. Presupuestos básicos

Para analizar la forma en que los jueces de tutela deben aplicar el control de convencionalidad, es necesarios hacer una definición, grosso modo, de las disposiciones

constitucionales y legales que establecen la acción de tutela, su definición, finalidad y los requisitos generales para su procedencia. El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia trajo consigo un novedoso mecanismo judicial que se creó con la finalidad de dotar al sistema constitucional colombiano de herramientas óptimas y eficaces que permitieran la defensa oportuna de los derechos fundamentales ante acciones u omisiones ya sea de alguna de las manifestaciones de los poderes públicos del Estado Colombiano en sus diferentes órdenes e incluso, de parte de personas de carácter privado que vulneren o creen una amenaza de vulneración de derechos fundamentales denominado como la acción de tutela.

Esta importante herramienta de defensa de los derechos constitucionales en el marco de derecho colombiano se reglamentó por el Decreto 2591 de 1991, en el cual se establecieron las disposiciones generales y procedimentales para la acción tutelar que tuvo génesis en una necesidad de crear una herramienta de defensa de derechos constitucionales más próxima, eficaz y pertinente para la defensa de los derechos congregados a partir del marco constitucional y de todas las disposiciones legislativas proferidas con sujeción al mismo.

Del mismo modo, la Jurisprudencia Constitucional se ha encargado de desarrollar de forma extensa los presupuestos generales de procedencia de la misma, entre los cuales de forma genérica se pueden enunciar (i) la legitimación en la causa por activa y por pasiva (ii) la reclamación por la presunta vulneración de un derecho fundamental (iii) la

subsidiariedad de la acción (iv) la inmediatez (v) la producción de un perjuicio irremediable o la puesta en peligro de uno. Al respecto, en reiterados precedentes la Corte Constitucional ha establecido los criterios antes enunciados y a los que se ha dado un desarrollo específico según cada caso concreto, por ejemplo, la sentencia T- 010 de 2010 los enuncio así:

para que la solicitud de amparo proceda, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) legitimación por activa; (ii) legitimación por pasiva; (iii) trascendencia iusfundamental del asunto; (iv) agotamiento de los mecanismos judiciales disponibles, salvo la ocurrencia de un perjuicio irremediable (subsidiariedad); y (v) la evidente afectación actual de un derecho fundamental (inmediatez) (Sentencia T-010 - 2010, 2010, pág. 15).

Dicho lo anterior, es claro que se debe accionar por parte de quien directamente se considera vulnerado en sus derechos fundamentales y el accionado debe ser directamente quien se considera responsable de la vulneración, el objeto de debate debe ser sobre la vulneración de un derecho fundamental constitucional, generalmente deben agotarse de forma previa los mecanismos ordinarios para reclamar la protección efectiva de los derechos que se consideran vulnerados salvo que se demuestre que deben ser obviados en pro de evitar que se cause un perjuicio irremediable y debe existir una proximidad de tiempo razonable entre los hechos objeto de debate de vulneración y la solicitud de amparo tutelar ante la autoridad judicial.

Análisis de fallos de tutela y la aplicación del Control de Convencionalidad.

Para iniciar, se hará un análisis de diferentes fallos proferidos en virtud de la instauración de acciones de tutela recopilados de diferentes despachos judiciales y la Corte Constitucional, con la finalidad de tener un acercamiento en el campo concreto para determinar si en alguno de ellos, se ha solicitado control de convencionalidad por parte de los accionantes, si se ha realizado ese control de forma oficiosa por parte de las autoridades judiciales, o si en su defecto, las normas de las diferentes convenciones que versan sobre derechos humanos, no han sido tema de análisis del juez constitucional.

El Juzgado 18 Penal Municipal de Medellín emitió fallo bajo el número de radicado 2019-0021100 el 13 de agosto de 2019, en esta acción constitucional el accionante argumentó la vulneración de sus derechos constitucionales a la seguridad social, la dignidad humana y el mínimo vital por parte de Colpensiones y Coomeva EPS. En esta ocasión, el actor consideró vulnerados esos derechos por parte de las accionadas debido a que se negaban a reconocerle una incapacidad médica que al momento de la solicitud de tutela de sus derechos superaba 180 días.

En las consideraciones del juez Constitucional se analizó el Decreto 2591 de 1991, norma de carácter interno que rige la figura tutelar, además de una amplia línea jurisprudencial que se desarrolló controversias en materia de derechos fundamentales de forma similar, más concretamente, en la temática de las incapacidades, su duración y

respectivo reconocimiento entre las que se encuentran la Sentencia T- 963 del 2007, C-177 de 1998, T- 413 de 2007, pronunciamientos del órgano constitucional de techo en Colombia que sirvieron para conceder el amparo constitucional solicitado. En esta ocasión, se evidenció que el juez constitucional no realizó análisis o control de normas de carácter convencional.

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Medellín emitió Sentencia No. 058 en la que se ampararon los derechos fundamentales del accionante, que solicitó la protección constitucional contra la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y SURA EPS por la falta de pago por concepto de incapacidades laborales que superaban los 435 días. Entre las normas objeto de estudio en esta acción se evidenciaron El Artículo 86 de la Carta Política, el Decreto 2591 de 1991 normas que establecen lo referente a la acción de amparo constitucional de derechos fundamentales.

Del mismo modo, la Sentencia T- 920 de 2009, T 468 de 2010, T- 097 de 2015, T- 140 de 2016 y T- 161 de 2019, precedentes constitucionales en los que se desarrolló la temática de las incapacidades y que sirvieron de fundamento al juez constitucional para conceder el amparo solicitado. Pese al despliegue jurisprudencial analizado en este fallo, se evidenció que la autoridad judicial no utilizó ninguna norma o precedente de carácter convencional que pudiera entenderse como una aproximación al concepto de control de convencionalidad.

El Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías emitió la sentencia No. 217 de 2019 en virtud de acción de tutela instaurada por el accionante por considerar que el Consorcio CCC Ituango vulneró su derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, toda vez que la accionada no prorrogó su contrato laboral a término fijo a sus 63 años de edad y 1.225 semanas cotizadas para obtener beneficio pensional de vejez, por lo cual solicito que en virtud de la figura denominada por la jurisprudencia el retén social, fuera reintegrado a un cargo de igual o mejores condiciones al que se desempeñaba al momento de su despido.

En este fallo se analizó la Ley 100 (1993), la Ley 790 (2002), la Sentencia T-009 de 2019, pronunciamiento de la Corte Constitucional que establecieron criterios referentes a los requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima. Para este caso, se hará énfasis en la Sentencia T- 490 de 2009, precedente constitucional tenido en cuenta para analizar el cumplimiento del principio de subsidiariedad para la procedencia de la acción de tutela. El análisis realizado por la autoridad judicial determinó que el accionante contaba con mecanismos susceptibles de ser interpuestos en la vía ordinaria laboral. En este fallo no se realizó un control por parte del juez constitucional para determinar si se daba en armonía de las normas de la Convención ADH y la Jurisprudencia de la Corte IDH.

En ese sentido, la *ratio decidendi* se inclinó por la existencia de mecanismos en la vía ordinaria para la resolución de las suplicas del accionante. Ahora bien, sin pretender asumir una postura al respecto y reiterando el fundamento fático de la petición de amparo; un ciudadano de 63 años de edad y su garantía de continuidad laboral y consecuente posibilidad de acceder al beneficio de pensión de vejez, surge el siguiente interrogante *¿dada la necesidad de inmediatez del amparo solicitado y teniendo en cuenta el tránsito procedimental de la acción ordinaria laboral, cuenta esta última con vocación de pertinencia para la defensa solicitada?*

Corolario de lo anterior, la herramienta del control de convencionalidad se considera como un mecanismo óptimo mediante el cual el juez constitucional en cumplimiento de una obligación oficiosa, debía realizar un ejercicio hermenéutico de interpretación de casos de la Convención ADH y la jurisprudencia de la Corten IDH, como el caso Acosta Calderón contra Ecuador, escenarios en los cuales se resolvió, que pese a la existencia de mecanismos internos para la protección de los derechos invocados y las condiciones del caso concreto. Las mismas no tenían aptitud suficiente para la finalidad con que fueron desarrolladas.

De forma similar en Sentencia General No. 117 del 26 de enero de 2019, el Juzgado Primero Municipal de Oralidad de Medellín declaró improcedente acción constitucional de tutela en la que se solicitó el amparo de los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada. En este caso, el accionante argumentó la vulneración a sus derechos apoyado en

que la entidad no renovó el contrato laboral a término fijo pactado entre las partes pese haber contraído una enfermedad laboral durante el cumplimiento de su función.

También en sentencia No. 335 de del 10 de diciembre de 2019, el Juzgado primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Medellín profirió fallo declarando improcedente acción de tutela contra persona jurídica de carácter privado, en la que el accionista solicitó amparo de su derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada. La presunta vulneración se argumentó en la falta de renovación de un contrato laboral a término fijo pese a que el accionante se encontraba en terapias de rehabilitación por una lesión de columna.

Ahora bien, en la *ratio decidendi* para declarar la improcedencia de las solicitudes de amparo antes citadas se basan en la Sentencia T- 14 de 1992, T- 106 de 2015, T- 589 de 2017 y SU- 049 de 2017, fallos en los que se desarrolló la procedencia de la acción de tutela para el amparo del derecho a la estabilidad laboral reforzada en contraste con el cumplimiento del principio de subsidiariedad y la existencia de otros mecanismos por vía laboral ordinaria. En ambos escenarios se evidenció ausencia de control de convencionalidad, concepto propio para dotar al juez de una interpretación más holística en pro del análisis de la solicitud y el debate que permitiera determinar si los mecanismos existentes en la vía ordinaria son pertinentes para la garantía de los derechos presuntamente vulnerados.

En Sentencia General de Tutela No. 438 del 9 de noviembre del 2020, el Juzgado Séptimo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Medellín falló acción de tutela que se interpuso en contra del Tecnológico de Antioquia Institución Universitaria, en la cual el actor argumentó que se vulneraban sus derechos fundamentales a elegir y ser elegido, debido proceso administrativo e igualmente vulneración los derechos consagrados en el artículo 25 de la Convención ADH que establece el derecho a una protección judicial efectiva, debido a que la institución con base a sus estatutos, negó su posibilidad de estar en la lista de elegibles al cargo de rector de la universidad.

Para este caso concreto, el juez constitucional además de las normas que rigen la acción tutelar, como base de su interpretación para el caso tuvo en cuenta la Sentencia T-522 de 2006 y T- 973 de 2007 en la que se desarrolló la temática de la legitimación en la causa por activa. Adicionalmente, los estatutos de la Institución Universitaria consignados en el Acuerdo 003 de octubre de 2014. Elementos de análisis con los que concluyó que no se vulneraban las disposiciones al debido proceso administrativo consagradas en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

Por lo anterior, se negó la solicitud de amparo constitucional petitionado. En este caso, se observó que la autoridad judicial no realizó estudio sobre los demás derechos fundamentales que se alegaron vulnerados ni de las disposiciones establecidas en el artículo 25 de la Convención ADH, invocado expresamente por el accionante. Este último fundamento de derecho pudo dar paso al denominado control de convencionalidad, que

hubiera permitido un análisis mucho más amplio de la aplicación del estatuto universitario y el cumplimiento del mismo con respecto a las garantías constitucionales reclamadas por la parte activa de la acción.

La Sala de Extinción de dominio del Tribunal Superior de Bogotá el 12 de diciembre de 2018 emitió sentencia de tutela de segunda instancia aprobada mediante acta No.138 e que se originó por acción de tutela en contra de la Sociedad de Activos Especiales SAE, Fiscalía General de la Nación y otros, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vivienda digna y mínimo vital en ocasión al secuestro de las matrículas inmobiliarias que le pertenecían a la accionante, entre ellos, la del inmueble que era destinado para su propio uso y habitación.

Entre los precedentes constitucionales analizados se encuentre la Sentencia SU 225 de 2013, T- 612 de 2009, T- 070 de 2018 y T-038 de 2014, que desarrollaron temáticas respecto a la violación de derechos fundamentales y el hecho superado y la subsidiariedad de la acción de tutela, entre otros, que sirvieron de fundamento para que el tribunal resolviera negar la tutela solicitada e instara a la SAE para que se abstuviera de materializar los secuestros a las matrículas inmobiliarias hasta tanto se presentaran actuaciones correspondientes a la Fiscalía General de la Nación. En esta ocasión, no se evidenció el análisis de normas de carácter convencional o jurisprudencia de algún organismo jurisdiccional internacional, razón por la que se concluye que no hubo control de convencionalidad.

El Juzgado Noveno Municipal de Ejecución de Sentencias de Medellín profirió Sentencia No. 210 el 24 de agosto de 2020, que se originó por acción de tutela en contra del Municipio de Medellín y la Subsecretaría de Espacio Público de Medellín, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, la vida digna y el mínimo vital de vendedor informal. El actor fundamentó la vulneración de esos derechos al ser negada la renovación de su permiso como vendedor informal, autorización que ostentaba desde hace 20 años aproximadamente según fue afirmado en los hechos de la acción constitucional analizada.

Afirmó la accionante, que la negativa de renovación de su autorización como vendedor informal se fundamentó en la Resolución JUR 937 de 2017, que estableció que esas prerrogativas solo serían susceptibles para los vendedores informales habitantes del Municipio de Medellín, por lo cual, dada su residencia en un municipio vecino, le fue negada la posibilidad de continuidad del ejercicio de su actividad económica de sustento sin tener en cuenta su condición de adulto mayor y cabeza de familia.

En ese orden de ideas la pretensión elevada por la accionante fue la de aplicar para ese caso concreto con efecto *interpartes*, la excepción de inconstitucionalidad a la Resolución JUR 937 de 2017, dada la evidente violación que su aplicación acarrea a la Constitución Política de Colombia, al principio de supremacía de la misma y a la vulneración que propiciaba a los derechos fundamentales a la igualdad, mínimo vital, al trabajo y una vida digna que se reclamaban vulnerados. Para este caso concreto el juez

constitucional utilizo como fundamentos de derecho en su parte considerativa la Ley 1437 de 2011, las sentencias T-698 de 2004, T-032 de 2011, T-874 de 2007 referentes al principio de subsidiariedad, T-051 de 2016 que desarrolló la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos.

En similar sentido, en esta acción se analizó la sentencia T-424 de 2017 que desarrolló la temática de la informalidad laboral de los vendedores informales, la Ley 1801 de 2016 “Código de Convivencia y de Policía” y la Resolución JUR 937 de 2017 que reglamenta autorizaciones para vendedores informales en el espacio público de Medellín. Los anteriores fundamentos normativos, entre otros, fueron las herramientas de análisis e interpretación con los que el juez constitucional concluyó que había mecanismos en la vía contencioso-administrativa para invocar la protección requerida en sede constitucional. En este caso, el juez no acudió a normas de carácter convencional o interpretaciones de la Corte IDH para realizar control de convencionalidad y analizar si la aplicación de la resolución JUR 937 de 2017 vulneraba disposiciones constitucionales o de la Convención ADH.

En la sentencia T- 692 del 2016, La corte Constitucional revisó sentencias de acción de tutela de primera y de segunda instancia en las que los hechos originaban la discusión de la vulneración del derecho fundamental al debido proceso administrativo. Lo anterior, con base en la Resolución INSP-0187/16 emitida por Inspección de Policía del Municipio de Medellín en la que se ordenó el desalojo de vendedores informales de un

sector de la ciudad y que no dio lugar a la interposición de recursos de reposición o apelación.

Entre las normas analizadas en esta sede de revisión de acciones de tutela se evidenciaron la Constitución Política de Colombia en lo relacionado con su artículo 86 referente a la acción tutelar, la Sentencia T-772 de 2003 referente a los vendedores informales y la recuperación del espacio público, la Sentencia T-465 de 2006 que desarrolló principios del debido proceso, el Decreto 1355 de 1970 Código de Policía vigente para la época, entre otros precedentes de del órgano de techo constitucional y normas de carácter interno.

Del análisis de los fundamentos antes expuestos, el órgano colegiado concluyó que se había presentado una vulneración al debido proceso administrativo por lo que ordenó a las accionadas subsanar las actuaciones que causaron la vulneración del derecho. En esta oportunidad, se evidenció que la Corte Constitucional para este caso concreto, no contrastó normas de carácter convencional o jurisprudencia de la Corte IDH con las actuaciones de la de la autoridad de policía del Municipio de Medellín, notándose la ausencia del control de convencionalidad.

En la sentencia T-043 del 2020 la se analizó controversia elevada a la vía tutelar el 5 de marzo de 2019 en contra de persona jurídica de carácter privado, S.A.S, por estimar que dicha corporación vulneró los derechos fundamentales al trabajo, estabilidad laboral reforzada, seguridad social, fuero de maternidad y confianza legítima de la parte actora.

La accionante manifestó que suscribió dos contratos de trabajo a término fijo en los años 2017 y 2018 para el cargo de docente de jardín. Para el año 2019, pese a que ya se había informado su continuidad en el cargo, su contrato no fue renovado por informar a las directivas sobre su estado de embarazo.

La primera instancia reconoció el amparo constitucional y, en consecuencia, ordenó a la accionada a reintegrarla a su cargo de docente, por su parte, la segunda instancia revocó el fallo de primera con atención a fundamentos facticos del caso concreto. Posteriormente, la Corte Constitucional después de realizar un análisis exhaustivo de la procedencia de la acción de tutela de conformidad a la normativa que rige la acción y hacer análisis de toda una línea jurisprudencial del mismo órgano, evaluó las disposiciones de normas de la “*convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*” (Sentencia T-043, 2020, págs. 2-4). En el mismo sentido, el artículo 6 de la “*Convención de Belém do Pará*” (Convención Belém do Pará, 1994, pág. 4)

Lo anterior, sirvió como fundamento para un examen de las circunstancias fácticas del caso concreto y concluir que la vía ordinaria no era un mecanismo idóneo y eficaz puesto que se requería la intervención inmediata de un juez para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable dada la evidente vulneración del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, razón por la cual el órgano de techo revocó el fallo de segunda instancia y, en su lugar, confirmó el fallo del a quo. En conclusión, si bien en la *ratio decidendi* de esta sentencia no se usa expresamente el concepto de control de

convencionalidad, es evidente la aplicación del mismo, pues parte del fundamento concluyente se dio con base en el análisis de la aplicación al caso concreto de normas de carácter convencional.

La Sentencia T-385 del 2019 de la Corte Constitucional se origina con atención a la acción constitucional en virtud de la cual se profirió fallo emitido por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín del 31 de diciembre de 2018, en la que fueron accionados algunos agentes de policía del CAI de la Candelaria del Municipio de Medellín y la Inspección 10 D de Policía Urbana de Medellín por la presunta vulneración del debido proceso administrativo por la imposición de multa general tipo 4 consagrada en la Ley 1801 de 2016.

En esta ocasión, el máximo guarda de la Carta Política de Colombia dentro de sus fundamentos utilizó normas de carácter convencional, además, interpretaciones de la Corte IDH estableciendo como en precedentes anteriores que el órgano internacional jurisdiccional era el intérprete autorizado de la Convención misma y que su jurisprudencia, tal y como había sido reconocida anteriormente por esa corporación era relevante para establecer los alcances de los derechos constitucionales comprendidos de forma expresa en la constitución y los incorporados conforme a las disposiciones del artículo 93 de la carta en aplicación del bloque de constitucionalidad.

En ese sentido, para analizar si las circunstancias en torno a los fundamentos jurídicos y facticos del caso y determinar si se presentó la vulneración al derecho fundamental invocado, la corte además de las consideraciones normativas internas que rigen esta acción, realizó un control específico de los recursos por vía ordinaria de los que era susceptible la multa impuesta al accionante. La legitimidad para acudir a ese control la invoco del artículo 25 de la Convención ADH que consagra que respecto a la protección judicial “toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, pág. 7)

Así las cosas, de la evaluación de fundamentos antes mencionados la corte revocó la sentencia del 31 de diciembre de 2018 proferida por el juez constitucional y en su lugar ordenó dejar sin efectos las sanciones impuestas al accionante al determinar la violación al debido proceso administrativo y que los mecanismos judiciales internos para la impugnación de estas sanciones carecían de idoneidad y aptitud para garantizar ese derecho dadas las circunstancias específicas de este caso. En este sentido, se evidenció que, aunque el órgano de techo no utilizó de forma expresa el concepto de control de convencionalidad, si se fundamentó en normas convencionales para la motivación de su decisión.

Una vez aclarado lo antes expuesto, en el presente acápite se abordan los métodos de interpretación que el juez constitucional debe adoptar en materia de control de convencionalidad, ya que, si bien ya existe todo un cuerpo normativo, la CADH, es la interpretación que los jueces hagan de ella y de la jurisprudencia de la CIDH, la que determina en qué sentido y bajo que alcance es posible implementar el control de convencionalidad en materia del recurso de amparo. Para empezar este recorrido, es importante acotar en el concepto interpretación judicial.

Para algunos autores como Kart Larenz (1980), “interpretar en lo jurídico es una mediación en la cual el intérprete comprende que el sentido del texto se ha convertido en un problema, es decir, no existe una sola forma de entenderlo y aplicarlo a los casos en concreto” (pág. 180) Por consiguiente, posee el valor innato de deliberar diferentes significados que permitan la interpretación conceptual.

Para ello, inicialmente, se recorre el contenido del texto desde el propio intelecto del asunto cuestionado o valorado, con la finalidad de lograr una valoración subjetiva, que no propiamente una conclusión vinculante; es, en un sentido amplio, una lección motivada de los fundamentos de hecho contrastadas con las diferentes posibilidades de interpretación. Por tanto, interpretar una norma implica la necesidad de escoger una, de entre muchas posibles significaciones.

Como propósito último, de comprensión frente a los marcos de interpretación, consiste en el análisis de los que se entiende como *unidad comunicativa* en los que se sustraen elementos que permiten categorizar los temas que se exponen en caso específico. De esta manera, el resulta es valorar y precisar en el contenido explícito las formas asertivas que permanecen en el anclaje de la comunicación.

Esta técnica de investigación es objeto de algunas contraposiciones que argumentan que en la individualización de las categorías descriptivas e interpretativas, el sujeto que realiza el análisis del contenido pueden establecer a priori posturas respecto el caso concreto, que por ejemplo, de derivan de relaciones o apreciaciones internas de quien realiza el ejercicio interpretativo dados algunos elementos vinculantes y constitutivos del texto.

En los últimos años, las técnicas de investigación e interpretación jurídica han logrado importantes desarrollos que además, se han complementado con reglas de interpretación judicial como las reglas de la experiencia y la sana crítica, que en todo caso, son herramientas que están expuestas a un recorrido del fuero interno del intérprete de cada caso concreto, por lo que se encuentra pertinente mencionar la procedencia de los criterios auxiliares y relevantes de interpretación de los operadores jurídicos, como los consagrados en la Constitución, la Jurisprudencia del su órgano de techo, y de la CIDH, para la necesidad analizada.

La interpretación jurídica de la CIDH por parte del juez constitucional se debe ubicar entonces dentro de la hermenéutica (interpretatio es la traducción latina del griego hermenéia) que significa la ciencia que se ocupa de la comprensión e interpretación de ciertos textos, al caso concreto dicha acepción es una especie del género denominado *interpretación en función normativa* tal como lo expresa Emilio Betti y agrega: el problema que caracteriza este tipo de interpretación consiste en entender para actuar o para decidir.

Por otra parte, se hace imperioso precisar que existen tres principios fundamentales sobre los cuales el Juez va a pronunciarse, que son:

- (a). El principio de obediencia, que consiste en el respeto por los fallos precedentes respecto de temas determinados que servirán como base para la emisión de un fallo posterior.
- (b). El principio de independencia, que radica en la autonomía que tiene el Juez para proferir su fallo, de acuerdo a la particularidad del caso.
- (c). El principio de igualdad, que establece que los jueces, basados en el principio de la autonomía funcional, pueden resolver controversias enfrentados a situaciones sustancialmente idénticas (Sentencia C-836, 2001, pág. 36)

También, en la misma dinámica de la CIDH ha dado unos lineamientos de cómo debe ser interpretada, por ejemplo, en el Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 201222. 284 expuso:

En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana (Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, 2012, pág. 18)

También, en el caso *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014*²⁴, la CIDH:

No obstante, la Corte recuerda la importancia de que las autoridades judiciales apliquen los criterios o estándares establecidos en la jurisprudencia de la Corte respecto al contenido del derecho a recurrir del fallo penal condenatorio en ejercicio del control de convencionalidad a fin de garantizar dicho derecho (*Norín Catrimán y otros contra Chile*, 2014, pág. 20)

Una vez analizado el concepto de interpretación, cabe resaltar, que, del material examinado a lo largo de la presente investigación, se evidenció que la Corte Constitucional en diversas

oportunidades ha realizado *Control de Convencionalidad* de forma expresa o tácita en sus pronunciamientos, contrario a lo evidenciado de las sentencias de tutela revisadas, donde se pudo concluir, que no es un ejercicio del todo recurrente en la materia. El *Control de Convencionalidad*, en síntesis, es una herramienta apta para el desarrollo de herramientas más amplias de defensa de derechos fundamentales y en sede acciones constitucionales de tutela ha sido definido desde la óptica de la acción de revisión ejercida por la Corte Constitucional, según Jaime Orlando Santofimio Gamboa como:

un trabajo de armonización permanente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que da una aplicación conforme con el orden convencional a los asuntos que involucran derechos subjetivos fundamentales de las personas, específicamente a través de las revisiones de tutelas y en algunos asuntos en que se resuelven cuestiones de constitucionalidad, haciendo de esta manera, quiera o no la Corte admitirlo, un verdadero y material control de convencionalidad subjetivo (Santofimio Gamboa, 2018, pág. 195).

En concordancia con lo antes expuesto, y dado que el *Control de Convencionalidad* es recurrentemente aplicado por la Corte constitucional, es necesario ser preciso en el ejercicio propuesto para su aplicación en sede de Juez de Tutela, el cual parte resaltar una obligación oficiosa para la autoridad judicial, que implica que en cada caso concreto, se

proponga hacer un ejercicio interpretativo e integrador de normas y presupuestos de carácter interno con las disposiciones consagradas en la Convención y además, la jurisprudencia de la CIDH, de conformidad con los precedentes de interpretación hermenéutica pautados por la Corte Constitucional.

Dicho ejercicio, debe explayarse en los fundamentos de hecho y de derecho que dieron lugar a la interposición de la acción de tutela, evaluados en pro de una interpretación holística de normas internas, las de carácter convencional, y las pautas interpretativas de la Corte Constitucional y de la CIDH. De forma concreta, ese ejercicio integrador debe realizarse por el Juez de Tutela a partir de las disposiciones consagradas en el artículo 1 y 2 de la CADH (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969), que implican que el cumplimiento de los derechos allí consagrados debe ser garantizado en los ordenamientos jurídicos internos, y que cualquier disposición que no conduzca a esa finalidad, debe adecuarse en pro de ella.

Aunado a lo anterior, deben tenerse en cuenta los escenarios en los que pueda surgir tensión entre disposiciones de derechos humanos consignadas en la Constitución Política de Colombia y en la CADH, donde es pertinente traer a colación lo expuesto por el profesor Humberto Sierra Porto quien sostiene que “la única alternativa no es que prime una sobre la otra, sino que hay ocasiones en donde prima la convención, otras donde priman las normas internas o, donde se podrían armonizar” (Porto, 2019, pág. 7)

La anterior propuesta, se refuerza con un fundamento en un principio interpretativo antes desarrollado por la Corte Constitucional denominado como *pro homine*. El órgano de techo estableció que se trata de un principio interpretativo integrador que expone que de preferencia debe aplicarse la disposición guarda de derechos fundamentales más beneficiosa para la persona en el caso concreto, así, en Sentencia C- 438 de 2013 se expuso que dicho principio es:

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 y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional (Sentencia C-438, 2013, pág. 8)

Dicho de este modo, este criterio interpretativo puede tener aplicación en las consideraciones del Juez en sede de resolución de fallos de acción de tutela, y tiene su fundamento en las disposiciones establecidas en el artículo primero y segundo de la Constitución Política de Colombia y el artículo 93 (Secretaria del Senado de Colombia, 2019) de la misma Carta, a partir del cual, las interpretaciones de las disposiciones constitucionales, deben realizarse en armonía y con sujeción a los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado colombiano.

Así mismo, de forma expresa la Corte Constitucional en la Sentencia C-438 de 2013 en referencia al principio *pro homine* estableció que respecto a las controversias que versan en materia de derechos humanos, este criterio hermenéutico interpretativo se encuentra consagrado en la CADH en su artículo 29 (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969), y de forma expresa establece que:

Estos criterios configuran parámetro de constitucionalidad, pues impiden que de una norma se desprendan interpretaciones restrictivas de los derechos fundamentales. El principio *pro-persona*, impone que, sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera [aquella] que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental (Sentencia C-438, 2013, pág. 4)

En Sentencia T-352 de 2016, la Corte Constitucional analizó las disposiciones consagradas en diversos tratados internacionales referentes al derecho fundamental para acceder a mecanismos judiciales de reparación a víctimas por acciones u omisiones estatales, como las consagradas en la “Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder, contenidas en la resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985” (Sentencia T- 352, 2016, pág. 25) entre otras, contrastadas con la caducidad del medio de reparación directa consagrado en Colombia en la Ley 1437 de 2011. En esa ocasión, pese a que no se realizó de forma expresa, sino tácita, un Control de Convencional, en virtud del principio *pro homine*, se estableció que no aplicaba la

caducidad de la reparación directa en las controversias por delitos de lesa humanidad atribuidos a la figura estatal (Ley 1437, 2011)

Así las cosas, la aplicación del control de convencionalidad implica para el Juez de Tutela, realizar una evaluación interpretativa e integradora, no solo de las normas internas, sino, de las convencionales de forma oficiosa, todo ello, en aras de armonizar su aplicación en pro de la garantía de los derechos humanos consagrados en estos textos y la materialización efectiva de su protección por medio de esta acción constitucional. Así mismo, en el eventual caso de generarse una tensión entre aplicaciones consagradas en la legislación interna y/ o en la Constitución, con disposiciones Convencionales, el principio *pro homine* permitirá la aplicación de aquellas que sean más favorables para la persona, dependiendo del cada caso concreto.

De este modo, y teniendo en cuenta que las sentencias analizadas de fallos de tutela en este acápite no evidenciaron un *Control del Convencionalidad* oficioso muy recurrente de parte del Juez de Tutela, es prudente, como comunidad académica llamar a los jueces a su realización en los diferentes campos, desde la presentación de la respectiva acción, su eventual impugnación, y los diferentes escenarios de discusión y formación académica que permitan la implementación de esta novedosa herramienta protectora de los derechos humanos.

En consecuencia, cabe finalizar expresando que la CADH se constituye como una de las más preciadas herramientas de defensa del derecho internacional de los derechos humanos, ya que permite descender la idealidad contenida en el reconocimiento, consagración y teleología de los derechos convencionales suelen ser fundamentales, para ser materializados y garantizados según las necesidades del caso concreto. De este modo, la interpretación que los Jueces de Tutela hagan de esos derechos, son fundamentales para el su propósito y finalidad.

Lo anterior, hace parte del ideal de todo Estado que se pregone como Social de Derecho. Además, puede ser utilizado como instrumento amplificador de protección de derechos al servicio de los bienes tutelados por el corpus iuris convenciones, y que para su cumplimiento dado el diseño de justicia Colombiano y sus herramientas de defensa jurídica de derechos fundamentales, puede accionarse la tutela, que dado su contenido, se encuentra cuidadosamente estructurada por una serie de características y atributos de carácter imperativos para los estados desde lo predicado por los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

La doctrina constitucional en materia de tutela frente a la convención ha sido una construcción paulatina y sistemática, en donde se puede identificar unas bases de ingreso, posicionamiento y consolidación del precedente vertical y horizontal. Aunado a ello, está caracterizada por el permanente debate y estudio de la relación estrecha entre consagración de derechos y vulneración de derechos humanos convencionales, razón por la cual la

mayoría de las categorías dogmáticas que acompañan la línea de pensamiento no resulta de entelequias jurídicas, sino desde el análisis de casos puntuales que exigen de un mayor rigor hermenéutico por parte del togado constitucional.

Conclusiones

Es importante recalcar a modo de conclusión, que el Control Judicial Interno de Convencionalidad, exige del operador jurídico domestico salir de su hermenéutica estrecha y acudir al sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, para desentrañar el sentido y alcance que le impregnó la Convención a los Derechos Humanos en la región, al constituirse como el parámetro axiológico de cumplimiento, respeto y eficacia objetiva de la garantía de acción que impregna a todo el ordenamiento jurídico interno.

Es decir, que los preceptos convencionales, los tratados concurrentes a la CADH y la interpretación que la Corte IDH haya hecho de ella, son transversales a todo el ordenamiento jurídico interno de un Estado Parte, y para el caso sub examine, lo es para el Estado Colombiano y en especial para la rama judicial como órgano autónomo del poder público, por ello, se le predica la obligación a los jueces que estén investidos de competencia para conocer las acciones constitucionales de tutela.

Igualmente, cabe destacar que conforme evoluciona la línea argumentativa de la Corte IDH, se le exige mutar la hermenéutica de la Corte Constitucional al incluir dentro de sus parámetros de control aquel que excede el de legalidad y constitucionalidad, denominado convencionalidad, puesto que en él se erigen los mandatos de optimización que indican que las cosas se cumplan en la mayor medida de lo posible en el marco de la

protección de los derechos fundamentales y convencionales. Por ello, no es posible concebir que, en un Estado Constitucional de Derecho, quien decida el recurso de amparo constitucional pueda desconocer en la obiter dictum o en la ratio decidendi de su fallo los planteamientos que han emanado del Tribunal de Costa Rica.

Un claro ejemplo de ello, se logró evidenciar, puesto que inicialmente la Corte por medio de sus ilustres magistrados se negaba a la posibilidad que el derecho internacional se inmiscuyera en la potestad legítima de la jurisdicción de impartir justicia, pero que, con el pasar de los años se logró institucionalizar aquella línea indivisible entre el derecho internacional, en virtud de la convención de Viena y la CADH, con los tratados concurrentes la posibilidad objetiva que el juez interno se arrope con la toga del juez interamericano y amplíe su poderío con el fin de materializar aquellos principios emanados tanto de la carta de la OEA, la CADH y la Constitución Política de Colombia de 1991.

No obstante, el control difuso de convencionalidad, no se remite únicamente a los jueces domésticos, sino, extiende su potestad a todo agente del poderío estatal, con el único de armonizar el desarrollo jurídico, político, económico de los Estados Partes con la doctrina necesaria de los derechos humanos en la región latinoamericana, consolidando así el corpus iuris convenciones y el corpus iuris interamericano en relación al Ius Cogens como aquellas normas imperativas del derecho internacional.

Es por ello que, el juez de tutela está llamado a realizar un ejercicio de hermenéutica integradora que comprenda la triada del control de legalidad, control de constitucionalidad y control de convencionalidad en aquellos casos en que no sea suficiente acudir a la constitución para desentrañar el argumento adecuado que permita salvaguardar un derecho fundamental en clave convencional.

No obstante, el control de convencionalidad debe suponer un elemento diferenciador que incline la balanza a favor de la protección de un derecho convencional que por antonomasia se predique fundamental, indicando así, que el juez de tutela debe aplicarlo *ex officio* y no esperar a que alguna de las partes (accionante o accionado) aleguen la necesidad de tener en cuenta la argumentación realizada de la CADH por parte de la CorteIDH. Del mismo modo, y dado lo propuesto, de preferencia en cada caso concreto, cuando se presenten hechos en los que pueda darse aplicación a normas internas y a su vez, el caso concreto este regulado en normas convencionales, debe aplicarse la más beneficiosa para el accionante.

Por ende, es pertinente hacer parte de un cambio social en materia de derechos humanos en la región y en especial en el territorio colombiano que comience a implementar un mecanismo jurídico internacional protector de los derechos humanos convencionales que emanan de la convención americana de derechos humanos, pacto san José de costa rica, implicando así, que las personas tengan más y mejores elementos jurídicos objetivos públicos de acción que exijan a los estados y obligue a los jueces en todos sus órdenes, de

respetar, maximizar y divulgar el discurso de los derechos humanos, además, exigiéndole con mayor énfasis a los jueces de tutela que estén llamados a resolver los recursos de amparo constitucional el uso de una hermenéutica amplia que integre en su argumento la protección eficaz, veraz y oportuna de los derechos convencionales que corran riesgo de perjuicio irremediable con ocasión de la acción u omisión de una entidad pública

Referencias

- Almonacid Arellano contra Chile, 12057 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de Septiembre de 2006).
- Bazán, V. (2014). *control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*. bogotá: Konrad Adenauer Stiftung.
- Cabrera Garcia y Montiel Florez VS México, Serie C No. 220 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de Noviembre de 2010).
- Carbonell, M. (2011). introducción general al control de convencionalidad. *biblioteca jurídica virtual del instituto de ciencias jurídicas, Unam*, 67-95.
- Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Serie C No. 154 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de septiembre de 2006).
- Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, Serie C- 239 Serie C- 254 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Febrero de 2012).
- Caso López Mendoza Vs Venezuela (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de Septiembre de 2011).
- Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, Serie C No.101 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de noviembre de 2003).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (4 de abril de 2011). *CIDH OAS*. Obtenido de CIDH OAS: <https://www.cidh.oas.org/basicos/basicos3.htm>
- Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: interacción, confusión y autonomía. Reflexiones desde la experiencia francesa. (2016). *Revista IIDH*, 3-4.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, B-32 (Convención Interamericana de Derechos Humanos 22 de Noviembre de 1969).

- Convención Belém do Pará (Convención Interamericana de Derechos Humanos 9 de Junio de 1994).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1982). *Opinión Consultiva OC-2*. San José: ICDH.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). *Sentencia del 31 de enero, caso tribunal constitucional vs. Perú*. San José: CIDH.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, Sentencia de fondo, reparaciones y costas del 24 de junio*. San José: CIDH.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, Sentencia de fondo, reparaciones y costas del 24 de junio*. San José: CIDH.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (9 de diciembre de 1994). *OPINIÓN CONSULTIVA OC-14/94, RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR EXPEDICIÓN Y APLICACIÓN DE LEYES VIOLATORIAS DE LA CONVENCIÓN, (ARTS. 1 Y 2 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS), SOLICITADA POR LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS*. San José de Costa Rica: CorteIDH.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Sentencia de 24 de febrero de 2011). *Caso Gelman Contra Uruguay*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Sentencia de 30 enero 2014). *Caso Liakat Ali Alibux Contra Suriname*.
- Eguis, D. (2020). *Estudio del Control de Convencionalidad desde la óptica colombiana*. Medellín: librería jurídica sanchez r s.a.s.
- Fundación Juan Vives Suriá. (s.f.).
- Fundación Juan Vives Suriá. (2010). *Derechos humanos historia y conceptos básicos*. Caracas: Fundación editorial el perro y la lana.
- García, S. (2011). Control judicial interno de convencionalidad. *IUS*, 13.
- García, S. (2016). Control de convencionalidad. *ciencia jurídica, departamento de derecho, política y gobierno IV*, 231-238.
- Gómez, L. (2012). *Investigación documental*. s.c: Revista Vanguardia Psicológica.
- Habermas, J. (Mayo de 2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*(63), 3-25.
- Ibañez Rivas, J. M. (2017). *Control de Convencionalidad*. México: Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

- Larenz, K., & Rodríguez Molinero, M. (1980). *Metodología de la ciencia del derecho*. España: Ariel Derecho.
- Lecanda, R. Q., & Garrido, C. C. (2002). *Introducción a la metodología de investigación cualitativa*. Madrid, España: Revista de Psicodidáctica.
- Ley 100 (Congreso de la República 23 de Diciembre de 1993).
- Ley 1437 (Congreso de la República 18 de Enero de 2011).
- Ley 48, 48 (Congreso de la República 4 de Marzo de 1993).
- Ley 790 (Congreso de la República 27 de Diciembre de 2002).
- Manili, P. (2019). los controles de convencionalidad y constitucionalidad. *los controles de convencionalidad y constitucionalidad*. Santa Marta: Universidad Sergio Arboleda.
- Masacre de Mapiripán Vs Colombia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 15 de Septiembre de 2005).
- Masacre plan Sánchez Vs Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de 04 de 2004).
- McDonald, & Tipton. (2016). *The Spectrum Of Qualitative Research: the Use of Documentary Evidence*. Madrid, España: Moira Helm.
- Myrna Mack Chang (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de Noviembre de 2003).
- Nogueira, H., & Aguilar, G. (2017). Control de Convencionalidad, Corpus iuris y ius commune interamericano. *Comité Científico*, 152.
- Norín Catrín y otros contra Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Mayo de 2014).
- Novak, F. (2013). Los criterios para la interpretación de los tratados. *Themis*, 75-82.
- Pardo, C., & Parra. (2006). *teoría constitucional: liber amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo Mesa*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Porto, H. S. (23 de Abril de 2019). Entrevista a Humberto Sierra Porto, juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (I. Wences, Entrevistador)
- Quinche, M. F. (2009). El control de convencionalidad y el sistema Colombiano. *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional*, 7.
- Rincón, E. R. (2013). ¿Cómo funciona el Control de Convencionalidad?: definición, clasificación, perspectiva y alcances. *Iter ad veritatem*, 207.

- RODRÍGUEZ. (1980). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Ed. Ariel. Barcelona.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2018). *El concepto de Convencionalidad visicitudes para su construcción sustancial en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; Ideas fuerza rectoras*. Santafé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia .
- Santofimio, J. (2019). *Convencionalidad y derecho administrativo: interacciones en el Estado Social de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Secretaria del Senado de Colombia. (9 de Julio de 2019). *Constitución política*. Obtenido de www.secretariassenado.gov.co
- Sentencia 16996 de 20 de febrero de 2008, 16996 (Consejo de Estado de Colombia 20 de Febrero de 2008).
- Sentencia 32998 del 10 de marzo de 2014, 32998 (Consejo de Estado de Colombia 10 de Marzo de 2014).
- Sentencia C-327, C-327 (Corte Constitucional 22 de Junio de 2016).
- Sentencia C-438 (Corte Constitucional 10 de Julio de 2013).
- Sentencia C-659, C-659 (Corte Constitucional 28 de Noviembre de 2016).
- Sentencia C-792, C-792 (Corte Constitucional 29 de Octubre de 2014).
- Sentencia C-836, C-836 (Corte Constitucional 9 de Agosto de 2001).
- Sentencia T- 352, T-352 (Corte Constitucional 6 de Julio de 2016).
- Sentencia T-010 - 2010, T-010 (Corte Constirucional 19 de Enero de 2010).
- Sentencia T-043, T-043 (Corte Constitucional 10 de Febrero de 2020).
- Trabajadores cesados del Congreso Vs. Perú, Serie C No. 158 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de noviembre de 2006).

Apéndice o anexos

Las tablas y figuras también pueden ir en el apéndice. También es posible usar el apéndice para incluir los anexos, como los instrumentos de investigación y material adicional.