

HACIA LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EN COLOMBIA*

*Jorge Andrés Mora Méndez***

RESUMEN

El presente escrito tiene como objetivo explicar la forma como el control de convencionalidad ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede ser aplicado en Colombia a petición de parte a través de un pretensión u excepción en un conflicto de cualquier naturaleza o como consecuencia de la facultades oficiosas del juez. El método utilizado será el deductivo-analítico pretendiendo hacer una propuesta de la aplicación del control difuso de convencionalidad que permita garantizar el debido proceso para las partes en juicio y legitimar el rol del juez en el debate procesal. Finalmente se concluye que es necesaria la aplicación del control difuso de convencionalidad por las autoridades judiciales y administrativas con el fin

Fecha Recibido: abril 11 de 2014 • Fecha Aceptado: junio 24 de 2014

* El presente artículo de reflexión es un avance del proceso de tesis de maestría en derecho procesal de la Universidad Nacional del Rosario Argentina fuente directa la ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Derecho Procesal garantista y constitucional desarrollado en la Ciudad de Medellín durante los días 12 al 16 de mayo del año 2014.

** Abogado, filósofo y especialista en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre de Colombia, candidato a Magister en Derecho Procesal de la Universidad Nacional del Rosario Argentina, con estudios de docencia universitaria, pedagogía constitucional y pedagogía en derechos humanos de la Escuela de Formación para Docentes Universitarios de la Universidad Libre, docente de derecho procesal de la Universidad Libre seccional Bogotá, profesor visitante de la Universidad Nacional de Trujillo, Perú y de la especialización en derecho procesal de la Universidad de Buenos Aires Argentina, Asistente Editorial de la Revista *Verba Iuris* del Instituto de Posgrados de la Universidad Libre, conferencista nacional e internacional y abogado adscrito a la firma Legal Assitance Group.

de evitar futuras sanciones por violar las obligaciones consagradas en la convención americana sobre derechos humanos.

Palabras clave: Control de convencionalidad, pretensión, excepción, control difuso, bloque de constitucionalidad, precedente judicial.

ABSTRACT

This goal develops explain how the control of compliance ordered by the Inter-American Court of Human Rights in Colombia can be applied ex parte through an exception in a claim or dispute of any nature or as a result of the informal powers judge. The method used is deductive-analytical pretending to make a proposal for the application of fuzzy control of conventionality which ensure due process for the parties at trial and legitimize the role of the judge during the hearing. Finally it is concluded that the application of fuzzy control of compliance by the judicial and administrative authorities in order to avoid future penalties for violating the obligations enshrined in the American Convention on Human Rights is necessary.

Key words: Control of compliance, claim, exception, constitutional block, judicial precedent.

INTRODUCCIÓN

Desde la óptica la filosofía política el proceso puede ser considerado como la mejor herramienta para la legitimación de un Estado, pues solamente a través de él la sociedad respalda los procesos democráticos como consecuencia de la sensación de justicia y equidad que genera un debate procesal transparente y garante de los principios constitucionales y convencionales. Es precisamente esta percepción la que inspira las líneas que se escriben y no la de ver en el proceso un escenario de ritualismos y formalidades que tanto daño le ha hecho al derecho procesal como rama jurídica autónoma e independiente.

Aclarado lo anterior, debe tenerse en cuenta que el mundo jurídico de la actualidad presencia algunos fenómenos que lo diferencian de otros que han tenido lugar en tiempos anteriores, tales como la internacionalización del derecho, los continuos trasplantes jurídicos, el diálogo entre el derecho anglosajón y el continental, la aparición de teorías de la argumentación en la fundamentación de decisiones judiciales, el replanteamiento de la fuentes primarias y secundarias del derecho, entre otros aspectos, que sorpresivamente concurren al interior del debate procesal que surge ante cualquier juez de la república sin importar la naturaleza del conflicto intersubjetivo de intereses.

En este orden de ideas, el presente artículo pretende abordar solamente uno de los aspectos que caracterizan al derecho procesal contemporáneo, es decir, la internacionalización de los sistemas normativos. No obstante, escribir sobre la internacionalización del derecho procesal sigue siendo muy amplio, razón por la cual se quiere hacer el salvamento de que acá solo se abordará uno de los aspectos que integra este componente, tal como lo es el control difuso de convencionalidad.

En consecuencia de lo anterior, el escrito está dividido en dos partes; en un primer momento se desarrollaran los presupuestos del control difuso de convencionalidad, tal y como lo son el replanteamiento del concepto de soberanía, el desarrollo que ha tenido el principio de la supremacía normativa, el progreso de la institución del bloque de constitucionalidad y la evolución jurisprudencial al interior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre control de convencionalidad. En segundo lugar se desarrollaran los conceptos generales de la pretensión y excepción como instituciones fundamentales de la Teoría General del Proceso, los cuales deben adecuarse a las nuevas características de los ordenamientos jurídicos contemporáneos para abrir la posibilidad de la aplicación del control difuso de convencionalidad.

1. DE LOS PRESUPUESTOS DEL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

El control difuso de convencionalidad puede ser definido como la confrontación normativa que hace un juez o autoridad administrativa de un Estado que haya suscrito la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y aceptado al Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como sucede con Colombia, en la que se toma como norma prevalente a los tratados internacionales sobre derechos humanos y las subreglas fijadas en la jurisprudencia proferida por el tribunal interamericano. Sin embargo, esta concepción de control difuso de convencionalidad es consecuencia del replanteamiento del concepto de soberanía, de la evolución del concepto de bloque de constitucionalidad, de la implementación y desarrollo del concepto de supremacía normativa y finalmente del precedente fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al control de convencionalidad propiamente dicho. Por lo anterior, durante esta primera parte del trabajo se pretenderá mostrar cómo cada uno de estos aspectos ha contribuido para la evolución del control difuso de convencionalidad.

1.1 El replanteamiento del concepto de soberanía

La soberanía es uno de los atributos que surge cuando una población en un territorio determinado y con una forma de gobierno establecida pretende llamarse Estado, siendo entonces un concepto fundamental dentro de la ciencia política. Pero los Estados no nacieron hace pocos años, pues bastaría tomar un manual de historia universal para llegar a la Conclusión de que los Estados modernos que hoy se conocen se empezaron a forjar desde la antigua Grecia pero se consolidaron una vez terminada la edad media, siendo entonces imposible que el concepto de soberanía se mantenga incólume desde el siglo XV hasta nuestros días.

En este orden de ideas, la soberanía desde una perspectiva clásica era aquella que se evidenciaba cuando un Estado creaba y derogaba sus propias normas a través de un cuerpo político derivado de la voluntad popular, administraba justicia de conformidad con los parámetros que él mismo fijaba y elegía a sus gobernantes sin la vigilancia de otros agentes externos, caracterizándose entonces esta soberanía por lo que el profesor David Murillo Cruz¹ ha denominado como la soberanía potestad, es decir, que eran los mismos Estados quienes tenían plena potestad para aceptar cualquiera tipo de límite para la creación de normas, administrar justicia y elegir a sus representantes, tal y como lo pueden ser una convención internacional o un órgano político como Naciones Unidas.

Dicho concepto clásico de soberanía ha sido desarrollado por grandes teóricos a lo largo de la historia, destacándose Jean Bodín quien sostuvo que “la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de la República”², lo que implica que no pueden existir fuerzas externas al Estado que determine el qué hacer del mismo. Este mismo concepto absolutista de la soberanía se hace presente en Jean Jacques Rousseau³, para quien sólo será posible hablar de un Estado soberano cuando el pueblo asume el contrato social y realiza un acto, siendo entonces la soberanía una potestad indivisible, inalienable e imprescriptible debido a que es el resultado de la voluntad general, significando ello que sólo

¹ MURILLO CRUZ, David Andrés. “El control de Convencionalidad y su consolidación en América”, *Memorias I encuentro de investigación*, Universidad Cooperativa de Colombia, Bogotá, 2012.

² BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*, Tecnos, Madrid, 2006. p. 47.

³ ROUSEEAU, Jean Jacques. En RODRÍGUEZ SANTIBAÑEZ, Iliana. *La soberanía en tiempos de globalización*, Editorial Porrúa, México, 2011, p. 10

le pertenece al Estado cumplir con las funciones creadoras e interpretativas de la ley, así como las administrativas⁴.

Pero el aludido concepto de la soberanía potestad tuvo que ser replanteado tras la imposición del mundo globalizado, pero aún más por los mercados económicos a escala mundial que exigen Estados homogenizados que faciliten la creación de riqueza, lo cual debe imponerse desde la garantía que genera tener marcos jurídicos homogéneos a los cuales los diversos Estados se deben acoger so pena de quedar excluidos de la distribución de la riqueza. En efecto, una vez los Estados se ven coaccionados a celebrar tratados internacionales haciendo uso de su soberanía potestad, adquieren obligaciones que los llevan a vincular normas de derecho internacional a su orden jurídico interno, a aceptar posibles sentencias de índole internacional como consecuencia de haber incumplido las obligaciones estipuladas en los pactos internacionales, entre otros aspectos, que evidencian la transformación del concepto de soberanía, el cual ya no es una mera potestad sino una soberanía obligación.

Este fenómeno transformador del concepto de soberanía es descrito por el profesor Abel Zamorano de la siguiente manera:

*De allí que, cuando existen conflictos, en su protección con ciertas normas y jurisprudencias estatales en los cuales los Estados como Panamá, anteponen su derecho interno para incumplir las órdenes impartidas por los tribunales internacionales de derechos humanos se acogen al concepto tradicional de **soberanía potestad**. Pero ese concepto ha sido superado por el de **soberanía obligación**, mediante el cual los Estado están obligados a acatar y cumplir las órdenes emanadas de un tribunal internacional, precisamente porque de manera soberana, aceptaron su competencia y porque los obliga a velar por los derechos de sus administradores y no vulnerarlos, acogiéndose al concepto de soberanía potestad.*⁵

De igual manera, este replanteamiento del concepto de soberanía es algo inminente cuando de derecho internacional se pretende hablar, pues el mismo Kelsen aclaraba “que el derecho internacional está constituido por normas que originariamente fueron producidas mediante actos de los Estados - es decir,

⁴ MORA MÉNDEZ, Jorge Andrés. “El control de convencionalidad y su incidencia en el derecho procesal”, En *Memorias del IX Congreso Panameño de Derecho Procesal*, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Panamá, 2012, pp. 101-128.

⁵ ZAMORANO, Abel Augusto. “El control de convencionalidad, una tarea pendiente en el derecho panameño”. En *Reflexiones en torno al derecho procesal constitucional*, III Congreso Colombiano de Derechos Procesal Constitucional, Centro Colombiano de Derechos Procesal Constitucional, Bogotá, 2012, pp. 39-71.

de los órganos competentes al respecto, conforme a los órdenes jurídicos de cada Estado-, para regular las relaciones interestatales, y ello, por la vía de la costumbre”⁶.

Así las cosas, es posible sostener que el primer antecedente del control de convencionalidad está en el replanteamiento del concepto de soberanía, teniendo en cuenta que dicho control surge como consecuencia de la interpretación que ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, interpretaciones que también han traído condenas pecuniarias y de otro carácter a los Estados que han aceptado la competencia del Tribunal Interamericano, los cuales no pueden argumentar a su favor la potestad de no cumplir dichos fallos internacionales con base en su soberanía, pues la soberanía después de suscribir tratados internacionales varió a una soberanía que los obliga a cumplir las providencias judiciales de orden internacional.

1.2 La supremacía normativa y los mecanismos para su defensa

Un segundo momento determinante para la consolidación de lo que hoy es el control de convencionalidad fue la imposición de la idea de la supremacía que debía tener una norma dentro de un sistema normativo que determinara la pertinencia o no de otra norma en el mismo ordenamiento jurídico. Esta idea de supremacía, fundamental para que pueda hablarse de validez dentro de un sistema jurídico, fue en sus inicios ejemplificada con la noción de supremacía constitucional, concepto que dio una vinculatoriedad a las constituciones políticas y que apareció consagrado en el artículo 4 de la Constitución de 1991.

En consecuencia de lo anterior, el profesor Manuel Fernando Quinche Ramírez⁷, afirma que hablar de supremacía constitucional implica considerar que la Constitución es la norma más importante del ordenamiento jurídico, pues gracias a la supremacía se otorga valor normativo a la Carta política. En efecto, antes de la expedición de la Constitución de 1991, las constituciones en Colombia solo tenían un valor declarativo, axiológico y meramente simbólico, siendo la Constitución de 1991 la que generó que la Carta Magna sea exigible de forma directa como consecuencia del principio de la supremacía constitucional.

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional colombiana en sentencia T-006 de 1992 hizo alusión a la supremacía constitucional de la siguiente manera:

⁶ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del derecho*, Editorial Porrúa, México, 2007, p. 326.

⁷ QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. *Derecho Constitucional Colombiano, de la carta de 1991 y sus reformas*, Grupo Editorial Ibáñez, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2008.

*La posición de supremacía de la Constitución sobre las restantes normas que integran el orden jurídico, estriba en que aquélla determina la estructura básica del estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto funda el orden jurídico mismo del estado. La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos –Congreso, ejecutivo y jueces– se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como *lex superior* precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello “fuente de fuentes”, *norma normarum*. Estas características de supremacía y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del artículo 4o. citado: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”⁸.*

No obstante lo anterior, el concepto de supremacía normativa no se reduce a la Constitución, pues las nuevas tendencias del derecho obligan a dirigir la mirada a los tratados internacionales, surgiendo la idea de la supremacía normativa de las convenciones internacionales. De igual forma, si la defensora de esa supremacía constitucional era principalmente la Corte Constitucional a través de sus sentencias proferidas como consecuencia de la revisión de acciones de tutela o de acciones públicas de inconstitucionalidad, la defensora de la supremacía convencional va a ser especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus sentencias en casos contenciosos e incluso en sus opiniones consultivas.

En concordancia con lo anterior, el profesor colombiano Ernesto Rey Cantor sostiene que “el principio de supremacía constitucional comienza a erosionarse, a partir del momento en que el Estado parte de un Tratado o una Convención internacional que reconoce derechos humanos –por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos– adquiere obligaciones objetivas *erga omnes* de respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio, y de adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos (1.1 y 2), esto es, de legislar de conformidad con el derecho internacional de los derechos

⁸ Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-006 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

humanos”.⁹ Por lo tanto, al momento en que un Estado se hace parte dentro de un Tratado Internacional, se replantea el principio de supremacía constitucional, que seguirá existiendo siempre y cuando la Constitución de los Estados no vaya en contravía a la Convención Americana, pues de suceder dicho choque, la supremacía convencional prevalecerá sobre la supremacía constitucional.

En este orden de ideas, el control de convencionalidad es una consecuencia de la supremacía normativa que actualmente ostentan las convenciones internacionales y en especial la Convención Americana sobre derechos humanos, pues sin existir esta clase de supremacía es imposible hablar de la vinculatividad de las sentencias que hacen confrontaciones normativas y ordenan a los Estados modificar su ordenamiento jurídico interno por considerarlo contrario a la Convención americana sobre derechos humanos.

1.3 Evolución del bloque de constitucionalidad

El bloque de constitucionalidad se enmarca dentro de los grandes progresos del derecho constitucional de los últimos tiempos, siendo una consecuencia de diversas discusiones cuyo origen está en el positivismo jurídico. En efecto, Hans Kelsen sostenía que existe una “tendencia a borrar la línea divisoria entre el derecho internacional y el orden jurídico de cada Estado, de suerte que, como última finalidad de la efectiva evolución del derecho, orientada hacia la progresiva centralización, aparece la unidad organizadora de una comunidad universal dotada de un derecho mundial, es decir, de la constitución de un Estado mundial”.¹⁰

En consecuencia de lo anterior, tal como lo señala el profesor Luis Manili¹¹, actualmente es posible encontrar dentro de las disposiciones de diversas constituciones del continente americano el concepto de bloque de constitucionalidad, el cual permite involucrar como parte integral del ordenamiento jurídico nacional los tratados internacionales sobre derechos humanos que hayan ratificado los estados, facilitando de esta forma una especie de ordenamiento jurídico mundial al estilo kelseniano.

Así las cosas, el concepto bloque de constitucionalidad ha tenido diversas interpretaciones por los Tribunales, cortes o salas constitucionales en América

⁹ REY CANTOR, Ernesto. *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos, Homenaje a Héctor Fix Zamudio*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Instituto Mexicanos de Derechos Procesal Constitucional, México, 2008, p. XLVII.

¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del derecho*, Editorial Porrúa, México, 2007, p. 330.

¹¹ MANILI, Pablo Luis. *Bloque de constitucionalidad*, Editorial le ley. Buenos Aires, 2005.

Latina, toda vez que la forma de concebirlo varia de un país a otro. Es así como se pueden distinguir dos tendencias; La primera, caracterizada por otorgar un valor de primacía a los tratados internacionales sobre derechos humanos y a la jurisprudencia proferida por los órganos intérpretes de aquellas, tal como sucede en la Argentina. En efecto, la Corte Suprema de justicia de la Nación ha sostenido, en el Fallo 315:1492 de 1992, lo siguiente:

La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (...) confiere primacía al derecho internacional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La Convención es un tratado internacional, constitucionalmente valido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno".¹²

La segunda tendencia para abordar el concepto de bloque de constitucionalidad, caracterizada por otorgar un valor de jerarquía constitucional pero no de primacía a los tratados internacionales sobre derechos humanos se materializa en Colombia, en donde se ha hecho un importante desarrollo jurisprudencial dentro del cual se ha decantado el concepto de bloque en estricto sensu y lato sensu. Al respecto la Corte Constitucional ha sostenido en sentencia C 191 de 1998 lo siguiente:

El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.

(...) Efectivamente, resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad stricto sensu, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93).

¹² Argentina, Corte Suprema de la Nación, caso Miguel Ángel vs Sofovich Gerardo. Fallo 315:1492 de 1992.

Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción lato sensu del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.¹³

Así las cosas, el concepto de bloque de constitucionalidad es determinante para la aparición del control de convencionalidad, pues dependiendo de la forma como se entienda vinculado el derecho internacional de los derechos humanos a un Estado determinado, tendrá más o menos protagonismo el ejercicio de confrontación entre la convención y una norma de orden interno. Lo anterior es importante para diferenciar, por lo menos en Colombia, el control de constitucionalidad del control de convencionalidad, pues mientras el primero sólo va a tomar como criterios vinculantes para la confrontación normativa los textos positivos convencionales por mandato del artículo 93 de la Constitución, el segundo tomará el texto convencional y la jurisprudencia que se haya proferido por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el asunto en particular, sin importar si dichas sentencias hayan o no vinculado al Estado objeto de control convencional. En este sentido, es posible afirmar que actualmente el control de convencionalidad que se ejerza en Colombia en sede interna por autoridades judiciales o administrativas tiene mayor alcance normativo que el mismo control de constitucionalidad, situación que cambiará automáticamente si la Corte Constitucional colombiana amplía el concepto de bloque de constitucionalidad cobijando también a la jurisprudencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos aun cuando no sea parte de dichas sentencias el Estado colombiano

1.4 Precedente fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El control de convencionalidad tiene su origen en el artículo segundo de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, el cual no hace referencia expresa a este tipo de control que no fue desarrollado durante los primeros años de operatividad de la Corte IDH, pues su tarea se limitó a interpretar el contenido de la convención americana pero no en la creación de mecanismos

¹³ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C 191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

procesales transnacionales que tuvieran alguna injerencia sobre el derecho interno de los Estados parte.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte IDH comenzó a dar aplicación del control de convencionalidad por solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en principio ordenando la modificación de normas de jurisdicción interna, como sucedió en el caso Castillo Pretuzzi y otros vs Perú, y posteriormente definiendo de forma concreta este tipo de confrontación normativa transnacional, como ocurrió por primera vez en el caso Almonacid Arellanos V.S Chile¹⁴ y Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú¹⁵. En efecto, la Corte IDH en Caso Castillo Petruzzi y otros vs Perú (1999) afirmó:

*(...) cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el poder judicial debe ejercer una especie de Control de Convencionalidad entre las normas jurídicas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana.*¹⁶

En este sentido y con respecto a la evolución del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH, uno de los casos que resulta determinante para el posicionamiento de la institución es Olmedo Bustos vs Chile, toda vez que por primera vez se ordena por la Corte Interamericana reformar la Constitución de un Estado americano al considerarla contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, situación que genera crisis de principios como la referente a la supremacía constitucional que al mismo tiempo da la posibilidad para que los Estados se vean obligados a no

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Almonacid Arellanos vs Chile. Sentencia de Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C N 154, 26 de septiembre de 2006.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú. Sentencia de Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C N 158, 24 de noviembre de 2006.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Almonacid Arellanos vs Chile. Sentencia de Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C N 154, 26 de septiembre de 2006. Párrafo 207.

sólo realizar un control de constitucionalidad sino también a llevar a cabo un control de convencionalidad a través de sus órganos jurisdiccionales que tienen la función de proteger la supremacía constitucional.¹⁷

Producto de este desarrollo jurisprudencial es posible abordar el estudio del control de convencionalidad desde dos perspectivas; el control en sede internacional y el control en sede nacional. El control en sede internacional implica que la Corte IDH tiene competencia cuando existe incompatibilidad normativa entre el ordenamiento jurídico interno de un país con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, haciendo necesaria la intervención de la Corte para que mediante su jurisprudencia se ordene reformar el ordenamiento jurídico interno. Por otra parte, el control de convencionalidad aparece en sede nacional cuando un juez no emplea el derecho interno y aplica la Convención u otro tratado, realizando un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado) en un caso concreto y adoptando una decisión judicial que proteger los derechos de la persona humana.

De igual forma, la conceptualización del control de convencionalidad ha logrado precisarse de una mejor manera en sentencias como Cabrera García y Montiel Flores vs México, en donde según el profesor Murillo Cruz¹⁸ comentando la jurisprudencia de la Corte Interamericana, “se extiende el ejercicio de armonización y compatibilidad a todas las autoridades judiciales. Es decir, que ya no sólo es obligación de los jueces velar por la compatibilidad del derecho interno en relación con el internacional de los derechos humanos, sino que también lo es del resto de autoridades públicas que ejercen funciones judiciales”, tales como lo son el Congreso cuando cumple funciones judiciales, la Fiscalía General de la Nación e incluso Tribunales de arbitramento.

Finalmente, aunque no sea el último caso en donde se haya hecho referencia al control de convencionalidad, en el caso Gelman vs Uruguay la Corte Interamericana amplió el ejercicio del control de convencionalidad a todas las autoridades públicas al sostener lo siguiente:

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Olmedo Bustos vs Chile. Sentencia de Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 5 de febrero de 2001, Punto 4 de la parte resolutive.

¹⁸ MURILLO CRUZ, 2012. *Op. cit.*

y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.¹⁹

De igual forma, uno de los casos que son determinantes para el desarrollo del control de convencionalidad en Colombia es el de la masacre de Santo Domingo, pues se evidencia una vez más la necesidad de extender el control de convencionalidad a todas las autoridades judiciales y administrativas al interior del Estado colombiano. En efecto, la Corte sostuvo:

Es decir, si bien el Sistema tiene dos órganos “competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención”²⁰, la Corte solo puede “conocer un caso” cuando se han “agotado los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50” de dicho instrumento, sea el procedimiento de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana. De tal modo, solamente si un caso no se ha solucionado a nivel interno, como correspondería primariamente hacerlo a cualquier Estado Parte en la Convención en ejercicio efectivo del control de convencionalidad, entonces el caso puede llegar ante el Sistema, en cuyo caso debería resolverse ante la Comisión y, solamente si las recomendaciones de ésta no han sido cumplidas, el caso podría llegar ante la Corte. De tal manera, el funcionamiento lógico y adecuado del Sistema Interamericano de Derechos Humanos implica que, en tanto “sistema”, las partes deben presentar sus posiciones e información sobre los hechos en forma coherente y de acuerdo con los principios de buena fe y seguridad jurídica, de modo que permitan a las otras partes y a los órganos interamericanos una adecuada sustanciación de los casos. La posición asumida por el Estado en el procedimiento ante la Comisión determina también en gran medida la posición de las presuntas víctimas, sus familiares o sus

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs Uruguay. Sentencia, fondo y reparaciones del 24 de febrero de 2011. Párrafo 239.

²⁰ Artículo 33 de la Convención Americana.

*representantes, lo que llega a afectar el curso del procedimiento (subrayado fuera de texto).*²¹

Así las cosas, el desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad que continua al día de hoy, deja como conclusión de que dicha confrontación normativa es una potestad tanto de las autoridades judiciales como administrativas de los Estados, y que ello abre la posibilidad de que se pueda diferenciar entre un control de convencionalidad concentrado, ejercido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y un control difuso de convencionalidad ejercido por cualquier autoridad judicial o administrativa de un Estado.

2. DE LA PRETENSIÓN Y EXCEPCIÓN EN EL PROCESO JUDICIAL

En Colombia, el control de convencionalidad al interior de un proceso judicial puede aparecer por tres vías a saber; por un acto oficioso del juez, por una pretensión formulada por la parte activa del litigio o por una excepción planteada por la parte demandada del conflicto intersubjetivo de intereses. La primera de las posibilidades genera un interesante debate en torno a la imparcialidad judicial, pues como toda actuación oficiosa del juez ésta genera oposición por escuelas procesales que consideran que solo en la actitud pasiva del juez se puede alcanzar la igualdad e imparcialidad judicial, como se puede leer en el autodenominado garantismo procesal cuyo máximo exponente en Latinoamérica es el profesor Adolfo Alvarado Velloso. En efecto, la crítica se ubica en que no es aceptable que sea el mismo juez quien formule la cuestión de convencionalidad y que al mismo tiempo sea él quien tenga que resolverla, fenómeno que podría atentar el mismo mandato convencional de garantizar en un proceso judicial un juez imparcial. La anterior crítica evidencia dos cosas: primero, que este debate es idéntico al que durante los últimos 20 años ha tenido lugar en Colombia con ocasión al control difuso de constitucionalidad en donde los jueces nacionales al ser jueces constitucionales puede de manera oficiosa inaplicar una norma jurídica por considerarla contraria a la Constitución; segundo, que es necesario plantear soluciones para incentivar la utilización del control difuso de convencionalidad sin que sea fácilmente cuestionada por la tendencia a la pérdida de imparcialidad judicial.

Precisamente, en torno a los dos puntos anteriormente señalados, vale la pena reflexionar sobre si es necesario que se cree un procedimiento mediante el cual no sea el mismo juez quien que tenga que resolver una eventual cuestión

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre de Santo Domingo vs Colombia. Sentencia, fondo y reparaciones del 30 de noviembre de 2012. Párrafo 239.

de inconventionalidad, tal como sucede en España o Alemania con la denominada “cuestión de inconstitucionalidad”²², o si es necesaria la creación de la jurisdicción constitucional que se encargaría, entre otras cosas, de resolver las cuestiones de inconventionalidad propuestas de oficio por un juez de manera que se satisfaga la seguridad jurídica en el proceso judicial.

En lo que respecta al control de convencionalidad a petición de parte, vale la pena recordar que el proceso es por excelencia el conjunto de actos procesales en los que encuentra lugar el argumento, el cual está guiado por la pretensión del sujeto activo o la excepción del sujeto pasivo. Lo anterior significa que tanto la afirmación como la negación son las dos posibles conclusiones a las que cada una de las partes aspira a que el juez llegue luego del debate procesal. En consecuencia de lo anterior, al considerar a la pretensión y excepción como argumentos, es necesario su estudio detallado a partir de los elementos que integran cada una de las instituciones.

En este orden de ideas, es menester aclarar que la pretensión entendida como “una petición jurídica fundada”²³ no puede ser confundida con la acción o el derecho, tal y como lo apunta el profesor Couture, pues de hacerlo se estaría restando importancia al derecho sustancial que se relaciona con cada uno de los contenidos del derecho de acción o el derecho propiamente dicho, como lo puede ser, por ejemplo, la propiedad. Por su lado la excepción como institución del derecho procesal, representa la materialización del derecho de defensa del sujeto pasivo, siendo definida por el profesor Couture como la acción del demandado.²⁴

Así las cosas, siguiendo a la profesora Diana Ramírez Carvajal²⁵, tanto la pretensión como la excepción tienen una estructura común determinada por los sujetos, la causa y el objeto, es decir, que para que alguna de las dos prospere dentro de un proceso judicial deben reunir los tres elementos. En efecto, toda pretensión o excepción debe ser dirigida a un receptor denominado juez y debe vincular a las partes dentro del , sustentarse además sobre causas fácticas y jurídicas, es decir, sobre hechos y fundamentos jurídicos, y finalmente, debe

²² La cuestión de inconstitucionalidad es un procedimiento consagrado en el artículo 163 de la Constitución española y en el artículo 100.1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

²³ GUASP, Jaime. *La pretensión procesal*, Editorial Civitas, Madrid, 1981, p. 28.

²⁴ COUTURE; Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 60.

²⁵ RAMÍREZ CARVAJAL, Diana. “Pretensión y Resistencia. Elementos para una teoría de la confirmación procesal”. En *Derecho Procesal Contemporáneo*, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2010, pp. 313-344.

contener una solicitud de expresión de un derecho y una o varias peticiones materiales.

Cada uno de los tres elementos conlleva a abordar al mismo tiempo otras instituciones del derecho procesal, pues, por ejemplo, al hablar de sujetos se debe tener en cuenta que pueden aparecer litisconsortes u otras partes afectadas por la sentencia, al referirse a las causas fácticas se hace indispensable tener en cuenta los diversos medios probatorios que se emplearan para demostrar la existencia de esos hechos. y al aludir a las causas jurídicas se debe tener presente conceptos como analogía en relación con la aplicación de las leyes, ponderación respecto al uso de principios y *ratio decidendi* y *obiter dicta* frente al manejo del precedente judicial, importantes temas desarrollados recientemente por profesores como Robert Alexy²⁶ y Diego Eduardo López Medina²⁷, sin dejar de lado que cuando en una misma demanda concurren una solicitud de expresión de un derecho con varias peticiones materiales, es menester manejar a la perfección la técnica de la acumulación.

Así mismo, se han clasificado las pretensiones y excepciones sin importar el área del derecho al cual se esté haciendo referencia de conformidad al fin que persiguen. Por su lado, las pretensiones según el profesor Hernán Fabio López Blanco²⁸, suelen ser declarativas, constitutivas, de condena, ejecutivas o liquidatorias, mientras que las excepciones pueden de fondo, previas o mixtas. Es así como las pretensiones declarativas son aquellas que se caracterizan por buscar por parte del juez una declaración de un derecho, sanción u obligación, mientras que las pretensiones constitutivas tienen por objeto constituir una nueva situación jurídica en favor del pretendiente, a diferencia de las de condena que buscan imponer una sanción a la contraparte. Por su lado las pretensiones ejecutivas son aquellas que tiene como objetivo hacer efectiva una obligación que conste un documento que preste mérito ejecutivo, mientras que las pretensiones liquidatorias son aquellas que tienen la finalidad de ponerle fin a una relación patrimonial entre dos o más personas.

Las excepciones también han sido clasificadas, tal como lo ha señalado el profesor Hernando Devis Echandía, quien destaca que la doctrina ha hablado de excepciones perentorias o fondo y dilatorias o previas, siendo las primeras

²⁶ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, traducción de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994.

²⁷ LÓPEZ MEDINA, Diego López. *El derecho de los jueces*. 2 a edición. . Editorial Legis, Bogotá, 2006.

²⁸ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, Dupre Editores, Bogotá, 2004.

aquellas que “persiguen que se declare la extinción de la obligación cuyo nacimiento no se discute o la inexistencia del derecho pretendido a pesar de su aparente nacimiento y en razón de algún hecho impeditivo con lo que la pretensión queda destruida para siempre, o su modificación favorable también definitiva”. Por su lado, frente a las excepciones dilatorias comenta el profesor colombiano antes citado, se caracterizan por “impedir la decisión en el fondo y hacen que la sentencia sea inhibitoria, por lo que puede volverse a formular en otro proceso posterior”.²⁹

Expuesto este importante desarrollo doctrinal que ha tenido tanto la pretensión como la excepción, vale la pena preguntarse lo siguiente: ¿qué lugar ocupa la pretensión y excepción de inconventionalidad? ¿Se conservaría la misma estructura de sujeto, objeto y causa para este tipo de pretensiones u excepciones de inconventionalidad?

Estas dos preguntas merecerían cada una un artículo por separado, sin embargo, dada importancia del tema se intentará resumir la propuesta. En efecto, en lo que tiene que ver con la pretensión de inconventionalidad, es menester aclarar que esta se encuentra en cabeza del sujeto activo del litigio, que es de naturaleza declarativa, pues tendría como objeto buscar la declaración de inconventionalidad de una norma jurídica por considerarla contraria a la Convención Americana y al precedente fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que si bien es cierto encarna en sí misma una solicitud de expresión de un derecho, no es menos cierto de que puede acumularse con otras pretensiones de naturaleza material. Por su lado, en lo que tiene que ver con la excepción de inconventionalidad, hay que aclarar que ésta se encuentra en cabeza del sujeto pasivo dentro del litigio, se enmarca dentro de las excepciones de fondo porque afecta de manera directa la pretensión de la contraparte, tiene como objetivo desvirtuar el supuesto jurídico de la pretensión al perseguir su declaración de inconventionalidad y que al igual que la pretensión puede involucrar también peticiones materiales.

En lo que tiene que ver con el segundo interrogante, el control de convencionalidad difuso materializado en una pretensión u excepción obliga a que se replantee la teoría general de la pretensión y excepción en lo que tiene que ver con la causa fáctica como elemento de una u otra institución, pues al proponerse una confrontación normativa es casi mínima la incidencia de los medios de prueba consagradas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, siendo el acto de comparación normativa un ejercicio racional verificable por un superior jerárquico o juez de tutela.

²⁹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de derecho procesal*, decimoquinta edición, Editorial Temis, Bogotá, 2012, p. 365.

Así las cosas, el control difuso de convencionalidad es una consecuencia de la internacionalización del derecho procesal, que conlleva a reconfigurar la teoría general del proceso en algunos aspectos en los que los esquemas tradicionales no facilitan la aplicación de estas novedosas figuras que más allá de ser un capricho doctrinal constituyen una obligación internacional del Estado colombiano.

CONCLUSIONES

1. El control de convencionalidad difuso es una realidad dentro del ordenamiento jurídico colombiano, razón por la cual es indispensable comprender las causas que han dado lugar a su nacimiento con el fin de poder aplicarlo de una mejor manera en los casos concretos que a futuro se puedan llegar a presentar.
2. El control de convencionalidad difuso surge como consecuencia de un largo proceso que ha llevado a replantear el concepto de soberanía, a desarrollar la institución de bloque de constitucionalidad a favor del derecho internacional de los derechos humanos, a propiciar la evolución del concepto de supremacía constitucional al de la supremacía convencional y finalmente, a la construcción de una línea jurisprudencial consolidada que muestra cómo la confrontación normativa que ordena la Convención Americana sobre Derechos Humanos la puede hacer tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como cualquier juez o autoridad administrativa de Colombia.
3. El control de convencionalidad ejercido por autoridades administrativas y judiciales en Colombia se diferencia del control de constitucionalidad en la medida que mientras el primero da fuerza vinculante a todo el precedente fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aun cuando las sentencias no vinculen de manera directa al Estado colombiano, el segundo solo da fuerza vinculante a los textos positivos que constituyen los tratados internacionales de derechos humanos, siendo la vinculatoriedad de jurisprudencia internacional únicamente posible si la Corte Constitucional así lo expresa.
4. El control difuso de convencionalidad puede aparecer al interior de un proceso judicial de tres maneras; por solicitud del sujeto activo materializado en una pretensión de naturaleza declarativa, por formulación del sujeto pasivo a través de una excepción de fondo, o por un acto oficioso del juez. Las dos primeras formas conllevan a un replanteamiento de la teoría general de la pretensión y excepción al no tener dicha pretensión y excepción un

fundamento fáctico demostrable a través de un medio probatorio, siendo únicamente un acto racional que debe hacer el juzgador. La tercera forma abre el debate en torno al gran anhelo de imparcialidad que debe caracterizar al tercero que decide el conflicto intersubjetivo de intereses, tal y como lo ha problematizado el profesor Adolfo Alvarado Velloso (2011), posición doctrinal que contrasta con la obligación internacional de los Estados de permitir que sus jueces y autoridades administrativas ejerzan un control difuso de convencionalidad aun cuando sea de manera oficiosa.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, traducción de J.M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Lecciones de derecho procesal civil*. Librería Jurídica Dikaia, Medellín, 2011.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*, Tecnos, Madrid. 2006

COUTURE; Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de derecho procesal*, decimoquinta edición, Editorial Temis, Bogotá, 2012.

GUASP, Jaime. *La pretensión procesal*, Editorial Civitas, Madrid, 1981.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del derecho*, Editorial Porrúa, México, 2007.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, Dupre Editores, Bogotá, 2004.

LÓPEZ MEDINA Diego López. *El derecho de los jueces*. 2 a edición. Editorial Legis, Bogotá, 2006.

MANILI, Pablo Luis. *Bloque de constitucionalidad*, Editorial le ley. Buenos Aires, 2005.

MORA MÉNDEZ, Jorge Andrés. “El control de convencionalidad y su incidencia en el derecho procesal”, En *Memorias del IX Congreso Panameño de Derecho Procesal*, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Panamá, 2012, pp. 101- 128.

MURILLO CRUZ, David Andrés. “El control de Convencionalidad y su consolidación en América”, En *Memorias I Encuentro de Investigación*, Universidad Cooperativa de Colombia, Bogotá, 2012.

RAMÍREZ CARVAJAL, Diana. "Pretensión y Resistencia. Elementos para una teoría de la confirmación procesal". En *Derecho Procesal Contemporáneo*, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2010, pp. 313-344.

REY CANTOR, Ernesto. *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, Homenaje a Héctor Fix Zamudio, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derechos Procesal Constitucional, México, 2008.

RODRÍGUEZ SANTIBAÑEZ, Iliana. *La soberanía en tiempos de globalización*, Editorial Porrúa, México, 2011.

ZAMORANO, Abel Augusto. "El control de convencionalidad, una tarea pendiente en el derecho panameño". En *Reflexiones en torno al derecho procesal constitucional*, III Congreso Colombiano de Derechos Procesal, Centro Colombiano de Derechos Procesal Constitucional, Bogotá, 2012, pp. 39-71.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *Derecho Constitucional Colombiano, de la carta de 1991 y sus reformas*, Grupo Editorial Ibáñez, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2011.

JURISPRUDENCIA

Argentina, Corte Suprema de la Nación, caso Miguel Ángel vs Sofovich Gerardo. Fallo 315:1492 de 1992.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-006 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia, Corte Constitucional, sentencia C 191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y otros vs Perú. Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Serie C N 52, 30 de mayo de 1999, párrafo 207.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Almonacid Arellanos vs Chile. Sentencia de Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C N 154, 26 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú. Sentencia de Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C N 158, 24 de noviembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs Uruguay. Sentencia, fondo y reparaciones del 24 de Febrero de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Olmedo Bustos vs Chile. Sentencia de Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 5 de febrero de 2001, Punto 4 de la parte resolutive.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre de Santo Domingo vs Colombia. Sentencia, fondo y reparaciones del 30 de noviembre de 2012. Párrafo 239.