

La ponderación, la idoneidad, la obediencia y la discrecionalidad hacen que los jueces en Colombia vean el derecho al revés

Weighting, suitability, obedience and discretion make judges in Colombia see the law backwards

Ponderação, idoneidade, obediência e discricção fazem juízes na Colômbia verem a lei ao contrário

Johnny Marín Gil¹

Recibido: 18 de septiembre de 2023

Aprobado: 30 de octubre de 2023

Publicado: 20 de diciembre de 2023

Cómo citar este artículo:

Jorge Marín Gil. *La ponderación, la idoneidad, la obediencia y la discrecionalidad hacen que los jueces en Colombia vean el derecho al revés*. DIXI, vol. 26, n.º. 1, enero-junio 2024, 1-28.

DOI: <https://doi.org/10.16925/2357-5891.2024.01.10>

Artículo de investigación. <https://doi.org/10.16925/2357-5891.2024.01.10>

¹ Doctor en Derecho de la Universidad de Baja California (Nayarit, México). Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Libre de Colombia, sede Cali. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana. Abogado de la Universidad Santiago de Cali. Profesor en la Universidad Santiago de Cali.

Correo electrónico: marin1958@hotmail.com



Resumen

Tema y alcance: el control de convencionalidad establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se debe traducir como la forma en que el Estado hace frente a sus obligaciones en cuanto al respeto y la garantía de los derechos humanos. Es un mecanismo de protección y de hacer efectivos los derechos fundamentales e inherentes al ser humano consagrados en las diferentes fuentes del Derecho Internacional Público, principalmente en los tratados internacionales.

Características: Colombia, a pesar de tener una Constitución garante y basada en la dignidad del ser humano, aplica este mecanismo a discrecionalidad, casi a voluntad de los jueces.

Hallazgos: un Estado Parte tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones de conformidad con el tratado, ya sean ejecutivas, legislativas, judiciales o de otra naturaleza, para la protección del derecho concernido. Las tres ramas del poder público en Colombia no reconocen y aplican que los presupuestos procesales son los requisitos indispensables para que se integre el proceso y sea factible emitir la sentencia que entre al fondo del asunto, esencialmente por falta de conocimientos sobre estas temáticas.

Conclusiones: el Consejo de Estado Colombiano, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, al momento de emitir sus fallos, no aplican eficazmente el control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave: bloque de constitucionalidad, Constitución Política de Colombia, control de convencionalidad, derecho internacional, ponderación, principios.

Abstract

Title and scope: The conventionality control established by the Inter-American Court of Human Rights must be understood as the way in which the State addresses its obligations regarding the respect and guarantee of human rights. It is a mechanism for protection and for making fundamental rights effective and inherent to the human being, enshrined in the various sources of Public International Law, mainly in international treaties.

Characteristics: Colombia, despite having a Constitution that guarantees and is based on human dignity, applies this mechanism at the discretion, almost at the judges' will.

Findings: A State Party has the legal duty to adopt the necessary measures to fulfill its obligations in accordance with the treaty, whether executive, legislative, judicial, or of another nature, for the protection of the concerned right. The three branches of government in Colombia do not recognize and apply that procedural requirements are indispensable for the integration of the process and for issuing the judgment that addresses the substance of the matter, essentially due to lack of knowledge on these topics.

Conclusions: The Colombian Council of State, the Supreme Court of Justice, and the Constitutional Court, when issuing their rulings, do not effectively apply the conventionality control of the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords: Constitutional block, Political Constitution of Colombia, conventionality control, international law, weighing, principles.

Resumo

Tema e alcance: o controle de convencionalidade estabelecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos deve ser traduzido como a forma como o Estado enfrenta suas obrigações em relação ao respeito e garantia dos direitos humanos. É um mecanismo para proteger e tornar efetivos os direitos fundamentais inerentes ao

ser humano consagrados nas diferentes fontes do Direito Internacional Público, principalmente nos tratados internacionais.

Características: A Colômbia, apesar de ter uma Constituição garantidora baseada na dignidade da pessoa humana, aplica este mecanismo a critério, quase por vontade dos juízes.

Constatações: um Estado Parte tem o dever legal de adotar as medidas necessárias para cumprir as suas obrigações nos termos do tratado, sejam elas executivas, legislativas, judiciais ou outras, para a proteção do direito em questão. Os três poderes do poder público na Colômbia não reconhecem e aplicam que os orçamentos processuais são os requisitos essenciais para que o processo seja integrado e para que seja viável a emissão da sentença que vai ao fundo da questão, essencialmente por falta de conhecimento sobre essas questões.

Conclusões: o Conselho de Estado colombiano, a Corte Suprema de Justiça e a Corte Constitucional, ao emitirem suas decisões, não aplicam efetivamente o controle de convencionalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: bloco de constitucionalidade, Constituição Política da Colômbia, controle de convencionalidade, direito internacional, ponderação, princípios.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los autores y tratadistas más reconocidos en la actualidad es el profesor Juan Antonio García Amado. Acerca de la ponderación, él manifiesta:

El juez tiene que aplicar la norma y si no hay en el sistema otra norma que prevea expresamente una excepción para mi caso, debe sancionarme. Si no lo hace así, no aplica el derecho y no cumple con la tarea que constitucionalmente tiene encomendada, por mucho que desde el punto de vista moral o de razonamiento práctico general podamos ver su razonar y su decisión como intachables. Se dirá que la ponderación jurídica tiene de especial aquellos tres pasos que Alexy le prescribe, los llamados test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El problema está en lo sumamente incierta o aleatoria que resulta la aplicación de esos controles.¹

Por su parte, Robert Alexy manifestaba:

En cuanto a la ponderación, se señala que es uno de los principales temas en el actual debate sobre la interpretación de derechos fundamentales. Alexy define a la ponderación como la optimización relativa a principios

1 Juan Antonio García Amado. *DECIDIR Y ARGUMENTAR SOBRE DERECHOS*. Tirant lo Blanch. (2017).

contrapuestos, además describe su estructura e indica que la ponderación puede ser fragmentada en tres etapas: **la primera** establece los grados de insatisfacción de un primer principio; **la segunda** establece la importancia de satisfacer el principio opuesto, y en **la tercera** se establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio. Robert Alexy muestra que mediante la ponderación es posible establecer la corrección de los juicios jurídicos dentro de un discurso de forma racional.²

El derecho es, esencialmente, una ciencia fáctica. Su campo de acción está constituido por la interacción de diversas instituciones jurídicas, representadas por las relaciones entre seres humanos. El derecho regula declarando intereses e imponiendo conductas en forma restitutoria o resarcitoria. Es este último segmento el que nos interesa, debido a que es por medio de las decisiones judiciales que se expresa la fuerza coercitiva del derecho, en la medida en que, muchas veces, impone conductas a las partes involucradas en un conflicto de intereses.

Ahora bien, producida una disyuntiva social que conduce a una controversia, ¿cuál es la respuesta del Estado frente a esta? Fundamentalmente, el poder público ejerce la *coertio*, entendida como una imposición de fuerza para que una decisión jurisdiccional firme se materialice y se ejecute en sus propios términos. Sin embargo, retrocedamos en forma puntual al escenario donde se suscita la incertidumbre jurídica. Las partes usualmente recurrirán a que un decisor racional (el juez) fije la solución de la controversia. Optarán, de ser el caso y alternativamente, por la conciliación, el arbitraje u otro medio alternativo de resolución de conflictos. Si acuden a la vía judicial, el juez tendrá que emitir una decisión que ponga término a la diferencia producida, y la aproximación ponderativa deja a la regulación jurídica fuera de la esfera definida por conceptos como *bueno y malo, correcto e incorrecto*; así como fuera de la idea de justificación, ubicándola dentro de una esfera definida por conceptos como *adecuado e inadecuado o discrecional*.

Se ha dicho que la "ponderación de valores" puede orientar un juicio en cuanto a su resultado, pero no puede justificar ese resultado. Sin perjuicio de ello, ¿cómo se produce esa decisión judicial? Su determinación es compleja. Primeramente, el juez establecerá un esquema lógico para resolver su caso, luego optará por escoger los argumentos que servirán de base a la solución del problema, y en este tramo, se produce ya una íntima interrelación con la actividad interpretativa. Definidas estas actividades,

2 Perfecto Andrés Ibáñez, Robert Alexy. JUECES Y PONDERACIÓN ARGUMENTATIVA. IJ-UNAM. (2006).

el juzgador cumplirá su obligación de motivar a fin de que la comunicación de la decisión sea clara, sencilla y no contradictoria. Si la ponderación solo puede producir resultados, pero no puede justificar dichos resultados, entonces debería ubicarse fuera de la esfera definida por conceptos como verdad, corrección, conocimiento, justificación y objetividad.

Esto sería el deber ser en una decisión judicial. Si la ponderación fuera excluida desde un inicio de la esfera de objetividad, la aproximación ponderativa sufriría un golpe terrible. El control de constitucionalidad está necesariamente conectado con una pretensión de corrección, por lo cual, si la ponderación o el balanceo fueran incompatibles con la corrección, la objetividad y la justificación, no tendría lugar alguno en el derecho constitucional. Entonces, ¿es la ponderación irracional y subjetiva?, ¿acaso debemos despedirnos de la corrección, de la objetividad y de la justificación, y por consiguiente debemos también abandonar la razón a ponderar?

Pero a todo esto que está pasando en nuestra justicia le encontramos una excusa, mucha tutela, mucho *habeas corpus*, mucho de aquí y de allá. Y dónde está el verdadero derecho, qué paso con ese juez estudioso y laborioso que realizaba un verdadero juicio entre los hechos y las pretensiones, dónde quedo ese juez que pensaba que por encima de todo estaban los derechos fundamentales y estos eran inviolables. Hoy no se discuten, y no se discuten porque ponderamos con la excusa matemática de Amado de cuál tiene más peso, como si el derecho fuera uno más uno igual a dos, y entonces le damos la razón al más fuerte. Por ejemplo, le damos la razón a la EPS con la excusa de se necesita el criterio médico para una enfermera, un cuidador, cierto medicamento, cierto examen; el juez declara el derecho y ordena a la EPS y a su médico tratante que avale ese cuidador o esa enfermera y ahí se quedará esperando porque la autorización nunca le va a llegar y el juez ya tuteló ese derecho, pero no puede ordenar que como no contestó a tiempo se ordene darle el cuidador o la enfermera, la excusa es 'abogado no médico'. Vale más para el juez ese concepto del médico tratante bajo el amparo 'soy abogado no médico', y lógicamente el médico no va a dar ese concepto porque él se debe a la EPS y al juez se le olvidó que primero fueron los derechos fundamentales que el concepto del médico tratante y no se necesita ser médico.

Olvidaron jueces y Estado que el control de convencionalidad es un mecanismo de origen internacional que ha incluido una dimensión externa supranacional en los ordenamientos jurídicos internos que hacen parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, imponiendo nuevas obligaciones a los Estados Parte para el cumplimiento efectivo de los derechos de las personas.

Este mecanismo de genealogía internacional consiste en la confrontación normativa que se hace de la norma convencional con la norma interna, a fin de establecer si la norma interna es adecuada frente a la norma convencional o si la norma interna cuenta con una mejor garantía que el estándar ligado en la convencional. La norma convencional está compuesta, en primera medida, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), seguida por los tratados de derechos humanos que sean conexos a la CADH, y por las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que constituyen la interpretación auténtica que se debe a sus superiores de la CADH.

Desde la construcción doctrinal y jurisprudencial, a lo anterior se le ha denominado en los fallos internacionales como *corpus iuris* internacional, en los cuales se excluían las propias sentencias. Después, se desarrolló el concepto del *corpus iuris* interamericano aplicable dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Para la propia Corte IDH, sus decisiones expresadas en las sentencias o en las opiniones consultivas pasan a integrarse en su totalidad y deben ser aplicadas por los órganos de los Estados en toda oportunidad en que estén en riesgo o hayan sido vulnerados los derechos humanos. Las normas internas que pueden ser confrontadas con la normatividad convencional comprenden a la normatividad interna; esto es, puede tratarse de cualquier tipo de ley, decreto o acto administrativo expedido por el Estado, incluyendo la Constitución, que sigue siendo una norma interna, así tenga la categoría de norma suprema o *norma normarum*.

Según el profesor Rey Cantor³, se trata de un examen de confrontación normativa del derecho interno (“leyes internas”, constituciones, proyectos de reforma constitucional, actos administrativos, etc.) con la CADH, siendo competente la Corte IDH o el juez interno. Anota Ayala⁴ que el objeto de este control son todos los actos y las conductas del Estado, incluidas sus políticas públicas; de allí que todo ordenamiento, como el nuestro, que se precia de democrático, comenzando por la propia Constitución y siguiendo con las leyes, los actos administrativos y demás actos, estén sujetos al examen de compatibilidad con la CADH y demás normas convencionales.

El control de convencionalidad tiene dos modalidades: concentrado y difuso. El primero es ejercido *prima facie* por la Corte IDH, dado que es el órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; esto es, el que desarrolla la confrontación normativa para establecer si una norma interna es incompatible con la norma convencional y por tal motivo el Estado responde internacionalmente por la violación de derechos humanos. Este mecanismo se materializa dentro de una

3

4

sentencia, en particular dentro de alguno de sus puntos resolutivos cuando se ordena al Estado incluir, adecuar o derogar alguna norma de su ordenamiento jurídico. Esta modalidad es de naturaleza reparativa, algunas veces entendida como una garantía de no repetición por los efectos que produce.

Vale la pena recordar que el control de convencionalidad tiene su origen en el ordenamiento jurídico de Francia, sobre todo en la posición desarrollada por el Consejo de Estado francés. Su génesis histórica, por tanto, es de carácter pretoriano, realizado por el juez administrativo del país galo dentro de la jurisprudencia francesa. Por ello, es necesario explicar las tres posturas sentadas en las sentencias hito de las tres altas Cortes del sistema francés.

Siguiendo a Pinon en un *leading case* dictado el 15 de enero de 1975, el Consejo Constitucional se negó a integrar el derecho internacional en el “bloque de constitucionalidad”⁵, considerando que su competencia se limitaba a la estricta confrontación de las leyes con las disposiciones del texto constitucional. Al tratarse del cumplimiento de un artículo y de la sanción de no conformidad de las leyes a los tratados o acuerdos internacionales, el Consejo Constitucional indicó que esta tarea correspondía a los órganos jurisdiccionales ordinarios.

La doctrina del Consejo Constitucional francés fue asimilada rápidamente por el Tribunal de Casación que asumió por su cuenta la distinción entre el control de constitucionalidad (reservado al Consejo Constitucional) y el control de “convencionalidad” (conferido a los órganos jurisdiccionales ordinarios). En la sentencia “Sociedad Jacques Vabre” del 24 de mayo de 1975, se sostuvo la prevalencia del Tratado de Roma sobre la ley interna, ya fuera anterior o posterior⁶. En cambio, el juez administrativo se negó durante mucho tiempo en nombre de la teoría de la “ley pantalla”:

La Ley Pantalla se presenta como una limitación para controlar la conformidad con la Constitución de un acto administrativo —por ejemplo, un decreto del presidente de la República, del primer ministro o de un ministro— cuando dicho acto se dicta con base en una ley. En tal caso, el

5 En el artículo 55 de la Constitución Francesa de 1958, se dice: “Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte”.

6 De este modo, la sentencia Nicolo del 20 de octubre de 1989 representa un cambio de jurisprudencia por el Consejo de Estado francés desde la sentencia Semoules de 1968. Pero, al mismo tiempo, esta decisión marca el punto final del “aislamiento” del Consejo de Estado, que en 1989 era la única instancia judicial francesa que todavía se negaba sistemáticamente a controlar el derecho nacional posterior respecto a un tratado internacional.

juez administrativo o civil controla la conformidad del acto administrativo a la ley, pero no a la norma constitucional. La ley se interpone con una pantalla entre el acto administrativo y la Constitución —de ahí, el nombre de “ley pantalla” o “pantalla legislativa”—, de tal manera que el juez no sanciona dicha inconstitucionalidad que, sin embargo, vicia el acto administrativo que se funda en ella a garantizar la primacía de un acuerdo internacional sobre las leyes nacionales posteriores.⁷

Fue necesario esperar casi quince años para que el Consejo de Estado abandonara esta posición en la célebre sentencia “Nicolo” del 20 de octubre de 1989 y se alineara entonces con la jurisprudencia del Tribunal de Casación. En el caso Nicolo se trató de la demanda de anulación interpuesta por este ciudadano contra las elecciones de los representantes franceses en el Parlamento Europeo. Adujo el demandante que la participación de ciudadanos de los territorios de ultramar como electores y como candidatos constituía un defecto que viciaba el proceso electoral.

En Francia, existe una superioridad de los tratados en relación con el derecho interno, de acuerdo con lo previsto por el artículo 55 de la Constitución de 1958 y confirmado por la sentencia “Nicolo”⁸. El Consejo de Estado se apoyó, como le proponía el comisario del Gobierno, y así lo confirmó uno de los considerandos de la sentencia, en el artículo 55 de la Constitución de 1958.

Más exactamente, aceptó que al artículo 55 de la Constitución debía garantizársele “un efecto útil”, y que el único medio para lograrlo era reconocer que sus disposiciones contienen una habilitación implícita a los jueces para controlar la conformidad de las leyes internas a los tratados internacionales.

Es en Francia donde se ha desarrollado abundantemente la noción de control de convencionalidad, mucho tiempo antes de que este concepto fuera adoptado por la Corte IDH. Por otra parte, como se ha visto, la noción de control de convencionalidad ha surgido y ha evolucionado en Francia y, *mutatis mutandis*, en Italia, a partir de las disposiciones de derecho constitucional nacional que consagran la superioridad jerárquica de los tratados internacionales frente a la misma ley.

7 Louis Favoreau. LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO. Trad. Magdalena Correa Henao. Editorial Universidad Externado. (2000). Pág. 62-64.

8 Art. 55 de la Constitución Francesa de 1958: “Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte”.

Todo este análisis de políticas públicas, de la primacía de los acuerdos internacionales, del efecto útil de la Constitución (y que se le debe dar a esta), y de la jerarquía de los tratados internacionales sobre la ley interna, se les olvido a nuestros legisladores, a nuestros jueces; entonces el problema es la inclusión o exclusión de la moral del ámbito jurídico y del pensamiento jurídico moderno. Si este es el problema, el interrogante es plantear problemas específicos: la obediencia y la validez del derecho, la discrecionalidad y la creación judicial del derecho, y la inclusión de la moral en el derecho.

Fundamentar la obediencia del derecho en algo distinto de la fuerza bruta es posible solo si se puede distinguir el derecho del poder. La obediencia y la validez del derecho estaba asegurada por referencia a ciertos valores superiores (razón o Dios). El positivismo formalista (exégesis francesa y la jurisprudencia de conceptos) había resuelto el asunto apelando a la noción de soberanía de la ley y a la consideración de que el derecho positivo no reflejaría el capricho y la arbitrariedad del poder, sino una voluntad objetiva que se expresa en forma clara y completa en la ley.

En cuanto a un juez que se apoya en argumentos políticos en la toma de sus decisiones, las críticas que se le hagan son correctas, pero solo si el juez demuestra que su decisión fue tomada con fundamento en argumentos de principios. En este caso, las decisiones de los jueces están limitadas por las tradiciones jurídicas que reflejan la moralidad implícita de una masa de decisiones particulares que otros jueces han ido tomando y se llaman 'reglas de la experiencia'. Así las cosas, no puede afirmarse que el juez crea derechos, sino que aplica derechos preexistentes. Estos no son creaciones de la historia y de la moralidad, por eso la supuesta tensión entre creación judicial e historia institucional se disuelve, porque los jueces, lejos de contradecir las decisiones políticas del pasado, las reflejan en las suyas.

Hoy, sienten temor por lo que manifiesten o hagan sus superiores por la decisión que tomen. No puede el juez olvidar que el positivismo jurídico es el que engendra seguridad jurídica; estos son valores fundamentales de un sistema jurídico y, además, de un sistema democrático. No se necesitan decisiones aisladas que beneficien a pocos o a muchos, sino que necesitamos un juez con criterio para fallar y que no tema a sus decisiones o a lo que sus superiores quieran hacer.

El derecho, la moral y los jefes constituyen órdenes sociales distintos y separados. El primero se caracteriza por distinguir entre el derecho ideal (valor-deber ser) y el derecho real (hecho-ser). Mientras que el positivismo jurídico comprende aquellas concepciones del derecho que articulan la existencia del derecho a la creación del Estado y de su poder soberano de coacción, y que, por tanto, identifican el derecho válido con el derecho estatal.

Uno de los grandes problemas del positivismo jurídico radica en que bajo este término se han agrupado teorías diversas e inconexas muy de moda en la judicatura actual, que en su mayor parte nada tienen que ver con sus postulados o que incluso algunas veces fueron rechazadas por autores considerados positivistas o sostenidas por autores positivistas, pero no como parte esencial de sus teorías.

El denominado “escepticismo ético” considera que no existen principios morales universalmente válidos y cognoscibles por medios racionales y objetivos. Igual sucede con el “positivismo ideológico”, que exige que los jueces asuman una posición moralmente neutra y que se limiten a decidir según el derecho vigente y el formalismo jurídico, el cual considera que el derecho está compuesto únicamente por reglas de carácter legislativo. No obstante, positivistas como Kelsen, Ross o Hart sostienen que un ordenamiento jurídico está integrado por otro tipo de normas como las consuetudinarias y las de creación jurisprudencial, no por las que se crean para un caso en particular.

Para Hart, es evidente que la expresión “positivismo jurídico” no tiene un único significado, pero existen tesis que son compartidas por los más importantes teóricos del positivismo jurídico: está la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, la tesis de las fuentes sociales del derecho y la tesis de la discrecionalidad jurídica.

En la primera, que suele llamarse “tesis de la separabilidad”, el derecho y la moral pueden ser independientemente identificados y analizados, no hay conexión conceptual necesaria entre el derecho que es y el que debe ser (moral). La tesis de la separabilidad (tesis analítica) no debe confundirse con la tesis de la separación, según la cual el derecho y la moral son fenómenos empíricos distintos. En estos casos, la relevancia jurídica de los principios morales es algo contingente y depende de que hayan sido incorporados en un sistema jurídico por cualquiera de los medios establecidos y no de que sean moralmente correctos o aceptables.

La segunda tesis también se identifica con la tesis de las fuentes sociales, que afirma que la existencia y el contenido del derecho dependen de hechos sociales complejos, y de una práctica social observable y verificable, que es en últimas la que determina las fuentes últimas o los criterios; en consecuencia, el derecho es producto de las acciones de los seres humanos y, por tanto, una realidad convencional. La tesis de las fuentes sociales nos remite a la regla de reconocimiento que, como regla social, supone la existencia de una conducta convergente aceptada desde el punto de vista.

La más criticada es la tesis de la discrecionalidad. Podemos sintetizarla diciendo que afirma que siempre existirán casos no previstos o no regulados legalmente y que en esos casos el juez debe usar su discrecionalidad y crear derecho, aunque esa

discrecionalidad está limitada por el propio ordenamiento jurídico. No hay razón para no admitir que una regla de reconocimiento pueda prever el uso del procedimiento hercúleo dentro de los criterios que proporciona para identificar el derecho, haciendo relevante el argumento y el juicio moral para identificarlo. Pero la incorporación de los principios morales constituiría un hecho contingente de incorporación de principios morales en un sistema jurídico y en ningún caso necesario. Esta última consideración se convertirá en el punto de partida de los positivistas incluyentes actuales.

Y entonces dónde queda el juez, cuál va a ser el criterio del juez; se convierte en el juez Hércules que todo lo puede y todo lo controla, o por el contrario, aplica el derecho bajo criterio de la sana crítica y las reglas de la experiencia y aplica el positivismo jurídico. Entonces, miramos el historicismo, que la decisión debe ser más política que aplicada al derecho; nos olvidamos de la seguridad jurídica y nos olvidamos de las personas, y le tememos a nuestro superior por una decisión que se tome en derecho. Es aquí donde empezamos a ver el derecho al revés.

Se nos olvida que la funcionalidad del poder judicial se basa en la concreción de las políticas que conformen una estrategia de transformación productiva al servicio de la ciudadanía, de organizar la producción de bienes y servicios, normalmente por medio de agentes privados; un arreglo institucional social en cuyo marco se desarrolla la actividad económica, además de la política, la social y la cultural.

El Estado, por su parte, incluye diferentes entidades: el Gobierno es la organización del sector público que define las políticas públicas que llevará a cabo. Las principales tareas del Estado están en el ámbito del desarrollo institucional y la consecuente gobernabilidad política y económica del proceso de desarrollo. Al Estado le corresponde asegurar el Estado de derecho en general, así como la propiedad privada, la administración imparcial de justicia y el principio del trato no discriminatorio; además de la existencia y el respeto de las leyes de contratos y, lo que más le preocupa al pueblo colombiano, la propiedad privada.

Es un hecho que los modos deseables de profundización de la democracia y los medios viables de modernización en Colombia no confluyen en una fórmula clara. Para facilitar dicha confluencia, conviene enfocar la gobernabilidad democrática de manera dinámica. La gobernabilidad no debería ser considerada un problema de los gobiernos, y es necesario que la sociedad y el Estado jerarquicen un conjunto consistente de propuestas y obtengan un apoyo social sostenido.

Las modificaciones institucionales o la acción del Gobierno pueden corregir que una entidad sea más o menos competitiva; pero tales intervenciones también pueden ser muy negativas. Para que la acción estatal o gubernativa se justifique, no basta con

que se oriente a corregir alguna imperfección, sino que debe estar planeada de modo que asegure que sus beneficios superen por los menos a los más desfavorecidos.

La pregunta relevante es: ¿pueden los gobiernos democráticos aplicar políticas públicas que mejoren el nivel de vida de la población? La respuesta tiene dos entradas: una sobre qué debe hacer el sector público y otra sobre qué debe hacer el sector privado, conforme a algún criterio preestablecido o apriorístico. Se trata, más bien, de sopesar cuidadosamente las fortalezas y debilidades para considerar especialmente cómo el Gobierno hace lo que hace y cómo interactúa con el sector privado.

Resulta evidente que el papel de la institucionalidad estatal y de la acción del Gobierno es variable entre periodos y también entre países. Es distinto proponerse establecer los derechos de propiedad y el respeto al Estado de derecho que evaluar la utilidad social marginal de las políticas públicas. La capacidad de gobernar es un bien escaso, cuya utilización debe ser priorizada. El Gobierno debe desarrollar un conjunto seleccionado y, por tanto, limitado de políticas. El verdadero poder del Estado está en su efectividad y esta se mide, más que por la cantidad de acción del Estado, por su calidad y coherencia. El Estado y el Gobierno son entidades distintas; de allí que sus papeles en una estrategia de desarrollo sean también diferenciados.

Un papel esencial de la institucionalidad estatal es el de asegurar el Estado de derecho en general, así como la propiedad privada, la administración imparcial de justicia y el principio del trato no discriminatorio; además de la existencia y el respeto de las leyes de contratos. Estos factores hacen posible la gobernabilidad económica de una sociedad. Como es evidente, el desarrollo institucional incluye a todo el Estado y no solo al Gobierno. Se necesitan leyes adecuadas, un sistema judicial confiable y determinados desarrollos culturales, todos estos son del resorte exclusivo del gobierno, pero de un buen gobierno. Corresponde distinguir a las instituciones como reglas del juego que rigen la actividad, incluidas las políticas y las jurídicas, y las organizaciones con los actores a través de los cuales se cumplen las reglas. La interacción de ambas moldea el cambio institucional.

En la política pública, deben intervenir dos actores: el Estado y el pueblo, a fin de que cada uno manifieste su postura y en momento dado pueda aportar a la propuesta. Recordemos que cuando se implemente la política, todos serán afectados de manera positiva o negativa. La política pública casi siempre busca forzar o imposibilitar que la gente haga cosas que, de otro modo, no haría. De esta manera, se marcan rumbos en la sociedad.

Se olvida que una política es un comportamiento propositivo, intencional, planeado, no simplemente reactivo y casual. Se pone en movimiento con la decisión de alcanzar ciertos objetivos a través de ciertos medios: es una acción con sentido. Es un

proceso, un curso de acción que involucra todo un conjunto complejo de decisiones y operadores. La política también es una actividad de comunicación pública. A su vez, ser presidente no es tarea de una sola persona u organización. Lo público es un adjetivo notorio, patente, visto o salido por otros del común de la sociedad. Relativo al pueblo. Común del pueblo o sociedad. Aquello referido a las decisiones y acciones de las autoridades estatales, en cualquier par de coordenadas espacio-temporales. El concepto público de bienestar es precisado como el conjunto de bienes privados y públicos menos el conjunto de males privados y públicos que los miembros de una sociedad producen y consumen.

En Colombia, el concepto de Estado social de derecho se introdujo en la reforma constitucional de 1936 con el establecimiento de los deberes del Estado y los particulares; y en 1991, año en el que, en razón a la promulgación de una carta constitucional, se hizo un fuerte reconocimiento de los derechos fundamentales e inició una nueva etapa del constitucionalismo. Por consiguiente, el principio de legalidad es una característica del Estado social de derecho, el cual no agota su alcance con el estricto cumplimiento de la ley; como ha expresado la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia SU-747 de 1998, se señala que la acción del Estado:

[...] debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de este que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales.⁹

Entonces, es pertinente ver cuál es el significado del principio de legalidad dentro de ese sistema jurídico, que no se encuentra bajo el entendido del respeto por la ley *strictu sensu*, sino por el llamado bloque de constitucionalidad, en el cual la administración debe sujetar su actuar no solo a la ley, sino también a la Constitución, incluidos ciertos tratados internacionales, y a los valores y principios allí establecidos.

El tema objeto de estudio es cómo algunos jueces en Colombia, forzados por las circunstancias, han incluido como variable real de sus decisiones a la CADH y a los estándares y las reglas articulados por las sentencias de la Corte IDH. La situación es que para el caso colombiano y en materias relacionadas con los derechos de las

9 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-747/98 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; 2 de diciembre de 1998).

víctimas del conflicto, las víctimas dentro del proceso penal y los sujetos de especial protección, acontece el ejercicio involuntario del control de convencionalidad, en el sentido de que las reglas y los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han permitido evitar la impunidad total de los crímenes perpetrados por los paramilitares y la realización parcial de algunos derechos como el de la verdad.

Se trata de evidenciar cómo las sentencias de los tribunales constitucionales no se limitan simplemente a declarar la conformidad o inconformidad de las leyes con la Constitución; sino que pueden indistintamente establecer condiciones de “interpretación conforme” o especificar contenidos y efectos de la decisión, o revestir diversas modalidades desde los efectos que produce la sentencia, o ejercer lo que la Corte Constitucional colombiana denomina la “modulación” de los fallos, como facultad de construir el tipo de sentencia que mejor le permita la defensa de la supremacía e integridad del texto constitucional. Así también, los fallos de la Corte IDH no se han limitado simplemente a declarar la responsabilidad internacional del Estado demandado, sino que también han incluido en la sentencia condiciones interpretativas de la CADH, han señalado efectos diversos a la decisión e incluso han dispuesto órdenes que obligatoriamente deben ser cumplidas por el Estado responsable.

Ya en el plano estrictamente judicial, el alcance de las decisiones de la Corte IDH también ha sido notable. Así, ordenó nuevas investigaciones sobre las ya realizadas por jueces internos, que incluían un fallo de la Corte Suprema de Guatemala, que le ordenó al mismo Estado “dejar sin efectos” la pena impuesta a un ciudadano, señalando que debía “emitir otra que en ningún caso podrá ser la pena de muerte”.

En la misma dimensión, la Corte IDH le ha ordenado al Estado colombiano, en varias ocasiones, que reabra investigaciones cerradas en contra de miembros del Ejército por paramilitarismo. Por su parte y en el plano de lo que hoy se llama “justicia transicional”, la Corte ha tomado decisiones trascendentales para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al declarar contraria a la CADH toda forma de amnistía, perdones o indultos generales, regla a la que le fueron dados efectos generales al considerar que toda forma de amnistía general es violatoria *per se* de la CADH, lo cual implica de suyo la obligatoriedad de la regla jurisprudencial para la totalidad de los Estados Parte.

El objetivo primordial de este escrito es demostrar que en Colombia no hay eficacia del control de convencionalidad de los fallos emitidos por la Corte IDH. En Colombia, falta mucho para que se tomen decisiones que contribuyan al crecimiento y el desarrollo del control de convencionalidad no solo de nuestros jueces, sino además de todo aquel que tenga relación con trato al personal y a quien realmente le importe el tema de los derechos humanos.

Nos toca empezar a divulgar qué son los derechos humanos, a quién se le debe protección cuando se habla de derechos humanos, a quién realmente se debe defender y proteger cuando se habla de derechos humanos. En todos los estamentos, se habla de derechos humanos empezando por lo más alto. Es necesario que se aprenda a:

- Definir la convencionalidad jurídica y el control de convencionalidad desde la teoría del derecho y la jurisprudencia nacional e internacional.
- Identificar los tipos de control que ejercen la Corte Constitucional y el Consejo de Estado al momento de emitir sus fallos.
- Analizar cómo se comporta la aplicación de la figura del control de convencionalidad en los fallos emitidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

En numerosas ocasiones, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han remitido a normas internacionales, con el fin de complementar sus fallos o de suplir vacíos legales en pro de garantizar el cumplimiento de los preceptos constitucionales y las garantías fundamentales. Situación altamente incrementada en los últimos años en el marco del proceso de justicia transicional, y en vista de los intentos estatales por superar el conflicto armado interno con miras al establecimiento de la paz en el interior del país, donde se garantice al mismo tiempo el respeto por los derechos de las víctimas y la no repetición de los hechos victimizantes.

La Ley 975 de 2005, conocida como Ley de Justicia y Paz, fue demandada por considerarse un sistema de impunidad otorgante de amnistías e indultos para desmovilizados, incumpliendo con ello el deber estatal de sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario (DIH), lo cual acarrea, en concepto de los demandantes, ausencia de respeto a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición para las víctimas.

Siguiendo esa línea de pensamiento, se puede establecer que la obligación de garantía de los derechos humanos y la CADH no se agota en el Estado mismo, como sujeto del derecho internacional público, sino que se convierte en una obligación que atañe no solo al poder judicial, por su facultad jurisdiccional, sino también a cualquier órgano o funcionario público que, en el ejercicio de sus facultades, deba aplicar normas con contenido de derechos humanos, o a los que desempeñan sus funciones en la esfera de los derechos humanos.

Lo anterior, a través de una interpretación que ha hecho la Corte IDH, ya que cuando establece que el Estado es responsable internacionalmente, por la aplicación de normas contrarias a la CADH, se deja entrever que parte de la obligación de los Estados, que se irradia a sus órganos y funcionarios, es que dejan de aplicar normas convencionales y aplican normas internas que resultan inconvencionales a la luz del derecho internacional. La Corte además menciona a los órganos del Estado que, si bien no son parte del poder judicial, y en consecuencia no tienen facultades jurisdiccionales, desarrollan actividades similares, por lo cual se puede decir que poseen facultades jurisdiccionales en sentido material.

La cuestión que nos ocupa ahora es definir si les corresponde a órganos como los administrativos realizar el control de convencionalidad. Sobre la teoría general al respecto, podemos establecer que se puede realizar el control de convencionalidad. Al menos son las posiciones que ha asumido Juan Carlos Hitters, cuando señala que el control de convencionalidad de naturaleza desconcentrada debe ser aplicado por el Ejecutivo en sus tres niveles: nacional, regional y municipal. Similar criterio tiene Allan Brewer, quien considera que la esfera administrativa es un campo fértil para desarrollar el control de convencionalidad.

Consideramos que es posible que los órganos administrativos realicen un control de convencionalidad, toda vez que de este tipo de autoridades también pueden emanar actos lesivos de los derechos humanos, y la regla general es el respeto de los derechos humanos. En ese sentido, si bien la jurisdicción administrativa es una jurisdicción interna, puesto que se establece en una relación administración-administrado, es innegable que los derechos humanos trascienden toda barrera y están presentes en toda relación humana.

La cuestión de si los órganos administrativos pueden o no realizar el control de convencionalidad ha generado un gran debate. Por un lado, están los que creen que la labor del control de constitucionalidad es única y exclusiva del poder judicial, y que no debe ser delegada a otros órganos; y por otro lado, están los que creen que los órganos administrativos deben realizar el control de constitucionalidad y más aun de convencionalidad, pues una orden administrativa puede ser lesiva e ir en contra y vulnerar derechos humanos.

Pero en contra de todo lo hasta aquí expuesto nuestro problema es que es el estado en cabeza de su mandatario y muchos de sus ministros que son los principales violadores de esos derechos humanos que tanto se tratan de defender. Con sobrada razón, la Corte IDH ha configurado un control de convencionalidad extenso, pues ha propuesto su versión más restrictiva, a todos los órganos que ejerzan funciones jurisdiccionales en sentido material, y en una versión mucho más amplia, ha

comprometido a todos los órganos vinculados a la administración de justicia, eso sin mencionar que se ha referido a todos los órganos de un estado como los obligados, con la CADH, es decir todos deben velar porque los efectos del pacto, no sean merados, por la “aplicación de normas de carácter interno”, que sean contraria al pacto.

Pues bien, los órganos administrativos son órganos del Estado, por lo cual se encuentran vinculados mediante su íntegro cumplimiento, y están obligados a velar por su objeto y fin. La Corte IDH ha manifestado, reiterativamente, que todo Estado Parte de la CADH ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la CADH sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la CADH¹⁰.

La Corte estima pertinente precisar que la concepción del llamado control de convencionalidad tiene íntima relación con el principio de complementariedad, en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la CADH solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios.

Este principio de complementariedad, también llamado principio de subsidiariedad, atraviesa transversalmente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tal como lo expresa el Preámbulo de la CADH, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969. De tal manera, el Estado es:

[...] es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos.¹¹

De hecho, la jurisprudencia constitucional colombiana ha llegado a afirmar que las medidas cautelares, adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se incorporan de manera automática al ordenamiento jurídico interno. A su vez, ha señalado que la acción de tutela es un mecanismo adecuado para

10 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-747/98 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; 2 de diciembre de 1998).

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Serie C N.º 259. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. 30 de noviembre de 2012.

conminar a las autoridades públicas que cumplan lo dispuesto en ellas, cuando en un determinado asunto hubieren incumplido con sus deberes constitucionales. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la CADH, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que el efecto útil de la CADH no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones.

Cada vez resulta más evidente la necesidad de que, además, sean auténticos especialistas en el derecho internacional de los derechos humanos. Como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en varios de sus pronunciamientos, la rama judicial en general necesita capacitación en estas lides porque realmente desconocen qué es el control de convencionalidad. El derecho como ciencia jurídica necesita imprescindiblemente de la constante investigación, pues sin esta no podría actualizarse conforme a los propios cambios sociales, ni podría visualizar los errores cometidos, dejando en absoluta inmovilidad al sistema normativo y los temas adheridos a él.

Los tratados modernos sobre derechos humanos no son tratados multilaterales de tipo tradicional, pues su objeto es la protección de los derechos humanos, sin importar su nacionalidad, frente a su propio Estado o frente a otro Estado contratante. Si esto es así, el juez constitucional debe obligar a su propio Estado a proteger y defender a sus ciudadanos bajo el amparo del control de convencionalidad.

Según los tratados asumidos, un Estado Parte tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado; ya sean ejecutivas, legislativas, judiciales o de otra naturaleza, para la protección del derecho concernido. Si esto es de público conocimiento, podríamos afirmar que el funcionario judicial no aplica el control de convencionalidad por desconocimiento de qué es o de qué se trata.

El principal garante de los derechos humanos de las personas es el Estado, y si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado Parte quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, en su caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Es deber del juez constitucional, o del Ejecutivo, el Legislativo o de cualquier otra naturaleza, evitar que se llegue a esa instancia, y si se llega, es temor de ese juez constitucional a ser sancionado o acusado por su Estado Parte.

Las entrevistas son un instrumento de gran valor para llevar a cabo estudios académicos y tienen un uso muy extendido en las ciencias sociales y las humanidades. Son muy útiles para obtener datos que permitan validar objetivos y preguntas de investigación, y de manera consecuente ampliar el conocimiento sobre el tema investigado.

Se seleccionaron las entrevistas semiestructuradas porque se caracterizan por su flexibilidad. Aunque parten de un conjunto de preguntas previas, los entrevistados pueden contestar de forma abierta sin elegir respuestas específicas. Los entrevistados, además, pueden realizar apreciaciones transversales. Los resultados son menos sistemáticos, pero la información recogida de este modo puede llegar a ser de una gran riqueza si las preguntas han estado acertadas y los entrevistados se sienten libres de expresar sus conocimientos gracias a esta flexibilidad. En relación con este tipo de entrevistas, Díaz-Bravo *et al.* señalan que:

[...] presentan un grado mayor de flexibilidad que las estructuradas, debido a que parten de preguntas planeadas, que pueden ajustarse a los entrevistados. Su ventaja es la posibilidad de adaptarse a los sujetos con enormes posibilidades para motivar al interlocutor, aclarar términos, identificar ambigüedades y reducir formalismos.¹²

II. GUÍA PARA LA ENTREVISTA SEMIESTRUCTURADA

En la investigación, se seleccionó una muestra homogénea de cinco jueces y fiscales catedráticos en la Universidad Santiago de Cali. El propósito es profundizar en el conocimiento sobre el principio de convencionalidad que tienen estos jueces y qué opinan sobre los tipos de control que ejercen el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional al momento de emitir sus fallos:

1. ¿Tiene conocimientos sobre el principio de convencionalidad?
2. Puede contarnos cómo obtuvo estos conocimientos.
3. ¿Considera necesarios los conocimientos sobre el principio de convencionalidad para el cumplimiento de sus funciones?
4. ¿Comparte esta afirmación?: “El control de convencionalidad es una consecuencia directa del deber de los Estados para que los tratados internacionales que han firmado sean aplicados por parte de todos sus poderes, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia”.

12 Laura Díaz-Bravo, Uri Torruco-García, Mildred Martínez-Hernández, Margarita Varela-Ruiz. *La entrevista, recurso flexible y dinámico*. INVESTIGACIÓN EN EDUCACIÓN MÉDICA, vol. 2, núm. 7. Julio-septiembre 2013. Disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-50572013000300009

5. Cree usted que el operador judicial se siente presionado al momento de decidir en relación con el derecho interno y con las obligaciones derivadas del derecho internacional de los tratados, y, de manera específica, con las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación derivadas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las decisiones u opiniones de los miembros de su propio Estado.
6. En relación con los tratados modernos sobre derechos humanos, ¿considera usted que son bien implementados en Colombia? Argumente su respuesta.
7. El principal garante de los derechos humanos de las personas son los Estados Parte; de ahí, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado Parte quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, en su caso, reparar, antes de tener que responder frente a instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. ¿Qué opina de esta aseveración?
8. Bajo el amparo del control de convencionalidad, ¿sería posible que el juez constitucional obligatoriamente abogue por la protección de los derechos humanos? Explique su respuesta.

Le estaríamos muy agradecidos si nos comparte alguna sugerencia que considere necesario tener en cuenta para nuestra investigación. Para el procesamiento de la información obtenida con la aplicación de técnicas e instrumentos, se seleccionó la herramienta ATLAS.ti., que ofrece un espacio de trabajo en donde se pueden analizar datos no estructurados; en esencia, este *software* permite codificar documentos de texto (.doc, .txt, .pdf, etc.).

PREGUNTA: Puede contarnos cómo obtuvo estos conocimientos.

RESPUESTA: A partir de la caracterización del control de convencionalidad interno, se puede evidenciar que uno de sus elementos más críticos es el parámetro de convencionalidad en el que la jurisprudencia interamericana juega un papel fundamental, por cuanto contiene las interpretaciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dada la importancia de la jurisprudencia interamericana en la implementación del control de convencionalidad, es preciso buscar alternativas que ofrezcan la confianza por parte de los sujetos intervinientes dentro de todos los sistemas jurídicos, y en este caso dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El respeto del autoprecedente interamericano ofrece la posibilidad de tener una jurisprudencia con normas claras, consistentes entre sí y en el tiempo, lo que a su vez representa tener más consistencia en el parámetro de convencionalidad, permitiendo así que los Estados implementen medidas tendientes a cumplir con los estándares interamericanos, incluyendo la realización del control de convencionalidad, con la confianza de que no se presentarán cambios intempestivos y abruptos, sin la debida justificación por parte de la Corte Interamericana.

PREGUNTA: ¿Comparte esta afirmación?: “El control de convencionalidad es una consecuencia directa del deber de los Estados para que los tratados internacionales que han firmado sean aplicados por parte de todos sus poderes, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia”.

RESPUESTA: Los jueces, principalmente, pero también las demás autoridades estatales (de acuerdo con la última posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), fungen como jueces y autoridades interamericanos. Como puede advertirse, la novedad radica en el control de convencionalidad difuso, pues la dimensión concentrada es propia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y de las funciones de la Corte Interamericana, por lo que ha operado desde su nacimiento.

Pero afirmar que los Estados tienen el deber de ejercer un control de convencionalidad y que ello ya no es una competencia exclusiva de la Corte Internacional de Derechos Humanos, lleva a plantearse al menos los siguientes interrogantes: ¿qué autoridades estatales deben hacer ese control de convencionalidad?, ¿cuál es el parámetro de convencionalidad que debe ser utilizado?, ¿qué consecuencias acarrea la no realización de este control?, y ¿de qué depende que el control de convencionalidad pueda ser realizado correcta y efectivamente? En suma, es necesario establecer con claridad cuáles son los elementos definitorios de esta figura.

PREGUNTA: Cree usted que el operador judicial se siente presionado al momento de decidir en relación con el derecho interno y con las obligaciones derivadas del derecho internacional de los tratados, y, de manera específica, con las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación derivadas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las decisiones u opiniones de los miembros de su propio Estado.

RESPUESTA: Sí. Los elementos esenciales del control de convencionalidad son sujetos, objeto y parámetro de convencionalidad. Pueden existir otras características de esta herramienta jurídica, aunque pudieran ser importantes especialmente desde el

punto de vista operativo, las considero accidentales; un ejemplo: ¿de qué le sirve a un Estado saber que el control de convencionalidad debe realizarse de oficio si no tiene claridad sobre qué autoridades deben realizarlo?

En efecto, el carácter oficioso es una característica de este control, pero bien podría no existir y aun así los Estados tendrían los elementos necesarios para poder cumplir con esta obligación si saben qué agentes estatales lo deben efectuar, sobre qué normas y si conocen el referente o parámetro que les permite concluir si una norma es convencional o no. Lo anterior coincide con las categorías desarrolladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias, pues, aunque no ha usado los mismos términos ni los ha referenciado como elementos esenciales, la mayoría de las veces que se refiere al control de convencionalidad identifica quiénes debieron realizar el control, a qué norma y teniendo en cuenta qué parámetro. De esta forma, la dificultad no está en que el Tribunal Interamericano no se percate de estos criterios o elementos, sino en que no sea consistente en la definición de ellos y, al tiempo, pretenda darle un carácter de generalidad, es decir, que sea aplicable para todos los Estados.

PREGUNTA: En relación con los tratados modernos sobre derechos humanos, ¿considera usted que son bien implementados en Colombia? Argumente su respuesta

RESPUESTA: No. En el derecho moderno y en la construcción del Estado lo relevante es la "víctima" y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos, y de los derechos humanos. Su fundamento se encuentra en la interpretación sistemática del preámbulo, de los artículos 1, 2, 4, 13 a 29, 90, 93 y 94 de la Carta Política, y en el ejercicio de un control de convencionalidad de las normas, que por virtud del bloque ampliado de constitucionalidad exige del juez contencioso observar y sustentar el juicio de responsabilidad en los instrumentos jurídicos internacionales (tratados, convenios, acuerdos, etc.) de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, bien sea que se encuentren incorporados por ley al ordenamiento jurídico nacional o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter de *ius cogens*. Esta visión, en la que el ordenamiento jurídico colombiano (y su jurisprudencia) está en el camino de consolidarse, responde al respeto de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho y al principio *pro homine*, hoy pro persona, que tanto se promueve en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

PREGUNTA: El principal garante de los derechos humanos de las personas son los Estados Parte; de ahí, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el

propio Estado Parte quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, en su caso, reparar, antes de tener que responder frente a instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. ¿Qué opina de esta aseveración?

RESPUESTA: Es triste, pero es cierto. Como ya se dijo, nuestros operadores son temerosos hasta de aplicar nuestro propio sistema cuando se trate de salvaguardar derechos humanos. Desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido precisando el contenido y alcance del concepto de control de convencionalidad en su jurisprudencia. Ha establecido en su jurisprudencia que cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y la Convención Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin.

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* ese control de convencionalidad entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es parte el Estado. Esta tarea es de los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el Ministerio Público; todos deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que estos órganos han realizado a esos casos para dar esta interpretación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estima y hace necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo cual la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para el Estado. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, de competencia contenciosa o consultiva. El propósito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos.

PREGUNTA: Bajo el amparo del control de convencionalidad, ¿sería posible que el juez constitucional obligatoriamente abogue por la protección de los derechos humanos? Explique su respuesta.

RESPUESTA: Debería de hacerlo, su obligación es *ex officio*. En situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que

fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado. Por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estima pertinente precisar que la concepción del llamado control de convencionalidad tiene íntima relación con el “principio de complementariedad”, en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios.

Este principio de complementariedad, también llamado de subsidiariedad, informa que transversalmente el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos, “coadyuvante o complementario de la protección que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

PREGUNTA: Le estaríamos muy agradecidos si nos comparte alguna sugerencia que considere necesario tener en cuenta para nuestra investigación.

Al referirse al control de convencionalidad interno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no siempre lo hace en relación directa con el problema jurídico que está resolviendo. En otras palabras, en ocasiones este control es abordado dentro de *obiter dicta* y no *ratio decidendi*. Esto plantea la necesidad de que se dé un análisis para la identificación y diferenciación entre la *obiter dicta* y *ratio decidendi*, de tal forma que se tenga claridad exactamente qué de la parte motiva de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben tener en cuenta los Estados al realizar el control de convencionalidad interno.

Es necesario que se avance en un trabajo conjunto (que involucre a todos los actores del Sistema Interamericano de Derechos Humanos) para desarrollar una teoría del precedente interamericano que permita responder claramente a interrogantes

como: ¿qué parte exactamente de las sentencias hace parte del parámetro de convencionalidad?, y, en consecuencia, ¿qué deben tener en cuenta los Estados?

Hablar de precedente y en particular del autoprecedente no representa una camisa de fuerza para la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por el contrario, es compatible con sus funciones y elementos característicos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como lo es la interpretación evolutiva de los derechos humanos.

El respeto por el autoprecedente implica tanto seguirlo como no seguirlo, pero en ambos casos ofrece una garantía de la razonabilidad de las decisiones judiciales porque tanto en uno como en otro supuesto el juez debe argumentar y esa carga argumentativa se hace más fuerte cuando pretende distinguir o cambiar el precedente porque tiene que argumentar en contra de la corrección de este y a favor de la corrección del nuevo criterio interpretativo que pretende usar.

Vale la pena recalcar que el autoprecedente es un valioso instrumento para al correcto funcionamiento del control de convencionalidad porque contribuye a tener normas claras, comprensibles por sus destinatarios. Tener normas consistentes entre sí evita contradicciones. Tener normas consistentes en el tiempo evita cambios frecuentes.

III. CONCLUSIONES

- El Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, al momento de emitir sus fallos, no aplican eficazmente el control de convencionalidad de la Corte IDH.
- Sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia no aplican el control de convencionalidad, aun cuando han firmado tratados internacionales. Según los tratados asumidos, un Estado Parte tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, ya sean sean ejecutivas, legislativas, judiciales o de otra naturaleza, para la protección del derecho concernido.
- Las tres ramas del poder público en Colombia no reconocen y aplican que los presupuestos procesales son los requisitos indispensables para que se integre el proceso y sea factible emitir la sentencia que entre al fondo del asunto, esencialmente por falta de conocimientos sobre estas temáticas.
- El operador judicial se siente presionado al momento de decidir en relación con el derecho interno y con las obligaciones derivadas del derecho internacional de los tratados, y, de manera específica, con las obligaciones

estatales de respeto, garantía y adecuación derivadas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las decisiones u opiniones de los miembros de su propio Estado.

- Existe un total desconocimiento por parte del legislativo y del judicial. Esto condiciona que en los últimos diez años el Estado colombiano siga siendo el Estado más sancionado por violación de derechos humanos, desplazamiento forzado, y asesinato de comunicadores sociales, líderes sociales y otros como población LGBTI.
- El precedente de la Corte IDH es una fuente jurídica directa para todo juez y autoridad. Ahí radica una de las problemáticas más importantes para los operadores jurisdiccionales del continente: hasta qué punto la vinculatividad de las resoluciones dictadas por la Corte resultan eficaces a nivel doméstico; y, lo más complejo, de qué forma y en qué grado el juez debe armonizar el precedente interamericano con las fuentes internas. Es importante que el órgano jurisdiccional en cuestión se comprometa a cumplir con el contenido y alcance de sus precedentes, pues el uso asimétrico y desordenado de los criterios jurisprudenciales, lejos de hacer un sistema de precedentes e interpretativo, solvente y consistente, genera un sistema contrapuesto y confuso al momento de aplicar dichos criterios, reduciendo con ellos la vigencia y eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos al tutelar los derechos humanos.
- El desarrollo del mecanismo de tutela de los derechos humanos se ha desplegado en el doble plano sustantivo y organizativo. El catálogo de derechos se ha ido ampliando mediante protocolos; en todo caso, ese catálogo comprende, junto con los derechos sustantivos, los de carácter instrumental precisos para su tutela y, por tanto, efectividad; es decir, los alusivos a un recurso efectivo ante las jurisdicciones nacionales en caso de violación de los derechos, no discriminación y abuso de derecho. Además, y congruente con lo anterior, una función en todo equivalente en el campo de los derechos humanos a la propia de los Tribunales Constitucionales internos, estableciendo estándares de protección del ejercicio de los referidos derechos y adaptándolos a la evolución social, y ello sobre la base de una doble afirmación: la de carácter de instrumento constitucional del orden público en materia de derechos humanos de la Corte IDH y la similitud de su actuación con la de las jurisdicciones constitucionales internas, trascendiendo así el plano propio del juez del caso concreto.

- En los distintos sistemas democráticos, la vigencia de los derechos y las libertades requiere un orden jurídico e institucional en el que las leyes prevalezcan sobre la voluntad de los gobernantes y los particulares. Para ello, es indispensable contar con un efectivo control judicial de la constitucionalidad y legalidad de los actos del poder público, cuestiones que han sido plasmadas en las diversas Constituciones de América Latina a lo largo de los distintos procesos de constitucionalización ocurridos en los siglos XIX y XX. Estas cartas, inspiradas en los ideales revolucionarios franceses, fueron las que implementaron de forma definitiva los sistemas republicanos basados en la división de poderes, contemplando, a su vez, las garantías tendientes a preservar el Estado de derecho.
- La Procuraduría debe capacitar a todos los órganos de control que tengan que ver o decidir con los derechos humanos sobre la temática de control de convencionalidad. Debe existir un sistema eficaz de protección de operadores de justicia, testigos, víctimas y sus familiares. Se debe esclarecer la existencia de estructuras criminales complejas y sus conexiones con el Ejército, con ganaderos o con empresarios, ya que, en muchos de los casos de no aplicación y vulneraciones de ese control de convencionalidad, ellos los hicieron posibles.

IV. REFERENCIAS

- Eugenio Lahera. EL PAPEL DEL ESTADO Y EL GOBIERNO EN EL DESARROLLO. ANTECEDENTES PARA EL ANÁLISIS DE LA POSICIÓN DE LA CEPAL. Publicaciones de la Cepal. (1997). Disponible en: <https://hdl.handle.net/11362/34629>
- Jairo Andrés Castaño Peña. *El control de convencionalidad en Colombia. Estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado*. REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS, núm. 197. Julio-septiembre 2022. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.197.09>
- Juan Antonio García Amado. DECIDIR Y ARGUMENTAR SOBRE DERECHOS. Tirant lo Blanch. (2017).
- Juan Carlos Hitters. *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*. ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, vol. 7, núm. 2. 2009. pp. 109-128. Disponible en: <http://tinyurl.com/4mrahw5w>
- Laura Díaz-Bravo, Uri Torruco-García, Mildred Martínez-Hernández, Margarita Varela-Ruiz. *La entrevista, recurso flexible y dinámico*. INVESTIGACIÓN EN EDUCACIÓN MÉDICA, vol. 2, núm. 7. Julio-septiembre 2013. Disponible en: <http://tinyurl.com/4zma8ah4>

Louis Favoreau. LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO. Trad. Magdalena Correa Henao. Editorial Universidad Externado. (2000).

Nelsy Andrea Aponte Vargas. *Alcance constitucional y aplicación del control de convencionalidad en los fallos judiciales en Colombia* (tesis de especialización, Universidad Libre de Colombia). 2023. Disponible en: <https://hdl.handle.net/10901/24152>

Néstor L. Guzmán. DISCRECIONALIDAD Y JUSTIFICACIÓN. Editorial Astrea. (2019).

Perfecto Andrés Ibáñez, Robert Alexy. JUECES Y PONDERACIÓN ARGUMENTATIVA. IJ-UNAM. (2006).

Yezid Carrillo de la Rosa. *La inclusión de la moral en el derecho y la encrucijada actual del positivismo jurídico*. DIÁLOGOS DE SABERES, núm. 31. 2009. Disponible en: <http://tinyurl.com/44huzedf>