

Primera parte

# Discursos de ascenso e ingreso como Miembros de la Academia Colombiana de Jurisprudencia



Revista de la Academia  
Colombiana de Jurisprudencia  
julio-diciembre, 2023

LA OPERATIVIDAD DEL CONTROL DE  
CONVENCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO  
COLOMBIANO  
CRITERIOS DE INCORPORACIÓN DEL DIDH  
INTERAMERICANO EN EL ORDENAMIENTO  
CONSTITUCIONAL COLOMBIANO\*

Humberto Antonio Sierra Porto\*  
*Académico correspondiente*

**Resumen:** el control de convencionalidad es un concepto integrado por elementos comunes y vinculantes a todos los Estados que admiten la competencia de la Corte Interamericana, pero también depende de las peculiaridades del sistema de fuentes y del diseño de competencia para hacer control de validez de las leyes y de los actos administrativos. De esta forma, cada país realiza de manera diferente el control de convencionalidad. La utilización de la convención y la jurisprudencia se realizan en Colombia de la misma forma en que están previstos los mecanismos de incorporación de las fuentes del derecho internacional en el derecho interno, bien como bloque de constitucionalidad, bien como régimen de fuentes del artículo 230 o como criterio de hermenéutica jurídica.

**Palabras clave:** control de convencionalidad en Colombia; mecanismo de incorporación del derecho internacional; bloque de constitucionalidad; excepción de inconstitucionalidad; Corte IDH; decolonización; derechos humanos.

\* Discurso de ingreso como Miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, en sesión del 27 de julio de 2023.

\*\* Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Autónoma de Madrid, en el Reino de España, y abogado por la Universidad Externado de Colombia. Cuenta con una especialidad en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, en España. Desde 2013 es Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y fungió como su Presidente en el bienio 2014-2015. Dentro de la Corte Constitucional Colombiana se desempeñó como Magistrado (2004-2012), Conjuez (2001) y Auxiliar (1992). También fue abogado postulante ante el Consejo de Estado (1997-2003) y Asesor en Asuntos Legislativos de la Cámara de Representantes (1998-1999). Investigador del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita y ha sido investigador invitado en la Universidad Externado

## THE EFFECTIVENESS OF CONVENTIONAL CONTROL IN COLOMBIAN LAW

### CRITERIA FOR INCORPORATING THE INTER-AMERICAN DIDH INTO THE COLOMBIAN CONSTITUTIONAL SYSTEM

**Abstract:** The Inter-American Conventionality Control is a concept comprised of common and binding elements for all States that have accepted the jurisdiction/competence of the Inter-American Court of Human Rights. However, it also depends on the peculiarities of the “system of sources” and the design of competences to control the validity of laws and administrative acts of each country. Consequently, each State implements the Inter-American Conventionality Control differently. In Colombia, the Convention and the Inter-American jurisprudence are used in the same way as mechanisms are foreseen for the incorporation of sources from the international system in relation to national law. This can be manifested either as a block of constitutionality, a source regime under article 230, or as a standard for legal hermeneutics.

**Keywords:** Conventionality Control in Colombia; mechanisms to incorporate International Law; Constitutional Block; Unconstitutional Exception; Inter-American Court of Human Rights; Decolonization; Human Rights.

## Introducción

Este trabajo tiene como propósito establecer las bases conceptuales y normativas necesarias para la aplicación del derecho interamericano, en especial de la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el ordenamiento jurídico colombiano. La conceptualización de la figura del control de convencionalidad tiene como uno de sus elementos constitutivos el que la obligación de respeto de la Convención y de la jurisprudencia de la Corte debe hacerse por todos los funcionarios del Estado, dentro de las competencias y procedimientos establecidos por el ordenamiento interno. De manera que el alcance y la operatividad del control de convencionalidad es diferente en cada país, y su intensidad y posibilidades dependerán del diseño de sus competencias, lo que nos remite al análisis del derecho constitucional

---

de Valladolid (2000-2001), ambas instituciones colombianas. Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad Externado de Colombia, institución de la cual también ha sido Director de los posgrados en Derecho Constitucional; Derecho Parlamentario; Derecho Público, Ciencia y Sociología Política; y Derecho Público. Autor de diversas publicaciones en el área de justicia constitucional, fuentes de derecho y derecho parlamentario.

Contacto: [humbertoasierra@gmail.com](mailto:humbertoasierra@gmail.com)

colombiano y, en particular, del manejo de fuentes y de las competencias de los poderes constituidos.<sup>1</sup>

El control de convencionalidad, como lo diremos más adelante, es esencialmente la incorporación del derecho internacional en el derecho interno, y esta operación es diferente en cada país, en virtud de la asimetría y diferencias en la manera como se comprende el papel del derecho internacional.<sup>2</sup>

Para saber en concreto cómo se hace control de convencionalidad en cada país, en este caso en Colombia, se requiere utilizar las categorías convencionales, esto es, los elementos integrantes del concepto de control de convencionalidad construidas por la jurisprudencia de la Corte IDH, pero simultáneamente y con particular esmero, nuestras peculiaridades constitucionales. Este último aspecto es el que, considero, debe ser más elaborado por nuestra doctrina y jurisprudencia.<sup>3</sup>

## Elementos contextuales

La manera como se está desarrollando el debate sobre el alcance, la importancia y los efectos de la figura del control de convencionalidad en

<sup>1</sup> La heterogeneidad del concepto de control de convencionalidad y las diferencias jurídicas, políticas y sociales de los Estados que aceptan la competencia de la Corte son un lugar común en los doctrinantes del SIDH. Véase Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales): Algunas Cuestiones Relevantes”. *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, 1, n.º. 1, art. 2 (2015): 9.

<sup>2</sup> Sobre el concepto de bloque de convencionalidad son muchas las apreciaciones que ha hecho la doctrina; se han destacado varias aristas en las dificultades de construir un concepto unificado, hasta definiciones puntuales que sirvan de orientación a los operadores jurídicos. Sobre el particular es muy útil la visión panorámica que trae GARCÍA RAMÍREZ, *op. cit.*

<sup>3</sup> Para una consulta completa sobre la temática de control de convencionalidad véase: a) Enrique BOTERO GIL, *Control de convencionalidad en Colombia. Una experiencia de dialogo judicial*, 2 ed. (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2019) y b) Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, *El Concepto de control de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017), además, es esclarecedora la lectura de dos ilustres doctrinantes mexicanos, sin perjuicio de otros autores clásicos que citamos más adelante; c) Pablo GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, “La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad”, *Estudios Constitucionales*, año 15, n.º. 1 (2017): 55-98. Resulta de suma utilidad la bibliografía que allí se relaciona; d) Karla QUINTANA IRASAMENA, *El control de convencionalidad: Un estudio del Derecho interamericano de los Derechos Humanos y del Derecho mexicano. Retos y perspectivas* (México: Editorial Porrúa, 2019). Principalmente, los dos primeros capítulos.

nuestro país, pone de manifiesto que estamos inmersos en un proceso de recepción, análisis y comprensión de las posibilidades de actuación que se otorga a los operadores jurídicos en general. Para comprender y apreciar las peculiaridades de este proceso es necesario hacer unas reflexiones iniciales de carácter contextual, que aporten elementos para entender la complejidad y trascendencia de los efectos jurídicos y políticos de la figura del control de convencionalidad.

### **El control de convencionalidad como mecanismo de legitimación adicional en la aplicación del Derecho**

Uno de los elementos para la caracterización del constitucionalismo latinoamericano está relacionado con los problemas de legitimidad democrática en los países de nuestro entorno. La compraventa de votos, el clientelismo, los actos de corrupción o de manipulación del proceso electoral dejan una percepción generalizada en la opinión pública de falta de credibilidad en el Estado y sus funcionarios. Los problemas de credibilidad o legitimidad tienen profundas implicaciones en el diseño de la organización estatal y en el funcionamiento del Estado mismo.

Los problemas de confianza en la democracia representativa, propios de los sistemas constitucionales latinoamericanos, no nos son ajenos y son parte esencial de nuestra forma de ser, de la manera como se debe comprender la estructura y el funcionamiento de nuestra organización estatal, así de la aplicación del Derecho. En efecto, el diseño de la parte orgánica de nuestro sistema constitucional se explica como un intento de compensar las deficiencias de legitimidad de origen que se producen por las disfunciones del sistema electoral.<sup>4</sup> La falta de credibilidad en las instituciones y servidores públicos que hacen parte de nuestro sistema de democracia representativa, tales como Congreso, asambleas, concejos municipales, e

---

<sup>4</sup> La reflexión sobre cómo la desconfianza en los órganos e instituciones propias afecta a la organización estatal y a la forma como se aplica el derecho en Colombia, es una lectura de la lógica incita en el diseño constitucional y en la dinámica de competencias de las ramas del poder y de los órganos de control. El punto de partida está en que la literalidad del artículo 133: “Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común”, aunque sirve como punto de partida para la interpretación jurídica, tiene serios problemas de coherencia con la realidad institucional.

incluso, aunque en menor intensidad, presidente, gobernadores y alcaldes, se ve compensada con mecanismos de legitimidad de resultado. Los problemas de origen derivados de las distorsiones que se presentan en el sistema electoral, legitimidad *ex ante*, se pretenden con comportamientos y lógicas de actuación de los poderes constituidos; es decir, la legitimidad es de resultado *ex post* y se expresa esencialmente en dos ámbitos: a) en el diseño institucional y b) en la aplicación del Derecho.

Las deficiencias en el sistema electoral de nuestra democracia representativa originan un diseño de distribución de poderes proclive a la creación de numerosos órganos de control. Que en Colombia existan tantos y tan variados órganos de control (Procuraduría, Contraloría, Fiscalía, administración de justicia) encuentra explicación en la necesidad de legitimación del Estado y del Derecho. Se trata de una lógica de compensación consistente en establecer un diseño institucional plagado de órganos, que hacen frente a la corrupción y demás consecuencias de los problemas en que consiste la ilegitimidad *ex ante* con sanciones. Si bien en Colombia pueden ingresar servidores públicos con orígenes “espurios”, las actuaciones que atenten contra la justicia, el patrimonio, la moralidad o que distorsionen el interés general o el bien común, serán corregidos por muchos órganos que desde distinta perspectiva eviten actuaciones incorrectas. Consecuencia de tantos órganos con sujetos, normas y sanciones diferentes, es la negación del principio *non bis in idem*.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> La configuración que ha hecho la Corte Constitucional colombiana sobre el principio de *non bis in idem* muestra claramente el propósito de conservar y reconocer un sistema de controles y sanciones número y concurrente que permite a varios órganos y sujetos imponer sanciones y, de esta manera, hacer frente a los problemas de corrupción derivados de las deficiencias del sistema electoral. Nuestra jurisprudencia constitucional tiene una línea jurisprudencial que ha permanecido intacta a lo largo de los años, y trae una “discutible” comprensión del principio de *non bis in idem*. Véase Sentencia C 870 de 2002, [...] para la Corporación “*la prohibición del doble enjuiciamiento no excluye que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre y cuando estas tengan distintos fundamentos normativos y diversas finalidades. Esta Corte ha precisado que el non bis in idem veda es que exista una doble sanción, cuando hay identidad de sujetos, acciones, fundamentos normativos y finalidad y alcances de la sanción*”. Ahora bien, según la jurisprudencia de la Corte, “existen múltiples razones por las cuales puede no existir identidad de causa, definida [...] como el motivo de iniciación del proceso. *La Corte ha sostenido que la causa de los juzgamientos concurrentes es distinguible cuando difieren la naturaleza jurídica de las sanciones, su finalidad, el bien jurídico tutelado, la norma que se confronta con el comportamiento sancionable o la jurisdicción que impone la sanción*. De acuerdo con los criterios anteriores, esta corporación ha analizado numerosas normas que permiten la imposición de varias sanciones a partir de un mismo hecho. Así, la Corte ha considerado como ajustadas a

La falta de credibilidad en el Congreso y, en general, de los órganos de elección popular, hace que se construya un diseño institucional que pueda hacer frente a los problemas o disfunciones que estos órganos o poderes constituidos y fundados en un sistema electoral cuestionado. La solución es la de establecer numerosos controles. La lógica es: si bien pueden existir disfunciones o abusos generados por representantes elegidos por un sistema electoral con problemas de legitimidad, el Estado colombiano tiene un sistema robusto de controles capaces de sancionar y disuadir a quienes realicen actividades de corrupción.

Los problemas de credibilidad propios de la democracia representativa encuentran su máximo referente en la desconfianza de base que expresa la constitución colombiana en la regulación de la actividad del Congreso de la República y de sus miembros, así como de los resultados del ejercicio de las funciones que tiene previstas. La ilegitimidad de origen del Congreso y sus miembros<sup>6</sup> se traslada a los representantes, a las funciones que estos desempeñan y al producto de su trabajo esencial: la creación de las leyes. Las leyes y el Derecho que mayoritariamente se expresan en estas normas son contaminados por los problemas de legitimidad del Congreso y sus miembros.

Un Congreso ilegítimo o con problemas de legitimidad produce leyes y un Derecho con problemas de credibilidad, donde no existe una convicción generalizada en la sociedad acerca de la corrección del Derecho, de la coherencia entre el contenido de las leyes y sus propósitos de interés general y respeto de los derechos de los colombianos.

---

la Constitución normas que permiten que por la misma conducta, una persona sea sometida a un proceso disciplinario de manera concurrente con otros juicios sancionatorios, dentro de los que se encuentran los penales, contencioso administrativos por nulidad del acto de elección del servidor público, de responsabilidad patrimonial del funcionario público y los de índole administrativa, fiscal, correccional civil y correccional penal. Igualmente, la Corte ha aceptado la concurrencia de sanciones disciplinarias con el retiro de la carrera administrativa, y con sanciones en materia de ética médica, civiles, laborales y familiares. La corporación también ha considerado que no existe violación al principio *non bis in idem*, cuando juicios penales concurren con procesos correccionales o con incidentes relativos al arresto por desacato”. (Énfasis agregado)

<sup>6</sup> Esta afirmación debe ser comprendida adecuadamente: que existan problemas puntuales de compraventa de votos, que existan prácticas de clientelismo y situaciones puntuales de irregularidades electorales, no significa *prima facie* la negación de la democracia, o desconocer la legitimidad y corrección de la mayor parte de nuestros senadores o representantes. Sin embargo, la existencia de “irregularidades”, así sean solo en un porcentaje menor, sí tienen la posibilidad de afectar la percepción general del Congreso y de sus miembros.

En este contexto de problemas de desconfianza institucional y normativa es en el que debemos enmarcar el terreno donde se está desarrollando la figura que aquí nos ocupa: el control de convencionalidad como una competencia que corresponde a todos los órganos y funcionarios del Estado. La administración de justicia y la administración pública, al resolver casos concretos, deben interpretar-aplicar un Derecho con problemas de credibilidad, lo que exige o, si se quiere, hace aconsejable y conveniente fortalecer la autoridad de su argumentación, de sus motivaciones con la fundamentación en fuentes del Derecho que adicione los elementos de convicción de credibilidad. En la necesidad de fortalecer las consideraciones, la *ratio*, las motivaciones y los fundamentos, es donde la invocación y la utilización del DIDH, del *corpus iuris* interamericano<sup>7</sup>, adquieren un valor y una centralidad de primer orden. Se trata de una relevancia esencial para la eficacia y aceptación social de las decisiones jurídicas, se trata de un recurso esencial para incrementar la *autoritas* que se deriva del Derecho nacional.

El control de convencionalidad como instrumento para complementar la legitimidad y credibilidad en la aplicación del derecho es un elemento cuya trascendencia va más allá de la técnica de aplicación normativa, se ubica en la necesidad de tomar decisiones sólidas y amparadas por la legitimidad que otorga el derecho internacional y dentro de este, el derecho internacional de los derechos humanos.

### **La utilización del derecho internacional como instrumento para racionalizar la tendencia a un derecho disperso**

Otro fenómeno interesante que permite comprender la trascendencia y la popularidad de la figura del control de convencionalidad en el ámbito interamericano y, por supuesto, también de Colombia, es el relacionado con la manera como el derecho internacional opera como elemento orientador y formador de los aspectos esenciales del derecho nacional en un contexto de expansión y dispersión constitucional. En efecto, en sistemas constitucionales en donde la

<sup>7</sup> El concepto de *Corpus iuris interamericano* que aquí traemos se refiere, esencialmente, a la Convención americana y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana (jurisprudencia, resoluciones y las opiniones consultivas). Para la adecuada comprensión y para determinar el alcance de los derechos humanos contemplados en la Convención se requiere utilizar además los tratados interamericanos sobre derechos humanos.

norma fundamental no está acotada de manera precisa, aparece un fenómeno de expansión y una consecuente dispersión de los derechos, lo que hace que la ciudadanía y, en particular, los operadores jurídicos acudan al derecho internacional para sistematizar e identificar lo más relevante en materia de derecho y de derechos. Ante la dispersión y difuminación del derecho interno, el derecho internacional, las declaraciones de derecho y la jurisprudencia interamericana, se convierten en los faros, en los puntos de referencia para una comprensión más simple y eficaz de los derechos y obligaciones.<sup>8</sup>

El fenómeno de la dispersión del derecho constitucional genera la necesidad de articular un derecho constitucional alrededor de principios, que son derivados, que son directamente tomados del derecho internacional de los derechos humanos y de la jurisprudencia de la Corte IDH. La existencia de numerosas reformas constitucionales, la existencia de constituciones muy externas, con desarrollos de detalle, donde las normas constitucionales desarrollen aspectos propios de un código administrativo y, principalmente, la existencia de numerosas reformas constitucionales, hace que no sea fácil identificar lo esencial dentro del texto constitucional.<sup>9</sup>

La atomización o difuminación del derecho constitucional es una realidad en Colombia: más de medio centenar de reformas constitucionales en treinta años, cada una de estas reformas con varios artículos que modifiquen o adicionan la Constitución; bloque de constitucionalidad impreciso, no hay plena certeza sobre el número total de los contenidos normativos de tratados o fuentes del derecho internacional que contengan disposiciones que se consideren bloque; numerosos contenidos materiales (premisas mayores) en la Constitución, contruidos por la jurisprudencia de juicio de

---

<sup>8</sup> En el derecho constitucional colombiano, como sucede en otros países, el catálogo de los derechos fundamentales no está acotado por los señalados en el título II, capítulo 1; la jurisprudencia constitucional ha extendido la consideración de fundamentales prácticamente a todos los derechos establecidos en la Constitución. Acudir a las declaraciones de derechos contenidas en tratados internacionales permite identificar de manera más sencilla qué es lo fundamental en el ordenamiento nacional.

<sup>9</sup> En América Latina, el recurso a las reformas constitucionales difiere. En muchos de nuestros países, la explosión normativa a nivel constitucional es extrema (caso mexicano); en otros, las numerosas leyes sobre aspectos de derechos puede generar el mismo efecto, se hace necesario acudir a un derecho de principios para entender “el bosque”. En el caso colombiano, la Constitución de 1886, que tuvo más de 100 años, fue objeto de más de 80 reformas constitucionales. La actual Constitución de 1991, en estos 32 años, lleva 40 reformas constitucionales. Se trata de una Constitución muy reglamentaria.

sustitución, y derechos constitucionales innominados, creados por la jurisprudencia constitucional. Todos estos elementos son la clara expresión de una dinámica expansiva del contenido de Constitución en Colombia.

La flexibilización de la Constitución y la dispersión de la temática constitucional son factores que impulsan, que hacen conveniente acudir al derecho internacional como norte, como criterio orientador para determinar lo esencial del ordenamiento constitucional. Se construye un sistema de derecho de principios supraconstitucionales que se articula alrededor de las temáticas más relevantes del derecho internacional. De hecho, la tesis de la sustitución de la Constitución, en algunas de las modalidades de argumentación judicial, apunta a esta idea. Se pueden declarar inconstitucionales reformas constitucionales que desconozcan los derechos humanos contenidos en la Convención Americana de DDHH.<sup>10</sup>

Se acude al DIDH y al SIDH para organizar o priorizar los principales aspectos de una necesaria teoría general de derechos fundamentales, aspecto o tema que se deriva de la dispersión que genera la proliferación de normas constitucionales. En este contexto, la referencia al derecho internacional mediante la figura del control de convencionalidad y, por esta vía, a los derechos humanos, aparece como un fenómeno natural que opera, si se quiere como un mecanismo necesario para garantizar la comprensión del ordenamiento jurídico y el principio de seguridad jurídica.

### **La teleología del SIDH: ¿por qué se acude al sistema interamericano?**

Como hemos señalado, el recurso al derecho internacional, en general, y al interamericano, en particular, es necesario como un instrumento de convencimiento, de legitimidad adicionada de las decisiones administrativas y judiciales internas. El recurso al derecho internacional se concreta en citas de tratados, de principios del derecho internacional, de costumbre *ius cogens* o de derecho blando, y también en menciones y sustento en sentencias de tribunales internacionales. Sin embargo, esta explicación sobre

<sup>10</sup> Salvamento de voto del magistrado Mauricio González Cuervo a la Sentencia C-249 de 2012, conforme a la cual los límites a la competencia del Congreso para reformar la Constitución deben identificarse a partir de las normas imperativas del derecho internacional y de los convenios de derechos humanos.

la utilidad, pertinencia y necesaria relación entre las fuentes del derecho nacionales e internacionales tiene otros propósitos; que son de la mayor relevancia en tanto nos ayudan a comprender la importancia de la figura de la intervención de la comunidad internacional y de la Corte Interamericana en la solución de problemas de eficacia de los derechos fundamentales.

El recurso al derecho internacional y a la justicia interamericana como expresión de fenómenos de integración o de mayor relacionamiento internacional tiene varias lecturas o propósitos: una primera es la de entender que las sentencias de la Corte Interamericana, incluso en el caso de que se trate de sentencias condenatorias, tienen una pretensión de corrección y ayuda ante las deficiencias que se presenten en el Estado colombiano. Con esta lectura se percibe la responsabilidad del Estado en el ámbito internacional como una sanción o reproche a la justicia interna y un reclamo a la institucionalidad nacional por su omisión en la resolución de los problemas de derechos humanos de sus ciudadanos. Esta es una forma de comprender la actividad de los tribunales internacionales en la que las virtudes del sistema interamericano estarían precisamente en la capacidad de solventar los vacíos y la negligencia de los órganos nacionales, con especial atención a la administración de justicia (esto por el carácter subsidiario o complementario del SIDH).

Una segunda posibilidad de valorar la utilidad o pertinencia de las decisiones de la Corte IDH, insisto, incluso las sentencias de condena, sería la de considerar que el derecho internacional y la comunidad internacional, en su conjunto, operan como una especie de catalizador positivo, un mecanismo que acelera, facilita o propicia transformaciones institucionales y sociales (del status quo) que serían muy difíciles de realizar si dependiera únicamente de las autoridades o poderes establecidos en el país. La jurisprudencia debe operar como potenciador de transformaciones nacionales, esto es, de regulaciones normativas de instituciones jurídicas que son esenciales para hacer efectiva la vigencia de derechos humanos en el ámbito nacional.

Una última, pero no menos importante, lectura o comprensión del SIDH y, en particular, de las sentencias de la Corte IDH, sería la de entender que las decisiones del SIDH, y también los actos de cumplimiento y aceptación internas, constituyen un ejercicio de legitimación internacional, esto es, se trata de un mensaje de reiteración, de confirmación de los órganos

estatales al compromiso original de respetar y compartir un mismo sistema de valores. Las decisiones sobre Colombia en materia de derechos humanos, así como los actos de aceptación y acatamiento de las condenas, son comprendidos en la reafirmación de Colombia como país que pertenece a la comunidad de países respetuosos de los derechos humanos y del Estado de Derecho como elementos de central justificación de la actividad del Estado. Si se quiere, representan la expresión nacional de la pertenencia del país a las naciones civilizadas.

### **El papel de la Convención y la Jurisprudencia de la Corte IDH en la dinámica decolonialista: el replanteamiento del papel transformador del derecho interamericano<sup>11</sup>**

Las reflexiones sobre neocolonialismo y decolonización están a la orden del día y hacen parte de una corriente de análisis político y jurídico que está adquiriendo una marcada importancia en la academia y en el análisis institucional. En efecto, la idea de que existen figuras, instituciones, regulaciones jurídicas de carácter eurocéntrico, que tienen como propósito perpetuar situaciones de dominación y de protección de intereses ajenos al de los “nuevos Estados”, dentro de los que nos encontraríamos, es una lógica de análisis jurídico y jurisprudencial cada vez más frecuente.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Sobre la trascendencia de la perspectiva neocolonialista, al margen de la extensa bibliografía sobre la temática, es del mayor interés revisar los registros audiovisuales de la cumbre que sobre este tema organizó recientemente la Iglesia católica. *Summit on Colonialism, Decolonialization & Neocolonialism: A Social Justice and Common Good Perspective*, 2023. Casina, Pio IV, Vatican City. Véase, [https://www.pass.va/content/dam/casinapioiv/pass/pdf-booklet/2023\\_booklet\\_colonialism.pdf](https://www.pass.va/content/dam/casinapioiv/pass/pdf-booklet/2023_booklet_colonialism.pdf). También se puede consultar: Karla C. MACÍAS CHÁVEZ. “El neocolonialismo en nuestros días: la perspectiva de Leopoldo Zea”, *Universitas Philosophica*, 32, n.º.65 (2007): 81-106; Walter MIGNOLO, “El pensamiento decolonial, desprendimiento y apertura”. S. CASTRO GÓMEZ y R. GROSFUGUEL (coords.), *El giro decolonial* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Altbach, P.G., 1971); “Education and Neocolonialism: A Note”, *Comparative Education Review*, 237-239. Collins Dictionary. Post-colonial. <http://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/postcolonialPshowCookiePolicy=true>. Rebecca MILLER, “Capitalistic Christians and Educated Elites: Fanonian Theory and Neo-Colonialism in Ngũgĩ Wa Thiong’o’s A Grain of Wheat”, 2014. English Seminar Capstone Research, Papers. 26. [http://digitalcommons.cedarville.edu/english\\_seminar\\_capstone/26/](http://digitalcommons.cedarville.edu/english_seminar_capstone/26/); Edwin CHARLE, “The Concept of Neo-Colonialism and its Relation to Rival Economic Systems”, 15, n.º. 4 (diciembre, 1966): 329-337.

<sup>12</sup> La perspectiva de análisis crítico de las instituciones políticas y jurídicas que se hace con la lógica de identificar políticas neocolonialistas que deben ser superadas, se refiere a numerosas cuestiones, pero podríamos destacar, a manera de ilustración, los cuestionamientos que se hacen

La manera como funciona el SIDH a través de la creación de estándares que deben ser aplicados por los países condenados, pero también por todos los demás países que aceptan la competencia de la Corte IDH, los que han suscrito la Convención Americana de DDHH y, de manera indirecta, todos los demás países de la OEA mediante la aplicación de estándares por la Comisión IDH, muestran el amplio impacto regional que tiene el trabajo de la Corte IDH y de su jurisprudencia. La dimensión de los efectos de las sentencias, así como el alcance de su competencia para establecer los criterios de interpretación y *summulas* (estándares) de los derechos humanos (así como las órdenes de reparación que pueden consistir en modificar constituciones, leyes o reglamentos, e incluso de ordenar políticas públicas), es la de afirmar que la Corte IDH y el SIDH son instrumentos susceptibles de ser utilizados para desmontar y en ocasiones establecer modelos de opresión neocolonial. En este orden de ideas, la potencialidad de tomar decisiones aplicables en numerosos países en materia tan delicada como lo son los derechos humanos se afirma en que la Corte IDH y su jurisprudencia permiten establecer una lógica de conductas con pretensión de homogeneidad que, sin embargo, simultáneamente pueden horadar la soberanía de los Estados, al imponer una visión hegemónica de Estado, de sociedad y de libertad personal ajena a nuestros intereses, necesidades o incluso de nuestra propia voluntad nacional.

Ahora bien, la capacidad de incidencia de las decisiones interamericanas, al margen de que sea posible o no la utilización como mecanismo de imposición neocolonial, o por el contrario de decolonización, o que pueda ser objeto de muchos cuestionamientos, es sin duda una arista real de actuación, que le traslada a los jueces y a todos los demás operadores jurídicos interamericanos grandes retos, tanto en la administración de justicia

---

a las ventajas o beneficios nacionales que tiene la política migratoria de Colombia hacia Centroamérica, el establecimiento de tratados de libre comercio, y de inversión bilateral, los compromisos crediticios con entidades internacionales, que pueden ser calificadas como “deuda injusta”; el manejo de la represión del derecho de protesta y la dinámica de reconocimiento de los derechos de los pueblos afro e indígenas. Se trata de instituciones, normativas o situaciones donde se hace un análisis crítico de las ventajas para el interés nacional; la pregunta constante en estas reflexiones es, si estas instituciones, regulaciones jurídicas o políticas públicas benefician los intereses nacionales, de nuestra población, o si estamos ante un enclave de preservar intereses de multinacionales, de intereses económicos transnacionales o de culturas dominantes.

propriadamente dicha como en la función de precaver condiciones para el bienestar general y vigencia plena de los derechos humanos. La magnitud del alcance de las decisiones de la Corte y de la Comisión muestran de manera evidente la capacidad, la potencialidad del CIDH para servir de instrumento y establecer políticas públicas similares en los distintos países que están dentro de la competencia de la Corte IDH.

Dentro de las funciones de las instituciones jurídicas con que cuenta la Corte para establecer lineamientos generales a los Estados (algunos dicen, para crear o propiciar un derecho interamericano común) debemos destacar dos figuras, y son los principales mecanismos de imposición y condicionamientos a los estados nacionales: el control de convencionalidad y las reparaciones que establecen obligaciones de tomar medidas que operen como garantías de no repetición.

En el control de convencionalidad, la eficacia, el alcance y la obligatoriedad de las sentencias van más allá de las obligaciones a los países condenados, son los estándares sobre libertad de expresión formulados en una condena contra otro país. Las decisiones de la Corte Interamericana son extrapolables a los demás países que aceptan su competencia,<sup>13</sup> en virtud de la cosa juzgada interpretada o efecto *erga omnes* de las sentencias. La

<sup>13</sup> En la Sentencia C-442/11, la Corte Constitucional, por primera vez, utilizó la expresión control de convencionalidad. Se tomó en cuenta un caso argentino, el caso Kimmel contra Argentina (2008), en un caso colombiano, donde se debía decidir sobre la constitucionalidad del tipo penal de injuria, cuando el sujeto pasivo sea un periodista. En esa sentencia se señaló: “Entonces, debido a la importancia que tiene la jurisprudencia de la Corte IDH como una interpretación autorizada de la CADH, y porque en buena medida los cargos formulados por los demandantes se fundan en el precedente sentado en el Caso Kimmel contra Argentina, resulta necesario hacer brevemente referencia a esta sentencia. El pronunciamiento de la Corte IDH tiene lugar ante la condena penal impuesta a un periodista, escritor e investigador histórico argentino, que en un libro había criticado la actuación de las autoridades encargadas de la investigación de un crimen ocurrido durante la Dictadura, entre ellas un juez [...] La Corte resaltó que, en el caso subyace el conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección de la honra de los funcionarios públicos. [...] *Ahora bien, aunque constituye un precedente significativo en torno al alcance de la libertad de expresión y del principio de legalidad en la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales, a lo cual se hará alusión en un acápite posterior de esta decisión*”. (Énfasis agregado)

figura del control de convencionalidad como equivalente a “precedente obligatorio” en unos casos y, en otros, como la obligación de utilizar de manera conjunta los estándares interamericanos y el derecho nacional, es hoy uno de los aspectos de mayor debate en la región.

Las garantías de no repetición se pueden concretar en condenas de realizar reformas normativas (constitucionales, legales o reglamentarias), pueden consistir en crear o modificar políticas públicas, realizar cursos de formación o realizar reparaciones, incluso algunas de carácter simbólico. Estas órdenes dirigidas a evitar que se reproduzcan las condiciones que dieron lugar a la vulneración de uno o varios derechos humanos son, junto con la figura del control de convencionalidad, los principales instrumentos de eficacia, y para efectos de nuestra reflexión, igualmente, un poderoso instrumento de imposición de modelos de valores, mediante adecuaciones normativas y de políticas públicas.

El análisis estrictamente jurídico de cómo operativizar el control de convencionalidad en el ordenamiento colombiano no puede ser ajeno a estas consideraciones de teleología política, y no solo para permitir que los operadores jurídicos sean conscientes del alcance y efecto de sus decisiones, sino, también, porque son esenciales para la comprensión de aspectos técnicos tales como el concepto mismo de la Convención Americana de Derechos Humanos como norma de carácter formal o material, o el de los métodos de interpretación adecuados para hacerla efectiva.

Que la Corte Interamericana y en general el trabajo del sistema interamericano puede ser un instrumento privilegiado en la imposición de modelos que propician o perpetúan modelos de dominación política y económica o impongan intereses ajenos a los de cada país, no es una aproximación nueva. ¿Cómo hacer para que las decisiones de la Corte Interamericana sean coherentes, con el propósito de resolver problemas y necesidades reales de los ciudadanos de la región y no un mecanismo de control indirecto de grandes multinacionales o de los Estados dominantes en el contexto internacional, o de visiones de sociedad y Estado ajenas a nuestros intereses y a nuestra voluntad? Dicho de otra forma: ¿cómo ser justos?, ¿cómo aplicar el derecho sin ser instrumentalizado? Estas entre otras, son las preocupaciones que constantemente se someten a consideración de los operadores judiciales y, en particular, de la Corte IDH.

La posibilidad y el deber de evitar que se instrumentalice el sistema interamericano, y la actividad de la Corte IDH en particular, al margen del debate sobre las implicaciones políticas, genera interrogantes de carácter jurídico, de la mayor importancia;<sup>14</sup> entre otros, podemos mencionar: ¿se debe entender la Convención Americana como una norma de carácter formal, o ese concepto de base –los derechos humanos son los que han sido expresamente señalados en el texto de la convención y en los protocolos y tratados complementarios– debe adicionarse e, incluso, modificarse por consideraciones materiales o iusnaturalistas? La mutación convencional, la creación de nuevos derechos humanos, o la construcción de derechos humanos innominados serían algunas de las manifestaciones de esta opción hermenéutica.

Además de los debates, sobre el concepto formal o material de la Convención Americana hay un conjunto de preocupaciones en cuanto al método jurídico que debe utilizar la Corte IDH en su proceso de decisión, para efectos de condenar a un Estado cuando sea responsable por infringir derechos humanos. En este tema, el de los métodos jurídicos, se ubican las discrepancias sobre el alcance de los principios o criterios de interpretación; particularmente, la interpretación evolutiva y, en general, la posibilidad de que la convención se transforme o mute mediante decisiones judiciales.

La posibilidad de que existan mutaciones convencionales, la posibilidad de expandir el *corpus iuris* interamericano y los cambios en la vinculatoriedad o en la fuerza normativa de las fuentes complementarias y del *Soft Law*, son algunas de las consecuencias o derivaciones del sistema interamericano que involucran al SIDH en un lugar central dentro de los debates sobre la creación de un *ius commune* interamericano y de su valoración.

---

<sup>14</sup> El debate sobre neocolonialismo o decolonización se muestra de manera paradigmática, aunque no exclusivamente, en los debates sobre derechos de los pueblos indígenas y sobre la eficacia jurídica directa de los DESCA.

## **El concepto de control de convencionalidad. Elementos comunes en el sistema interamericano y elementos propios de los ordenamientos nacionales<sup>15</sup>**

### **Las alternativas de comprensión del concepto de bloque: control de convencionalidad como aplicación prevalente de la Convención y la jurisprudencia interamericana, y control de convencionalidad como aplicación alternativa o conjunta de las fuentes del derecho interamericano**

El concepto de control de convencionalidad tiene unas peculiaridades que hacen complejo su estudio y dan lugar a un debate que, en muchos aspectos, se centra en cuestiones semánticas y en tópicos derivados de la utilización de doctrina ajena, es decir, de producción científica elaborada en ordenamientos diferentes al colombiano. El concepto de control de convencionalidad depende de varias consideraciones que son propias de cada país y, en ese sentido, derivan en que no exista una misma forma de comprender y aplicar control de convencionalidad en cada Estado. La manera como se aplican la Convención y las sentencias de la Corte IDH es diferente. En este orden de ideas, es necesario, primero, comprender las alternativas o distintas formas de entender qué es, cómo se hace o puede hacerse el control de convencionalidad y, después, repasar cuáles son los requisitos o elementos constitutivos del control de convencionalidad. Esto último es esencial, en tanto algunos de los elementos integrantes de este tipo de control son específicos del país, o del ordenamiento nacional.

Existen dos formas de hacer control de convencionalidad: la primera es entender que el control de convencionalidad es un mecanismo para inaplicar o excepcionar las normas de derecho interno que se opongan a la Convención, a los derechos humanos contemplados en la Convención y a la manera en que son comprendidos por la jurisprudencia de la Corte Interamericana; la segunda hace relación a la interpretación conjunta de las fuentes de derecho interno, junto con la Convención y la jurisprudencia de la Corte IDH,

---

<sup>15</sup> Para una lectura completa de los pronunciamientos de la Corte Interamericana, es lectura obligatoria el *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.º 7: Control de convencionalidad*, cuadernillo7.pdf (corteidh.or.cr)

con el propósito de resolver un caso concreto donde esté involucrada la aplicación de un derecho humano.<sup>16</sup>

La primera modalidad es la que genera más polémica y debates, en tanto puede presuponer una cierta preeminencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre las decisiones de las autoridades nacionales. Control de convencionalidad es la posibilidad existente para invalidar las normas de derecho nacional (Constitución, ley, acto administrativo sentencia o decisión judicial) fundado o motivado en la constatación que son contrarias a la Convención, a los derechos humanos. Se trata de una posibilidad de actuación, que la puede hacer cualquier servidor público, bien sea de carácter administrativo, legislativo o judicial. Lo esencial es que tenga la competencia interna de inaplicar o invalidar las normas superiores que sean contrarias a la Constitución.

En este orden de ideas, en el ordenamiento colombiano pueden hacer control de convencionalidad quienes estén habilitados para hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad,<sup>17</sup> y quienes tengan competencias para

<sup>16</sup> En las definiciones que trae la jurisprudencia interamericana se contemplan las dos alternativas de comprensión del Control de Convencionalidad. “una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal”. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte IDH, 20 de marzo de 2013. En el mismo sentido se reitera en el caso *Andrade Salmon vs. Bolivia* (2016). La doctrina, determinada en buena parte por sus ordenamientos nacionales, tiene dos posiciones, una que permite las dos alternativas de utilización del control de convencionalidad, véase por todos, Eduardo FERRER Mac GREGOR, “Control de convencionalidad (sede interna)”, en *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, I, editado por Ferrer Macgregor, E. Martínez Ramírez, F y Figueroa Mejía, G. (México: Poder judicial de la federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, e Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014), 18. García Ramírez, parece entender el control de convencionalidad (en relación con el ordenamiento mexicano), principalmente como la posibilidad de excepcionar o inaplicar el derecho interno inconvenional, y la aplicación conjunta parece relacionarla con la obligación general de observancia o subordinación a las disposiciones del DIDH. “No me es posible aludir a todos los países, pero puedo proponer el ejemplo del mío. Si nos referimos al examen de disposiciones de general alcance –leyes y reglamentos, que fueron la materia que promovió las primeras apariciones en la escena de la figura que ahora examinamos–, control de convencionalidad significa “inaplicación” de una norma o “expulsión” de esta del ordenamiento interno, en diferentes supuestos”. op. cit., 29.

<sup>17</sup> Sobre el concepto de excepción de inconstitucionalidad, fundamentos, límites y críticas a esta figura, me remito a Humberto SIERRA PORTO, *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998), tercer capítulo.

invalidar el derecho superior, más exactamente, la Constitución. Los servidores públicos, que en ejercicio de sus competencias deban aplicar el derecho nacional y encuentren que las normas internas son contrarias a la Convención, a los derechos contenidos en esta, según son interpretados por la Corte IDH, tienen la obligación de hacer uso de la figura de control de convencionalidad en el sentido de inaplicar la norma de derecho interno. Esta actuación estaría fundada normativamente en la Constitución (arts. 2, 4, 44, 93, 94, 214) en el carácter normativo o vinculante de los derechos humanos, en la figura del bloque de constitucionalidad. A nivel internacional, su fundamento lo encontramos en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 1.1 la obligación de *Respeto y garantía de los DH*; en las *Obligaciones de adecuación del derecho interno*, artículo 2; *Normas de interpretación*, art. 29; *Alcance de las restricciones internas*, art. 30; *Reconocimiento de otros derechos*, art. 31; *Derecho a la reparación*, art. 63.1.). La Convención de Viena sobre derechos de los tratados (arts. 26, 27 y 29, *pacta sunt servanda*, buena fe, los Estados no pueden alegar derecho interno para no cumplir con lo establecido en los tratados internacionales y el principio del efecto útil de los tratados).<sup>18</sup>

Toda reflexión sobre fundamentación de instituciones de derecho internacional debe hacer referencia a un aspecto de principio, que es presupuesto de comprensión y que, en ocasiones, se deja de lado y ocasiona muchas distorsiones en la construcción jurídica de algunos estudiosos. Se trata de recordar que el valor, la eficacia del derecho internacional –más aún en esta área que es la del derecho internacional de los derechos humanos– encuentra su principal soporte, su fundamento de credibilidad y legitimidad en la *autoritas* del Derecho. El valor, la aceptación y utilización del derecho interamericano, de la Convención y, sobre todo, de la jurisprudencia interamericana, se deriva de la lógica, de la manera como se fundamenta la decisión, en especial, en la justicia, en el valor aleccionante que se deriva del contenido mismo de la Convención y de las decisiones judiciales que lo interpretan. Por supuesto que es esencial la expresión de voluntad del Estado en la aceptación, en la asunción de compromisos internacionales, pero el elemento de autoridad derivado del buen hacer y de la justicia del

---

<sup>18</sup> Sobre la fundamentación del control de convencionalidad, véase GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, *La doctrina del control de convencionalidad ...*, 55-98.

contenido es un aspecto de la mayor relevancia para entender la lógica, el porqué existe una dinámica de respeto, de acatamiento de las decisiones de la Convención y de la Corte IDH. Esta precisión es todavía más relevante si tenemos en cuenta que la *potestas* no existe en el ámbito internacional, o por lo menos es muy diferente de la que es propia del derecho nacional.

La posibilidad de contrastar y de inaplicar o invalidar el contenido de normas jurídicas contrarias a la Convención no se expresa de manera única en la excepción de inconstitucionalidad, pues dependiendo de las competencias del servidor público puede llegar incluso a realizar una interpretación convencional que genere una especie de sentencia interpretativa, en la que se modifica el alcance de la norma interna. Este es el caso del control de convencionalidad que realizan los órganos judiciales con competencia para derogar de manera general leyes o actos administrativos.<sup>19</sup> En algunos casos, el control de convencionalidad realizado por las altas cortes, por tener competencias de invalidación, pueden conducir a una especie de inconstitucionalidad o inconventionalidad parcial. La Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en tanto son titulares constitucionalmente de la competencia para declarar con efecto *erga omnes* la invalidez de normas legales y administrativas, podrían inaplicar estas normas con un efecto

---

<sup>19</sup> En el ámbito del derecho interno, según lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 270 de 1996 LEAJ, tal y como quedó luego del condicionamiento de la Corte Constitucional, no procede el error judicial de las altas cortes. Sin embargo, el artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos, incorporada por la Ley 16 de 1972, dispone que toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial, y el artículo 63 ordena la reparación de las consecuencias, de una medida o situación que haya configurado una vulneración de un derecho y al pago de una indemnización justa a la parte lesionada. Estos mandatos internacionales no restringen la autoridad de la que proviene la decisión que causa el daño, es decir, incluyen las decisiones arbitrarias de todos los órganos judiciales, sobre las cuales se impone al derecho doméstico analizar la existencia de un error judicial. De ahí que, el juez de la responsabilidad civil del Estado –como juez de convencionalidad–, ante la evidente contradicción entre el orden jurídico interno y las disposiciones de derecho internacional aceptadas por Colombia, está en el deber de no aplicar el artículo 66 de la Ley 270 de 1996 LEAJ, tal como quedó después del fallo de constitucionalidad, en relación con la improcedencia de error judicial de las “altas corporaciones judiciales”, por cuanto es incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos, como se hará en la parte resolutoria de esta providencia. Esta inaplicación de la ley estatutaria y de la Sentencia de revisión de la Corte Constitucional se hizo en la sentencia del Consejo de Estado sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C. P. Guillermo Sánchez Luque, 30 de septiembre de 2019.

general y definitivo, e incluso hacer sentencias interpretativas, en tanto la Convención hace parte de Constitución misma.<sup>20</sup>

Hacer control de convencionalidad no se limita a la posibilidad de inaplicar normas o fuentes nacionales por incompatibilidad con la convención o el *corpus iuris* interamericano, la segunda modalidad de hacer control de convencionalidad se realiza también cuando se interpreta y aplica la Convención y las demás fuentes del SIDH junto con las fuentes nacionales para resolver un caso concreto. El control de convencionalidad es una figura que obliga a todos los operadores jurídicos a utilizar la convención y la jurisprudencia de la Corte IDH junto con las demás fuentes del derecho interno. Esta segunda forma es complementaria y no excluyente de la primera modalidad, y considera que el control de convencionalidad es la aplicación de la convención y de la jurisprudencia de la Corte IDH, de manera tal que esta siempre deba ser vinculante, obligatoria, no necesariamente dentro de una relación de jerarquía, sino que la Convención y la jurisprudencia interamericana deben ser tenidas en cuenta según las reglas internas que regulen el manejo de fuentes del derecho, lo que en nuestro caso sería el artículo 230 constitucional.

La obligación de respeto, el carácter vinculante y obligatorio de la Convención y de la jurisprudencia no equivale a jerarquía, a una relación de supremacía del derecho interamericano; vinculante y obligatorio equivale a la obligación de “tenerlo presente”, la obligación de utilizar la Convención y la jurisprudencia de la Corte IDH, en tanto sea pertinente y en tanto enriquezca las alternativas de los operadores jurídicos nacionales, siempre

---

<sup>20</sup> Un ejemplo de adecuación legal o ajuste interpretativo como consecuencia de un control de convencionalidad se realizó en la sentencia de unificación que decidió “ajustar” el alcance de la caducidad de la acción de reparación directa. Sentencia de 29 de enero de 2020 de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Rad. 85001-33-33-002-2014-00144-01 (61.033). En desarrollo de esta sentencia podemos apreciar una solución similar en la sentencia de tutela de la Sección primera, M. P. Oswaldo Giraldo López, 29 de septiembre de 2022. Rad. 11001-03-15-000-2022-01814-01: “Con fundamento en lo expuesto, la Sala encuentra acreditada la violación de los derechos fundamentales invocados en esta acción de tutela, pues, pese a haber sido solicitado, el tribunal accionado no efectuó el control oficioso de convencionalidad, así como tampoco realizó análisis alguno de las pruebas obrantes dentro del expediente frente a la gravedad de los delitos de lesa humanidad de que fue víctima [...] como quiera que, para establecer el momento desde el cual la parte actora conoció o debió conocer de la participación de los miembros del Ejército Nacional...”.

dentro de las reglas internas de distribución de competencias, esto es, según el artículo 230 CP.

Existe la tendencia a creer que control de convencionalidad es únicamente hacer un juicio de validez; el control de convencionalidad no se limita a declarar la validez de normas internas. Control de convencionalidad no es sinónimo o exclusivamente equivalente a juicio de validez, esto último no es la única forma o mecanismo de hacer control de convencionalidad. Cuando un operador jurídico funda su decisión utilizando las fuentes nacionales, Constitución, ley, acto administrativo, jurisprudencia, pero además utiliza como fundamento las fuentes del DIDH y en particular el *corpus iuris* interamericano, está haciendo control de convencionalidad en este segundo sentido.

De igual forma, cuando para establecer la decisión correcta en el caso concreto debe utilizar de manera conjunta el derecho interno, con la convención o con la jurisprudencia de la Corte IDH, bien sea, verbigracia, con una interpretación conjunta, sistemática, conforme o teleológica, o bien sea con el criterio pro persona, haciendo control de convencionalidad. La idea que se concreta con esta forma de hacer control de convencionalidad es la de que los operadores jurídicos nacionales enriquezcan su arsenal de argumentos y soluciones para resolver y proteger los derechos humanos con las alternativas y soluciones que aporta el derecho internacional, más exactamente, la Convención y la jurisprudencia interamericana.

### **Las diferencias y similitudes del control de convencionalidad que se realiza para el cumplimiento de sentencias de condena y el control de convencionalidad que tiene como parámetro de sentencias donde Colombia no es condenada**

La doctrina interamericana distingue el control de convencionalidad cuando es realizado por la Corte IDH, y en ese supuesto lo denomina “control de convencionalidad concentrado”. Cuando quienes realizan el control de convencionalidad son los Estados, se le da el nombre de “control de convencionalidad difuso”. En ambos casos, bien sea la Corte Interamericana o las autoridades nacionales, el control de convencionalidad se realiza con las dos variantes o modalidades: mediante la inaplicación o declaración de

invalidez, y mediante el análisis conjunto de las fuentes interamericanas y las nacionales.

El control concentrado es, de manera general, el proceso de contraste entre el contenido de la Convención y las normas y conductas nacionales que son objeto de enjuiciamiento; sin embargo, como consecuencia de este contraste, se puede llegar a la conclusión de que las autoridades, bien sea con la expedición de normas o con la realización de conductas que originaron desconocimiento de los derechos humanos. Cuando en el análisis que haga la Corte en su sentencia quede manifiesto que la violación del derecho humano se produjo por el cumplimiento de una norma interna inconvencional, la Corte IDH debe ordenar al Estado que derogue o modifique esa norma para evitar que en el futuro se vuelvan a infringir los derechos. Se trata de una decisión que opera como garantía de no repetición (art. 63.1 CA). El control concentrado se ha hecho sobre normas constitucionales, legales y administrativas, aunque, en razón del carácter subsidiario o complementario de las funciones de la Corte IDH, se realiza, principalmente, sobre sentencias.

El control difuso es realizado por las autoridades nacionales, por los operadores jurídicos de un país en concreto; por lo tanto, el control de convencionalidad, que realizan los jueces y altas cortes en Colombia, así como el que pueda realizar cualquier funcionario público, es control difuso. La expresión “control difuso de convencionalidad” hace relación a que debe ser realizado por todos los poderes y funcionarios, pero siempre dentro de su marco de competencias o funciones. Esta precisión es importante para no confundir control de “convencionalidad” difuso con control de “constitucionalidad difuso”. En muchos países está prohibida la excepción de inconstitucionalidad, el control difuso de constitucionalidad y únicamente lo puede hacer una alta Corte. En el caso colombiano, donde existe la competencia generalizada para hacer excepción de inconstitucionalidad, decir que hay control difuso de convencionalidad, puede llevarnos al equívoco de entender que control de convencionalidad consiste, únicamente, en hacer excepción o inaplicación de normas. En conclusión, el control de convencionalidad que se hace en Colombia, por los operadores jurídicos nacionales es “control difuso de convencionalidad”, y se trata de un control que consiste, en determinados casos, en la inaplicación o excepción de

inconstitucionalidad de las normas contrarias a la Convención y, en otras, en la aplicación conjunta de las fuentes nacionales e internacionales.

Otra clasificación o distinción en la manera de hacer control de convencionalidad se deriva de las sentencias de la Corte que se utilicen como parámetro para determinar el alcance de los derechos humanos convencionales. Si se trata de una sentencia condenatoria contra Colombia (cosa juzgada constitucional), el control de convencionalidad es más estricto, tiene un margen de comprensión o aplicación reducido, en tanto el país debe realizar la conducta o actividad ordenada en la parte resolutive de la sentencia o en los párrafos de la parte motiva donde expresamente haya una remisión a la parte resolutive. Control de convencionalidad y cumplimiento de la sentencia, en esta lógica, son equivalentes.<sup>21</sup>

Las órdenes que puede impartir la Corte IDH pueden consistir en reparaciones económicas, simbólicas, construcción e implementación de políticas públicas, e incluso en la derogación o creación de normas jurídicas.<sup>22</sup> En este supuesto (cosa juzgada interpretada), el cumplimiento de las sentencias de condena es considerado como una forma de hacer control de convencionalidad, diferente al que se realiza cuando el parámetro que se utiliza son sentencias de condena a países diferentes a Colombia.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Sobre las sentencias condenatorias contra Colombia la referencia obligatoria es Paola Andrea ACOSTA ALVARADO y Alexandra CASTRO FRANCO (eds.). *La Jurisprudencia Interamericana en los casos contra Colombia* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018). Una perspectiva más amplia de la problemática de cumplimiento de sentencias de la Corte en el Derecho comparado se encuentra en Francisco Javier MATIA PORTILLA y Paula ROBLEDO SILVA (dir.). *La Corte Interamericana de Derechos humanos. Mecanismos de cumplimiento e informes nacionales* (Bogotá: Editorial Tirant lo Blanch, 2020).

<sup>22</sup> Sobre las modalidades de condena y las obligaciones nacionales para su cumplimiento, véase ACOSTA ALVARADO y CASTRO FRANCO (eds.), *La Jurisprudencia Interamericana en los casos...*

<sup>23</sup> La distinción entre efecto *erga omnes* e inter partes, en las sentencias de la Corte IDH fue señalado en el caso Gelman, y allí se indicó que el primero, es decir, el efecto *erga omnes*, genera la obligación de ser aplicada, en la medida en que sea posible, a países diferentes al que es condenado. Resolución de cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay, de 20 de marzo de 2013, Párrafo 69. “Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, 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, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las 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

En el control difuso de convencionalidad, que utiliza sentencias donde nuestro país no es condenado, se requiere que haya una relación analógica del caso colombiano con el caso decidido a propósito de otro país, esto es, que se trate de supuestos de hechos similares, de derechos comunes y de hechos o normas generadoras de la infracción similares. Cuando se constata esta situación, el operador jurídico debe tener presente las consideraciones, los argumentos y motivaciones, así como las decisiones tomadas por la Corte Interamericana en el caso decidido contra otro país. El control de convencionalidad no implica que el operador jurídico colombiano actúe de manera idéntica a la solución que se da en el caso extranjero, implica la obligación de utilizar la sentencia en un caso similar a propósito de un mismo derecho, y en tanto sea pertinente esa decisión, originalmente dirigida a otro país, deberá ser asumida o adaptada a la singularidad del caso colombiano.

**Los elementos constitutivos del concepto de control de convencionalidad se construyen en dos niveles, los establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH y los previstos en el ordenamiento constitucional nacional**

El concepto de control de convencionalidad ha sido desarrollado por la Corte IDH dentro de un proceso de desarrollo jurisprudencial que se ha dado a lo largo de décadas. Encuentra su fundamento en la Convención y en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, todo en los términos que hemos expuesto antes. Los elementos construidos por la Corte IDH son de carácter general, esto es, tienen una validez homogénea para todos los países que están en el ámbito interamericano, en particular los que aceptan la Convención americana, y, de manera perentoria, para los Estados que aceptan su competencia. Los elementos constitutivos del control de convencionalidad que constituyen obligaciones generales para todos los Estados son: a) se trata de un control *ex officio*; b) es un control ejercido

---

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, 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”.

por todos los poderes públicos dentro de los Estados, que, c) debe hacerse conforme a las reglas de competencias nacionales.

La primera obligación en materia de control de convencionalidad hace relación a que se trata de una actividad de control *ex officio*. Esto significa que la posibilidad de inaplicación o de aplicación conjunta del *corpus iuris* interamericano, en la que puede consistir el control de convencionalidad, no requiere de una habilitación normativa en el ordenamiento interno, es decir, se trata de una competencia que se deriva del valor normativo de la Convención, lo que en nuestro ordenamiento se expresa en que la Convención hace parte del bloque de constitucionalidad. La Convención, en tanto tiene el régimen jurídico propio de la Constitución, tiene eficacia jurídica directa y, de esta forma, aunque podría existir una ley que reglamentara y precisara cómo hacer el control de convencionalidad dentro del país, una ley de este tenor no sería indispensable, pues no se requiere *interpositio legislatoris*. La habilitación para hacer control de convencionalidad por parte de todos los operadores jurídicos no depende de la ley.

El carácter *ex officio* también hace relación al hecho de que no requiere de petición de parte para que el juez o funcionario haga la inaplicación de la norma de derecho nacional, o la aplicación conjunta del derecho nacional con el derecho interno. La realización de control de convencionalidad es una obligación del Estado colombiano, en tanto ha suscrito y se ha comprometido a obedecer la Convención americana y los derechos humanos allí contemplados. En esta misma lógica, el control de convencionalidad, para que sea efectivo, para que efectivamente el Estado pueda cumplir con el respeto efectivo de los derechos humanos allí previstos, requiere que todos los órganos y funcionarios del Estado tengan como competencia la de realizar el control de convencionalidad.

El segundo elemento constitutivo de las obligaciones de hacer control de convencionalidad consiste en precisar que los titulares del control de convencionalidad son los servidores públicos en general y los órganos estatales, bien sea que se exprese una voluntad estatal colectiva o una de carácter individual, todos tienen la obligación de hacer control de convencionalidad.

Si el control de convencionalidad debe ejercerse por todas las autoridades nacionales, en este orden de ideas, los jueces, unipersonales o colegiados,

deberán hacer control de convencionalidad (entendido este como aplicación conjunta del derecho nacional e internacional) en todos los casos y sin ninguna restricción.

Todos los operadores jurídicos colombianos deberán utilizar el derecho interamericano, esto es, la Convención y la jurisprudencia interamericana como expresión de la necesaria protección multinivel que requieren los derechos humanos. Así, además de las soluciones o alternativas de decisión que tiene previsto el orden nacional en su sistema de fuentes, podrán y deberán acudir a las que se plantean en las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos del orden interamericano ampliando su margen de actuación y teniendo mayores posibilidades de proteger los derechos de los colombianos y, en general, de todas las personas que se encuentren en nuestro país.

El control de convencionalidad también será una obligación de los funcionarios públicos, de la administración pública en su conjunto, de los órganos de control y de los distintos órdenes territoriales. A lo anterior hay que sumarle al poder legislativo, al Congreso de la República, quien también deberá hacer control de convencionalidad, con unas peculiaridades, pues deberá hacerlo de manera colectiva en tanto deberá abstenerse de aprobar leyes contrarias a la Convención o desconocedoras de los derechos humanos precisados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Desde otra perspectiva, los funcionarios y dignatarios del Congreso dentro del marco de sus funciones también deberán hacer control de convencionalidad en la elaboración de proyectos, en su revisión de validez y, en general, en todo el trámite de elaboración normativa (incluso el constituyente) y en las actividades propias del control político.

La tercera exigencia característica señala que para el ejercicio de una de las formas o modalidades de control de convencionalidad, la que faculta a las autoridades nacionales a inaplicar las normas de derecho nacional que sean incompatibles con el contenido de la Convención y de los derechos allí proclamados, es necesario que los operadores jurídicos se ciñan al marco constitucional interno. Esta exigencia de actuación tiene como propósito compatibilizar y armonizar el deber de respeto del derecho internacional de la Convención Americana, con el ejercicio ordenado de las competencias y funciones propios de cada país, de manera tal que la inaplicación de normas

internas, por ser contrarias a la Convención, dependa de las competencias nacionales sobre juicio de validez del Derecho.

La realización del control de convencionalidad dentro de los cauces previstos por el ordenamiento nacional es de la mayor relevancia para que no se haga una interpretación que conduzca a generar un desorden en la aplicación del derecho. Esto es particularmente importante para ordenamientos como el colombiano en donde existe una competencia generalizada de hacer excepción de inconstitucionalidad por parte de todos los operadores jurídicos.<sup>24</sup> Que exista la posibilidad de hacer excepción de inconstitucionalidad no significa que se pueda hacer sin ningún tipo de limitación el control de convencionalidad.

Una regla básica de interpretación es la de prohibir las interpretaciones que lleven a situaciones o soluciones absurdas, sin sentido, que generen un desorden. El control de convencionalidad debe hacerse con los mismos límites que existen en el ordenamiento interno para la utilización de la excepción de inconstitucionalidad. La prohibición de hacer control por vía de excepción, cuando sobre el punto que se va decidir ya haya un pronunciamiento de la Corte Constitucional colombiana, o de excepcionar las leyes o normas, sin consideración del principio de interpretación conforme a la Constitución, deben ser igualmente tenidos en cuenta para decidir si procede o no el control de convencionalidad en un caso concreto.

**Es diferente la manera en que se operativiza el control de convencionalidades en cada país. El control de convencionalidad en Colombia no es equiparable al que se realiza en los demás países del sistema interamericano<sup>25</sup>**

Se debe acudir a las normas que establecen la forma en que nuestros operadores jurídicos pueden decidir sobre la validez del Derecho interno, y si

<sup>24</sup> Una visión crítica de los alcances y de fundamentación misma de la excepción de inconstitucionalidad en Colombia, se expone en SIERRA PORTO, *Concepto y tipos de ley en la Constitución...*

<sup>25</sup> Las diferencias entre países están determinadas por las peculiaridades del sistema constitucional y también por las condiciones sociales y económicas de los países que están bajo la competencia de la Corte IDH. Sobre las diferencias entre los países del entorno interamericano, García Ramírez, se refiere a la existencia de *fronteras jurídicas* en su artículo “Relación entre la jurisdicción interamericana y...”, 2.

se trata de autoridades diferentes a las judiciales, estas en principio hacen control de convencionalidad en el sentido de hacer aplicación conjunta de las fuentes nacionales e internacionales. Pero solo estarán obligadas a inaplicar el derecho interno si están habilitadas por el ordenamiento nacional, y en los términos que lo establezca el derecho interno. En nuestro ordenamiento, en tanto el artículo 4 constitucional faculta, es más, obliga a todas las autoridades a hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad; cuando se encuentre con que la norma legal o infralegal es absolutamente incompatible con la Constitución, podrán y deberán inaplicar las normas internas que sean contrarias a la Convención y de esta forma, la excepción de inconstitucionalidad y el control de convencionalidad se convierten en una misma figura jurídica, una misma actividad u obligación.

En el caso de las autoridades judiciales, todas (jueces unipersonales o colegiados) están en la posibilidad de hacer control de convencionalidad mediante la figura de la excepción de inconstitucionalidad o control concreto de constitucionalidad, pero también deberán hacer control de convencionalidad en los procesos de validez normativa. En este caso, esta obligación solo recae en aquellos jueces o magistrados que tengan como competencia declarar constitucionalidades o nulidades. Dentro de este orden de ideas, la Corte Constitucional cuando haga control de constitucionalidad, podrá y deberá declarar inválidas o inconstitucionales las normas legales que sean contrarias a la Convención, en tanto que este tratado internacional es parte de la Constitución como bloque de constitucionalidad. El Consejo de Estado y los tribunales administrativos dentro del marco de sus competencias constitucionales y legales también estarán obligados a realizar control de convencionalidad sobre los actos administrativos. En ambos casos de invalidez o nulidad, legal o administrativa, es esencial que se tenga como parámetro indisponible y obligatorio a la Convención Americana, entendida y comprendida en los términos que la jurisprudencia de la Corte Interamericana señala.

Mediante la acción de tutela en determinados casos se hacen juicios de validez o valoraciones de normas internas, que pueden ser, leyes, actos administrativos o conductas o actividades. Se trata de determinar si hay una vulneración de los derechos constitucionales y los derechos humanos protegidos por la Convención, también podrán hacer control de convencionalidad todos los jueces y magistrados. En este supuesto, en virtud del

diseño constitucional y las leyes que regulan la tutela en Colombia, principalmente el Decreto 2591 de 1991, la última palabra siempre podrá ser la de la Corte Constitucional mediante la competencia de revisión de tutelas.

El control de Convencionalidad colombiano es y debe ser diferente al de otros países, en tanto el régimen de competencias en materia de disposición normativa producto de procesos de validez tengan un diseño diferente. Así por ejemplo, en el caso de Ecuador, la Constitución no prevé la posibilidad de inaplicación judicial de normas legales; tienen previsto un sistema de control concreto a través de preguntas o cuestiones de constitucionalidad.<sup>26</sup> En ese sistema jurídico, cuando los jueces en un caso concreto consideren que una ley es contraria a la Constitución o a la Convención, deberán elevar una petición a la Corte Constitucional para que sea esta la que disponga la invalidez y su consecuente decisión de inaplicación.

### **El control de convencionalidad es un mecanismo transversal de incorporación del derecho internacional en el derecho interno que se realiza en cada una de las modalidades de incorporación**

El control de convencionalidad es un mecanismo específico para incorporar la Convención y la jurisprudencia en el ordenamiento interno, y es una institución que incorpora el *ius interamericano* en el ordenamiento colombiano. Se trata de un mecanismo específico, porque se refiere a la incorporación del DIDH del orden interamericano y se realiza o puede realizarse mediante cualquiera de las tres vías que prevé el Derecho colombiano para incorporar el sistema de fuentes del derecho internacional a las fuentes del derecho interno: i) bloque de constitucionalidad; ii) Asimilación de las fuentes del derecho internacional a las previstas en el art. 230 CP, y iii)

<sup>26</sup> *Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, art. 142: "Procedimiento. Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido. En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, solo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma".*

la incorporación mediante los principios o criterios de hermenéutica jurídica. La incorporación o constitucionalización del derecho internacional consiste en la existencia de previsiones constitucionales, legales, prácticas jurisprudenciales y en ejercicios de aplicación-interpretación que permiten utilizar las fuentes del derecho internacional en casos nacionales.

Las principales figuras de la constitucionalización-incorporación del Derecho internacional son formas alternativas que operativizan la realización de control de convencionalidad por parte de todos nuestros operadores jurídicos. Nos corresponde a continuación repasar cada una de las formas de incorporación del derecho internacional y presentar la manera como opera el control de convencionalidad dentro de estos cauces.

### **El bloque de constitucionalidad**

La figura de bloque de constitucionalidad, esencialmente significa que un conjunto de normas y prescripciones jurídicas que no aparecen originalmente, ni aparecen expresamente en el texto constitucional, se pueden considerar como tales cuando se den ciertos supuestos fundados en la Constitución y desarrollados por la jurisprudencia constitucional.<sup>27</sup> Las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad son esencialmente algunas de las fuentes del derecho internacional y, en particular, ciertos tratados internacionales.

En efecto, las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad son los tratados internacionales suscritos por Colombia que contienen derechos humanos, o son declaraciones de derechos humanos. Se trata de derechos humanos contenidos en fuentes de derecho internacional que también se encuentran contemplados o referidos en nuestra Constitución como derechos fundamentales, pero con una regulación más garantista en el derecho internacional.

Además de los tratados que contienen declaraciones generales de Derechos, también pueden hacer parte del bloque de constitucionalidad tratados sobre cualquier otra materia que contengan desarrollos puntuales donde

---

<sup>27</sup> Sobre este tema en Colombia: Andrés GUTIÉRREZ BELTRÁN, *Bloque de constitucionalidad. Conceptos y fundamentos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007); Enrique GIL BOTERO, *Control de convencionalidad en Colombia...*, 109-142.

haya un reconocimiento de derechos humanos en los términos señalados, esto es, que coincidan o que sean manifestaciones de los previstos en la Constitución y que contengan un régimen más favorable para las personas.

Un aspecto importante es que, si bien el bloque de constitucionalidad está constituido principalmente por tratados internacionales sobre derechos humanos y pueden ser considerados parte de este algunas fuentes del derecho internacional (como podría ser el *ius cogens*, la costumbre internacional, los principios generales del Derecho internacional, e incluso el *Soft Law*), en tanto sean reconocidas o consideradas por la Corte Constitucional a través de sus sentencias. En todo caso, los distintos tratados sobre derechos humanos vigentes en nuestro país, están llenos de las remisiones o referencias a las fuentes del derecho internacional.

Desde la perspectiva jurídica, las normas que hacen parte, o son consideradas bloque de constitucionalidad, tienen el rango y valor normativo de la Constitución. En este orden de ideas, el bloque de constitucionalidad, las normas que lo integran sirven como parámetro de comparación de constitucionalidad, y las leyes y demás normas que se le opongan, pueden y deben ser declaradas como inválidas, inconstitucionales o nulas, según se trate.

Los derechos constitucionales y los derechos humanos que se encuentran en tratados o fuentes que hacen parte del bloque de constitucionalidad también pueden ser protegidos y se puede garantizar su eficacia y cumplimiento mediante el ejercicio de la acción de tutela. Nuestra acción de amparo también puede utilizarse para evitar la vulneración, o para que cesen los actos que desconocen los derechos contenidos o contemplados en las categorías que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Los derechos del bloque de constitucionalidad, en tanto tienen el mismo valor normativo de la Constitución, son poseedores de eficacia jurídica directa, lo que permite deban ser aplicados y reconocidos independientemente de que hayan sido desarrollados por ley. Además, en tanto derechos fundamentales también existen restricciones para su reglamentación; para su regulación, estas consisten, esencialmente, en que al igual que los derechos fundamentales expresamente reconocidos tienen reserva de ley. Solo mediante leyes, esto es, normas que tengan rango, valor, y fuerza de ley se pueden reglamentar los derechos del bloque.

En nuestra Constitución, el bloque de constitucionalidad no es definido, es decir, no es un listado expreso o taxativo de tratados o documentos de derecho internacional. En nuestro ordenamiento, las normas que hacen parte del concepto de bloque son los tratados y fuentes que cumplen una serie de criterios que ha elaborado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y estos criterios consisten esencialmente en, a) que sean tratados suscritos por Colombia, b) que versen sobre derechos que coincidan o se deriven de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y c) que tengan una regulación más garantista que la prevista por nuestra Constitución y nuestro ordenamiento infraconstitucional. El bloque de constitucionalidad en Colombia es un bloque difuso, una especie de cláusula de apertura; las normas que hacen parte del bloque no se determinan por remisión directa, sino con criterios materiales.<sup>28</sup>

El mecanismo más expedito para incorporar el derecho internacional, para hacer parte del ordenamiento interno, es el bloque de constitucionalidad. Una vez el derecho internacional, en cualquiera de sus categorías, es considerado como bloque de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, este derecho puede ser utilizado como fundamento de inconstitucionalidad, de excepción de inconstitucionalidad, o como fundamento para iniciar una acción de tutela. Los derechos que son parte del bloque de constitucionalidad deben ser aplicados directamente por los operadores jurídicos sin necesidad *de interpositio legislatoris*, e incluso, en caso de que se considere adecuado o conveniente desarrollar sus contenidos mediante derecho interno, debe hacerse, necesariamente, mediante categorías legales, ya que tienen reserva de ley.

La Convención Americana es parte del bloque, todo el contenido de la Convención tiene rango y jerarquía constitucional, son parámetro de constitucionalidad en procesos de constitucionalidad, son protegidos mediante acción de tutela, sus normas tienen eficacia jurídica directa y gozan de reserva legal

---

<sup>28</sup> Hoy no es posible tener un inventario cerrado y definitivo sobre todos los tratados y demás categorías dentro de las fuentes del derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Se tendría que hacer un barrido jurisprudencial, y además analizar cada una de los documentos internacionales aceptados por Colombia e identificar los que tengan regulaciones sobre derechos humanos. En la práctica, el bloque de constitucionalidad colombiano, es una cláusula de apertura constitucional que genera cierto margen de incertidumbre para precisar qué es y qué no es Constitución.

en caso de que sean regulados en el ordenamiento interno. Cuando los operadores jurídicos nacionales utilizan la Convención (de manera independiente o junto con las demás fuentes nacionales), están haciendo control de convencionalidad. Cuando inaplican leyes o actos administrativos, o cuando consideran no válidos actos o conductas de agentes estatales, están haciendo control de convencionalidad. La incorporación de la Convención al bloque de constitucionalidad hace posible que se realice control de convencionalidad en sus dos modalidades.

### **Asimilación de las fuentes del derecho internacional a las previstas en el artículo 230 de la Constitución**

La segunda vía de incorporación o asimilación de las fuentes del derecho consiste en establecer equivalencias, equiparar las fuentes del derecho internacional a las previstas en el artículo 230 de la Constitución, y una vez se haga esta asimilación, el operador jurídico nacional procederá a aplicar la fuente del derecho internacional con el régimen jurídico de las fuentes nacionales.

El régimen constitucional de fuentes del derecho previsto en el artículo 230 de la Constitución es el punto de partida para entender la manera como se aplica el derecho en nuestro ordenamiento jurídico. Los distintos documentos o actos jurídicos de carácter internacional, en general las fuentes del derecho internacional, siempre que sean pertinentes, pueden ser utilizadas junto con las fuentes de derecho interno para resolver los problemas o situaciones que se presenten en nuestra sociedad, y nuestro Estado. Este principio, que es punto de partida, no significa que el derecho internacional deba ser entendido como un solo concepto; el derecho internacional según la fuente a la que se refiera, puede ser aplicado por cualquier operador jurídico colombiano, llámese juez o funcionario, pero siempre utilizando el principio de asimilación a las fuentes previstas en el artículo 230.

El artículo 230 contiene un régimen de fuentes tasado, esto es, establece siete regímenes jurídicos que difieren en jerarquía y en orden de aplicación o utilización. El artículo 230 es uno de los pilares del ordenamiento jurídico colombiano, esta norma establece como fuentes principales a la Constitución, la ley y al acto administrativo; estas tres categorías normativas son

la expresión de lo que textualmente se indica como imperio de la ley. Todo operador jurídico cuando deba resolver un caso y encuentre que los hechos del mismo coinciden con los supuestos de hecho previstos en las fuentes principales (Constitución, ley y acto administrativo), deberá aplicar la solución que estas presentan, es decir, la consecuencia jurídica. No es posible que se pueda actuar desconociendo las soluciones, las respuestas que prevé el derecho positivo elaborado por el Estado. Solo en el evento de que la solución al caso concreto no esté prevista en las fuentes principales, es que podremos acudir a las otras fuentes (jurisprudencia, principios generales del derecho, doctrina o equidad), bien sea aplicando estas como fuentes subsidiarias, o bien como criterios auxiliares de interpretación.

Las fuentes del derecho no se limitan a las que aparecen referenciadas en el artículo 230, pero que la Constitución haga mención de estas hace que para efectos de aplicación del derecho por parte de los operadores jurídicos, todas las demás fuentes deban adecuarse al régimen jurídico de las previstas en la Constitución.

En tal sentido, la costumbre es fuente del derecho que deberá colocarse en la misma categoría que la ley, esto dado que es la ley la que dice cuándo puede y debe utilizarse y es la ley la que dice la forma y los requisitos para acudir a la misma. En esta misma lógica, los contratos como fuente del derecho, igualmente deberán asimilarse a la categoría de ley.

El derecho comparado puede servir de fundamento, utilizarse dentro de la fundamentación de una decisión judicial o administrativa en nuestro país, pero deberá hacerse con el régimen jurídico propio de la doctrina, esta sí regulada constitucionalmente. Las constituciones de otros países, las regulaciones normativas de otros ordenamientos jurídicos, servirán para fundamentar decisiones jurídicas en el Estado colombiano, siempre que esas categorías extranjeras se asimilen a doctrina.

Esta hermenéutica del artículo 230 genera la necesidad de asimilar todas las demás fuentes no enunciadas en la Constitución a alguna de las categorías previstas constitucionalmente. Las fuentes nacionales o internacionales pueden utilizarse en el ordenamiento constitucional colombiano con el régimen jurídico de alguna de las siete categorías normativas previstas en el artículo citado.

Los operadores jurídicos nacionales no requieren de conocimientos especializados de derecho internacional público o privado, requieren un conocimiento del derecho constitucional, de nuestro régimen de fuentes del derecho. En este orden de ideas, para aplicar una categoría del derecho internacional en el derecho interno, como podría ser las recomendaciones del comité de libertad sindical de la OIT (*Soft Law*), primero deberá asimilarse a alguna de las fuentes previstas en el artículo 230 (Constitución, ley, acto administrativo, jurisprudencia, doctrina) y luego sí aplicarla. Si, por ejemplo, se le asigna valor de jurisprudencia, deberá ser utilizada de manera tal que respete la jerarquía de las demás fuentes y el orden de aplicación prevista en el artículo 230.

La Convención es Constitución porque es bloque de constitucionalidad. La jurisprudencia de la Corte IDH, antes de ser aplicada internamente, debe ser asimilada o equiparada a la Constitución, a ley o a la jurisprudencia. Una vez se realice la asimilación a alguna de las categorías del artículo 230 se podría entonces aplicar, en el orden y con la jerarquía consecuente, a la fuente a la que se asimila. Lo mismo puede decirse de las demás categorías que integran el *corpus iuris* interamericano, las resoluciones de cumplimiento de sentencia, las opiniones consultivas, las recomendaciones de la Comisión Interamericana. La asimilación se hace ad hoc por los operadores jurídicos, y solo tendría efecto *erga omnes* si se establecieran en una ley o si la asimilación se hiciera por sentencias de unificación de las altas Cortes y, principalmente, por la Corte Constitucional.

Los criterios de asimilación, o protocolos de incorporación, pueden ser establecidos expresamente en la Constitución o en las leyes, o pueden ser contruidos por la jurisprudencia de los tribunales de cierre de cada uno de los países. En el caso colombiano, nos encontramos actualmente en un proceso de decantamiento jurisprudencial de nuestras altas cortes, que debería concluir en precisar cómo se asimilan las categorías del derecho interamericano distintas a la Convención. Esta segunda alternativa se está presentando como una necesidad derivada de las exigencias de seguridad jurídica y estabilidad institucional.

La construcción de estándares que fijen la manera en que se debe hacer la asimilación permitirá saber qué valor asignar y cómo aplicar el derecho internacional en nuestro derecho. La relación de las distintas categorías o fuentes

internacionales con las de origen nacional permitirá saber cuál es la jerarquía y el orden de prelación de las distintas categorías del derecho internacional que los jueces, funcionarios y demás operadores jurídicos debemos aplicar.

En todo caso, el punto al cual nos dirigimos es, esencialmente, el de mostrar que la ampliación de la jurisprudencia y demás categorías del *corpus iuris* interamericano requieren de una equiparación a las categorías del artículo 230, para luego sí articularlas con las demás fuentes internas, de manera que se pueda tener certeza en el orden y en la relación de jerarquía. Construir y aplicar protocolos de asimilación o, simplemente, hacer la equiparación del derecho interamericano a las fuentes del derecho interno, es hacer control de convencionalidad, es utilizar el derecho internacional de los derechos humanos, el *corpus iuris* interamericano junto a las fuentes nacionales para buscar la solución más adecuada a la protección de los derechos de las personas.

Para hacer control de convencionalidad se debe primero hacer un ejercicio de asimilación de la Convención y demás elementos del *corpus iuris* interamericano, esto nos permite saber cuál es la jerarquía y el orden de aplicación para efectos de establecer la relación con las fuentes nacionales. Una vez hecha la asimilación, entonces podremos realizar el control, en cualquiera de sus modalidades; inaplicar el derecho interno convencional o, en su caso, aplicando de manera conjunta y concordante el derecho interamericano, eso sí con el régimen jurídico de algunas de las categorías del artículo 230 CP.

### **La incorporación mediante los principios o criterios de hermenéutica jurídica nacionales**

El tercer camino o vía para incorporar el derecho interno en el nacional es a través de la utilización conjunta de fuentes mediante los principios de interpretación habituales en el derecho interno. Se trata de integrar el derecho internacional al interno, de manera que, efectivamente, pueda realizarse una protección multinivel en materia de derechos humanos, o fundamentales. La integración o asimilación se realiza de distintas formas, según se utilice un principio o criterio de interpretación. A manera de ejemplo y sin pretensiones de exhaustividad, veamos algunas alternativas en las que la hermenéutica nos permite utilizar conjuntamente del derecho internacional y el nacional.

Una forma de integración, muy usual, es la de considerar las normas convencionales o los principios y criterios de la jurisprudencia interamericana como *telos* que orientan la aplicación del derecho interno. En este sentido, cuando en el proceso de interpretación-aplicación del ordenamiento colombiano, al resolver un caso concreto se presenten distintas alternativas de comprensión o de utilización, todas fundadas en las normas internas, el operador jurídico escogerá la norma o significado que busque o pretenda hacer efectivos los criterios, normas, o estándares internacionales. En este sentido, estaríamos ante la utilización de una interpretación finalística, donde el derecho internacional funge como fin. En una lógica muy similar se podría hacer uso conjunto del derecho internacional, haciendo efectivo el principio pro persona, *pro homine* o favor *libertatis*. Este operaría cuando a propósito de un caso concreto donde esté involucrado un derecho fundamental, el derecho interno nos proponga distintas alternativas de actuación. En este caso, los operadores jurídicos nacionales tienen que identificar las distintas interpretaciones o soluciones que se deriven de las fuentes nacionales e internacionales y deberán utilizar aquella que sea más favorable para la persona o personas involucradas, y esta selección es independiente de que la regla de aplicación esté contenida en una norma nacional o en fuentes de derecho internacional.

La aplicación de los criterios de interpretación sistemático, finalístico, pro persona, o cualquier otro, en la medida en que utilicen el *corpus iuris* interamericano y, en particular, la Convención y la jurisprudencia, constituyen un mecanismo habitual para hacer control de convencionalidad. Siempre que un juez o un funcionario decida, por supuesto, con una argumentación consistente, qué norma es aplicable, qué interpretación es la más adecuada para decidir un caso, y se utilicen las fuentes nacionales e internacionales, bien sea para construir una solución *ex novo*, bien sea para optar por soluciones derivadas únicamente del derecho nacional o del derecho interamericano, estaremos integrando el derecho internacional en el interno y haciendo control de convencionalidad.

### **A manera de conclusiones: las peculiaridades del proceso de incorporación del derecho internacional y del control de convencionalidad**

La evolución o desarrollo de la figura del control de convencionalidad guarda cierta similitud con la de los derechos constitucionales innominados

en el ordenamiento constitucional colombiano, particularmente en lo que hace al origen, al método de creación, pues se trata, esencialmente, de una construcción jurisprudencial pretoriana, que si bien no innova en los fundamentos (que se funda en la Convención Americana y en la Convención de Viena de derecho de los tratados), sí es nueva en la construcción de los elementos constitutivos que se establecen mediante estándares jurisprudenciales que no aparecen en un solo momento, sino que están siendo contruidos mediante una dinámica de caso. Precisamente, por su origen jurisprudencial, será, con el paso del tiempo y mediante la solución de casos concretos por la Corte Interamericana, que el control de convencionalidad se irá consolidando, delimitando sus contornos y generando una dinámica más fluida y certera de diálogo de nuestro Estado con los valores y principios internacionales.<sup>29</sup>

Las dificultades de comprensión y de delimitación conceptual del control de convencionalidad se presentan con mayores inconvenientes en el plano nacional, quiero decir, en el trabajo de las autoridades nacionales –en Colombia, la dificultad está esencialmente en labor de consolidación de criterios jurisprudenciales por parte de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, principalmente–. Esto es así porque la utilización de experiencias de control de convencionalidad en países del orden interamericano no es lo suficientemente adecuada para servir de ejemplo, y no lo es porque el concepto mismo de control de convencionalidad, como hemos visto, depende del régimen constitucional, del sistema de fuentes y la distribución de competencias de los órganos y poderes nacionales.

Independiente de las similitudes jurídicas de los países que aceptan la competencia de la Corte, el manejo de las vías de incorporación del derecho internacional, el sistema de fuentes y la manera como se hace el control de validez de las normas jurídicas es muy diferente. Estas circunstancias hacen que se afirme que el control de convencionalidad sea diferente en cada país. La manera en El control de convencionalidad no tiene una única manera de hacerse.

---

<sup>29</sup> El profesor García Ramírez, utiliza la expresión “navegación americana” para mostrar ese proceso de consolidación de la Convención y la jurisprudencia, que en últimas pretende la efectiva vigencia de los derechos humanos. Cfr. “Relación entre la jurisdicción interamericana y...”, 7.

La constatación de estas diferencias en cada ordenamiento nacional nos lleva a valorar, con las debidas prevenciones, la doctrina que se elabora en otros países, pues la lectura de cómo debe hacerse control de convencionalidad se hace siempre teniendo principios y criterios de actuación exclusivos de cada país y pueden no encajar con nuestra lógica constitucional.<sup>30</sup> Las diferencias en los ordenamientos jurídicos nacionales hacen que el control de convencionalidad opere de manera particular en cada uno de los Estados, no obstante compartan la sujeción a la Convención Americana y acepten la competencia de la Corte Interamericana. Así, por ejemplo, las diferencias en materia de control de constitucionalidad, de validez de las leyes y de los actos administrativos son marcados: no todos tienen excepción de inconstitucionalidad; en los que existe la posibilidad de inaplicar leyes, en algunos es solo para autoridades judiciales, no administrativas, y dentro de las judiciales, en unas, a todos los jueces, en otras, solo a las altas Cortes. La manera como se entiende el concepto de bloque de constitucionalidad es diferente y eso hace que el derecho internacional se maneje de forma diferente al caso colombiano. En el caso colombiano estamos ante un bloque difuso, no es “definido” como existe en países como Argentina. En países como Ecuador existe la figura del control de constitucionalidad concreto mediante la figura de la cuestión de constitucionalidad, solo existe la posibilidad de inaplicar las normas internas por la Corte Constitucional. No todos los países tienen Consejo de Estado, y no en todos existe una jurisdicción contencioso-administrativa.

Las anteriores y muchas otras diferencias hacen que sea indispensable, urgente, que en el derecho colombiano la doctrina nacional auxilie científicamente el trabajo de nuestra rama judicial. Los referentes bibliográficos de otros países siempre están condicionados por las especificidades de sus ordenamientos nacionales. El carácter dinámico de la construcción interamericana del concepto de control de convencionalidad dificulta la decantación de criterios por la jurisprudencia colombiana, y esto se intensifica

---

<sup>30</sup> Esta situación es particularmente relevante en la doctrina mexicana y la argentina, esencialmente porque se trata de países donde la fortaleza de su academia ha generado buena parte de la actual producción científica sobre la materia. Que en estos países funcionen con sistemas federales, que el concepto de valor normativo no coincida con el que se maneja por la *opinio iuris* colombiana, hace que debamos tener reservas para no asumir *in toto* las importantes y fundamentales aportaciones de sus doctrinantes.

debido al diseño de nuestras altas cortes (con varios órganos de cierre), y las posiciones encontradas entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado están contribuyendo a incrementar nuestra tradicional problemática de seguridad jurídica.

La consolidación del control de convencionalidad, de la manera en que funciona, sus titulares, el objeto y los efectos, es lenta, y lo es porque las líneas de construcción están evolucionando, se están construyendo tanto a nivel interamericano por la jurisprudencia de la Corte IDH como por las jurisdicciones internas. Estas últimas aún están definiendo y llegando a acuerdos sobre la incorporación del derecho internacional. Las cortes colombianas aún están en un proceso de decantación y de consenso sobre la manera de utilizar e incorporar el derecho internacional, no obstante, están dentro de un proceso que no tiene reversa, por la legitimidad y la naturaleza global de las relaciones internacionales.

El diálogo judicial, sin duda, es una necesidad, no una opción. Las exigencias de seguridad jurídica y estabilidad institucional en un contexto de globalización y de protección multinivel así lo imponen.

El control de convencionalidad va mucho más allá de la inaplicación, esta es solo una modalidad. El control que se hace vía cosa juzgada interpretada en casos referidos de otros países no es idéntico al cumplimiento de sentencias en las que Colombia es condenada, y proporciona más flexibilidad a los operadores jurídicos nacionales en su labor de incorporación. En el caso de sentencias donde Colombia no es condenada, la utilización de las sentencias es necesaria, pero no conlleva el imperativo de utilizar las mismas soluciones, no se tiene que llegar indefectiblemente a la decisión y a la imposición de medidas o remedios que la sentencia formuló para el país extranjero.

Todos los jueces nacionales, es más, todos los operadores jurídicos nacionales son jueces interamericanos. Esta afirmación significa que junto al derecho colombiano se debe utilizar el *corpus iuris* interamericano, y dentro de este a la Convención y la jurisprudencia interamericana. El principio de legalidad se amplía e incorpora el derecho interamericano, y mediante las distintas formas de incorporación del derecho internacional que prevé nuestro ordenamiento se puede y se debe hacer control de convencionalidad.

La divulgación de la doctrina de control de convencionalidad, entendida como una figura heterogénea de construcción conjunta y siempre respetando el ámbito de competencias propio de las autoridades de cada uno de nuestros países y, por otra parte, la existencia de un sustrato social similar, determinan que este proceso de consolidación de los derechos humanos alrededor de la Convención Americana y de la jurisprudencia de la Corte IDH sea un fenómeno, que podrá tener avances y retrocesos, pero que la tónica general será la de su consolidación.

Se requiere un trabajo intenso y coordinado que proporcione, bien expresamente, es decir, normativamente, bien mediante liderazgo jurisprudencial, de un procedimiento, de un régimen de incorporación de las fuentes internacionales en nuestros ordenamientos nacionales. El gran reto de la comunidad internacional y de Colombia es establecer un protocolo, unos criterios para hacer control de convencionalidad, para incorporar o constitucionalizar, si se quiere, el derecho internacional.

## Bibliografía

- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea y Alexandra Castro Franco (eds.). *La Jurisprudencia interamericana en los casos contra Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- BOTERO GIL, Enrique. *Control de convencionalidad en Colombia. Una experiencia de dialogo judicial*, 2 ed. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2019.
- CHARLE, Edwin. “The Concept of Neo-Colonialism and its Relation to Rival Economic Systems”, *Social and Economic Studies*, 15, n.º. 4 (diciembre, 1966): 329-337.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CIDH, Control de convencionalidad. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.º. 7*. cuadernillo7.pdf (corteidh.or.cr)
- FERRER Mac GREGOR, Eduardo. “Control de convencionalidad (sede interna)”. En *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, I, editado por Ferrer Mac Gregor, E. Martínez Ramírez, F y Figueroa Mejía, G. México: Poder judicial de la federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2014.

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales): Algunas Cuestiones Relevantes”. *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, 1, n°. 1, art. 2 (2015): 122.
- GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo. “La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad”. *Estudios Constitucionales*, año 15, n°. 1 (2017): 55-98.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *El Concepto de control de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- GUTIÉRREZ BELTRÁN, Andrés. *Bloque de constitucionalidad. Conceptos y fundamentos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- IGLESIA CATÓLICA. *Summit on Colonialism, Decolonialization & Neocolonialism: A Social Justice and Common Good Perspective*. Vatican City: Casina Pio IV, 2023.
- QUINTANA IRASAMENA, Karla. *El control de convencionalidad. Un estudio del derecho interamericano de los derechos humanos y del derecho mexicano: Retos y perspectivas*. México: Editorial Porrúa, 2019.
- MACÍAS CHÁVEZ, Karla C. “El neocolonialismo en nuestros días: La perspectiva de Leopoldo Zea”, *Universitas Philosophica*, 32, n°. 65 (2007): 81-106.
- MATIA PORTILLA, Francisco Javier y Paula Robledo Silva (dir.). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Mecanismos de cumplimiento e informes nacionales*. Bogotá: Editorial Tirant lo Blanch, 2020.
- MIGNOLO, Walter D. “El pensamiento decolonial, desprendimiento y apertura”. En *El giro decolonial*, S. Castro Gómez y R. Grosfoguel (coords.), pp. 25-47. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad Central - Universidad Javeriana, 1971.
- MILLER, Rebecca. Capitalistic Christians and Educated Elites: Fanonian Theory and Neo-Colonialism Ngugi Wa Thiong’o’s: A Grain of Wheat, English Seminar Capstone Research, Papers, 26, 2014. [http://digitalcommons.cedarville.edu/english\\_seminar\\_capstone/26](http://digitalcommons.cedarville.edu/english_seminar_capstone/26).
- SIERRA PORTO, Humberto. *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.