

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD (CCV) Y SUS RELACIONES CON LA FUERZA PÚBLICA EN COLOMBIA *

Jaime Cubides Cárdenas **

Daiana Ivonne Reyes García ***

Carlos Eduardo Castro Buitrago ****

Introducción

En la actualidad, el enorme avance doctrinal en materia de derechos humanos ha generado diversidad de corrientes y dilemas. Día tras día, los jueces, los tribunales

.....
* Este capítulo presenta en conjunto los resultados de los proyectos de investigación "Justicia multinivel y aplicabilidad del control de convencionalidad en la tutela judicial efectiva de los derechos humanos dentro de la Fuerza Pública colombiana". Forma parte de la línea de investigación "relaciones internacionales, seguridad y defensa", del grupo de investigación Estudios internacionales, vinculado a la Facultad de Relaciones Internacionales, adscrito y financiado por la Escuela Militar de Cadetes General José María Córdova y del proyecto "La convencionalización del Derecho: el caso del ordenamiento jurídico colombiano desde la justicia multinivel y el posconflicto", que forma parte de la línea de investigación Fundamentación e implementación de los derechos humanos, del grupo de investigación Persona, instituciones y exigencias de justicia, reconocido y categorizado en (B) por Colciencias. Está registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Sociojurídicas (Cisjuc), adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

** Abogado y especialista en Derecho Público, especialista y magíster en Docencia e Investigación con énfasis en las Ciencias Jurídicas, magíster en Derecho, doctorando en Derecho en la línea de investigación de Derecho Constitucional. Docente, investigador y líder del grupo de investigación Persona, instituciones y exigencias de justicia, de la Universidad Católica de Colombia. Correo electrónico: jacubides@ucatolica.edu.co

*** Politóloga con énfasis en Relaciones Internacionales, especialista en Políticas y Asuntos Internacionales, especialista en Derecho Internacional aplicable a los conflictos armados, magíster en Seguridad y Defensa.

**** Estudiante de Derecho. Auxiliar de investigación del grupo de investigación Persona, instituciones y exigencias de justicia e integrante del semillero de investigación Observatorio de justicia constitucional de derechos humanos, vinculado al Centro de Investigaciones Sociojurídicas (Cisjuc), adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

y las personas inmiscuidas en la administración de justicia se ven abocados a resolver las garantías para que los individuos ejerzan plenamente sus derechos, con la salvaguarda y la garantía del Estado. Esta se convierte en una premisa que, para la doctrina, debe ser materializada, como es el control de convencionalidad.

La doctrina del control de convencionalidad, desarrollada hace algunos años por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), constituye un desafío a la hora de determinar la aplicación interna de estándares regionales de derechos humanos. Al constituir un mandato que obliga a los Estados parte a internalizar la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, Convención o CADH), afecta la discrecionalidad de los Estados para efectos de implementar las obligaciones contenidas en dicho tratado.

En este capítulo se expondrá la discreción estatal en relación con el control de convencionalidad y su implementación en el área de la Fuerza Pública. Se inicia con el desarrollo de los conceptos básicos que se manejan en la aplicación del control de convencionalidad. Luego se analiza la doctrina sobre el control de convencionalidad, para proponer una tipología: control fuerte y débil de convencionalidad y este como directriz para la evaluación de las normas. i) El control fuerte de convencionalidad, como obligación de inaplicación de normas internas inválidas, lleva aparejado un grado reducido de discreción nacional, y ii) el control débil, como obligación de interpretación conforme a normas internas en relación con los estándares regionales, conlleva un grado intermedio de discreción estatal.

Para esta investigación, desarrollaremos metodológicamente un primer momento descriptivo sobre el origen y concepto de control de convencionalidad desde sus diversas modalidades y analizaremos la jurisprudencia de la Corte IDH y la evolución que ha tenido el control de convencionalidad. En segundo lugar, se examinará la implementación del mismo en la Fuerza Pública y se cuestionará ¿cuál es el papel que tiene el Ejército nacional ante la CADH en el contexto de la doctrina del control de convencionalidad?

La hipótesis de respuesta a esta pregunta consiste en que el Ejército nacional es un agente de control de convencionalidad, debido a la importancia que tiene el desarrollo de los derechos humanos en el cumplimiento de sus funciones institucionales.

Noción del control de convencionalidad

De acuerdo con el profesor Cubides, los orígenes de esta figura se encuentran en la jurisprudencia francesa. El Consejo de Estado francés, junto con el máximo órgano constitucional de ese país, consideró que era necesario evaluar preceptos normativos internos bajo parámetros convencionales dados por el tribunal regional europeo (Cubides, Sánchez y Pérez, 2013).

En América Latina, el término de control de convencionalidad (CCV) fue empleado por primera vez en el año de 2003 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en votos razonados del juez Sergio García Ramírez en los casos Myrna Mack contra Guatemala y Tibi contra Ecuador (2004) (Corte IDH, 2003; 2004). Luego fue plasmado en 2006, esta vez por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tales votos se destacaron por mantener que la Corte IDH y los Tribunales Constitucionales practican una labor similar, en tanto los últimos tienen la facultad de estudiar si los actos impugnados se ajustan a los principios y valores de la Constitución y la Corte IDH debe analizar los actos que llegan a su conocimiento y revisar su convencionalidad a la luz de las normas, los principios y los valores de los tratados que forman parte de su competencia contenciosa (Pérez, Zambrano y Cepeda, 2015). En este orden de ideas, la Corte IDH (2006) manifestó:

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

Según estas disposiciones pretorianas y la doctrina en la materia, el control de convencionalidad (CCV) se define como un mecanismo que pasa al campo internacional como herramienta complementaria, en la que se respalda la justicia

de cada Estado, en caso de inconformismo ante el acto que se juzga por vulnerar los derechos humanos.

Este mecanismo se ejecuta para aquellos Estados que reconocen la jurisdicción de la Corte IDH, al haber aceptado esta obligación mediante convenio. Las sentencias proferidas por los Estados se someten a investigación por medio del control de convencionalidad (CCV) cuando se advierte que pueden estar violando los derechos humanos dentro de su contenido y ordenamiento.

En otras palabras, la obligación que tienen los jueces de cada uno de los Estados parte es efectuar control de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia e integrar las normas contenidas en la Convención Americana al sistema de sus decisiones corrientes (Quinche, 2013). Dicho control de convencionalidad se perfila como una herramienta eficaz para lograr el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos por el Pacto. Además, es un instrumento de sumo interés para construir un *ius commune* interamericano en materia de derechos personales y constitucionales (Sagüés, 2010).

En síntesis, el CCV es una actividad judicial operativa respecto a los hechos y las leyes, que hace efectivo el carácter normativo y legal de la Convención Americana de Derechos Humanos y de todos aquellos tratados que comprenden el Sistema interamericano de defensa de los derechos y las garantías allí plasmados.

El concepto de control de convencionalidad se encuentra ligado necesariamente a la forma de interpretación de la Convención, similar a la forma como en el Derecho interno el control de constitucionalidad es inherente a la interpretación de la Carta Magna (Rincón, 2013).

Frente a este tema la Corte IDH refiere:

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Corte IDH, 2006, párr. 124).

El Derecho Internacional público determina dos cuestiones fundamentales que se convierten en los dilemas esenciales de la materia: el primero de estos consiste en que las leyes contrarias a lo que contempla la CADH carecen de efecto jurídico, incluso dentro de los Estados; el segundo, si se comprueba que la norma interna y la internacional no son compatibles, el juez ordenará que la norma internacional prevalezca sobre la interna, siempre y cuando la norma internacional sea más favorable para la persona⁶⁹. Así como se ha podido observar cuando la Corte IDH confirmó su autoridad en el caso *Barrios Altos vs. Perú* (Corte IDH, 2001), en el sentido de que la ley de amnistía proferida por el Estado peruano iba en contra de los derechos y las garantías plasmados en la Convención (Nash y Medina, 2007). Lo que ha llamado más la atención es que la Corte únicamente evidencia que las leyes de amnistía no son para efectos jurídicos y no deben ser aplicadas, porque no atienden la decisión judicial; esto implica que la Corte no ordena al Estado de Perú anular o modificar la impugnación donde se presenta el evento (Aguilar, 2012).

¿Por qué son incompatibles la norma interna y la internacional? ¿Solo porque no obedece al tratado internacional la norma interna deja de ser valedera? El profesor Sagüés (2011) ha señalado que la norma interna “no se aplica al caso bajo examen, se descarta o resulta inválida para el mismo” (p. 383). Defiende que la norma interna no se aplica en casos concretos, pero no tiene que derogarse o anularse porque no fue aplicable en el mismo (Sagüés, 2011). De la necesidad de dar solución a ese planteamiento puede entenderse el origen del control de convencionalidad como el contenido que da o no validez a una norma interna; para comprender hasta dónde llega y qué intensidad puede tener el CCV, se clasifica en fuerte y débil.

Esta figura jurídica ha sido objeto de serias puntualidades y aclaraciones, en el momento en que se han identificado los Estados obligados a la aplicación de esta figura y a la verificación que la Corte IDH tiene la posibilidad de hacer sobre el control de convencionalidad que ejercen los Estados en el ámbito interno. Asimismo, se adhiere otra clase de control de convencionalidad, como por ejemplo el CCV de directriz, que se explicará a continuación.

.....
 69 De aceptarse el principio *pro homine*, una ley posterior a una con una jerarquía inferior a un tratado se puede aplicar con prevalencia, en tanto consagre protecciones más favorables que las consignadas en el tratado internacional (Henderson, 2004).

*Tipos de control de convencionalidad*⁷⁰

Desde su concepción en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en 2003, hasta la actualidad, esta herramienta pretoriana ha tenido un amplio desarrollo teórico, en el cual se ha logrado determinar variedad en su tipología e implementación.

Control fuerte de convencionalidad

Si se habla de intensidad, el control fuerte de convencionalidad⁷¹ se refleja cuando un juez nacional se ve obligado a detener la aplicación de la norma interna por vulnerar la CADH y su interpretación en las sentencias de la Corte IDH. Esto se aprecia en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, en el que la ley de amnistía no era en nada compatible con la CADH y por ello el juez nacional dio prevalencia al tratado. Muchos académicos consideraron que la Corte fue ambigua, al no poder explicar hasta dónde el control fuerte de convencionalidad juzgó a la norma interna y lo único claro fue que, en todos los casos, la norma interna era desplazada en el caso concreto por estar en contradicción con lo dispuesto en la CADH y las interpretaciones de la Corte IDH.

Control débil de la convencionalidad

El control débil de convencionalidad⁷² se puede entender como la interpretación de la norma interna conforme a la que contiene la CADH subordinada a la

70 El control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter "concentrado" por parte de la Corte Interamericana, en sede internacional y otra de carácter "difuso" por los jueces nacionales, en sede interna (Ferrer Mac-Gregor, 2011).

71 La primera obedece a las facultades inherentes de la Corte Interamericana para resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración, en cuanto guardián e intérprete final de la Convención Americana. Es en realidad un control "concentrado" de convencionalidad, al encomendarse a dicho órgano jurisdiccional la facultad exclusiva de "garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados" y "reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada", cuando "decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por esta Convención" (art. 63, CADH). Dicho fallo tiene carácter "definitivo e inapelable" (art. 67, CADH), por lo que los Estados "se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte en todo caso de que sean partes" (art. 68.1, CADH) (Ferrer Mac-Gregor, 2011).

72 Este control es una nueva manifestación de la "constitucionalización" o "nacionalización" del Derecho Internacional. El "control difuso de convencionalidad" consiste en el deber de los jueces nacionales de hacer un examen de compatibilidad entre los actos y las normas nacionales con la CADH, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta ese *corpus iuris* interamericano. Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los

•El control de convencionalidad (CCV) y sus relaciones con la Fuerza Pública en Colombia•

interpretación que de esta hace la Corte IDH, como cuando se interpreta una ley a la luz de la Constitución de un país. Aquí no se considera la nulidad o derogación de la norma interna, sino que se adapta a una interpretación que armonice con la Convención y los ordenamientos finales de la Corte de IDH, valiéndose hasta de la misma Constitución (Castilla, 2011). El ejemplo de este tipo de CCV tomado por la Corte se ha presentado en sentencias que se refieren especialmente a reparaciones y garantías de no repetición de violación a los derechos humanos. Ha adoptado una versión débil del control de convencionalidad en determinadas sentencias, sobre todo en materia de reparaciones y garantías de no repetición en el caso *Radilla Pacheco vs. México* (Corte IDH, 2009), el cual se refería a los límites que debe tener la justicia penal militar en relación con la jurisprudencia de la Corte IDH, es decir, cómo debían juzgar a los militares que cometían graves violaciones a los derechos humanos; ejemplo de esto, el caso de *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (Corte IDH, 2010).

El control débil no es más que la reiteración de la conocida doctrina *Charming Betsy*⁷³ desarrollada por la Corte Suprema estadounidense. El canon, en los términos fijados por el juez Marshall, estipula que no se debe interpretar un acto del Congreso de modo que se viole el Derecho de las Naciones, en el evento de que exista una interpretación alternativa posible (Contreras, 2014). Se puede concluir que el control débil de convencionalidad parece sugerir la interpretación conforme a toda norma interna con la CADH y los fallos de la Corte IDH, incluida una norma de rango constitucional de cualquier Estado parte.

interpreta. Este nuevo tipo de control tiene sustento en la propia CADH, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y ha sido expresamente desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH, dentro de su competencia como único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano e intérprete último y definitivo del Pacto de San José (Ferrer Mac-Gregor, 2011).

73 "The Charming Betsy doctrine is grounded in separation of powers concerns, such that unless Congress clearly expresses its intent to do so, courts will not interpret domestic statutes in a manner that would put the United States out of compliance with international norms. The purpose of the doctrine, therefore, is to prevent courts from creating foreign relations difficulties for the United States by unnecessarily creating conflicts between domestic and international law when interpreting ambiguous statutes. (La doctrina Charming Betsy se basa en la preocupación de la separación de los poderes, de tal manera que si el Congreso no expresa claramente su intención de hacerlo, los tribunales no interpretarán los estatutos internos de modo que pusiera a los Estados Unidos fuera de conformidad con las normas internacionales. El propósito de la doctrina, por lo tanto, es prevenir que los tribunales creen conflictos innecesarios entre la legislación nacional e internacional de los estatutos ambiguos" (traducción propia) (Dubay, 2011).

Elementos del control de convencionalidad

El CCV, visto como un tipo de directriz, corresponde a las formas como la Corte IDH ordena lo que respecta a las autoridades nacionales que ejercen control. Trata de dejar en firme, por escrito, la pluralidad de esos sujetos —entre los que deben contarse los órganos político democráticos— y reafirmar que ejercer control no solo es competencia del Poder Judicial, sino que “en las instancias democráticas [...] también debe primar un ‘control de convencionalidad’”, como en el caso *Gelman vs. Uruguay*. En él se tuvo que estudiar a fondo la diferencia entre el control de constitucionalidad y control de convencionalidad cuando se fueron a invalidar las normas (Corte IDH, 2011).

Lo que quiere decir la Corte en este caso es que cuando la autoridad pública⁷⁴ ejerza su poder, considerará para su accionar lo que contiene y lo que ordena la CADH, para lo que deberá seguir una “directriz” como un enunciado que señala las condiciones para que sea aplicada la norma interna y determinar un norte o modelo en el que debe encajar. Allí está el problema para los órganos políticos, que deben efectuar control de validez de norma e interpretar cómo no afectar el estándar internacional. En un sentido técnico, es dar significado y alcance a una norma, de modo que amplíe una pauta internacional para el ejercicio de funciones de determinados órganos del Estado. También se crearán normas internas, leyes, reglamentos y reformas constitucionales sujetos al control de convencionalidad. Para ello, el Legislador debe valerse de diferentes medios jurídicos: regulación administrativa, establecimiento de responsabilidades civiles o penales o aseguramiento de determinadas garantías judiciales. Lo relevante es que cumpla con el estándar fijado por la Corte, cuestión que, por cierto, se sujeta al escrutinio regional que esta ejerce (Ayala, 2007).

74 En el caso *Almonacid Arellano*, entre otros, quedó remarcada la pauta a la que antes hemos hecho referencia, en el sentido de que no solo el Tribunal Interamericano debe llevar a cabo el control de marras, sino también los jueces locales antes de que el pleito llegue a la instancia internacional. Ello es así porque la intervención de los cuerpos supranacionales es subsidiaria y las actuaciones, por regla, deben ser analizadas en la instancia doméstica, sin perjuicio del eventual “salto” a los estamentos interamericanos. De ahí que el Pacto imponga la necesidad de “agotar los derechos internos” (art. 46.1.a). Como expresamos, se trata de aplicar primero el control de constitucionalidad por medio del juez local, quien también debe hacer la inspección de convencionalidad. Sucede algo similar a lo que acaece en el orden interno con la cuestión federal, ya que según la clásica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la norma debe ser analizada primero por los cuerpos judiciales provinciales y luego, si subsiste el agravio, por el más alto cuerpo de justicia del país (Hitters, 2009).

Aplicabilidad del CCV en los ordenamientos nacionales

Sobre las formas con las cuales se puede consolidar la aplicación de este tipo de control, está configurado en función del grado de vinculación u obligatoriedad que generan no solo las disposiciones convencionales, sino los parámetros pretorianos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La discreción nacional en el control de convencionalidad aplicado por las autoridades de un Estado se expone como de mayor o menor grado, según el tipo de control aplicado, limitado por las condiciones impuestas al Estado.

Para que haya la discreción por parte del Estado, debe tenerse como precedente que las sentencias sean sometidas a control por la Corte. Esa condición de obligatoriedad hace que se pueda controlar por convencionalidad (Ayala, 2007). Esto quiere decir que la CADH refiere que cada Estado puede hacer obligatoria la jurisdicción de la Corte y por ello sostiene: “Los Estados parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (art. 68.1).

En sede de supervisión del cumplimiento de sentencias, la Corte ha interpretado el alcance del Artículo 68 y ha afirmado:

[...] esta obligación corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte IDH, no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida (Corte IDH, 1997).

El carácter de obligatoriedad de las decisiones de los tribunales internacionales diferencia la vinculación a la CADH de la participación en comités supervisores de tratados internacionales de los derechos humanos, porque estos interceden con observaciones, lo que rompe la condición de vinculante y las aleja de ser sentencias, fallos o decisiones (Contreras, 2014).

Los Estados están obligados al oportuno cumplimiento de las sentencias de la Corte, pero es complejo cuando se causan efectos por Estados terceros; la obligatoriedad de las sentencias de la Corte debe ser conectada con la doctrina del control de convencionalidad y, en especial, con el efecto de precedente interamericano que pudiera seguirse (Contreras, 2014). De acuerdo con las hipótesis

de Oswaldo Ruiz Chiriboga (año, citado en Contreras, 2014), se plantean las siguientes formas de discreción nacional:

- e. Primera hipótesis: hay un reducido grado de discreción por parte de las autoridades nacionales cuando la Corte Interamericana ha emitido una decisión previa en contra del Estado en la que le ordena la modificación de una norma interna. Dichas autoridades tendrán que aplicar lo ordenado en el estándar regional definido por la Corte y no pueden desviarse del precedente.
- f. Segunda hipótesis: hay un margen reducido de discreción para las autoridades, puesto que aunque el Estado no ha sido condenado, la Corte Interamericana ya ha definido que una regla viola la Convención. Esto quiere decir que un Estado que no ha sido condenado por la Corte tiene una regla de derecho de otro Estado que sí lo fue.
- g. Tercera hipótesis: la Corte no ha decidido un asunto determinado ni ha fijado la interpretación de una regla de la Convención. En este caso, no existe un estándar interamericano definido y las autoridades nacionales gozan de una amplia discrecionalidad en la determinación del contenido de la regla.

Según Ruiz Chiriboga, se puede interpretar el grado de discreción nacional bajo los estándares interamericanos, en especial, en relación con el control de convencionalidad, porque fija unos escenarios en los que las autoridades de los Estados deben decidir bajo el estándar regional que fije o no la Corte IDH.

Lo anterior explica la repercusión que tiene el control de convencionalidad respecto a la discrecionalidad nacional, que va más allá de la obligación que marca el precedente o de la decisión interamericana. Se entiende que la repercusión del precedente interamericano sí puede entrar a discutirse; lo que no puede hacer el Estado parte hallado responsable por la Corte es dejar de cumplir la sentencia. Vuelve a cuestionarse la discrecionalidad en cuanto al margen de maniobra que tienen los Estados para cumplir las obligaciones que les impone la sentencia y lo que puede significar acatarlas.

El desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad busca evitar que, una vez definido el estándar interamericano respecto a una obligación de derechos humanos, sean los tribunales nacionales los que lo apliquen directamente, para

•El control de convencionalidad (CCV) y sus relaciones con la Fuerza Pública en Colombia•

disminuir el potencial número de reclamaciones ante el Sistema Interamericano. En este grado, la discrecionalidad debe analizarse y ello no es posible sin atender a las diversas manifestaciones del control de convencionalidad (Castilla, 2013).

En Colombia, la Corte Constitucional se ha visto sujeta entre la tesis de la obligatoriedad de la doctrina de los tribunales internacionales y la constitucionalidad de beneficios a grupos alzados en armas.

La tesis de la obligatoriedad fue expuesta, entre otras, en la Sentencia C-481 de 1998, en la que al resolver un problema de discriminación laboral por sexo, la Corte puntualizó: “[...] es lógico que nuestro país acoja los criterios jurisprudenciales de los tribunales creados por tales tratados para interpretar y aplicar las normas de derechos humanos. Esa doctrina internacional vincula entonces a los poderes públicos en el orden interno” (Corte Constitucional, 1998).

La otra postura fue contenida en la Sentencia C-370 de 2006, que refería un precedente según el cual “la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos humanos” (Corte Constitucional, 2006). Tanto el sistema interno de los Estados parte como su método permiten el ingreso de las convenciones internacionales y la doctrina de sus cortes, lo cual adquiere gran importancia en lo relacionado con el control de convencionalidad (Quinche, 2009).

Control de convencionalidad y bloque de constitucionalidad⁷⁵ en Colombia

La forma como se ha logrado aplicar el control de convencionalidad en Colombia se debe a la normatividad constitucional y jurisprudencial. La Constitución Política tolera que los convenios y tratados internacionales de un Estado que versen sobre derechos humanos predominen en el orden interno (art. 93). Este mismo estatuto constitucional expone que las declaraciones de los derechos y las garantías enunciados en la Carta Política y los convenios internacionales no implican negación de otros inherentes a la persona que no figuren expresamente en estos documentos (art. 94).

.....
75 El bloque de constitucionalidad se refiere a normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la propia Constitución (Arango, 2004).

Por otro lado, la Corte Constitucional manifestó en el fallo C-225 de 1995 que el conjunto de normas y principios nacionales e internacionales conforman un “bloque de constitucionalidad”, que de igual forma es un elemento de control constitucional. En el año 2009, en la Sentencia C-488, expuso que la incorporación al ordenamiento jurídico procedía a realizarse de dos formas (Pérez *et ál.*, 2015):

- a. Integración normativa: cuando los casos de tratados de derechos humanos ratificados por Colombia versan sobre derechos humanos que no pueden limitarse en estados de excepción.
- b. Referente interpretativo: para los tratados sobre derechos que sean susceptibles de ser limitados en los estados de excepción (Pérez *et ál.*, 2015).

Esto deja despejado que, en la normativa colombiana, las prescripciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en particular sobre control de convencionalidad, forman un elemento relevante para las autoridades estatales en el momento de ejercer sus labores. Desde luego, comprende el estudio que debe hacer el sistema judicial colombiano a la hora de fijar reparaciones en casos de vulneraciones de derechos humanos (Pérez *et ál.*, 2015).

Importancia del control de convencionalidad para el Ejército nacional

Debido al compromiso que tienen las Fuerzas Militares, en especial el Ejército nacional, el Decreto 1949 de 2009 creó la Escuela de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, con el fin de especializarlas y capacitarlas integralmente en difundir y profundizar en el conocimiento de normas y deberes como la base fundamental de todo militar (Escuela de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, 2010).

El Artículo 93 de la Constitución Política señala que los tratados y convenios internacionales ratificados por la Nación prevalecen en el orden interno del país. De esta forma, sujeta los derechos y deberes consagrados en la Carta Magna a la interpretación que se haga de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos.

De acuerdo con lo anterior y dado que el fin supremo de la sociedad y del Estado es la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, se entiende

que es deber de la Nación velar por el cumplimiento de los derechos humanos. Así, la violación de los mismos por parte del Estado o de un particular implica una responsabilidad internacional, ya sea por haber sido directo responsable o por haber omitido la diligencia necesaria para prevenirla y no haberla investigado correctamente (Cabrera, 2014).

En otras palabras, podría decirse que el Estado se halla al servicio de la persona humana y no al contrario y es el Ejército nacional el llamado a cumplir su misión de defender la soberanía, la independencia y la integridad territorial, así como de proteger a la población civil.

Proteger a la población civil comprende múltiples aspectos que, en forma indirecta, se fundamentan en la dignidad del individuo, reconocida por su sola condición de ser persona. En este punto, es preciso señalar el significado que reviste para nuestro Ejército nacional la expresión “principios de humanidad”, la cual es sinónimo de leyes (principios) de la humanidad y se interpretan para el contexto que se aborda en el presente, puesto que prohíben los medios y métodos de hacer la guerra que no sean necesarios para obtener una ventaja militar definitiva. En términos simples, la humanidad exige que, en la medida de lo posible, se prefiera la captura a la herida, la herida a la muerte y que no se ataque a los no combatientes (Cabrera, 2014).

Por otro lado, la Corte IDH ha implementado el concepto de control de convencionalidad, como una herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno y verificar la conformidad de las normas y prácticas internas con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

Con base en el concepto de discreción estatal, también es entendible que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no imponga un determinado modelo de control de convencionalidad, como lo señala la Corte IDH: “[...] la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad” (Corte IDH, 2014).

Sostiene, además, que el Estado debe ejercer dicho control en la interpretación de la norma interna, a fin de que las prácticas estatales se encaminen a la observancia efectiva de los derechos y las libertades que consagra la CADH. Entonces, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación

sea adecuada, porque es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el Artículo 2 de la Convención (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

Para el caso que nos ocupa, podríamos decir que es necesario tener especial cuidado en el obrar militar, pues aunque algunas conductas están justificadas en la legislación nacional y en el contexto del cumplimiento de su deber misional, podrían entrar en contravención con lo consagrado en la CADH y, por lo tanto, serían actos no admisibles. En otras palabras, el obrar militar legal dentro del Estado colombiano puede no serlo en el Derecho Internacional; ejemplo de ello es el caso Santo Domingo vs. Colombia.

La Corte IDH estableció el control de convencionalidad con el objetivo de que los Estados eviten incurrir en faltas internas que les obliguen a responder en el ámbito internacional, con el propósito de direccionar a los Estados como inmediatos responsables del cumplimiento del deber de proteger los derechos humanos.

Dicha responsabilidad solo puede ser exigida a escala internacional después de que el Estado ha tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios (Corte IDH, 2012). De esta forma, se le otorga discrecionalidad al Estado, toda vez que lo convierte en el principal garante de los derechos humanos.

Por lo anterior, la Corte IDH se encuentra a la espera de que se adelanten los procesos pertinentes al esclarecimiento y a la condena de los hechos conocidos como falsos positivos, es decir, la Corte le da libertad a la Nación para que obre de conformidad con el Derecho Internacional; de no hacerlo, juzgará y sentenciará según sea el caso (Human Rights Watch, Colombia, 2015).

En el ámbito de su competencia, la Corte IDH recuerda que “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’”; además, menciona que la obligación inicial de ejercer el control de convencionalidad corresponde a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los ámbitos, que están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (Corte IDH, 2010). En el Estado

colombiano, se refiere a todos los órganos vinculados a impartir la justicia penal militar.

Este hecho es muy importante, puesto que aunque su deber primario es ejercer la justicia de acuerdo con la ley interna, están obligados a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto. Dicho de otra forma, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los ámbitos (incluida la justicia penal militar) están en la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana y, para tal fin, no solo deben tener en cuenta el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana (Corte IDH, 2010).

El control de convencionalidad también es una obligación de toda autoridad pública, como lo señala la Corte en el caso *Gelman vs. Uruguay*: “[...] debe primar un ‘control de convencionalidad’ [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial” (Corte IDH, 2011).

Así las cosas, al ser parte integral de la autoridad pública, el Ejército nacional de Colombia está en la obligación de ejercer control de convencionalidad de dos formas: en el cumplimiento de su misión fundamental y al impartir justicia en el ámbito militar. Nuestra institución se orienta a cumplir y a hacer cumplir la Constitución Política en el territorio nacional y, en la misma línea, cumplir y hacer cumplir los derechos fundamentales del ser humano, para lo cual debe echar mano del control de convencionalidad.

Sin embargo, tristemente algunos miembros del Ejército colombiano han incurrido en hechos punibles que manchan el nombre de la Institución y la convierten en victimaria y directa responsable de la violación de los derechos humanos y fundamentales de la población civil. Tal vez el caso más sonado en el escenario internacional es el de los falsos positivos, el cual se encuentra en la Corte IDH. En primera instancia, es deber de la institución militar velar porque la justicia impartida a los infractores sea consecuente con lo que dicta la norma internacional y para ello la justicia militar debe utilizar el control de convencionalidad.

Además, como resultado de que la Corte ordenara medidas de reparación y satisfacción para los familiares de los desaparecidos y ejecutados extrajudicialmente por el Ejército nacional, este está en la obligación de velar por el cumplimiento de ese mandato.

El control de convencionalidad es relevante para el Ejército nacional en razón a que:

1. Su misión principal es proteger a la población civil, hecho que, junto con la CADH, lo faculta para ejercerlo y así direccionar su obrar en la protección de los derechos humanos.
2. El Ejército debe tenerlo en cuenta para no actuar en contra de lo pactado en la CADH, aunque la legislación interna se lo permita.
3. Debe abordarlo cuando ejerza la justicia penal militar.

Conclusiones

El control de convencionalidad puede ser la herramienta para medir el grado de discreción de un Estado parte de la Convención Americana en la obligación de cumplir con estándares internacionales.

Por ser una doctrina nueva, el estudio de la aplicación del control de convencionalidad requiere un análisis detallado en cuanto a la afectación que puede estar ejerciendo un Estado parte a las obligaciones internacionales; esto se debe a dos razones: la falta de claridad en los criterios de aplicación nacional del CCV y la diversidad de tipos de control de convencionalidad que se presentan en la jurisprudencia de la Corte.

Para entender los grados de discreción nacional, distinguir el tipo de control de convencionalidad —fuerte, débil y como directriz— hay que identificar con mayor claridad el radio de acción con el que cuentan las autoridades del Estado parte. Si bien el control de convencionalidad en sí restringe la discreción nacional, su especificación interna dependerá de la autoridad estatal que deba llevarlo a cabo. Esto significa que, según el tipo de control de convencionalidad del que se trate, el órgano estatal contará con más o menos discrecionalidad en su obrar.

En el control fuerte, los jueces estarían obligados a invalidar normas internas en correspondencia con el estándar interamericano; en este evento, habría nula o muy poca discrecionalidad. Por el contrario, en el control débil, la obligación de interpretación conforme al parámetro interamericano ofrece un margen de maniobra en el que el juez nacional puede salvar la validez de una norma interna y decidir un caso sin comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Así, estaríamos ante un grado de discrecionalidad medio. Por último, en

el control como directriz, los órganos políticos tienen un grado considerable de latitud discrecional para escoger la forma más idónea de implementar las obligaciones internacionales.

Todas las hipótesis expuestas dejan ver que la decisión internacional de la Corte Interamericana es obligatoria y, a pesar de ello, señalan un grado de discrecionalidad para el Estado en la aplicación interna de los estándares interamericanos. Será en este punto en donde, en el futuro, se decida la real eficacia de la polémica doctrina de la Corte Interamericana.

Por ser Estado parte de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, Colombia está en la obligación de hacer primar estos derechos sobre la legislación nacional. Como primera medida, debe tenerlos en cuenta cuando elabora su legislación interna y, en segunda instancia, si la interpretación que se hace de dicha legislación entra en contradicción con los derechos humanos, debe hacer prevalecer los últimos al impartir justicia.

El Estado colombiano y, por ende, el Ejército nacional están al servicio de la población. De acuerdo con el señalamiento hecho en la misión fundamental, deben proteger a la población civil, con respeto siempre por los derechos humanos que le han sido otorgados a la misma. Para el cumplimiento de este postulado, pueden utilizar el control de convencionalidad y así asegurarse de que su obrar no contradiga su misión ni lo acordado en la CADH.