

# EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: ASPECTOS GENERALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y EN EL DERECHO COLOMBIANO\*

2

Paola Alexandra Sierra Zamora  
Jaime Cubides Cárdenas  
Hugo Carrasco Soulé

## Resumen

El presente capítulo propone el desarrollo evolutivo que ha tenido el Control de Convencionalidad (CCV), tanto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) como en el caso específico colombiano. Se resalta esa confrontación normativa que posee esta herramienta en sus métodos de aplicación para la protección de los derechos humanos en el SIDH, así como las diferentes vertientes que se han venido desarrollando en las distintas áreas del Derecho. Se sigue una metodología científica exploratoria con un enfoque analítico, desarrollado en dos ejes temáticos. En el primero, y de manera general, se hace énfasis en la definición del Control de Convencionalidad

.....  
\* Este capítulo de libro contiene resultados del proyecto de investigación: "La convencionalización del derecho: el caso del ordenamiento jurídico colombiano desde la justicia multinivel y el posconflicto", el cual hace parte de la línea de investigación "Fundamentos e implementación de los Derechos Humanos", del Grupo de Investigación: "Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia", reconocido y categorizado en (B) por Colciencias, registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas (Cisjuc) y adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

en todas sus directrices, y en específico, en lo que respecta al caso colombiano; en el segundo, se demuestra la aplicación del Control de Convencionalidad en diferentes áreas del derecho y la importancia que se le ha encomendado al Derecho Internacional de los derechos humanos. Finalmente, se concluye que el Control de Convencionalidad no se aplica solo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino, además, al *corpus iuris* vinculante para el Estado que ha firmado y ratificado la CADH.

**Palabras clave:** Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Control de Convencionalidad, Colombia.

### Abstract

This chapter proposes the evolutionary development of the Control of Conventionality, both in the Inter-American System of Human Rights and in the specific case of Colombia. This legislative confrontation, which possesses this tool in its application methods of human rights' protection within the Inter-American System is emphasized, as the different aspects that have been developed in different areas of law. An exploratory scientific methodology is followed, with an analytical approach, developed in two main themes. First, and within a general aspect, we focus on the Control of Conventionality's definition and all its guidelines -and, in specifically, the Colombian case. Second, the Control of Conventionality's application in different areas of law is shown, as well as its importance for the international human rights law. Finally, we reach the conclusion that the Control of Conventionality is not only applied in the American Convention of Human Rights, but also in the *corpus iuris* that is binding for the State that has signed and ratified the Convention.

**Keywords:** Inter-American Human Rights System, American Convention of Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, Inter-American Commission of Human Rights, Control of Conventionality, Colombia

### Introducción

Este capítulo ofrece lo concerniente al análisis de la figura jurídica de mayor trascendencia en la actualidad, el denominado Control de Convencionalidad (CCV),

haciendo un estudio comparado con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y una revisión específica al Estado colombiano.

Se analizará con profundidad, la situación nacional por la que está pasando y se confrontará con lo que ocurre en el SIDH, con el fin de determinar si la herramienta jurídica creada para la protección de los derechos humanos, como lo es el CCV, es determinante para el desarrollo jurídico internacional de los derechos humanos, tanto en el ámbito interno como en el internacional.

Para la comprensión cabal de la presente investigación, es elemental fijar criterios básicos determinantes de lo que es el CCV, su ideal funcionamiento, sus usos y géneros, y en específico, el papel primordial que cumple en el derecho internacional de los derechos humanos. No hay que olvidar la importancia que tiene esta figura jurídica en las diferentes áreas del derecho interno colombiano, por lo cual se emplean estándares internacionales fijados por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el contenido y el alcance que tiene cada una de ellas, en lo que tiene que ver con el CCV.

Además, el derecho internacional de los derechos humanos tiene como objetivo central instituir un régimen normativo e institucional imperativo que asegure la debida protección de la persona en el plano internacional, y garantizar con ello el respeto de los valores comunes al conjunto de Estados de la comunidad internacional (Abellán, 1997), en específico se estudiará a Colombia por ser actor principal de la presente investigación.

Es por esto que Colombia ratifica la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH el 21 de junio de 1985; donde las condenas proferidas por este Tribunal versan acerca de la acción u omisión de los agentes estatales por violación de derechos humanos (Chacón, Cubides, Díaz, Martínez, Vargas y Vivas, 2015. p. 38); pero lo que nos interesa en este capítulo es determinar las condiciones por las cuales el CCV es definitivo en el mundo del derecho internacional, sin dejar de lado los otros instrumentos jurídicos internacionales que comprometen a Colombia, en específico, los tratados que ejercen una doble influencia en el derecho interno, que por un lado, incorporan a la legislación interna como un conjunto de normas que permiten reforzar el debido proceso legal (artículos 7, 8, 9, 25 y otros del Pacto de San José) y, por otro, le dan a la Corte y a la Comisión la posibilidad de controlar los actos del Estado y, en particular, los de los jueces locales (Fappiano y Hitters, 2012a).

Se debe tener presente, además, que los Estados parte en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones y sus efectos propios en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no solo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos, sino también con las normas procesales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte (Barrios, 2006, p.369). Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea práctica y eficaz, de acuerdo con la naturaleza especial de los tratados sobre derechos humanos. Y es aquí, en donde el CCV juega su papel más importante en la protección de los derechos humanos y en el Derecho Internacional. Esto se debe a que los órganos judiciales de cada país latinoamericano firmante de la CADH tienen una doble tarea: (1) ejercer el llamado control de constitucionalidad y (2) un CCV.

El primero consiste en hacer una comparación entre su Constitución y las normas que, por su rango, están por debajo de ella y darle prioridad a la primera (Hitters, 2009). El segundo, de acuerdo con Bazán (2011), consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resulta incompatible con la CADH y disponer, en consecuencia, la reforma o la abrogación de dichas prácticas o normas, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal convención y de los otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo (Martínez y Cubides, 2015, p. 97).

Para finalizar, se llevarán a cabo unas conclusiones fijas y reales del panorama actual que atraviesa tanto el CCV en el derecho interno colombiano como su real funcionamiento en el ámbito internacional de los derechos humanos, porque Colombia ha sido ambigua en afirmar la existencia material del CCV dentro del Estado y esto afecta de sobremanera la relación jurídico-internacional que se pretende al emplear esta figura en el Derecho Internacional, y la posible construcción del *ius commune interamericano* con estándares válidos tanto para Colombia, como para todos los Estados.

## Elementos definitorios del Control de Convencionalidad (CCV)

### *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

Un fenómeno jurídico se ha venido desarrollando en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) desde el año 2003<sup>48</sup>, es el llamado ejercicio del CCV. El cual ha ocasionado que los órganos de justicia supranacionales señalen que los jueces nacionales tienen la obligación de inaplicar aquellas normas internas que vulneren los derechos humanos, ello por la primacía y eficacia directa que presentan los tratados internacionales de derechos humanos que se hayan suscrito (Benavente, 2012, p. 19).

Dicho lo anterior, y en un acercamiento teórico de lo que es el CCV, se aclara que es el acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna respecto de la norma internacional y, más específicamente, en cuanto a la conformidad de la ley, a los tratados internacionales respecto de los cuales, el Estado ha consentido en obligarse (Aguilar, 2016, p. 721).

Es así, como dentro de la CADH tienen relevancia, para este estudio, los artículos 1.1 y 2, debido a que contienen las obligaciones de respeto, garantía y adecuación en el SIDH<sup>49</sup>. Citando expresamente el artículo 1.1:

Los Estados parte en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

.....  
48 Se hace especial referencia a una serie de pronunciamientos en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha empleado el control de convencionalidad, resaltándose los siguientes: Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003), Caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006), Caso Cantuta vs. Perú (2006), Caso Rosendo Radilla vs. México (2009), Caso Rosendo Cantú y otras vs. México (2010), Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia (2010), Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010).

49 "Uno de los impactos de los regímenes internos del SIDH es que provoca la reorganización de las competencias de las autoridades para que en todos los niveles de gobierno existan medidas de prevención de derecho, así como capacidad de investigación, sanción y reparación de tales violaciones cuando se hayan producido" (Carbonell, 2013, p. 139).

El reconocimiento y exaltación de los derechos humanos como factores supremos hace que se consolide un nuevo orden extraterritorial, en el que tratados, convenciones y pactos forman un cuerpo normativo universal que no limita a una jurisdicción o competencia determinada, sino que opera en el marco de una competencia y jurisdicción única, universal y transnacional (Pérez y Pozas, 2014, p. 98), es por eso que se le debe dar real importancia al desarrollo progresivo que ha tenido el CCV.

Además, el artículo 2 indica que si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (Méndez, 2015, p. 12), claro, sin importar sus legislaciones internas, porque como Estados parte se hacen responsable de todas las obligaciones que se derivan de la CADH, sin más.

Por otro lado, la Corte IDH surge como la institución que hace valer la CADH, lo que representa una pieza fundamental de todo el SIDH. Es la intérprete última de la convención y, de hecho, la Corte tiene una doble función, la primera es de carácter consultiva, mientras que la segunda es de carácter jurisdiccional. Dentro de la primera, los estados miembros de la OEA y sus órganos principales y la Comisión, pueden consultar (la) acerca de la interpretación de esta convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos (Pía, 2007, p. 218).

Es por eso que las obligaciones que contiene la CADH, sobre respetar los derechos y el deber de garantizar el pleno ejercicio de los mismos, no se agotan con la existencia de un orden normativo que haga cumplir los supuestos legales (Alcalá, 2015, p. 322), lo que sería una necesidad de una conducta gubernamental por parte de las autoridades, sino que sea una real garantía al pleno ejercicio de los derechos contenidos en el mismo instrumento jurídico.

Así mismo, los tratados internacionales de derechos humanos establecen la obligación por parte de los Estados al respeto y a la aplicación de medidas serias y reales-administrativas, sin importar su tipo y poder, para de alguna manera, fomentar el debido cumplimiento. Se hace especial énfasis a reales medidas administrativas porque son de carácter obligatorio al ser parte de la CADH,

•El control de convencionalidad: aspectos generales•

obligándose como Estados parte. Por lo tanto, la Corte IDH, en el evento en que el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.) es incompatible con la CADH u otros tratados internacionales aplicables, tiene la obligación primordial de garantizar la supremacía de la CADH (Rey, 2008, p. 47), y es entonces donde el CCV se precisa como una herramienta activa para el respeto y la garantía de los derechos definidos en el pacto internacional aquí mencionado.

Avanzando en este razonamiento, para que las normas internacionales realmente operen, el Estado debe establecer, además, recursos adecuados y eficaces que los individuos puedan ejercer para reclamar la violación a sus derechos humanos (Medina, 2005). Cuestión que el CCV instaura, y afirma, además, el debido cumplimiento por parte de los Estados que han sido condenados por este Tribunal.

Al concentrarse en el estudio específico de ciertas definiciones hechas por varios académicos, se tiene que CCV se define como:

El cumplimiento que se les debe a las sentencias transnacionales de la Corte IDH como un precedente jurisprudencial que evita cometer reiteradamente las mismas faltas contra la CADH. El ejercicio supranacional obliga a los Estados a tener en cuenta los fallos del Tribunal Interamericano, como jurisprudencia vinculante una vez sea proveída tanto en el campo internacional como en sus relaciones internas (Vivas y Cubides, 2012).

El CCV, se insiste, se produce a partir del desarrollo jurisprudencial que se dio ante la Corte IDH en sus primeros años, la cual, se limitó a interpretar el contenido de los derechos humanos consagrados en el instrumento internacional, pero no en la creación de mecanismos procesales transnacionales que tuvieran alguna injerencia sobre el derecho interno” (Mora, 2012, p. 226), proceso que el CCV sí logró.

El “CCV” establecido por la Corte IDH en el caso “Almonacid Arellano”<sup>50</sup> y completado por otros, especialmente “Trabajadores cesados del Congreso”, ordena a los jueces nacionales reputar inválidas las normas internas (incluida la

50 Atendiendo a algunos antecedentes precisos en votos aislados emitidos en otros pronunciamientos, la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Almonacid Arellano y otros contra el Gobierno de Chile”, del 26 de septiembre del 2006, definió claramente, dentro del marco de vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el “control de convencionalidad” a practicarse por los jueces nacionales sobre el tema, cfr., entre otros, Hitters (2008), p. 1169; Albaneses (2008), pp. 22 y ss., con mención de los antecedentes en el derecho comunitario europeo y mención del libro de Sudré, F. (2004), p. 207; Rey (2008), nota 1, *passim*. El caso “Almonacid Arellano” puede leerse por ejemplo en Revista de Derecho, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, N° 02, 2007, pp. 217 y ss.

Constitución) opuestas a la CADH y a la interpretación dada a esta, por la Corte IDH. Es, entonces, un instrumento eficaz para construir un *ius commune* interamericano en materia de derechos personales y constitucionales y su éxito depende del acierto de las sentencias de la Corte IDH y de la voluntad de seguimiento de los tribunales nacionales (Sagües, 2011, p. 271).

Se debe agregar que el voto concurrente que el Juez García Ramírez<sup>51</sup> emitió en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre del 2003 señala, en primer lugar, que para que se produzcan los efectos de la CADH y del ejercicio empleado en la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, como se ha reiterado en este estudio, el Estado se hace parte en forma integral como un todo. Por lo tanto, la responsabilidad es global, atañe el derecho interno de cada Estado, y es por esta razón que el CCV tiene la responsabilidad máxima de la jurisdicción de la Corte IDH sobre el régimen convencional al que los Estados deben acatarse (Benavente, 2012, p. 229)<sup>52</sup>.

Es claro que se está ante una responsabilidad internacional (o también “responsabilidad convencional”) por parte de los Estados, es decir, la forma de adecuar las obligaciones a las que se comprometen todos los Estados que hacen parte del pacto internacional, a toda su normatividad interna, y a lo convenido o firmado en los instrumentos internacionales a los que se han adherido (CADH, 1969), puesto que la norma internacional se convierte en parte íntegra de su legislación interna con preferencia de aplicación.

Como resultado de lo anterior, se precisa que existe un control que puede ser ejercido por los organismos de protección de derechos humanos supranacionales, el cual se encuentra en estipulaciones hechas por los Estados contratantes y, en efecto, aquellos países que forman parte del SIDH facultan a la Corte IDH para que ejerza control en el cumplimiento de los estipulado en la CADH.

51 García, (2011), ex juez de la Corte IDH, señala que existen dos posibilidades para el ejercicio del control jurisdiccional de constitucionalidad de leyes: concentrado, que deposita ese control en un órgano jurisdiccional supremo, y difuso, que asigna el control a un amplio número de juzgadores, acaso a todos los titulares de la función jurisdiccional llamados a pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas internas que, en principio, deben aplicar y se encuentran autorizadas para “desaplicar” o invalidar, eventualmente, esas disposiciones cuando las consideran incompatibles con la ley fundamental a la que debieran ajustarse (García, 2011, p. 150).

52 En tal situación se puede deducir que un Estado se somete a las cláusulas de protección internacional de derechos humanos, según el Sistema al que se someta su compromiso de respeto a las obligaciones internacionales, y se extiende, desde todos los niveles de estructura horizontal del Estado, hasta todos los órganos públicos, advirtiendo que no tiene excepción de acatamiento.



Es por eso, que en el caso *Myrna Mack Chang*, el entonces Juez García Ramírez entendió que Guatemala como país contratante del Pacto de San José tiene toda la responsabilidad convencional de que tanto sus órganos públicos como sus órganos jurídicos cumplan con lo estipulado en el mismo. Y es aquí donde se ve plasmada, una vez más, la facultad de control y vigilancia en torno a las cláusulas del convenio, lo que llamamos CCV.

El CCV es más complejo de lo que se piensa, además de hacer una comparación de normas internas respecto a la CADH, el juez local debe tener conocimientos sobre la jurisprudencia de la Corte IDH, así como conocer el *juris corpus* del SIDH. La información actualizada de lo que acontece dentro del SIDH es requisito indispensable de cada juez local si se quieren hacer valer los derechos humanos en su legislación interna e internacional.

El ejercer el CCV implica no sólo dejar de aplicar la regla o el principio inconvencional, sino hacer una interpretación conforme, es decir, armonizar el derecho interno a los parámetros del SIDH, lo que implica una labor de construcción de los operadores jurídicos del derecho interno más que limitarse a la aplicación basada en la lógica formal (Martínez, Pérez y Cubides, 2015, p. 119). Una de las fórmulas constitucionales más efectivas para lograr la armonización entre el derecho nacional y el derecho internacional es a través de la llamada cláusula de interpretación conforme. En términos generales, se podría sintetizar como la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y las libertades constitucionales son armonizadas con valores, principios y normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección (Ferrer, 2011, p. 612).

### *Caso colombiano*

Ahora, el enfoque se dirige al caso colombiano, para decir que existe la posibilidad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, la cual sería una modalidad difusa del control de constitucionalidad, que se explicará más adelante.

Este sería, entonces, el objetivo fundamental del CCV:

a) Hacer respetar y cumplir el contenido de los tratados internacionales jurídicamente vinculantes al Estado demandado.

b) Hacer respetar y cumplir el contenido de la jurisprudencia emanada de la interpretación y aplicación de los convenios y protocolos internacionales.

Este control de convencionalidad podría mencionarse como un ejemplo de un constitucionalismo global, en la medida en que requiere un Estado abierto y, en términos de Häberle, un Estado constitucional cooperativo (Häberle, 2003, p. 58). Desde el punto de vista del enfoque de la argumentación y juicio jurisdiccional, el Estado abierto nos dice que:

[n]o se trata, por tanto, de integrar con nuevos derechos supuestas lagunas originarias o sobrevenidas de los textos constitucionales, sino de garantizar una interpretación de los derechos constitucionales por parte de todos los operadores jurídicos que sea, al menos, internacionalmente homologable, lo que se ha denominado una interpretación internacionalmente conforme, nunca por debajo del estándar internacional, aunque naturalmente puede estar por encima (Pérez, 2012, p. 585).

Este tipo de constitucionalismo revela “la actual tendencia en el constitucionalismo mundial a prestigiar las normas internacionales destinadas a la protección del ser humano” (Cavallo, 2016, p. 115). Aun cuando hay corrientes que apuntan a simplificar el control de convencionalidad, lo que se hace evidente es que en este control hay muchos más elementos en juego. Todo este desarrollo teórico, en cierta medida propositivo y diagnóstico, en crecientes ocasiones se puede palpar en la práctica judicial, tanto nacional como internacional.

### **Antecedentes del Control de Convencionalidad (CCV)**

Siguiendo las palabras del Doctor Jaime Alfonso Cubides Cárdenas (2013, p. 108), debe resaltarse la noción que él tiene sobre el CCV. Ciertamente, inició sus desarrollos más tempranos en el derecho interno de los Estados y, particularmente, en la esfera del derecho constitucional francés. Dicha figura es una creación jurisprudencial hecha por el Consejo Constitucional en 1975, que luego fue ratificada por el Consejo de Estado Francés en 1989, y ha sido expuesta en diferentes fallos insignias o sentencias hitos o “*leading case*”, reconocidos en distintas latitudes desde la década de los setenta.

El punto de partida de la historia del CCV se da en Francia, para una decisión célebre del Consejo Constitucional: la decisión núm. 74-54 DC del 15 de enero de 1975, denominada *Interruption volontaire de grossesse* (Interrupción voluntaria del embarazo) (IVG). En esa oportunidad, el Consejo determinó que el CCV no es un control de constitucionalidad y, por ende, el control de la adecuación de leyes ordinarias a los tratados, fundamentalmente a la Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), corresponde a las jurisdicciones ordinarias (Cárdenes, 2012).

En este momento crucial de la historia, el Tribunal Contencioso Francés se pronunciaba sobre una ley relativa a la interrupción voluntaria del embarazo. Y es aquí donde el Consejo Constitucional Francés se negó a integrar el derecho internacional en el “bloque de constitucionalidad”, considerando que su competencia se limitaba a la estricta confrontación de las leyes con las disposiciones del texto constitucional. Lo que conlleva a que nos situemos en el cumplimiento del artículo 55 y de la sanción de no conformidad de las leyes a los tratados o acuerdos internacionales que contiene la Constitución Francesa, y el Tribunal Francés indicó que esta tarea correspondía a los órganos jurisdiccionales ordinarios. Así, la doctrina del Consejo Constitucional fue asimilada rápidamente por el Tribunal de casación que asumió, por su cuenta, la distinción entre el control de constitucionalidad (reservado al Consejo Constitucional) y el CCV (conferido a los órganos jurisdiccionales ordinarios, Consejo de Estado y el Tribunal de Casación) (Pinon, 2010).

A partir de la interpretación del precitado artículo 55, y por medio de cambio jurisprudencial de la época, se emite la sentencia “hito” del 24 de mayo de 1975 por parte de la Corte de Casación, que declaró que el artículo 55 de la Constitución francesa autorizaba al juez a inaplicar una ley contraria a un tratado internacional, incluso cuando este fuese anterior a la norma (Fromont, 2002). Esto se debió a que tenía que darse un desarrollo jurisprudencial con trascendencia formal dentro de la jurisprudencia francesa y, en ese momento, no se tenía.

Ahora, debe tenerse en cuenta que ha sido la Corte IDH el órgano que conceptualizó esta figura a fin de impulsar la armonización entre los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales (Serrano, 2011). De manera puntual, se hace referencia de forma preferente a un voto concurrente emitido por el destacado jurista mexicano Juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en el Caso

Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003), porque utilizó por primera vez la expresión “Control de Convencionalidad”, la cual trae consigo la jurisdicción de la Corte (Bazán, 2011, p. 69). Esto con el fin de resaltar la importancia para el desarrollo del CCV.

Y, a *grosso modo*, se van purificando las diferencias, se van edificando las deficiencias o implementando las reformas necesarias para ajustar el orden nacional al internacional (Londoño, 2005), claro en materia de derechos humanos y a fin de evitar futuras violaciones de estos derechos que podrían culminar en condenas similares (Cubides, 2012, pp. 108-112).

Así mismo, la Corte IDH reafirma el CCV en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, del 24 de noviembre del 2006. En suma, dijo:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin”.

Lo que hace evidente que los órganos del poder judicial, como ya lo hemos mencionado en el presente escrito, deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también un CCV *ex officio* (Carpizo, 2013. pp. 939-971) entre las normas internas y la CADH (haciendo respetar, claro está, las competencias respectivas y procedimientos procesales respectivos).

Existe, entonces, un mínimo de legitimidad democrática de la Corte IDH en el CCV de las constituciones y leyes internas de los Estados parte de la CADH, porque estos aceptaron, desde sus inicios, la competencia contenciosa de la Corte, como también en razón de la finalidad que justifica el ejercicio del CCV, la cual corresponde a la garantía de los derechos humanos (Castaño, 2015, p. 39).

Más aún, el Control de Constitucionalidad con el cual se hará el paralelismo en un apartado más adelante, lograr señalar a cada una de estas figuras, siguiendo a Canosa (2015): “La acción del poder constituyente, cuyo fruto, la Constitución, resulta ser norma suprema” (p. 32).

Se puede ver como el principio democrático de soberanía nacional evoluciona en el principio jurídico de supremacía constitucional, cuya defensa se articula a través de la justicia constitucional (Vergottini, 2015, p. 40). Es más, los tratados internacionales carecen de ese origen democrático directo o representativo, pero lo tienen indirecto a través del consentimiento de los Estados, y poseen, en alguna

medida, autolegitimación, la cual les da esa función de garantía efectiva de los derechos que expresan valores democráticos (De la Garza, 2015, p. 690).

Así, en definitiva, el CCV implica la necesidad de despojarse de una serie importante de lastres histórico-dogmáticos muy arraigados en la ciencia jurídica, derribar una serie de mitos (*v. gr.* la supremacía exclusiva de la Constitución) y, en definitiva, evidenciar un nuevo paradigma del derecho público de los países del SIDH (Jinesta, 2015, p. 3).

### Control de Convencionalidad: tipología

Según quien realice el CCV, se puede distinguir entre el CCV concentrado (si lo efectúa la propia Corte IDH), y el CCV difuso (si lo llevan a cabo las autoridades nacionales, es decir, más concretamente, los órganos judiciales). Dicho lo anterior, al primero le corresponde el alcance de la Convención de la que es intérprete suprema. Así y sin ir muy lejos, aparece un problema realmente mayúsculo al intentar obligar a los Estados a proteger los derechos convencionales en los términos que especifica la Corte IDH. En otras palabras, hacer de su interpretación una herramienta de satisfacción para la víctima (dependiendo el caso). Y en el segundo, en donde todos los órganos judiciales, tanto el internacional como los nacionales, tomarían el rol adecuado para la eficaz interpretación de esta herramienta (Canosa, 2015, p. 31).

Hasta este punto, hay que resaltar que la Corte IDH tiene en el área iberoamericana un procedimiento excepcional que ha labrado con la extensión de sus propias competencias (Canosa, 2015, p. 27). Así, ha llevado a sus fallos no solo a compensaciones económicas con las víctimas, sino también a unas medidas muy legislativas que hicieran imposibles nuevos casos<sup>53</sup>, para referir que la Corte IDH haya ordenado que las autoridades nacionales (jueces nacionales) lleven a cabo un CCV del derecho interno, lo que hace que los mismos jueces nacionales se conviertan en jueces del SIDH (Alcalá, 2015, p. 322).

Es así como la verdadera jerarquización de la CADH en el orden jurídico nacional ayuda o perjudica la transmisión al CCV (Cavallo, 2016, p. 120), lo que asombra hasta este punto es que con la Corte IDH se traza un paralelismo entre

.....  
53 Acerca del contenido de los fallos de la Corte IDH. Cfr. Cancado Trindade, A. en el caso *Aloeboetoe y otros vs. Surinam* (4 de diciembre de 1991).

el control constitucional y el CCV, y se logra deducir que este último es también tarea de los Estados y no solo de la Corte IDH. Lo anterior se debe a que la Corte IDH se hace suprema en lo que tiene que ver con el tema del CCV, porque sí o porque no, los Estados deberán seguir las pautas marcadas por esta.

Así lo sigue sosteniendo el Juez Sergio García Ramírez en su famoso voto concurrente realizado en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, en donde, como vimos, se asumió con mayor fuerza este tipo de herramientas auxiliares del derecho internacional de los derechos humanos y, a partir de ahí, se viene siguiendo en la mayoría de casos de la Corte IDH, por ejemplo, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, del 26 de noviembre del 2006 (Canosa, 2015, p. 29).

### *Control Concentrado de Convencionalidad*

Ahora, y siguiendo el hilo conductor de la investigación, el Control Concentrado o Control Interno de Convencionalidad se refiere, siguiendo a Sergio García, a:

“la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales —o a todos los órganos jurisdiccionales, como *infra* veremos— para verificar la congruencia entre actos internos —así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: Constituciones, leyes, reglamentos, etcétera— con las disposiciones del derecho internacional (que en la hipótesis que me interesa reduciré a una de sus expresiones: el derecho internacional de los derechos humanos, y más estrictamente el derecho interamericano de esa materia)” (2011, p. 126).

Desde luego, el control interno de convencionalidad supone cierto margen nacional de apreciación, y esto sucede cuando el tribunal nacional despliega el control de convencionalidad en ausencia de definiciones supranacionales, entonces las decisiones de aquél no tienen alcance *erga omnes*, es decir que puede fijar criterios provisionales, interpartes, sujetos a control nacional inmediato, a través de un régimen de “cuestiones de inconventionalidad”, puesto que, en buena medida, trabajarán a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana (García y Morales, 2013, p. 170).

La idea y la práctica del control interno de convencionalidad descansan en la eficacia que se reconozca a los actos que integran el derecho internacional de los derechos humanos (González, 2016, p. 4), puesto que se trata, precisamente, de acoger la fuerza de estos en el ámbito nacional e imprimirles mayor o menor

imperio. De ahí la doble fuente de los derechos humanos, esto es, la composición dual del estatuto de los derechos fundamentales del hombre contemporáneo: interna e internacional.

En el estudio del control interno de convencionalidad, viene a cuentas la responsabilidad internacional del Estado, en tanto se trata de establecer no solamente si el juzgador doméstico puede ejercer dicho control, sino si debe ejercerlo (López, 2015, p. 8). A este deber, sujeto a examen, se añaden otras manifestaciones de una obligación judicial: ante todo, el ejercicio officioso del control (que además actualiza, en esta vertiente, la operación del principio *jura novit curia*) y, por supuesto, las consecuencias jurídicas del incumplimiento.

En definitiva, el Control Concentrado de Convencionalidad, siguiendo a (Ferrer, 2012, p. 8), es el que se refiere a las facultades que tiene en sí misma la Corte IDH para resolver los casos contenciosos sometidos a consideración, como ya se dijo, haciendo el papel de guardián e intérprete final de la CADH.

### *Control de Convencionalidad Difuso*

Una de las principales novedades del SIDH es el llamado “Control de Convencionalidad Difuso” y se ha reiterado en 16 casos contenciosos desde sus inicios. Dada su importancia, hay que decir que sus características se asemejan más al sistema de derecho comunitario y, particularmente, a las facultades del Tribunal de Luxemburgo que a las del Tribunal de Estrasburgo (Ferrer, 2011).

Así, vale decir nuevamente que el examen de compatibilidad que los jueces deben realizar entre los actos y las normas nacionales, la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, tiene que ser definitivo en la interpretación de dicho pacto (Ayala, 2015, p. 85). Se trata, por lo tanto, de un control “difuso” de convencionalidad en la medida en que es un “deber” que es ejercido por todos los jueces nacionales y no solo por los jueces constitucionales, conservando (la Corte IDH), en todo caso, su calidad de “intérprete última de la CADH” cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno.

El grado de “intensidad” con el que se realiza dicho control depende de las competencias y las regulaciones procesales a las que los jueces se encuentren sometidos. Así, en los llamados sistemas “difusos” de control de constitucionalidad donde todos los jueces tienen competencia para dejar de aplicar una ley,

al caso concreto por contravenir la Constitución nacional, el grado de “control de convencionalidad” (Ferrer, 2010, p. 186) entra y enfrenta ese rol protector e “invasor” (en el buen sentido de la palabra) para lograr esa armonización que se quiere llevar a cabo.

Hecha esta salvedad, la jurisprudencia de la Corte IDH ha precisado que dicho control se debe realizar *ex officio*, con independencia de que las partes lo invoquen (Castillo, 2014, p. 90). De ahí que en el ámbito interno se crea que se pueden proceder recursos o medios de defensa adecuados y eficaces para combatir la falta o el inadecuado ejercicio del “control de convencionalidad difuso” por algún juez (por ejemplo, a través de una apelación, recurso de casación o proceso de amparo).

Ahora, el “parámetro” del “control difuso de convencionalidad” no sólo comprende la CADH, sino también los “protocolos” adicionales a la misma, así como otros instrumentos internacionales que han sido motivo de integración al *corpus juris* interamericano por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH (Ferrer, 2011, p. 950)<sup>54</sup>.

En cambio, la Corte IDH realiza un control concentrado de convencionalidad cuando se verifica que las normas internas, las conductas y los actos de los Estados parte de la CADH son acordes y no violenten su contenido (contenido que se explicará más adelante). Los Estados, en el ámbito de sus competencias y dentro de los procedimientos que las leyes les establecen, deben realizar el control difuso de la convencionalidad, bajo los mismos parámetros que lo hace la Corte IDH. En estos casos, los jueces nacionales deben hacer la misma revisión que haría la Corte, sobre la legislación que aplican o sobre las conductas que realizan los distintos órganos del Estado para asegurarse que estos no contraríen a la CADH, fungiendo como una especie de jueces interamericanos de protección de derechos (Corte IDH. Caso de Cabrera y Montiel, 2010).

### Diferencias con el Control de Constitucionalidad

El Control de Constitucionalidad está consagrado en el artículo 241 de la Constitución Política de Colombia, la cual, establece que a ella corresponde:

.....  
54 Estamos convencidos que esta nueva doctrina jurisprudencial se convertirá (con sus desarrollos que seguramente seguirá teniendo) en el nuevo referente jurisdiccional para los jueces latinoamericanos, cuestión importante para resaltar en el avance hacia esta nueva figura jurídica.



•El control de convencionalidad: aspectos generales•

Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación.

En este sentido, la participación ciudadana en el ejercicio democrático de protección de la Constitución fortalece los espacios deliberativos; y para la Corte Constitucional, el sentido del control por vicios de forma es el de permitir a los ciudadanos, particularmente a quienes han estado próximos a los debates parlamentarios, la oportunidad de plantear (ante la Corte) las deficiencias en el trámite de un proyecto que en su concepto tenga como consecuencia la inconstitucionalidad del mismo (Corte Constitucional, 2002, Sentencia C - 614).

Hoy en día, los órganos judiciales de cada país firmante de la CADH tienen una doble tarea que realizar. Por un lado, ejercer el llamado Control de Constitucionalidad y por el otro, un CCV. El primero, consiste en realizar una comparación entre su Constitución y las normas que, por su rango, están por debajo de ella, debiendo darle prioridad a la primera (Hitters, 2009, p. 110). Mientras que el segundo consiste en:

Juzgar —en casos concretos— si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia la reforma o la abrogación de dichas prácticas o normas, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal Convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo (González, 2012, p. 2).

En este tipo de control, los tribunales o cortes constitucionales revisan la constitucionalidad y —para algunos Estados americanos— la convencionalidad de las leyes, declarando su adecuación o inadecuación a principios, derechos, normas y preceptos consagrados en la Carta Política y en la CADH; sin embargo, este accionar “judicial” es bastante complejo y problemático, en la medida en que entra en ámbitos políticos propios del legislador, cuando este desarrolla y regula en exceso negativo los derechos fundamentales o se extralimita en la expedición de leyes contrarias a la Constitución Nacional y a la CADH (Durango y Garay, 2015, p. 101).

De modo que, el control de constitucionalidad es el que investiga la congruencia de las normas infraconstitucionales con la norma fundamental en su vertiente concentrada o difusa, la cual puede ir desde su derogación *erga omnes*

en el primer caso, hasta la inaplicación para el caso concreto. En el segundo, por el contrario, el CCV se focaliza en detectar la consistencia de la normativa interna con un plexo convencional internacional, determinando eventualmente la responsabilidad internacional del Estado (Carnota, 2011, p. 64).

### **Derecho procesal convencional de los derechos humanos**

El derecho procesal convencional de los derechos humanos es el medio de garantía jurisdiccional de carácter internacional constituido con base en sistemas regionales para tutelar derechos sustantivos previstos en tratados, convenios, protocolos y otros (Martínez y Cubides, 2015). Cabe señalar que todavía nos encontramos en la frontera entre el derecho procesal constitucional (ocupado de afirmar la supremacía constitucional nacional), y el derecho procesal transnacional, el cual atiende, entre otros menesteres, los procesos que se diligencian ante la magistratura transnacional, incluyendo el de su ejecución en los ámbitos estatales domésticos (Sagüés y Cruz, 2008). Por lo que sobra decir que es una propuesta nueva que tiene como finalidad la de abarcar todo el tema procesal convencional que trae consigo el CCV, y que, por lo tanto, tiende a desarrollarse por sí mismo, entre otras cosas, para el fortalecimiento de los sistemas regionales de protección de derechos humanos y así generar avances dentro de los diferentes sistemas normativos a los que se encuentra expuesto este tipo de derecho procesal convencional (Martínez y Cubides, 2015). p. 172.

Este tipo de derecho, además, cuenta con su propia jurisdicción, doctrina y reglamentación procesal, con la cual debe diferenciarse en dos perspectivas: una sustantiva y otra procesal, pero hay que decir que para que se logre esto, debería existir un derecho procesal convencional internacional (que cuente con una jurisdicción internacional, con independencia normativa y fuentes propias).

Debe entenderse, entonces, como un instrumento de regularidad normativa que impacta la norma convencional, creando así validez internacional para generar una efectiva protección de los derechos humanos. Cuestión que todavía se encuentra en pleno desarrollo, pero que tiene trascendencia internacional a la hora de ponerse en relieve.

## Aplicación del Control de Convencionalidad (CCV): implementación del CCV en las diferentes disciplinas del derecho

La administración pública tiene la obligación de efectuar un CCV, y no es posible dejar de hablar acerca de la posible operatividad y compatibilidad de este control con relación al procedimiento administrativo (Batlle, 2012). Bien es sabido que la concepción del CCV en sede interna no es funcional porque se concibe a los jueces como los únicos responsables para ejercer este tipo de control, pero que, al relacionar la vinculatoriedad de la administración a los instrumentos internacionales de derechos humanos (en base al principio de legalidad)<sup>55</sup> con la evolución jurisprudencial del CCV, expuesta más arriba, se ve, cómo es posible evidenciar que el CCV ya no es solo tarea de los jueces, sino además de todos los órganos del Estado que inciden en la garantía de los derechos humanos (Jinesta, 2012, p. 2). Además, en la actualidad, “el CCV (...) constituye un novedoso tópico que revoluciona las fuentes del Derecho Administrativo interno y desde luego, el ejercicio del control de legalidad (...)” (Jinesta, 2011, p. 3).

En adelante, se iniciará este recorrido planteando desde el Derecho Administrativo, la posibilidad de ejercer en sede administrativa el CCV. Lo fundamental es, la comparación de los principios que rigen en materia de procedimiento administrativo con los del CCV.

### *El Control de Convencionalidad en el procedimiento administrativo*

La administración pública en sus actuaciones crea “un marco de derechos y obligaciones tanto para sus administrados como para la propia Administración” (Victoria, 2011, p. 117); sin embargo, estas actividades están supeditadas a un cauce formal y es solo en virtud de este que podrá manifestarse la voluntad administrativa (Pérez, 2009, p. 25). Así, el procedimiento administrativo puede ser traducido como “el instrumento jurídico por el que se viabiliza el actuar de la relación Administrado-Administración” (Roberto, 2001), ya que es, “el procedimiento de la función administrativa” (Curiel, 2014, p. 20).

.....  
<sup>55</sup> Cabe añadir que el principio de legalidad “se caracteriza, no solamente por su elemento sustantivo, el reconocimiento y miela de los derechos públicos subjetivos, sino también por la forma como este objetivo se obtiene, vale decir, el sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico”. Por tanto, el principio de legalidad no es mero otorgador potestativo de la Administración, sino que toda su unidad jurídica constituye su propio límite (Cruceta, J. A., 2001).

Con esto se quiere decir que el procedimiento administrativo sirve como “un instrumento de gobierno y de control” (Curiel, 2014, p. 69), porque, por un lado, comprende todas las facultades del Estado de llevar a cabo actuaciones para generar el bien común (situaciones *erga omnes*) y, por el otro, actúa como ayuda de protección de los derechos mediante los controles recursivos de cada Estado que existan al momento de una violación (Gozaíni, 2002, p.53).

Ahora, es de resaltar que existen múltiples procedimientos administrativos que en general y para nuestro interés, se pueden dividir en procedimientos que dan “nacimiento a los actos administrativos” y “procedimientos recursivos” (los llevados a cabo en ocasión a la impugnación de actos administrativos). Al respecto, ambos procedimientos configuran “garantías formales a favor del administrado que le aseguran el ejercicio del poder de reacción frente a los actos perjudiciales a sus derechos subjetivos e intereses legítimos, permitiéndole conseguir la extinción, modificación o reforma de los actos administrativos lesivos” (Cassagne, 2008, p. 235).

Esto es de vital importancia porque desde el entendido de que la Administración, tanto en los procedimientos de formulación de actos como en los procedimientos de recursos, deberá ejercer el CCV, siempre y cuando de ellos dependan de la protección de derechos humanos de particulares, y ya no en situaciones *erga omnes*. Siguiendo a Gregorio A. Flax (2008):

La regla del debido proceso se extiende a cualquier cauce formal y procedimental de actuación estatal, resalta que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció la obligación de que los procedimientos administrativos cuenten con reglas claras en lo atinente al accionar de los agentes estatales a fin de limitar los márgenes de discrecionalidad (p. 47).

Y una vez más, para los jueces y tribunales del orden contencioso-administrativo, el CCV constituye todo un reto y complemento en el ejercicio de su función de fiscalizar la conformidad sustancial con el ordenamiento jurídico de la función administrativa (Bazán, 2011, p. 68). Más aún cuando el CCV le impone al Juez contencioso-administrativo responsabilidades adicionales, por cuanto, debe seguirle el paso al derecho internacional regional sobre los derechos humanos y a los pronunciamientos de la Corte IDH en cuanto intérprete definitivo y último de ese orden jurídico (Morelos, 2015, pp. 28-59).

En suma, el CCV ejercido por las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa de todos los países de América y, en último término, por la propia Corte IDH, permitirá crear un Derecho Administrativo Común Interamericano (Cavallo, 2011, pp. 51-83), sustentado sobre la plataforma del orden jurídico regional de los derechos humanos, tema que es importante para el desarrollo del CCV en los diferentes ordenamientos jurídicos y estatales, pero que no es tesis central en la presente investigación, y por tanto, no se le dará su debido estudio. Razón por la cual, lo que se quiere evidenciar es un posible derecho administrativo común interamericano con énfasis al CCV.

### Interpretación conforme y CCV

La interpretación conforme a la CADH en sede administrativa, no es solo mandato supranacional, sino que en muchos países latinoamericanos es mandato constitucional. Así, como resalta Ferrer (2011):

Todos los órganos de la administración pública deberán ajustar su actuación conforme a la nueva pauta interpretativa de derechos humanos, lo cual constituye un “deber” y no puede nunca ser “optativo” o “facultativo” para el intérprete de la norma en materia de derechos humanos (p. 549).

Sin embargo, la administración debe ser afin con los estándares del SIDH. Por tanto, es evidente que la interpretación conforme a la CADH y los demás tratados relativos a derechos humanos, deberá aplicar igualmente frente a normas locales convencionales (Batlle, 2012).

Ahora bien, existirán ocasiones en que la administración se encontrará imposibilitada de lograr una interpretación convencional, porque todas las interpretaciones logradas podrían ser inconvencionales, dado que la norma superior en examen produce “una incompatibilidad directa e insuperable” (Alcalá, 2000. pp. 227-279) con la CADH. Esto es a lo que Sagüés llama como “*resultado represivo o destructivo*” del CCV, según el cual, dicha norma deberá ser inaplicada al caso en cuestión (Sagüés, 2012, p. 422). Pero, en ocasión a un CCV administrativo, la entidad administrativa solo podrá inaplicar dicha norma al asunto en cuestión con efecto interpartes, puesto que el principio de jerarquía normativa le impide derogar cualquier disposición legal que le sea superior (Pascual, 2001. pp. 59-106).

En definitiva, la armonización del derecho interno y del interamericano de los derechos humanos que se puede lograr mediante los pronunciamientos, tanto de la Corte IDH, los tribunales constitucionales nacionales y la jurisdicción ordinaria local, nos permite identificar un *ius commune administrativo interamericano* (Parra, 2010, p. 293) que habrá de ir siendo perfilado y desarrollado paulatinamente (Jinesta, 2011), con el fin de armonizar e implementar en las diferentes legislaciones, conforme a los parámetros de la CADH y en protección de los derechos humanos, pero, se reitera, este no es tema central del presente estudio.

### **Implementación del Control de Convencionalidad en el procedimiento penal**

Hasta este punto se puede afirmar que toda autoridad judicial tiene la obligación de velar, proteger y garantizar el respeto de los derechos humanos y dentro de este deber está la decisión, por parte de los jueces, de no aplicar una norma jurídica que colisione con la Constitución y con los tratados internacionales que se suscribieron en materia de derechos humanos (Benavente, 2012, p. 323).

Este CCV de las normas penales se efectuará en su modalidad difusa<sup>56</sup>, por lo que debe existir un tipo de organismo público que obligue a cumplir lo referido en las decisiones jurisprudenciales efectuadas por la Corte IDH, el cual, está a cargo por el juez del ámbito penal (sea que se esté ante un juez de instrucción o ante un juez de control de garantías) (Londoño, 2010, p. 765).

Siendo esto así, el juez de control de garantías, como representante del poder judicial, es el llamado a cumplir con el CCV en aquellos actos sometidos a su conocimiento por los compromisos internacionales asumidos por un determinado país (Juárez, 2013, pp. 51-97) y, al ser autoridades en las que también reposa el deber de aplicar aquellas normas (en un determinado modelo de investigación penal) que estén en el campo de prevención del delito, tienen la misma obligación convencional, porque se encuentran dentro de sus funciones y operaciones jurisdiccionales.

56 Porque, como se da dicho en el título anterior, se debe ejercer por cualquier órgano público del país que se ha adscrito a un modelo de sistema de protección de derechos humanos (universal o regional).

### *Principios y Control de Convencionalidad de las normas penales*

En el ejercicio del control difuso de convencionalidad de las normas penales, se pretende dar paso a los siguientes principios:

#### a) Principio de Buena Fe y del *effet utile*

Este principio se desprende del conocido principio *Pacta Sunt Servanda*, el cual constituye el fundamento para que los tratados internacionales sean cumplidos por la parte de los Estados nacionales (Ridruejo, 2012). Es así como se tiene el deber y la obligación de dictar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y las libertades reconocidas en la norma convencional. Esto es debido a que las obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe<sup>57</sup>.

En el ámbito penal, el proceso punitivo (sujeto a la competencia del juez) puede realizar interpretaciones de las diferentes disposiciones nacionales que sean conformes al *corpus iuris convencional* (Alianak, 2015, pp. 283-300.), e incluso a inaplicar aquellas que resulten infructuosas al bloque de convencionalidad.

#### b) Principio *Pro homine*

Este principio está contemplado en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 29 de la CADH, por lo que debe aplicarse en forma obligatoria por los jueces convencionales, según corresponda (Villanueva, 2012, p. 6).

#### c) Principio *ius cogens*

Este principio designa las reglas de carácter imperativo (no dispositivas), las cuales derivan de un orden superior de normas legales establecidas que no pueden ser contravenidas (Rojas, 2013, p. 493).

En suma, la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de los órganos de justicia supranacionales cristalizan las grandes decisiones tomadas o adquiridas por la noción en materia de política

57 Corte, I.D.H. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994.

criminal (Binder, 2002), teniendo en cuenta y no violentando el derecho interno e internacional, dando así especial protección a los derechos humanos.

En este apartado se quiso proporcionar una fuente secundaria para demostrar el alcance que tiene el CCV de los derechos humanos en su sentido difuso, fijando criterios de aplicación al derecho procesal penal.

### *El principio de proporcionalidad*

El principio de proporcionalidad ha sido empleado por los jueces constitucionales en diferentes espacios del derecho y más exactamente en el derecho constitucional, pero en relación al ámbito penal, señala la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C - 070 de 1996, el M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz:

El ámbito de control en esta sede se reduce entonces a realizar un juicio de proporcionalidad respecto del ejercicio de la potestad de configuración del Legislador en materia punitiva. Sobre el punto, la jurisprudencia constitucional ha deducido el principio de proporcionalidad o “prohibición de exceso”, de los artículos 1° (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2° (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5° (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6° (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales). La Corte ha concluido entonces, que, “sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas.

Humberto Nogueira (2011, pp. 119-156), en su estudio en torno a la aplicación del mencionado principio por parte de la Corte IDH, comenta que este es de aplicación tanto por los legisladores como por los jueces, lo cual constituye un parámetro de control que se aplica cuando el legislador limita o restringe un derecho constitucional. Este principio, en otras palabras, constituye un principio de interpretación, en el cual se apoya el operador jurídico cuando, en vía de acción directa o incidental, necesita resolver problemas de compatibilidad o de conformidad de las normas constitucionales en relación con las normas legales y administrativas (Pulido, 2014, p. 110). Es de resaltar que el principio de



proporcionalidad es empleado en el examen tanto de normas jurídicas como de actos de autoridad. Con relación a las leyes, el principio de proporcionalidad las examina bajo la relación medio-fin (Blanke, 2010, pp. 343-351), es decir, las leyes secundarias serán proporcionales cuando posibiliten la optimización de fines constitucionales. Y, con relación a los actos de autoridad, este principio (relación medio-fin) indaga en el comportamiento funcional de los agentes que conforman el aparato de poder público y son compatibles o conformes con el marco constitucional que rige las relaciones inter-públicas, pública-privada e inter-privadas (Benavente, 2012, pp. 365-376). Sin embargo, el citado principio se ha difundido a las jurisdicciones internacionales de derechos humanos, llegándose a postular que este principio es un aparato del CCV para analizar la legitimidad de cualquier restricción normativa o acto de autoridad, para lo cual se efectuara el respectivo control de compatibilidad.

Ahora bien, para determinar si una ley o un acto de autoridad resulta o no compatible con el principio de proporcionalidad, es preciso integrar en la formulación de un método estructural de razonamiento (Legris, 1999, pp. 115-132). En este sentido, se analizará el principio de proporcionalidad a través de tres postulados: (1) el de adecuación o conformidad de los medios, (2) el de la necesidad y (3) el de proporcionalidad en sentido estricto (Fernández, 2010).

Los tres operan colectivamente, es decir, que no basta con cumplir uno de los tres, sino que todos deben ser asumidos para que el precepto normativo o acto de autoridad se considere legítimo, válido y racional.

#### Examen de adecuación o conformidad de los medios a los fines

En primer término, se debe analizar la finalidad tanto de la medida legislativa como el acto de autoridad en estudio, con la finalidad, de que resulte constitucional o convencionalmente válida (Benavente, 2012).

En relación al CCV, debe distinguirse entre el objetivo inmediato y la finalidad mediata de la medida o acto de autoridad. Con esta finalidad, se justifica normativamente en abstracto la legitimidad del objetivo de la medida restrictiva; luego, debe llevarse a cabo un juicio de idoneidad entre la medida legislativa o acto de autoridad de intervención y el fin constitucional (Villanueva, 2010, pp. 29-55). En caso de no existir esa relación, la medida legislativa o acto de autoridad será

inconstitucional y, por lo tanto, la relación convencional no habrá de existir, por lo que rompe con la legitimidad del objeto.

Este postulado, junto con el control de constitucionalidad de normas o actos de autoridad, cuando son confrontados con el bloque de protección de derechos humanos (sean normas nacionales y supranacionales) podrá perseguir fines puramente convencionales y legítimos (Alcalá, 2012, pp. 1167-1220), excluyendo cualquier medio que no sea conducente a un fin legítimo (de este depende su desarrollo normativo).

#### Intervención mínima

De acuerdo con este postulado, es necesario analizar si la norma o el acto de autoridad restrictivo constituyen una medida indispensable, no existiendo otra medida alternativa a la considerada que sea igualmente efectiva, para lograr la finalidad constitucional o convención legítima de la que hemos venido hablando (Yáñez, 2015, p. 25). Este postulado puede ser aplicado tanto en el ámbito de control de constitucional, como en el campo del CCV.

En consecuencia, este examen conlleva a una comparación de medios, tanto en relación con su mayor o menor incidencia sobre el contenido del derecho constitucional, como en relación con su mayor o menor adecuación para la consecución de la finalidad propuesta. Es así como en el ámbito del CCV, el operador jurídico puede encontrarse con la existencia de diversos enunciados normativos, donde unos tengan una dimensión menos restrictiva de los derechos humanos que otras (en la medida en que sean convencionales para este caso) y de esto dependerá si los medios la hacen válida para el examen normativo que se lleva a cabo.

#### Examen de proporcionalidad en sentido estricto

Este postulado examina si la limitación o restricción producida al o a los derechos constituye una medida equilibrada y justa, entre el beneficio para el bien común y el perjuicio que sufre el derecho afectado (análisis ponderativo) (Alexy, 2007, p. 20). Con esto, el beneficio obtenido debe ser proporcional a la carga impuesta a ellos, debiendo existir una justa medida, impidiendo medidas desproporcionadas que afecten los derechos.

### *El control de las medidas cautelares*

En principio, es posible definir las medidas cautelares como aquellas restricciones que impone el juez al imputado (O'Donnell, 2004, p. 43) en torno al ejercicio de determinados derechos constitucionales, sobre la base de indicios que permiten hablar, por un lado, de un *periculum libertatis*, reflejando tanto el riesgo de frustración procesal como de peligrosidad procesal del imputado y, por otro, de un *fumus bonis iuris*, esto es la presencia de hechos aparentemente delictivos que se le atribuyen al imputado (Benavente, 2012) (Velásquez, 2010).

Se aclara que es usual que en la literatura se haga referencia al CCV normativo como el único referente de los derechos internacionales de los derechos humanos (Benavente, 2012, p. 152), sin embargo, en el presente estudio se ha demostrado que el CCV contiene otras modalidades y ámbitos de aplicación según corresponda y siguiendo el estudio del derecho penal, se puede afirmar que este gira en torno a aquellos actos que intervienen en el proceso penal con sus diversidades procedimentales, si es que así puede llamarse.

También, cabe decir que esta función de control gira en torno a la legalidad de la técnica de investigación y medida cautelar requerida por el ente encargado, en este caso el Ministerio Público, lo cual lo convierte en un tipo de juicio de convencionalidad que se hace sobre el acto que la autoridad ministerial solicita que sea impuesta por el órgano jurisdiccional (no sobre la norma jurídica), es decir, el control de los actos y requerimientos del Ministerio Público durante la etapa de investigación penal presenta un trasfondo constitucional y convencional, el cual hace que sean de obligatorio cumplimiento en el ordenamiento jurídico interno de cada país, según corresponda (Canizalez, Rivas, y Torres, 2012, p. 58).

En cuanto al *periculum libertatis*, y siguiendo el estudio, es el riesgo de frustración procesal (Tortosa, 2007, p. 79), aquel cuya realización imposibilita la válida prosecución del proceso y la realización de su fin esencial, es decir, que nos enfrentamos a la eventual ausencia de un requisito sustantivo del proceso (Benavente, 2012, p. 393).

Ahora bien, de la confluencia del riesgo de frustración y la peligrosidad procesal, se advierte que las medidas cautelares son instrumentos con los que cuenta el proceso para autoprotgerse, es decir, mecanismos que garantizan que el proceso continuará y no se verá suspendido o concluido por ausencia

de alguno de sus elementos sustantivos, como lo es la presencia del imputado en el proceso, existencia de fuentes de prueba para acceder a los hechos que constituyen el objeto de la *litis* y la ejecución de las consecuencias jurídicas (Benavente, 2012. p. 395).

Es por esto que entendemos el porqué en un sistema jurídico donde se proclama el derecho a la presunción de inocencia, dado que se hace posible imponer medidas cautelares al imputado, sucede que en el juicio cautelar se analiza (en donde existe la presencia de un riesgo para el debido proceso) la conducta maliciosa del imputado en el proceso y se busca alterar alguno de los componentes aquí descritos, por ser esenciales de la relación jurídico-procesal, para así evitar el pronunciamiento (válido) en torno a los hechos que la constituyen<sup>58</sup>; sin embargo, la medida cautelar es una herramienta que además sirve para proteger al proceso, por lo que se requiere estar bajo una relación jurídico-procesal, la cual es un modelo de instrucción de la cual se encarga el juez, o el modelo de investigación fiscal cuando el Ministerio Público formula imputación (López, y Sánchez, 2008, pp. 317-352).

Por otro lado, el *periculum libertatis* y el *fumus bonis iuris* adoptan medidas cautelares de un contenido normativo-valorativo propio, y no impiden afirmar la presencia de instrucción de instituciones jurídicas afines (Benavente, 2012, p. 397).

## Principios y reglas procesales

### a) Principio de legalidad

Solamente por ley se pueden crear medidas cautelares, dado que no solamente se busca evitar una obstaculización en el normal desarrollo del proceso, sino que son instrumentos que inciden en derechos convencionales como la libertad o la propiedad, a través de las medidas cautelares personales y reales, las cuales implican situaciones como reclusión en un centro preventivo o internamiento en un centro psiquiátrico.

.....  
<sup>58</sup> Para decir que la presunción de inocencia es un derecho convencional (art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, artículo 8.2 de la CADH, y artículo 6.2 del Convenio de Roma).

•El control de convencionalidad: aspectos generales•

*b) Principio de judicialidad*

Significa que el juez es el órgano llamado a imponer una medida cautelar mediante resolución fundada y motivada, por el tiempo necesario. En ese orden de ideas, se requiere estar en el marco de un proceso cuya investigación esté formalizada (formulación de imputación), con conocimiento del asunto por parte del juez, en observancia de las reglas de competencia.

*c) Finalidad cautelar<sup>59</sup>*

La imposición de una medida cautelar descansa en un objetivo, el cual puede ser: I. Asegurar la presencia del imputado al proceso, II. Garantizar la seguridad de la víctima, de los testigos o de la comunidad, III. Evitar la obstaculización del proceso, incluyendo el aseguramiento del éxito de las investigaciones, IV. Garantizar la reparación del daño, y V. Garantizar la ejecución de la sentencia.

*d) Actuación judicial oficiosa*

El juez está sometido a lo planteado por las partes en el juicio cautelar, sin embargo, podrá imponer una medida cautelar diferente a la requerida por la autoridad ministerial, siempre y cuando, no sea más gravosa a la solicitada; o bien, puede prescindir de toda medida cautelar cuando considere la ausencia de motivos o de una necesidad de tutela cautelar.

*e) Necesidad de audiencia*

Cuando se solicite la imposición, revisión, sustitución, modificación o cese de una medida cautelar, el juez deberá convocar a una audiencia para oír a las partes, quienes podrán presentar los antecedentes que estimen pertinentes.

*f) Material probatorio*

Toda decisión judicial relativa a una medida cautelar debe descansar en una decisión que permita, razonablemente, inferir la presencia de un hecho delictuoso

.....  
59 Se debe aclarar que en ningún caso la medida cautelar podrá ser usada como medio para obtener un reconocimiento de culpabilidad o verse como una sanción penal anticipada.

y la probable intervención del imputado; así como el riesgo procesal y la peligrosidad procesal del imputado.

*g) Provisionalidad*

Toda medida cautelar está condicionada a la cláusula *rebus sic standibus*, esto es, si varía la situación jurídica que justifica la imposición de una medida cautelar, entonces dicha medida podrá ser modificada conforme a las reglas señaladas en la respectiva legislación.

*h) Impugnación*

Todas las decisiones judiciales relativas a medidas cautelares son impugnables. El recurso impugnatorio que se impondrá será sin efecto suspensivo, esto es, que no suspende la ejecución de la resolución.

Como se aprecia, si bien dichas medidas están pensadas en coadyuvar con el normal desarrollo de las investigaciones, también hacen parte de las medidas de protección que presentan sus propios requisitos y reglas de instrumentación.

### **Implementación del Control de Convencionalidad en el derecho internacional público: el *ius constitutionale commune* en América Latina**

El CCV en el plano externo al Estado y en el ámbito del derecho internacional constituye la competencia asignada a un tribunal internacional o supranacional para que este determine cuándo los Estados parte, a través de sus normas u actos, vulneran el derecho convencional y generan, a través de ellos, responsabilidad internacional. En el caso del SIDH, ese tribunal es la Corte IDH, a la cual se le ha dotado de jurisdicción vinculante cuyas decisiones irrecurribles constituyen obligaciones de resultado para los Estados parte, como, asimismo, para cada uno de los órganos y agentes estatales que lo integran, entre ellos sus jueces (Nogueira, 2012).

Si en los Estados radica la soberanía, era indispensable que los mismos ordenamientos jurídicos o la práctica de sus máximos intérpretes se abriera al derecho internacional de los derechos humanos (Canosa, 2015, p. 22), y asimismo,

permitiera la recepción nacional de tales tratados y de su interpretación suprema, la cual está a cargo de la Corte IDH.

Es así, como el concepto *Ius Constitutionale Commune* en América Latina se refiere, tanto al derecho positivo como al discurso jurídico sobre el mismo. Referirse al fenómeno, en tanto que derecho común (*Ius Commune*), consiste en la nueva apertura de los ordenamientos jurídicos estatales latinoamericanos hacia un estrato común de derecho internacional público, sobre todo hacia la CADH (Bogdandy, 2015). Aunque esta apertura se exprese únicamente en uno o pocos artículos de las constituciones, se sostiene que tal apertura afecta y transforma la esencia del constitucionalismo.

Por lo tanto, los derechos constitucionales estatales y el derecho internacional público se encuentran en una relación de fortalecimiento mutuo, están llamados a realizar las garantías y las promesas del así llamado “bloque de constitucionalidad”. Esta apertura es entonces una expresión de un desarrollo común, que además les confiere a los ordenamientos jurídicos estatales una orientación mutua. De allí, que luzca muy congruente que la Corte IDH describa el conjunto de los tratados de derechos humanos como un *corpus iuris*.

Desde aquí, el núcleo del *Ius Constitutionale Commune* es distinto. Se trata de asegurar, a nivel regional, la implementación de las decisiones y el cumplimiento de las promesas centrales de las constituciones estatales. El eje del *Ius Constitutionale Commune* está compuesto por los derechos fundamentales y humanos, y a menudo se habla del *Ius Constitutionale Commune* como un *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos.

Tres razones principales lo explican. En primer lugar, el contenido transformador de las constituciones se plasma, principalmente, en las disposiciones sobre derechos fundamentales. En segundo lugar, estos derechos son la “piedra angular” de la movilización de la sociedad civil. Por último, son las sentencias judiciales sobre derechos fundamentales y humanos —a menudo, un producto de la lucha de grupos sociales— las que dotan al *Ius Constitutionale Commune* con una energía de carácter específicamente jurídico.

Hoy en día, parece indudable que tales derechos ya han tenido un impacto fuerte y probablemente transformador en América Latina, aunque su garantía efectiva no siempre es una realidad, los derechos han proporcionado un lenguaje común —jurídico, pero también político y social— que antes no existía para

debatir los retos y los estándares, no solo entre juristas, sino también en el discurso político y público.

La función principal del plano internacional consiste entonces en inclinar la balanza del poder en el plano estatal interno a favor de los proyectos constitucionales con vocación transformadora. Por consiguiente, el SIDH es el mecanismo regional más importante para afianzar el constitucionalismo, pero hay que decir que no es el único, la Carta Democrática Interamericana es otro de estos mecanismos.

Se trata, por lo tanto, de una resolución de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) sin carácter vinculante, pero que contiene un mecanismo de control que ya se utilizó en el pasado para la promoción de la democracia. Otro mecanismo que también tiene como objeto la consolidación del constitucionalismo lo encontramos en el Mercosur. Si bien la integración económica es el enfoque primordial de este régimen, este también ha dirigido su atención hacia cuestiones de carácter constitucional (Bogdandy, 2105).

La figura central de esta discusión se denomina CCV y representa el núcleo doctrinal del *Ius Constitutionale Commune*.

Gracias al proceso de democratización, la permeabilidad fue la opción consciente y deliberada de los constituyentes nacionales en las Cartas Fundamentales de los últimos años del siglo XX y la primera del siglo XXI, en doble vía: una, incorporar al derecho internacional los atributos y garantías de los derechos asegurados por el derecho internacional convencional de los derechos humanos como estándar mínimo de los ordenamientos jurídicos nacionales, y otra, para regular la participación en la integración (Morales, 2014, pp. 265-300).

El paradigma de la internacionalización, entendida como humanización, se ha encauzado tanto por el rango constitucional que se les asigna a los tratados de derechos humanos, su primacía sobre el derecho interno, incluso sobre el derecho constitucional mediante las cláusulas de “prevalencia” (Mera, 2011, p. 20), así como la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales a la luz del derecho internacional de los derechos humanos (Albanese, 2008, p. 111). El Estado y la soberanía no desaparecen, sino que se han transformado en conceptos ajustados a los nuevos tiempos, lo que hace que se vincule con las nuevas formas de articulación del espacio político (Bayón, 2007, p. 2).



Por todo lo anterior, lo que se quiere es seguir impulsando el desarrollo normativo, constitucional y jurisprudencial, que lleva consigo el CCV en el ámbito del *Corpus iuris*, de todo del derecho internacional de los derechos humanos, para lograr su efectiva aplicación en las diferentes modalidades y alcances.

## Conclusiones

Al analizar los fallos sancionatorios que comprometen al Estado colombiano, se puede observar la falta de compromiso que se tiene al asumirlos. Se puede determinar que si no se adoptan medidas propias en mejora del estamento judicial colombiano, será más difícil cumplir con las órdenes impuestas por la Corte Interamericana, lo que retarda su aplicación. Además, la falta de herramientas jurídicas que posee la Corte IDH para obligar a un Estado a cumplir con las sanciones impuestas, es nada a la hora de condenar al Estado.

El SIDH tiene como fin último asegurar que los Estados parte puedan ajustar o armonizar sus normas con la jurisprudencia de la Corte IDH, la cual está basada principalmente en la CADH. Aunque no se descarta que también existe jurisprudencia de la Corte IDH basada en jurisprudencia de otros Estados, es decir, la idea del doble diálogo entre la Corte IDH y los Estados es válida, porque como se ha señalado anteriormente, al realizar el CCV se debe aplicar el principio *pro homine*, por lo que no se descarta la posibilidad de que incluso un Estado parte tenga mayor protección sobre algún derecho humano que la que ofrece la Corte IDH.

En cuanto al papel de la Corte IDH, este se ha vuelto cada más complejo y completo al ser el intérprete final de la CADH. Asimismo, tiene las facultades de apoyarse en el *corpus juris* y de otros tratados internacionales que contengan derechos humanos.

El avance constitucional del derecho procesal convencional de los derechos humanos, es un instrumento de regularidad que impacta en toda norma sin importar la jerarquía interna de esta, funcionando más que completaría, invasiva y profiláctica.

El control difuso de convencionalidad no sólo implica dejar de aplicar las normas de derecho nacional, sino lo más importante, armonizar las actuaciones jurisdiccionales mediante la interpretación conforme, que implica actuar,

metafóricamente hablando, más que como un “legislador negativo” como un “legislador constructor”, al emitir normas individualizadas a los casos concretos.

Ejercer el control difuso convencional implica, en sí mismo, ejercer el control difuso de constitucionalidad, ya que independientemente de la fuente internacional que marca la exigencia, las propias constituciones así lo reconocen, sin dejar de reconocer que se trata de dos jurisdicciones diferentes: la nacional y la universal o regional.

La Corte IDH no ejerce un control concentrado de convencionalidad, porque este sistema excluye al difuso. En Latinoamérica, el modelo es el control difuso de convencional de derechos humanos y la Corte IDH es la instancia superior de interpretación del *Corpus Iuris Latinoamericano*. Así, el CCV debe representar una respuesta para evitar que un nuevo caso resulte sometido a conocimiento del SIDH, o que un Estado reincida en la comisión de un acto generador de responsabilidad internacional, una vez emitida una sentencia de la Corte Interamericana que lo involucre.

La celebración de tratados internacionales y la aceptación de competencia de tribunales internacionales para condenar a los Estados está ante un planteamiento clásico al concepto de soberanía. Dado que este se entendía como la no injerencia de lo internacional sobre lo interno, cuando lo cierto es que, diariamente, el derecho internacional tiene más atribuciones sobre el derecho interno en cada una de las tradicionales ramas del poder público, ya sea ordenando la creación de políticas públicas por parte del ejecutivo, o la creación de leyes por parte del congreso, o la correcta administración de justicia en un sentido u otro.

El tradicional e importante principio de supremacía constitucional sigue vigente, pero con la salvedad de que él da paso ahora al principio de supremacía convencional, toda vez que, al ser el derecho internacional vinculante para el derecho interno, las ramas del poder público de los Estados deben someterse a la supremacía de la convención, *so pena* de incurrir en futuras violaciones de derechos humanos y en ser objeto de controles de convencionalidad.

Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la nueva “misión” que ahora tienen para salvaguardar el *corpus juris* interamericano a través de este nuevo “control”.

El desarrollo descrito de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en sede nacional, también se debe a las propias jurisdicciones domésticas, especialmente a las altas jurisdicciones constitucionales que progresivamente han privilegiado interpretaciones que favorecen y posibilitan la recepción de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales. Se forma un auténtico “bloque de constitucionalidad”, que si bien varía de país a país, la tendencia es considerar dentro del mismo no solo a los derechos humanos previstos en los pactos internacionales, sino también a la propia jurisprudencia de la Corte IDH. Así, en algunas ocasiones el “bloque de convencionalidad” queda subsumido en el “bloque de constitucionalidad”, por lo que, realizar el “control de constitucionalidad” también se efectúa “control de convencionalidad”.

El CCV ha potenciado, en los Estados sujetos a la jurisdicción de la Corte IDH, la aplicación de un estándar mínimo de derechos humanos, el que, junto con el principio *pro homine*, ha estimulado la emergencia de un *ius commune* en derechos humanos, contribuyendo, al menos, en este aspecto y en este ámbito geográfico, a la concretización de un constitucionalismo global (Cavallo, 2016, p. 116).

El control de convencionalidad difuso implica las siguientes características: primero, todos los órganos del Estado parte, incluidos los jueces de todos los niveles, están obligados a velar por que los efectos de la Convención no se vean afectados por la aplicación de normas jurídicas internas contrarias a su objeto y fin, concretando un control de convencionalidad de estas últimas. Segundo, este control de convencionalidad debe ser efectuado por los órganos internos y los jueces de todo nivel *ex officio*, otorgándole un efecto útil y efectivo a la Convención Americana de Derechos Humanos. Tercero, en dicho control de convencionalidad debe considerarse no solo el tratado, sino la interpretación que de este realiza la Corte IDH como intérprete auténtico y final. Cuarto, los órganos internos, incluidos los jueces, deben efectuar dicho control dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales vigentes. Quinto, en el control de convencionalidad no se aplica solo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino el *corpus iuris* vinculante para el Estado parte en virtud del artículo 29 de la CADH. Y, sexto, dicho control de convencionalidad debe hacerse adecuándose a los principios establecidos por la Convención y las garantías judiciales que operan en la materia (Cavallo, 2016, p. 135).

Lo que pretendemos en este artículo es determinar si el control de convencionalidad es una manifestación del *ius constitutionale commune* basado en los derechos humanos en el ámbito interamericano. Esta idea se sustenta sobre la base de que, desde el siglo XX, los derechos humanos han articulado un cuerpo de normas básicas, un *corpus iuris*, comúnmente aceptadas por la comunidad internacional. En este sentido, las jurisdicciones internacionales de derechos humanos han jugado un rol fundamental en generar, a través de su interpretación, un entendimiento básico común de los derechos humanos. Así ha ocurrido con la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) y así ha ocurrido con la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Con el control de convencionalidad, la Corte IDH solo les recuerda a los Estados parte que deben cumplir con sus obligaciones internacionales libremente asumidas. Si el ejercicio del control de convencionalidad es una obligación para los Estados parte, podría a esto denominársele, propiamente tal, diálogo entre jueces. El diálogo no implica el cumplimiento de obligaciones de acatamiento, ello simplemente es un deber de cumplimiento.

Por eso, se podría argumentar que, a partir de la actividad de los órganos de protección del sistema interamericano, en especial de la Corte IDH, en interacción con los distintos Estados partes, se han ido explicitando estándares mínimos comunes de derechos humanos. En este contexto, el control de convencionalidad lo único que hace es recordarles a los Estados —a cada uno de sus órganos y, en especial, a los jueces— que tienen la obligación de respetar y cumplir con sus obligaciones internacionales conforme con los estándares mínimos comunes de derechos humanos que se han ido construyendo en el sistema interamericano del que voluntariamente forman parte. La operacionalización del Control de Convencionalidad en el nivel interno de los Estados sería, en consecuencia, una vía idónea en el proceso de construcción de un *ius commune interamericanum*.

El CCV contribuye a erigir, detallar, enriquecer e impulsar la cultura jurídica común, conforme al proyecto favorecedor del ser humano y conductor del poder público. Para concluir, vale reiterar que cuando una administración pública efectuó un Control de Convencionalidad respecto de una norma de jerarquía superior, lo primero que habrá de hacer es interpretar la misma a la luz de la Convención, de no ser esto posible, lo único que le quedará por hacer será no aplicar la norma en la resolución de la cuestión. Lo que si no debe hacer la administración es dejar

•El control de convencionalidad: aspectos generales•

de llevar un Control de Convencionalidad bajo el pretexto de que una ley local le manda tal o cual cosa, pues con ello se estaría incurriendo en inconventionalidad, violándose así el principio de legalidad, el derecho al debido proceso, la seguridad jurídica y demás derechos de los particulares que en el asunto se encuentren al amparo de dicha entidad.