

Jesús Alejandro Garzón Rincón
Personero Auxiliar de Bogotá, D.C.

• Control de Convencionalidad *¿Realidad o ficción?*

Control *de* Convencionalidad

¿Realidad o ficción?



**Personería
de Bogotá, D. C.**
Al servicio de la ciudad

Publicación Febrero 2018



Abstract

The so-called 'control of conventionality' does not represent anything new in the national legal system. In fact, if it is that you insist on using such expression, control of conventionality has been done in Colombia, even since before the adoption of the 1991 political Charter. Given that the international instruments of conventional nature which have binding force for Colombia are adopted through the issuance of a law approving, control of legality which is predicated of any decision taken by the Colombian authorities it subsumes the control that is displayed now as new.

Quienes en contextos jurídicos acuden a la expresión «control de convencionalidad», pretenden significar que, además del control de constitucionalidad y de legalidad al que toda decisión estatal (judicial o administrativa) se encuentra sometida, debe efectuarse un control adicional que consiste en cotejar el contenido material de una determinada decisión con los instrumentos internacionales ratificados por Colombia. Dicho de otra manera, quienes hoy se “adornan” empleando esta expresión creen haber descubierto un referente de validez adicional a los hasta ahora existentes: comparar la decisión con el derecho internacional.

Para pisar con la debida firmeza el terreno de reflexión propuesto se hace necesario advertir que en pronunciamiento emitido el 26 de septiembre de 2006 la Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH¹ dejó sentado que el poder judicial de los Estados y por extensión toda autoridad pública «(...) 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».² Curiosamente, la mayoría de quienes reclaman el control de convencionalidad desconocen este pronunciamiento y, con mayor razón, el alcance que pretende la Corte Interamericana.

El presente artículo apunta a demostrar que nada de nuevo hay en el panorama jurídico nacional en materia de control de legalidad y que, de hecho, el control de convencionalidad, si es que se insiste en usar la expresión, se ha venido haciendo en Colombia incluso desde antes de la adopción de la carta política de 1991.

Para entender mejor la figura, consideramos necesario sentar las siguientes bases:

Cuatro precisiones previas.-

1a. Si partimos de la premisa «el derecho interno de los Estados debe articularse con el derecho internacional», lo primero que debemos recordar es que las fuentes de cada sistema son diferentes:

1.1 Las fuentes del derecho interno colombiano las consagra el artículo 230 constitucional;³

1.2 Las fuentes del derecho internacional, han sido consagradas por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Tal instrumento goza de fuerza vinculante en Colombia por tratarse de un anexo a la Carta de la Organización de Naciones Unidas de la que nuestro Estado forma parte como miembro originario desde 1945. Las fuentes allí consagradas son:

1.2.1 Principales:

- 1.2.1.1 Las convenciones internacionales;
- 1.2.1.2 La costumbre internacional

¹ Creada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", 22 de noviembre de 1969". Adoptada en Colombia por Ley 16 de 1972.

² Caso Almonacid Arellano y otros contra el Estado chileno.

³ Constitución Política de Colombia, Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.
La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

1.2.1.1 Los principios generales de derecho internacional

1.2.2 Auxiliares:

1.2.2.1 La jurisprudencia internacional

1.2.2.2 La doctrina especializada

Dicho esto, es claro entonces que el proceso de armonización o articulación entre los dos sistemas supone que las fuentes del derecho internacional entran a formar parte del derecho interno, pero sin que ello implique la subordinación del derecho de incorporación al derecho incorporado, o lo contrario, pues debe recordarse que cada sistema subsiste en su ámbito en forma autónoma. Más aun, si se reconoce la validez del aforismo *ubi societas ibi ius* (el derecho es consubstancial a la organización social) resulta evidente que ninguno de los dos sistemas sobra; cada uno es necesario: el derecho interno en el ámbito de la sociedad estatal y el internacional en el ámbito de la comunidad internacional. Los conceptos de «soberanía de los Estados» y de «colaboración y coordinación entre los Estados», reafirman la vigencia concurrente de cada sistema. Lo anterior implica que la incorporación de un derecho en otro no puede representar el sacrificio de alguno de los dos, pues recuérdese que se trata de un ejercicio de coordinación y no de imposición de un derecho y negación de la existencia del otro. Sobre esta premisa es necesario volver en la parte final de este documento.

2^a. En el propósito de lograr una contextualización adecuada, insistamos en que cuando se habla del control de convencionalidad, se alude a los instrumentos internacionales de los que Colombia forma parte y que, precisamente por ello, tienen fuerza vinculante y deben ser observados por las autoridades colombianas. Para tales efectos, es indiferente si el instrumento internacional es designado con cualquiera de las expresiones válidamente empleadas en el derecho internacional: pacto, tratado, convención, carta, acuerdo, convenio o protocolo. Lo realmente importante en este sentido es que se trate de cualquier acuerdo internacional de voluntades formalmente acogido por Colombia.

3^a. En tercer lugar, no puede dejarse de lado que en el mundo solo existen dos sistemas de incorporación del derecho internacional al derecho interno: por una parte, el sistema de *incorporación automática* y, por la otra el sistema de *incorporación solemne*. El primero se predica respecto de la costumbre internacional y de los principios generales del derecho internacional (*ius cogens*), al paso que el último opera respecto de los tratados o convenios internacionales. De dichos sistemas y para los exclusivos propósitos de esta reflexión, únicamente nos interesa el solemne, del que es preciso ocuparnos infra.

4^a. En cuarto lugar, recordemos que de conformidad con la convención de Viena de 1969, los⁴ tratados internacionales se rigen esencialmente por cinco principios:

4.1 Pacta sunt servanda.- Las partes deben respetar los compromisos internacionales acordados;

4.2 Res inter alios acta.- Los acuerdos internacionales solo comprometen a las partes que los suscriben y no puede afectar a terceros que no han sido parte de él.

¹ Creada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica".

4.3 Bona fides.- Los acuerdos deben cumplirse de buena fe por las partes obligadas.

4.4 Ex consensu advenit vinculum.- La obligación proviene del acuerdo de voluntades.

4.5 Ius cogens.- Los acuerdos internacionales no pueden vulnerar una norma imperativa de derecho internacional.

Por pertinencia, de los principios enunciados destacamos el *res inter alios acta*, que implica que ningún Estado (ni Colombia) puede ser obligado por una convención internacional que no haya acogido expresa y soberanamente.

Sistema de incorporación solemne del derecho internacional.

Las observaciones que se formulan a continuación se sustentan en dos fuentes: la Convención de Viena de 1969 sobre «el derecho de los tratados» y la Constitución Nacional de Colombia de 1991.

De conformidad con el instrumento internacional, la conclusión de un tratado internacional debe agotar las siguientes etapas:

- (i) Negociación
- (ii) Adopción del texto
- (iii) Autenticación del texto
- (iv) Firma
- (v) Ratificación (aprobación)
- (vi) Canje o depósito de instrumentos de ratificación

Por su parte, en los términos de la Carta Fundamental colombiana, para que un tratado internacional negociado y suscrito por el gobierno colombiano entre a regir internamente es necesario que lo ratifique el Congreso de la República. Así lo prescriben claramente los artículos 93⁵, 224⁶ y 241-10⁷ constitucionales.

5 Constitución Nacional.

Artículo 93.- Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

6 Constitución Nacional.

Artículo 224.- Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso. (...)

7 Constitución Nacional.

Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

Concepto de «ratificación».

Dicho lo anterior, debemos precisar qué se entiende por ratificar. En el instrumento internacional, ratificar significa aprobar o consentir en obligarse, pero aclaremos que consentir en obligarse no equivale a obligarse. Simplemente significa que el Estado que ratifica está dispuesto a adoptar el instrumento internacional, sin que de ello se siga que, en forma automática, el convenio internacional cobrará fuerza vinculante para las futuras partes. Lo anterior implica que bien puede suceder que un tratado ratificado por un Estado no entre a regir internacionalmente para él, pues para ello se requiere la verificación de un paso adicional que consiste en el canje o depósito del instrumento de ratificación, requisito que el Estado soberanamente puede abstenerse de realizar. Esa es precisamente la razón para que la Convención de Viena distinga cuándo un Estado actúa como «Estado negociador», «Estado contratante», «Estado parte» o como «tercer Estado».

En el orden interno, ratificar equivale a emitir una ley aprobatoria del tratado internacional. Así lo dispone expresamente la Carta fundamental en las normas aludidas supra: el artículo 93 superior emplea la expresión «Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso (...)»; por su parte, los artículos 224 y 241-10 de la Carta coinciden en el uso de la fórmula aprobatoria. En su orden, disponen que « Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso» y que corresponde a la Corte Constitucional «Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben». Todas estas locuciones constitucionales permiten reafirmar que ratificar significa aprobar, mediante una ley interna, un acuerdo internacional de voluntades del que Colombia forma parte.

De lo expuesto hasta ahora se desprende que para que un tratado o convención internacional obligue a Colombia se requiere de una ley aprobatoria, incluso desde antes de que el acuerdo de voluntades nazca a la vida jurídica, es decir, antes de que el tratado produzca efectos en el ámbito internacional. Se requiere la expedición de una ley aprobatoria interna que, además, exige control automático de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.

Ahora bien, recordemos que en el marco del Estado de derecho, salvo las autoridades de Colombia están sometidas al imperio de la ley, esto es, sus actuaciones y decisiones deben acatar todas las leyes, inclusive las aprobatorias de los tratados internacionales, de donde también se desprende que, dado que un tratado internacional aprobado por Colombia es antes una ley interna del Estado, resulta innecesario, o por lo menos redundante, hablar de un control de convencionalidad, pues la labor de contrastación entre una decisión judicial o administrativa con el ordenamiento jurídico se agota, para los efectos de este artículo con el control de legalidad.

Como consideración de cierre en este punto, ocupémonos de la validez jurídica de lo afirmado por la Corte Interamericana al aseverar que las autoridades estatales deben «(...) 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».

La primera parte de la afirmación, referida a «tener en cuenta el tratado», es efectivamente

correcta, pero innecesaria en la medida que, según hemos demostrado, al hacer el control de legalidad, automáticamente se realiza el de convencionalidad pues se insiste en que incluso con anterioridad a la entrada en vigencia internacional del instrumento convencional, se verifica la adopción del acuerdo de voluntades mediante la expedición de una ley ordinaria aprobatoria del tratado internacional. Ley que, se recuerda, tiene por mandato superior, control automático de constitucionalidad.

La segunda parte de la afirmación, referida a que las autoridades de un determinado Estado deben tener en cuenta, además del pacto de San José, « la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana», es desacertada y ciertamente representa el desborde de la atribución de la Corte. Recordemos que en el sistema internacional del que la CIDH forma parte, las fuentes del derecho consagradas por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, se clasifican en principales (los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho internacional) y auxiliares (la jurisprudencia y la doctrina especializada).

Recordemos también que la labor interpretativa de la CIDH, plasmada en un determinado pronunciamiento, o incluso en un conjunto de ellos sobre un mismo punto de derecho, constituye en esencia “jurisprudencia” y que ella, como fuente auxiliar del derecho, no puede válidamente arrogarse para sí la atribución de reformular el orden de aplicación o elegibilidad de las fuentes del derecho internacional. Dicho de otra manera, por razones de legitimidad, la CIDH, como hacedora de jurisprudencia, no puede cambiar el estatus de sus propias decisiones, ni puede auparlas de jerarquía, ni degradar su fuerza vinculante. Tal pretensión excede en mucho el rol jurídico que corresponde a la Corte y desconoce de plano la soberanía inalienable de los Estados, que son los verdaderos titulares del poder constituyente internacional.

Finalmente, y a propósito del pronunciamiento emitido el pasado mes de noviembre de 2017 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos referida a la sanción disciplinaria impuesta al señor Gustavo Petro en su condición de alcalde de Bogotá, resulta suficiente afirmar que si los pronunciamientos de la CIDH no tienen ni pueden tener fuerza vinculante distinta a la que les confiere el Pacto de San José, menos aún ha de reconocerse fuerza vinculante a la recomendación de la Comisión.

Los miembros de la Comisión han extralimitado en forma manifiesta el ámbito de sus atribuciones. El Pacto de San José le autoriza a «(...) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales (resaltado ajeno a texto original)». Es claro entonces que el propio instrumento convencional establece que las recomendaciones de la Comisión deben emitirse dentro del marco de la Constitución y de las leyes internas del Estado. Ni la CIDH, ni menos aún la Comisión pueden desconocer:

1. Que su existencia y marco de acción fue trazado por los Estados miembros del sistema interamericano;
2. Que fue la voluntad creadora de los Estados la que determinó sus roles y competencias y que, en consecuencia, como órganos constituidos, no pueden exceder ni apartarse del marco funcional trazado por los Estados constituyentes;

3. Que sus atribuciones se encuentran consagradas en la Convención Interamericana de 1969, también conocida como Pacto de San José, cuya interpretación ciertamente corresponde a la Corte, pero sin que ello represente un manifiesto sacrificio de la soberanía interna de los Estados miembros.

Es claro que, así como el derecho interno de los Estados debe procurar su armonización con el estándar internacional, en ese mismo sentido, el sistema regional americano de protección de los derechos humanos debe articularse con el sistema internacional consagrado en la Carta de las Naciones Unidas. Si ella garantiza la autonomía de los Estados para darse su propio ordenamiento, a fortiori, los órganos regionales deben reconocer que ninguna de sus atribuciones puede obrar en contravía del presupuesto esencial del derecho internacional: la soberanía de los Estados.

Recordemos en este punto lo que parece haber olvidado la Comisión Interamericana: el ejercicio de incorporación del derecho internacional al derecho interno no puede representar el sacrificio o negación del último. La Comisión no puede válidamente desbordar el rol jurídico que le corresponde en el concierto internacional como hacedora de una fuente auxiliar del derecho internacional, ni menos aun, desconocer la soberanía normativa de los Estados.

Finalmente, como consideración de cierre, resulta necesario advertir que algunos acuerdos internacionales no se aprueban mediante la solemnidad mencionada supra, es decir, no todos los convenios internacionales requieren de aprobación mediante la expedición de una ley aprobatoria. Por lo menos no en forma inmediata o automática. El artículo 224 constitucional dispone:

Constitución Nacional.

ARTICULO 224. Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso. Sin embargo, el Presidente de la República podrá dar aplicación provisional a los tratados de naturaleza económica y comercial acordados en el ámbito de organismos internacionales, que así lo dispongan. En este caso tan pronto como un tratado entre en vigor provisionalmente, deberá enviarse al Congreso para su aprobación. Si el Congreso no lo aprueba, se suspenderá la aplicación del tratado.

Esta excepción no afecta en nada el postulado esencial del presente artículo, en la medida que las discusiones sobre el pretendido control de convencionalidad se han centrado en la aplicación de los tratados sobre derechos humanos, materia que por disposición constitucional (artículo 93) forman parte del bloque de constitucionalidad.

Conclusión.

De todo lo expuesto en este artículo se desprende, por lo menos en opinión de su autor, que la expresión «control, de convencionalidad» alude en realidad a un instituto jurídico aplicado de tiempo atrás por las autoridades judiciales y administrativas colombianas bajo el rótulo del tradicional concepto de control de constitucionalidad y de legalidad.

Aludir al pretendido control de convencionalidad como un filtro novedoso sobre la legitimidad de las decisiones adoptadas por las autoridades colombianas, no constituye más que un embeleco, fruto del desconocimiento del sistema de incorporación de los instrumentos convencionales al ordenamiento jurídico del país.

Jesús Alejandro Garzón Rincón.