

**EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO  
CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL**

**POR  
MAURICIO TABARES POTOSÍ**

**UNIVERSIDAD DE MANIZALES  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
ESPECIALIZACIÓN EN SISTEMA PROCESAL PENAL  
MANIZALES**

**2020**

## INTRODUCCION

De vital importancia y trascendencia en nuestro ordenamiento jurídico interno, en la labor que cumple la jurisprudencia y los fallos de la Corte IDH y de los contenidos de la CADH, en control de convencionalidad como mecanismo de control judicial, que proyectado sobre una dimensión transnacional es la misma labor que desarrollan organismos como la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia de La Haya.

## RESUMEN

El presente escrito pone en contexto al lector sobre el análisis acerca del control de convencionalidad, que de acuerdo al control difuso o concentrado que se realice de él, puede atarear la labor del operador jurídico en todos los niveles del ordenamiento colombiano. A partir de allí, se plantean una serie de retos desde el campo interno a través de los pronunciamientos de los Tribunales y de las Altas Corporaciones como de los jueces de manera general sometidos al imperio de la ley y en su labor de interpretación e integración del bloque constitucional ex officio, entran de manera directa al contexto de la universalización de los derechos humanos en todos sus ámbitos reconocidos, como principio de complementariedad desde lo normativo y jurisprudencial.

**Palabras claves:** control de convencionalidad, constitucionalización del derecho internacional, principio de complementariedad, derechos humanos CADH.

## SUMMARY

This brief puts in context the reader on the analysis about the control of conventionality, which according to the diffuse or concentrated control that is carried out of it, can take time from the work of the legal operator at all levels of the Colombian system. From there, a number of challenges arise from the internal field through the pronouncements of the Courts and the high corporations as well as judges generally subjected to the rule of law, that, as a result in their work of interpreting and integrating the set ex officio constitutional, they enter directly into the context of the universalization of human rights in all its recognized fields, as a principle of complementarity from the normative and Jurisprudential points of view

**Key words:** control of conventionality, constitutionalization of international law, principle of complementarity, human rightht, CADH.

## CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (**Corte IDH**) ha transformado ésta institución en una herramienta para la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno. Los Jueces y Tribunales están sometidos al imperio de la ley, obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, pero sometidos y obligados a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.

Se destaca, que el control de convencionalidad, hoy en día, se ha convertido como una de las formas más eficaces para la protección de los Derechos Humanos de las personas en todas las esferas de la sociedad. El poder judicial, debe ejercer una especie, de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas, que aplican en los casos concretos y, la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El examen o control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma **complementaria**.

El control de constitucionalidad VS control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la convención americana, no implica que ese control deba ejercerse siempre, sin embargo, los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles deben estar en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad.

El control de convencionalidad y la obligación de adecuar la legislación interna, en muchos casos se hace necesaria, por vulnerar derechos humanos contenidas en disposiciones en el orden interno, por ello la Corte IDH ha precisado que el control de convencionalidad puede implicar la expulsión de normas contrarias a la CADH.

El valor de la jurisprudencia interamericana como parámetro de convencionalidad, se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de **cosa juzgada** respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia *-(cosa juzgada internacional)-* en razón de la cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia.

La concepción del llamado control de convencionalidad tiene íntima relación con el **principio de complementariedad**, también llamado de “**subsidiaridad**” el Estado<sup>1</sup> es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el sistema interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos.

De tal manera, que la eficacia jurídica de la Convención Americana y las obligaciones convencionales de cada Estado es complementaria, el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados<sup>2</sup>.

El valor de la jurisprudencia interamericana como parámetro de convencionalidad: cosa juzgada internacional, menciona:

*“...este control también posee un rol importante en el cumplimiento o implementación de una determinada sentencia de la Corte Interamericana, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales, bajo este supuesto, el órgano judicial tiene función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso...”*.

*“...la sentencia no se limita en su efecto vinculante a la parte dispositiva del fallo, sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquella es vinculante en su integridad, incluyendo su ratio decidendi...”*. Así, puesto que la parte resolutive o dispositiva de la sentencia refiere expresa y directamente a su parte considerativa, ésta es claramente parte integral de la misma y el Estado también está obligado a darle pleno acatamiento...”

Por su parte en el apartado 232 del numeral 7 referido al CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL AMBITO INTERNO, y numeral 7.2. Jurisprudencia de altos tribunales de la Región, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado:

---

<sup>1</sup> Inciso final del apartado 70 el cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos control de convencionalidad.

<sup>2</sup> Apartado inicial del texto, numeral 70 del cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos control de convencionalidad

*“...en virtud de que la Constitución colombiana señala que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, se deriva “que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar estos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales<sup>3</sup>”...*

Por dichos contenidos de raigambre interno y supranacional, es fundamental poder discernir entre las apreciaciones conceptuales entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, de la siguiente manera:

### **EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD:**

Está consagrado en el artículo 241 de la Constitución Política, el cual establece que a ella corresponde:

*“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, 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 tengan como consecuencia la inconstitucionalidad del mismo”. VER Sentencia C-614/2002.*

### **EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD:**

Es un tema de gran actualidad, hace posible adecuar la normativa interna de los Estados, a los tratados sobre Derechos Humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos. “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la

---

<sup>3</sup> sentencia C-010/00 emitida el 19 de enero de 2000 por la Corte Constitucional de Colombia; C-442 de 25 de mayo de 2011; sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006

aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”.

Dentro de este marco, existen tensiones que se presentan entre el legislador y el judicial en el marco del control de constitucionalidad y convencionalidad a las leyes en Colombia. La Constitución deberá ser la piedra angular para la interpretación de las leyes y que siempre que exista una contradicción evidente, las leyes deben ceder ante ella. La Constitución como acuerdo jurídico-político de la sociedad, establece reglas democráticas mínimas como los derechos fundamentales, la alternancia en el poder, la autonomía de los poderes y las acciones afirmativas, todas estas se erigen como límites a las mayorías y al poder.

Los jueces están en condiciones de hacer efectiva la mayor gama posible de garantías en pro de los derechos fundamentales, así como de abrir los canales de la participación ciudadana cuando por omisión o negligencia son ignorados por parte del legislador.

El Artículo 93 de la Carta Superior, establece la prevalencia de los tratados sobre derechos humanos en el orden interno, así como el deber de interpretación de los derechos constitucionales de conformidad con el contenido de dichos instrumentos internacionales, de allí que su integración (bloque de constitucionalidad) debe realizarse acorde con el Artículo 230 de La Constitución Política, en el cual los jueces están obligados al imperio de la ley, sin embargo, los tratados internacionales solo resultan vinculantes cuando han sido insertadas en el ordenamiento jurídico mediante la respectiva ratificación que debe efectuar el Congreso.

En cuanto al control de convencionalidad, como aspecto novedoso, éste opera en dos sentidos, **normativo y jurisprudencial**. En el primero, se traen elementos normativos de la Convención Interamericana y sus disposiciones complementarias a las sentencias de la Corte Constitucional, y en el segundo, se han incorporado elementos jurisprudenciales de la Corte Interamericana en las decisiones de la Corte Constitucional.

La concurrencia y la complementariedad entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad, tiene incidencia normativa y aportes de la Corte Interamericana en el ordenamiento jurídico interno, en particular las normas atinentes a derechos fundamentales de índole internacional, que de contera, conllevó a la **constitucionalización del derecho internacional** y, por ello, el control de convencionalidad hace efectiva la garantía de los derechos fundamentales vulnerados o no tenidos en cuenta.

Las formas de ejercicio del control de convencionalidad, de manera general refieren a un control difuso y por otro lado un control concentrado, así:

### **EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD:**

Consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la CADH, sus protocolos adicionales y, la jurisprudencia de la Corte IDH, reconociendo la fuerza normativa de tipo convencional que se extiende a los criterios jurisprudenciales. Lo que significa, que siempre deben al momento de resolver los casos sometidos a su conocimiento, emplear de manera directa y prevalente, las normas de la CADH, así como la interpretación realizada de las mismas por parte de la Corte Interamericana. Lo anterior tiene su fundamento en el artículo 29 del Pacto de San José, el cual en su literal b indica:

*Artículo 29. Normas de Interpretación literal b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados.*

Por lo anterior, no es posible limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad reconocido por ella. La Corte IDH ha impuesto a los jueces nacionales el deber de aplicación directa y prevalente de las normas convencionales al momento de resolver un asunto en que se vean involucrados derechos humanos.

El control difuso, implica la imposición de la supremacía de los derechos humanos lo cual indica que en consideración de la Corte Interamericana los mismos generan un precepto superior de aplicación directa e inmediata, que permea y resulta prevalente en todo el ordenamiento jurídico de los Estados.

### **EL CONTROL CONCENTRADO DE CONVENCIONALIDAD:**

El control que usualmente ha realizado y realiza la CORTE IDH en sus sentencias al juzgar las violaciones cometidas por actos y omisiones de los Estados, ha tenido que confrontar las normas de la misma con las previsiones del derecho interno, de manera que en los casos en los cuales ha encontrado que estas son contrarias o incompatibles con aquella ha ordenado a los estados realizar la corrección de la inconventionalidad.

Se conoce como control concentrado, el que es ejercido de manera directa, por la Corte IDH al momento de determinar la compatibilidad de las normas internas de los Estados miembros con las de la convención, el cual ejercita en virtud de su función de velar, por la denominada supremacía de los derechos humanos y, la prevalencia de su protección.

El fundamento de este control se encuentra en el desarrollo de los artículos:

*Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. 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 partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*

*Artículo 33. Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en esta Convención:*

- a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y*
- b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.*

*Artículo 64. 1. Los Estados miembros de la organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de Organización de los Estados Americanos, reformada por el protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes y los mencionados instrumentos internacionales.*

La Corte dentro del ejercicio de control concentrado ha incluido la evaluación de todo tipo de fuentes de derecho, lo que implica que dentro de su competencia puede revisar la conformidad de la Constitución, la Ley, los Decretos, y la jurisprudencia de un Estado, con las normas del Pacto de San José, al igual que la interpretación que del mismo se ha efectuado por parte de la misma Corte.



En ejercicio del control concentrado la Corte Interamericana ordena a los Estados la modificación, derogación o anulación de las normas, que resultan contrarias a la Convención americana, y en mi concepto personal, se trata de una figura cuya discusión y despliegue apenas sucede.

## **LA EXIGIBILIDAD DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO.**

La conceptualización del control de convencionalidad se dio al seno de la propia Corte IDH, la cual lo ha definido de la siguiente manera:

*“...Por otro lado, se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del “control de convencionalidad”, concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal. Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley, y por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, 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” (Corte IDH Supervisión de Cumplimiento Caso Gelamn, 2013, párrafos 65 y 66).*

El control de convencionalidad ha tenido un origen eminentemente jurisprudencial.

Definición desde el carácter sustantivo, que se refiere a la obligación de los Estados de velar por que los efectos de la Convención, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto, lo cual se fundamenta en tres elementos:

1. El primero, relativo a que los jueces nacionales se encuentran sometidos a su ordenamiento interno, por lo que su competencia se circunscribe a un control de legalidad y de constitucionalidad.
2. El segundo, que esos jueces se encuentran igualmente obligados a ejercer el control de convencionalidad en virtud de la ratificación de la CADH.
3. Un tercero, que indica que el alcance del control incluye la Convención, los tratados concurrentes a la misma y a la interpretación que de ellos ha realizado la Corte IDH en el sentido.

Se ha descrito el control de convencionalidad como “un conjunto de instrumentos y de instituciones procesales, aplicadas para mantener la vigencia y efectividad de los derechos vertidos en los tratados públicos de derechos humanos que integran el Sistema Americano de Protección” (Quinche, el control de Convencionalidad, 2014, p. 53).

Villalba refiere que el control de convencionalidad “converge en reseñar la facultad que tiene la Corte IDH de realizar un control de cumplimiento de la Convención Americana de DH, de ahí la terminología “**convencionalidad**”, diferenciadora del control de constitucionalidad, que implica ajustarse a la Constitución”. (Villalba, 2015, p 519).

El control de convencionalidad es entonces una figura jurídica de origen jurisprudencial en virtud de la cual la Corte IDH puede ejercer un control abstracto de las normas nacionales de los estados para definir si las mismas se encuentran o no acordes con la CADH, y en razón a la cual los jueces y las autoridades de los Estados signantes están obligados a la aplicación prevalente de las normas de la Convención, así como de la interpretación que de la misma ha efectuado la Corte IDH en sus sentencias.

¿se podría decir, que la Constitución Política de Colombia, puede ser objeto de un control de convencionalidad cuando el tratado internacional otorgue mayores derechos a los contenidos en la Carta Fundamental o los contradiga?

Este argumento, necesariamente ha variado en el tiempo y en el espacio, pues de acuerdo a las circunstancias concretas a un caso específico, pueden resultar coherentes con el derecho interno, o simplemente en ese principio de complementariedad o de subsidiariedad, pueden ser incorporados de manera preferente, siempre y cuando se haga ese control a través del Bloque de

Constitucionalidad, convirtiéndose en garante de los avances y los cambios sociales, que evolucionan cada vez más la labor de los operadores jurídicos en el orden interno.

Son dos los alcances del control de convencionalidad. El primer alcance, tiene como contenido concreto el de **la cosa juzgada**, e implica a todas las autoridades de un Estado destinatario de determinada interpretación de la convención vertida en una sentencia, quedan sujetos materialmente a la decisión, esto es tanto a los elementos resolutivos de la misma, como a su ***ratio decidendi***, y por ende los mismos son de aplicación prevalente respecto del ordenamiento jurídico interno, sin que se pueda realizar algún tipo de salvedades, o aplicaciones en contrario.

El segundo alcance, se refiere a lo que la doctrina ha denominado el efecto ***erga omnes*** de las interpretaciones de la Corte realiza en sus sentencias, lo que implica que existe el deber de atender la jurisprudencia de la corte al momento de definir situaciones análogas, conllevando a un ***corpus iuris convencional***, y su alcance se convierte en un imperativo o en una regla de aplicación superior.

## **EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD.**

El cual tiene su fundamento en el derecho natural y plantea un principio de orden natural que permea los ámbitos sociales, económicos y políticos, y permite la realización de los mismos, dentro de un orden justo tendiente a la consecución del bien común. Para lo cual cada organización social debe ejercer las competencias que le son propias, y respecto de las mismas existir una complementariedad entre sí, y frente a ellos por parte del Estado como órgano final de la comunidad política.

El principio de subsidiaridad es el que establece una unidad en el orden dentro de la comunidad política, según la cual cada organización social debe desarrollar las competencias que le son dadas de manera natural, y respecto de las cuales el Estado debe permitir su ejercicio autónomo y proveer de ser necesario la ayuda correspondiente, para que, a través de la concreción de estas funciones sociales, se llegue a la consecución del fin social último, cual es el bien común.

De allí que el principio de subsidiariedad influye en que las determinaciones de la Corte IDH resulten vinculantes para los Estados parte y repercuta en el control de convencionalidad en el orden interno.

## LA NATURALEZA DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD<sup>4</sup>

La doctrina ha generado varias interpretaciones:

1. la primera, acerca de que la misma es **limitativa o supletoria**, que hace que el Estado tenga como deber fijar los deberes de las comunidades supraordinadas, buscando generarles condiciones que permitan su desenvolvimiento.
2. La segunda, que lo entiende como un **principio positivo** que especifica la naturaleza de la intervención del Estado, se concibe como el principio que orienta las relaciones del Estado con las sociedades que la conforman, en búsqueda del bien común.
3. La tercera, como un elemento que busca la acción positiva del Estado para encaminarla al **bien común**, y dicha función subsidiaria se entiende como complemento del principio de solidaridad que vincula de manera general a la comunidad y sus miembros.
4. Una cuarta que lo entiende como un principio de **división de competencias**, que determinan que el Estado tiene como misión permitir que todos los miembros de la comunidad cumplan las tareas que le corresponden (división del poder).

En cuanto al principio de subsidiariedad en la CADH, este ha sido llevado desde el plano natural al derecho positivo y, en atención a los derechos y libertades consagrados en la CADH, se consagra la subsidiariedad como principio, que finalmente propende para que los Estados parte, agoten los mecanismos propios o se hayan interpuesto todos los recursos de la jurisdicción interna, antes de acudir al sistema interamericano y de verse enfrentado aun proceso internacional.

Ese carácter de subsidiariedad del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, es coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos, lo cual quiere decir que los garantes en primera línea de la protección de los derechos humanos son los Tribunales y las Autoridades Nacionales.

---

<sup>4</sup> apartado 2.2. naturaleza del principio de subsidiaridad “la exigibilidad del control de convencionalidad de las sentencias de la corte interamericana de derechos humanos: el principio de subsidiariedad en el orden jurídico colombiano, por el Doctor Manuel Eduardo Marín Santoyo – Universidad Católica de Colombia Maestría en Derecho Humanos y Derecho Internacional Humanitario Facultad de Derecho Abril de 2016.

La subsidiariedad de la CADH genera una delegación al SIDH, para que conozca tras el agotamiento de unos requisitos de procedibilidad aquellos casos que se presenten dentro de los Estados, por lo que su naturaleza es eminentemente procesal y no sustancial.

La Sentencia C-067 DE 2003 indicó:

*“...del análisis de los artículos 4 y 93 de la Constitución Política era evidente para la Corte que la coexistencia de dos jerarquías normativas de carácter prevalente constituía un escenario jurídico de gran complejidad; por esta razón, la Corporación entendió que la única manera de conciliar dicha contradicción era aceptando que los tratados internacionales de los cuales Colombia es Estado parte, en los que se reconocieran derechos humanos de conculcación prohibitiva en Estados de excepción, también tenían jerarquía constitucional y conformaban, con el texto del Estatuto Superior, un solo bloque normativo al que la legalidad restante debía sumisión...”*

Y es que precisamente esa complejidad, de la que hace alusión la Alta Corporación trae aparejado, ¿de qué manera para un caso en concreto se pueden ver fragmentados los derechos humanos?, o si los mismos, no son reconocidos, o si por el contrario, pasan a un escenario de poca importancia para dejar pasar por alto las decisiones de la Corte IDH, o lo que ha establecido la CADH.

INTEGRAR EL BLOQUE DE CONSTITUCIONAL Y SOMETERLO A UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, no es tarea fácil para quienes de una manera u otra, hacemos parte del andamiaje relacionado con el poder judicial, los fiscales, jueces, partes e intervinientes dentro de la estructura del sistema penal oral acusatorio, tenemos un desafío enorme de cómo integrar las disposiciones, de darlas a conocer, de mencionarlas, de argumentarlas, pero que éstas se concreten en el plano de la realidad y hacerlas efectivas en el caso en concreto, en ***stricto sensu*** aquellas normas que tienen el mismo nivel de la constitución y ***latu sensu*** aquellas a las que remite la Constitución como mecanismo de integración del derecho internacional.

El Bloque de Constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico genera un alcance ***erga omnes***, de aplicación prevalente y de supremacía sobre cualquier tipo de normas. De allí que el Bloque de Constitucionalidad constituye un parámetro interpretativo para el legislador y los jueces, mientras que el control de convencionalidad es una obligación imperativa para todos los operadores judiciales, pero por otro lado, el control de convencionalidad en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico colombiano se encuentra subordinado al bloque de constitucionalidad.

A partir entonces de esta situación, es que la complejidad del asunto salta a la vista, sin embargo, el precedente vinculante es obligatorio para el Estado Colombiano, por ello, los operadores judiciales deben encaminar sus decisiones judiciales, integrando todo un bloque de constitucionalidad y de convencionalidad.

Cabe destacar que se aprecian dificultades de interpretación y de integración normativa, pero a pesar de ello, la labor ética de quienes desempeñamos una función especial en el sistema judicial, y especial quienes nos adentramos en los campos de exteriorizar el derecho a través del litigio, somos los primeros llamados a exigir de la judicatura y de la Fiscalía que sus actuaciones y sus decisiones estén conforme a la integración normativa del Bloque de Constitucionalidad y de un Control o Bloque de Convencionalidad. Refiriéndome específicamente a mi labor como profesional del derecho y como litigante en el área del derecho penal.

El Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Consejero Ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA – el 03 de diciembre de 2014, se pronunció en el expediente con radicado 73001-23-31-000-2003-01736-01 (35413) en Demanda de Reparación Directa sobre el control oficioso de convencionalidad, en los siguientes términos:

Para el desarrollo del presente tema asociado al control de convencionalidad, se trae como marco de referencia lo manifestado por el Consejo de Estado en el siguiente sentido:

*“...3.2.1.1.- El control de convencionalidad es una manifestación de lo que se ha dado en denominar **la constitucionalización del derecho internacional**, también llamado con mayor precisión como el **“control difuso de convencionalidad”** e implica el deber de todo juez nacional de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso en concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.* (cursiva y resaltado fuera del texto original).

*“...3.2.1.2.- Si bien, como construcción jurídica, el control de convencionalidad parece tener su origen en la sentencia proferida en el “caso Almonacid Arellano y otros vs Chile”, lo cierto es que desde antes del 2002, e incluso en la jurisprudencia de los años noventa de la Corte Interamericana de Derechos, ya se vislumbraban cierto elementos de ese control de convencionalidad...”*

De su lectura de la providencia del Consejo de Estado, se aprecia como hasta el momento ya se ha indicado, que el control de convencionalidad está dirigido a todos los poderes públicos del Estado. Los jueces están sometidos al imperio de la ley, pero ello, no significa que no deban

realizar interpretación convencional para determinar si aquellas normas son compatibles con la CADH.

El deber jurídico oficioso de las autoridades estatales –y en particular de los jueces- de aplicar la excepción de inconventionalidad para favorecer las prescripciones normativas que emanan de la Convención por sobre los actos jurídicos del derecho interno. (ver apartado 3.2.1.7.-).

De la lectura entonces, podemos indicar que un Estado parte firmante de la Convención, NO PUEDE Oponer su derecho interno para incumplir los acuerdos internacionales, y sobre éste asunto se menciona que el control de convencionalidad como construcción jurídica no se agota en el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos, sino que ha tenido cabida en el **derecho comunitario europeo**, donde ha operado desde hace más de tres décadas.

Sostiene El Consejo de Estado en su providencia, que el control de convencionalidad conforme a la cual ha sostenido el deber de los funcionarios en general, y en particular de los jueces, de proyectar sobre el orden interno y dar aplicación directa a las normas de la convención y los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; tales cuestiones han sido abordadas es aspectos tales como los derechos de los niños, la no caducidad en hechos relacionados con actos de lesa humanidad, los derechos a la libertad de expresión y opinión, los derechos de las víctimas, el derecho a la reparación integral, el derecho a un recurso judicial efectivo, el derecho a la protección judiciales, entre otros asuntos.

Observar entonces el amplio campo de aplicabilidad, de interpretación y de integridad normativa, nos conlleva a analizar aspectos fundamentales del derecho positivo y de la internacionalización del derecho constitucional, que de manera garantista y fundamental en la aplicabilidad de los derechos humanos se ha convertido en **TRANSNACIONAL**.

En el apartado 3.2.2.- la particularidad de los hechos del sub lite: caso constitutivo de una grave violación de derechos humanos y de acto de lesa humanidad: me causó un interés particular porque en las diferentes lecturas que se realizan de los altos tribunales y las altas corporaciones, en mi humilde concepto, es primera vez que escuchaba el término “...**SURGE PARA EL JUEZ DE CONVENCIONALIDAD LA COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE...**”, más adelante indicó: “...**SURGE UNA COMPETENCIA CONVENCIONAL OFICIOSA...**”.

Los pronunciamientos siguientes me llevaron a la reflexión, que el Consejo de Estado, quiso auscultar la verdad, la justicia material de un acto de lesa humanidad, de establecer unos hechos constitutivos de una masacre y que dejar pasar o dejar de hacer, no cumplía con los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho y que al realizar ese control de convencionalidad, no se concretara una circunstancia de impunidad.

Dentro del contexto criminal desplegado en la masacre que allí se referencia en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron los lamentables hechos, el Consejo de Estado, acudió a normativas del derecho internacional humanitario, específicamente al artículo 50 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, por lo cual se realizó un juicio de responsabilidad en los Instrumentos Públicos Internacionales y declaró administrativa y extracontractualmente a la Nación – Ministerio de Defensa por los perjuicios causados a los demandantes, entre otros aspectos relevantes en el caso en concreto.

El control de convencionalidad, como aspecto novedoso y poco habitual en los discernimientos jurídicos y de contera en las actividades propias de la actividad judicial, enmarca una serie de postulados constitucionales y de bloque de constitucionalidad, que en su novedad y complejidad, permiten argumentos contundentes que implican en la judicatura un análisis mucho más estructurado en la motivación de las decisiones que se someten a su consideración.

Como el Derecho Constitucional no tiene límites, ni fronteras, por su carácter de constitucionalización del derecho internacional en el ámbito de derechos humanos, es preciso, referenciar y de manera específica poder traer de manera oportuna y objetiva el presente caso, como un ejemplo de lo que el control de convencionalidad obliga al derecho interno o como de manera *ex officio vincula*, interpreta e integra los Derechos Humanos.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú – control de convencionalidad – expediente No 0006-2001-4-5001-SU-PE-01 – *Amicus Curiae* – “estándares del Derecho Constitucional peruano y del Derecho Internacional sobre la obligación de combatir la impunidad frente a crímenes de lesa humanidad”. El resumen de los hechos que motivaron la presentación del *amicus curiae* son:

“...el presente escrito es sometido a la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia del Perú, en el marco del proceso radicado No 0006-2001-4-5001-SU-PE-01, en estado de ejecución de sentencia condenatoria impuesta al señor Alberto Fujimori Fujimori. En concreto, el escrito busca aportar estándares del Derecho Constitucional peruano y del Derecho Internacional, en torno a la solicitud de control de convencionalidad interpuesta por los representantes de las



víctimas de los casos Barrio Altos y La Cantuta, con relación a los cuales la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia el 30 de mayo de 2018...”

De acuerdo a los hechos planteados en el caso bajo supervisión, y de acuerdo a la situación fáctica y jurídica, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia confirmó por unanimidad la condena de 25 años de prisión en contra del señor Alberto Fujimori Fujimori, el 2 de enero de 2010.

Sin embargo, el 24 de diciembre de 2017, el gobierno peruano, concedió *“el indulto y derecho de gracia por razones humanitarias al interno del Establecimiento Penitenciario Barbadillo, respecto de las condenas y procesos penales que a la fecha se encuentren vigentes”*, por tal motivo el 25 de diciembre los representantes de los familiares de las víctimas presentaron una comunicación a la Corte IDH, advirtiendo que el indulto otorgado al señor Alberto Fujimori Fujimori había sido adoptado de manera irregular.

El 2 de febrero de 2018 la Corte IDH realizó una audiencia pública de seguimiento al cumplimiento de las respectivas sentencias y el 30 de mayo de 2018, dictó resolución que imponía una serie de obligaciones.

El 20 de julio los representantes de la parte civil en el proceso penal, presentaron una solicitud de control de convencionalidad ante el Juzgado supremo de instrucción del poder judicial, solicitando se declarara la nulidad de la Resolución Suprema No 281-2017-JUS. que otorgaba el indulto. El 3 de octubre de 2018 el referido Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria declaró con lugar al incidente de control de convencionalidad y resolvió.

- I. **DECLARAR** que carece de efectos jurídicos, para la ejecución de sentencia del presente caso, la Resolución Suprema No 281-2017-JUS, de 24 de diciembre de 2017, que concede entre otros, indulto por razones humanitarias al sentenciado Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori.
- II. **DECLARAR** fundado el pedido de la parte civil de no aplicación del indulto por razones humanitarias a favor del mencionado condenado.
- III. **DECLARAR** infundadas las observaciones efectuadas por la defensa técnica del sentenciado.
- IV. **MANDO** que se continúe con la ejecución de la sentencia en los términos que fue impuesta, en todos sus extremos; en consecuencia, **GÍRESE** las órdenes de ubicación y captura contra el sentenciado ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI O KENYA

FUJIMORI, a fin de que sea reingresado al establecimiento penitenciario que designe la autoridad penitenciaria.

En resumen, el 30 de mayo de 2018, la Corte IDH hizo referencia al derecho penal comparado y a sendos precedentes de órganos supranacionales de derechos humanos y de tribunales penales internacionales, los cuales prohíben la concesión de amnistías e indulto frente a la persecución penal y condena por crímenes de lesa humanidad.

La Corte IDH ordenó a las autoridades judiciales peruanas realizar un test de proporcionalidad, al momento de ejercer control de convencionalidad de la Resolución Suprema No 281-2017-JUS.

En cuanto a la obligatoriedad del cumplimiento de las sentencias y resoluciones de la Corte IDH. En virtud del principio ***pacta sunt servanda***, los Estados deben cumplir de buena fe los tratados que ratifican y, en consecuencia, no pueden invocar su derecho interno para incumplir una obligación internacional.

El colegiado señaló que en base a las obligaciones en materia de derechos humanos a las que el Estado peruano se comprometió, así como a la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el bloque de constitucionalidad, el mismo es competente para realizar el control de convencionalidad en sede nacional:

*(...) dicho control no es otra cosa que ejercer la competencia que tiene un juez interno para inaplicar el derecho interno y aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos u otros tratados, mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto adoptar una decisión judicial protegiendo los derechos de la persona humana.*

En la resolución de 3 de octubre de 2018, el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia subrayó que: “(...) en el Perú, en el que existe un sistema mixto de control de constitucionalidad – **difuso y concentrado** – todos los jueces que administran justicia, tienen la obligación de efectuar un control de convencionalidad, que es complementario del control constitucional.

En Sentencia C-792 DE 2014, del 29 de octubre de 2014, la Corte Constitucional expuso sobre **el concepto y desarrollo del control de convencionalidad en el contexto colombiano**, en expresión de los principios de buena fe y ***pacta sunt servanda***, particularmente desarrollada en

el terreno de los derechos humanos, como puede desprenderse de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Constitucional indica que la labor judicial doméstica esté directamente vinculada a tal prescripción internacional, a modo de control de las actuaciones del Estado, a la luz de la Convención Americana.

El Desarrollo jurisprudencial de la figura de convencionalidad, permite comprenderlo desde dos perspectivas. En sentido estricto, **es aquel control concentrado** que realiza la Corte Interamericana respecto de las actuaciones de los órganos del Estado y los deberes convencionales que tienen los Estados. En sentido amplio, **el llamado control difuso** es aquel al que están llamados los jueces nacionales de manera oficiosa y que, siguiendo el mismo principio, consiste en la evaluación de las actuaciones de los diversos órganos del poder público y su conformidad con las obligaciones internacionales del Estado.

A dicho la Alta Corporación Constitucional:

*“...Así, en el marco de un examen de constitucionalidad, la Corte tiene un deber hermenéutico adicional que le impide adoptar de forma automática los criterios desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH o los dictámenes del Comité de Derechos Humanos. En la medida en que éstos han sido adoptados para contextos específicos en el marco de análisis de casos concretos. La Corte Constitucional deberá, a la luz de criterios de proporcionalidad y razonabilidad, traducir dichos estándares al contexto jurídico y las consecuencias sociales propias de nuestra realidad...”*

Situación que pone de contera la difícil interpretación e integración de los Derechos Humanos en el plano de lo constitucional, en suma el principio de subsidiariedad presenta relevancia en cada caso en concreto.

La anterior sentencia de la Corte Constitucional recibió distinción del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) con sede en San José de Costa Rica, que confirió a la Corporación Constitucional de Colombia una distinción en el marco del concurso “justicia y convencionalidad” por la sentencia C-792 DE 2014.

**LA IMPLEMENTACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL PROCEDIMIENTO PENAL:**

El control de convencionalidad de las normas penales se efectuará en su forma difusa, a cargo por el juez penal (de conocimiento o de control de garantías), para lo cual se tendrán 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 y en el ámbito penal, el proceso punitivo puede realizar interpretaciones de las diferentes disposiciones nacionales que sean conformes al corpus iuris convencional.

**b) principio prohomine:**

Debe aplicarse en forma obligatoria por los jueces convencionales.

**c) principio ius cogens:**

Reglas de carácter imperativo que no pueden ser contravenidas.

**d) principio de proporcionalidad:**

En el ámbito penal, el control se reduce a realizar un juicio de proporcionalidad respecto del ejercicio de configuración del legislador en materia punitiva, tales como. Artículo 1, 2, 5, 6, 11, 12, 13 y 214 acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, el examen de proporcionalidad en sentido estricto examina si la limitación o restricción producida al o los derechos constituye una medida equilibrada y justa, entre el beneficio para el bien común y el perjuicio que sufre el derecho del afectado.

Desde una arista muy personal y en razón del proceso cotidiano del litigio y particularmente como se abordan las audiencias concentradas con persona privada de la libertad y en especial a la solicitud de la imposición de medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, no como la excepción a la regla general, es importante resaltar por éste litigante penal, lo siguiente:

En nuestro ordenamiento penal colombiano coexisten dos sistemas procesales, el primero con tendencia inquisitiva reglado por la Ley 600 de 2000 y el segundo, la Ley 906 de 2004 como un sistema procesal oral de tendencia acusatoria, con diferencias diametrales en su aplicabilidad y

forma de adelantar las investigaciones y la imposición de la medida de aseguramiento. En la Ley 600 de 2000, existe una sola medida de aseguramiento, hoy con el modelo acusatorio se cuenta con dos medidas de aseguramiento privativas de la libertad y con nueve no privativas de la libertad, siendo ello un amplio abanico de posibilidades al momento de su imposición cuál es la medida de aseguramiento más idónea.

El Artículo 250 numeral primero<sup>5</sup> Constitucional, refiere acerca de las medidas necesarias, a fin de que el imputado comparezca al proceso penal, solicitudes que en la generalidad de los casos imputados por la Fiscalía General de la Nación, peticionan la contemplada en el Art. 307 literal A numeral 1.

La restricción de la libertad del imputado tiene un carácter excepcional y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales según el art. 295. C.P.P., ese carácter excepcional, se convierte en letra muerta a la hora de su solicitud y de su imposición respectivamente, porque no opera de manera excepcional sino por el contrario, se convierte en la generalidad.

Ha sostenido la Corte que la detención preventiva dentro de un Estado social de derecho, no puede convertirse en un mecanismo de privación de la libertad personal, indiscriminado, general y automático, a pesar de ello, el criterio de necesidad como guía a la imposición de una medida de aseguramiento se encuentra vinculado a tres finalidades: (i) asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal; (ii) la conservación de la prueba; y (iii) la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.

La persona sometida a una detención preventiva en su lugar de residencia, asegura su comparecencia al proceso penal, mediante las regulaciones de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), mal podría decirse en que la prueba recaudada por la Fiscalía pueda sufrir algún tipo de destrucción, supresión u ocultamiento alguno por parte del imputado o un tercero, pues es claro, que al momento de la imputación de cargos que realiza el ente acusador, se cuentan con unos elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida que hacen de esos hechos jurídicamente relevantes contar con una inferencia razonables de autoría o participación y con un mínimo de garantías judiciales y; finalmente, en la mayoría de las situaciones las víctimas o la comunidad se encuentran fuera de la esfera de agresión o de victimización por la ocurrencia del hecho.

---

<sup>5</sup> Art. 250 Numeral 1. "...Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas..."

El principio de gradualidad<sup>6</sup> de las medidas de aseguramiento enfatiza en la necesidad de intervención del juez en las valoraciones que preceden a la selección e imposición de aquella que resulte más adecuada para el cumplimiento de los fines que le son propios, de allí, que no sólo es necesario contemplar las diferentes medidas de aseguramiento, sino que el cumplimiento de las mismas, obedezca al principio *pro homine et libertatis*.

**La Directiva No 13** del 28 de julio de 2016 de la Fiscalía General de la Nación, al establecer lineamientos generales sobre la proporcionalidad de la detención preventiva, hace un llamado a los fiscales a contemplar la existencia de otras medidas de aseguramiento, y en caso de ser necesaria su interposición, deben preferir aquella que resulte menos lesiva de la libertad del procesado. En ese sentido la detención preventiva no puede ser asumida, bajo ninguna circunstancia, como la regla general. Antes bien se trata de una excepción a la cláusula general de la libertad.

Al hablar del test de proporcionalidad, se busca garantizar la prohibición de detenciones arbitrarias previstas en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, normas supranacionales que limitan la detención preventiva por su carácter excepcional, constituyéndose en consecuencia en un **control de convencionalidad** que debería adentrarse en la función constitucional del juez de garantías, que por lo general no acontece.

Aunado a lo anterior, si bien se afecta un derecho fundamental de la persona a ser libre. Lo excepcional es lo que rara vez pasa, lo que ocurre muy pocas veces, por lo que la restricción de la libertad también debe ocurrir en pocas ocasiones solo cuando sea estrictamente necesario.

Considero que ese carácter de necesidad es dable en su excepción a la medida de aseguramiento contemplada en el Art. 307 literal A numeral 2. Por cuanto encuentra el mismo fundamento en el artículo 9 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos<sup>7</sup>.

Se resalta que las personas que son sometidas a detención preventiva en establecimiento de reclusión, se ven compelidas a la vulneración de sus derechos fundamentales, tales como: la dignidad humana, a la vida, a la vida digna, a la intimidad y a la salud, por las condiciones de

---

<sup>6</sup> Sentencia C-318-08

<sup>7</sup> “...nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias...la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general...”

hacinamiento en las comisarias centrales, salas de reflexión de los Comandos de Policía y en los mismos Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios.

Lo anterior, por cuanto no hay distingo alguno en sus condiciones en personas condenadas como sindicadas; las instalaciones físicas cuentan con deterioro en las baterías sanitarias, paredes con humedades, infraestructura general de techos, pisos, iluminación, planchas para dormir, entre otros en mal estado de conservación, lo que hace muy difícil tomar horas de sol y el derecho a la visita conyugal por las condiciones de las edificaciones. Situaciones que de entrada violentan todo un **BLOQUE DE CONVENCIONALIDAD**, configurando un desconocimiento de la prohibición de torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes.

El hacinamiento no les permite a condenados e imputados tener la posibilidad de suplir sus necesidades básicas como ir al baño, dormir en una cama, usar elementos de aseo o tener un lugar adecuado para recibir alimentos, por lo que se afecta de manera prolongada y sistemática de desconocimiento de los derechos como personas privadas de la libertad. Acorde con lo señalado por la Corte Constitucional sobre la necesidad por parte de las autoridades nacionales y locales, a través de un esfuerzo coordinado, sostenible y progresivo, que el sistema carcelario debe responder de forma eficiente a las problemáticas que han dado lugar al **estado de cosas inconstitucionales**<sup>8</sup>.

La sentencia referida al E.C.I., se divide en cuatro partes fundamentales: En la primera se considera la naturaleza del ECI, en general, y del ECI en el ámbito penitenciario y carcelario, en la segunda parte, se identifican las limitaciones del seguimiento actual a la crisis carcelaria. En la tercera, se consolidan los retos y los lineamientos de un seguimiento por mínimos constitucionalmente asegurables. En la última parte se identifican los mínimos que, en adelante, deben observar las entidades competentes, con relación a temas de: resocialización, infraestructura, derecho a la salud, alimentación, servicios públicos domiciliarios y acceso a la administración pública y a la justicia.

La declaratoria de un ECI pone en evidencia la falta de materialización de las garantías fundamentales en determinado contexto o escenario por causas estructurales que generan el desconocimiento de los derechos de un número considerable de personas y cuya situación de

---

<sup>8</sup> En **Auto 121 de 2018 de la corte constitucional en Asunto**: Análisis y reorientación de la estrategia de seguimiento al estado de cosas inconstitucional (ECI) en materia penitenciaria y carcelaria. Bogotá, D. C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018). En ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, la Sala Especial de Seguimiento a las Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015 de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados José Fernando Reyes Cuartas, Carlos Bernal Pulido y la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado

vulneración se extiende en el tiempo y en el territorio nacional. Implica, entonces, que *“el texto constitucional carece de efectividad en el plano de la realidad, tornándose meramente formal”*<sup>9</sup>, en tanto la actividad del Estado y de los funcionarios públicos se despliega al margen o, incluso, en contravía de los deberes de aquellos para asegurar los derechos constitucionales. A la declaratoria de un ECI le precede, entonces, *“un panorama de múltiples afectaciones a los derechos fundamentales de una población numerosa, a causa de la inoperancia del aparato estatal entendido como un todo sistémico”*<sup>10</sup>. El ECI es, en últimas, *“una de las muchas modalidades que se pueden presentar dentro de la tipología de órdenes constitucionales de protección de derechos”*<sup>11</sup>. (resaltado fuera del texto original).

En consecuencia, considero que la medida de aseguramiento privativa de la libertad consistente en detención preventiva en establecimiento de reclusión, ante este panorama general, y violatorio del preámbulo de la constitución, de los derechos fundamentales, de los derechos humanos, del bloque de constitucionalidad y del bloque de convencionalidad, DEBERÍA EN REGLA DE EXCEPCIÓN, NO SER LA REGLA GENERAL.

ANTE LA DECLARATORIA DE EMERGENCIA SANITARIA COVID-19. Para todos los ciudadanos en Colombia, es de amplio conocimiento el problema mundial que se está presentando por la expansión del Coronavirus “COVID 19”, (pandemia) y por ende, es evidente; que a todos nos afecta de manera directa e indirecta; que se han decretado medidas de emergencia por parte del GOBIERNO NACIONAL, DEPARTAMENTAL y MUNICIPAL.

Mediante Resolución 001144 del 22 de marzo de 2020, El Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, **DECLARÓ** el estado de emergencia penitenciaria y carcelaria en todos los centros de reclusión a nivel nacional a cargo del INPEC, por el término estrictamente necesario para superar la crisis de salud y de orden público, situación que no solo desborda las capacidades del mismo Estado, sino que además tiene un potencial determinante de afectación de sujetos de especial protección, como lo son, las personas privadas de la libertad.

Tal situación en atención a que el confinamiento convierte a los establecimientos penitenciarios y carcelarios en una zona de transmisión significativa de algunas enfermedades, entre ellas, el COVID 19, que puede poner en riesgo el estado de salud de todas las personas que interactúan en dicho entorno. En el plano internacional expertos de la ONU HAN REFERIDO: QUE SE NECESITAN MEDIDAS PARA PROTEGER A LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD.

---

<sup>9</sup> Sentencia T-762 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>10</sup> Auto 368 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>11</sup> Auto 385 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



GINEBRA (30 DE MARZO DE 2020) – El Subcomité de las Naciones Unidas para la prevención de la tortura (SPT), emitió recomendaciones detalladas sobre acciones que puedan realizar los gobiernos y los órganos de monitoreo independientes para proteger a las personas privadas de libertad durante la pandemia de COVID-19.

Estas recomendaciones públicas presentan medidas para las autoridades referidas a todo lugar de privación de libertad, incluyendo prisiones, recintos de detención de migraciones, campos de refugiados cerrados y hospitales psiquiátricos para mitigar los riesgos de salud a raíz del Coronavirus.

“en pocas semanas, el coronavirus ha tenido un impacto profundo en la vida de las personas. Dentro de las prisiones y otros recintos de privación de libertad –muchos severamente hacinados e insalubres- existen problemas agudos que necesitan acción inmediata”, comentó Sir Malcolm Evans, presidente del SPT. “los gobiernos tienen que tomar las medidas de precaución necesarias para evitar la expansión del contagio, e implementar medidas de emergencia para asegurar que los detenidos tengan acceso a niveles apropiados de atención médica y puedan mantener el contacto con sus familiares y con el mundo exterior.

## **LOS ORGANOS DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU PIDEN UN ENFOQUE DE DDHH EN LA LUCHA CONTRA EL COVID-19**

GINEBRA (24 DE MARZO DE 2020) – Los presidentes de los 10 Órganos de tratados de la ONU instaron a los líderes mundiales a garantizar que se respeten los derechos humanos en todas las medidas gubernamentales que se tomen para hacerle frente a la pandemia COVID-19...

...8. Es axiomático que el Estado sea responsable de la atención de la salud de quienes se encuentran bajo custodia y que tiene el deber de cuidar a su personal de detención y de atención de la salud. Las **reglas de Néelson Mandela** dejan claro que “...*los presos deben disfrutar de los mismos estándares de atención médica que están disponibles en la comunidad, y deben tener acceso a los servicios de atención médica necesarios sin cargo y sin discriminación por su condición legal*”..

2) ...reducir las poblaciones penitenciarias siempre que sea posible mediante la implementación de esquemas de liberación temprana, provisional o temporal para aquellos detenidos para quienes sea seguro hacerlo, teniendo en cuenta las medidas no privativas de libertad indicadas en las **reglas de tokio**.

3) ...poner particular énfasis en los lugares de detención donde la ocupación excede la capacidad oficial, y donde la capacidad oficial se basa en metraje cuadrado por persona, lo cual no permite el distanciamiento social de acuerdo con las directrices estándar dadas a la población en general.

4) ...evaluar todos los casos de detención preventiva para determinar si son estrictamente necesarios a la luz de la emergencia de salud pública prevaleciente y extender el uso de la fianza para todos los casos, excepto los más graves.

10) ...asegurar la provisión de suficientes instalaciones y suministros a todos los que permanecen detenidos para permitir a los detenidos el mismo nivel de higiene personal que debe seguir la población en general.

14) ...no es posible predecir con precisión cuánto tiempo durará la pandemia actual o cuáles serán sus efectos completos. Lo que está claro es que ya está teniendo un profundo efecto en todos los miembros de la sociedad y continuará haciéndolo durante un tiempo considerable.

A la par la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH – mediante comunicado de prensa 66/20 del 31 de marzo de 2020, urgió a los estados a enfrentar la gravísima situación de las personas privadas de la libertad en la región y a adoptar medidas inmediatas para garantizar la salud y la integridad de esta población frente a los efectos de la enfermedad Covid-19, instando particularmente a los estados a reducir la sobrepoblación en los centros de detención como medida de contención de la población.

Y sobre el tema particular de la pandemia, debo destacar el pronunciamiento que realizara el Juez Penal del Circuito de Salamina Caldas, en la sentencia número 014 del 19 de mayo de 2020, dentro del radicado NUNC 176536000074-2020-00003, quien expuso:

“...a criterio de este judicial, existe una clara contradicción del artículo 6 del Decreto aludido con mandatos superiores – de talante constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos - como lo son la protección de la dignidad humana, la vida, la integridad personal, la igualdad material, en tanto limita de manera injustificada y desproporcionada el acceso a la sustitución domiciliaria transitoria de personas en condiciones “debilidad manifiesta”, bajo el pretexto descontextualizado de la política criminal, el cual es ajeno a la emergencia sanitaria, lo que impone como solución plausible echar mano de control constitucional por el sendero de la excepción en este asunto en concreto, por cuanto estamos frente a un sujeto en mayor estado de riesgo de mortalidad frente a la pandemia – según la evidencia científica -, más cuando el tribunal

constitucional ya se pronunció con efectos erga omnes sobre la hermenéutica de una norma similar...”.

Sobre la mentada figura ha ilustrado la Corte en sentencia SU 132/13:

*“la jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso en concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso en concreto y con efectos inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución política.”.*

El Juez de Primera Instancia, indicó:

“...Porque no decirlo, **institutos como la excepción de convencionalidad** o de principalidad llegan a reforzar esta salida, puesto que de bulto se otea la oposición de la norma con tratados internacionales de derechos humanos integrados al ordenamiento a través del Bloque de Constitucionalidad (entre estos la Convención Interamericana de derechos humanos), y principios como el *ius cogens*, el *pro homine*, el *favor rei* y el *pro libertatis*, a más del criterio –universal. De proporcionalidad en la imposición de medidas preventivas y penas...”. (resaltado fuera del texto original).

Concluye finalmente el juez de instancia, que concederá al condenado el sustituto de la **“prisión domiciliaria transitoria”** de la que habla el Decreto Legislativo 546 de 2020, por un período de 6 meses, inaplicando en este evento –por virtud de la excepción de inconstitucionalidad- la prohibición por la clase de delito contemplada en el artículo 6 ídem, como consecuencia lógica de lo esgrimido.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Auto 121 de 2018 de la corte constitucional en Asunto: Análisis y reorientación de la estrategia de seguimiento al estado de cosas inconstitucional (ECI) en materia penitenciaria y carcelaria. Bogotá, D. C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018). En ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, la Sala Especial de Seguimiento a las Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015 de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados José Fernando Reyes Cuartas, Carlos Bernal Pulido y la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado -Sentencia T-762 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Auto 368 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Auto 385 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Artículo sobre el Control de Convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, realizado por Juana María Ibáñez Rivas, Abogada de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de septiembre de 2006)

Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos control de convencionalidad.

El control de convencionalidad (CCV): Fundamentación e implementación desde el sistema Interamericano de Derechos Humanos, por Jaime Cubidez Cardenas y otros.

La exigibilidad del control de convencionalidad de las sentencias de la corte interamericana de derechos humanos: el principio de subsidiariedad en el orden jurídico colombiano, por el Doctor Manuel Eduardo Marín Santoyo – Universidad Católica de Colombia Maestría en Derecho Humanos y Derecho Internacional Humanitario Facultad de Derecho Abril de 2016.

La Cantuta Vs Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de noviembre de 2006)

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú – control de convencionalidad – expediente No 0006-2001-4-5001-SU-PE-01 – *Amicus Curiae* – “estándares del Derecho Constitucional peruano y del Derecho Internacional sobre la obligación de combatir la impunidad frente a crímenes de lesa humanidad”.

Quince Ramírez, M.F. (2014), el control de convencionalidad. Bogotá. Temis.

Revista Prolegómenos – Derechos y Valores (el control de constitucionalidad y convencionalidad en Colombia, por Gerardo A. Durango Alvarez y Kennier José Garay Herazo).

Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales. Número 8. Año 8 ISSN 1659-4479. RDMCP-UCR. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. UNA TAREA PENDIENTE PARA EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE. EL CASO DE LA PELIGROSIDAD Y LAS MEDIDA DE SEGURIDAD. Por Roberto J Díaz Sánchez.

Sentencia C-010 de 2000 (Corte Constitucional 19 de enero de 2000)

Sentencia C-442 de 2011 (Corte Constitucional 25 de mayo de 2011)

Sentencia C-370 de 2006 (Corte Constitucional 18 de mayo de 2006)

Sentencia C-614 de 2002 (Corte Constitucional 2002)

Sentencia C-067 DE 2003 (Corte Constitucional 2003)

Sentencia C-792 DE 2014, (Corte Constitucional 29 de octubre de 2014)

Sentencia de primera instancia número 014 del 19 de mayo de 2020, Juez Penal del Circuito de Salamina Caldas dentro del radicado NUNC 176536000074-2020-00003

Sentencia de 03 de diciembre de 2014, radicado 73001-23-31-000-2003-01736-01 (35413) Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Consejero Ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.