



Prolegómenos. Derechos y Valores

ISSN: 0121-182X

derechos.valores@umng.edu.co

Universidad Militar Nueva Granada

Colombia

Durango Álvarez, Gerardo A.; Garay Herazo, Kennier José
EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EN COLOMBIA
Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XVIII, núm. 36, julio-diciembre, 2015, pp. 99-116
Universidad Militar Nueva Granada
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87643603007>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EN COLOMBIA*

Gerardo A. Durango Álvarez**
Kennier José Garay Herazo***

Fecha de recepción: 5 de enero de 2015
Fecha de evaluación: 16 de abril de 2015
Fecha de aprobación: 19 de mayo de 2015
Artículo de reflexión

DOI:<http://dx.doi.org/10.18359.dere.936>

Forma de citación: Durango, G. & Garay, K. (2015). El control de constitucionalidad y convencionalidad en Colombia. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 18, 36, 99-116. DOI:<http://dx.doi.org/10.18359.dere.936>

Resumen

Cuando la Corte Constitucional revisa la constitucionalidad y la convencionalidad de las leyes, declara su adecuación o inadecuación a los principios, derechos y normas consagrados en la Constitución y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; desarrollando un accionar “judicial” bastante complejo, en la medida en que –muchas veces– entra en ámbitos políticos propios de legislador. Situación que genera fuertes tensiones entre el poder legislativo y el judicial, pues se argumenta que este no ha sido elegido popularmente, como sí ocurre con el legislador. Por tanto, esta investigación tiene como objetivo describir dichas tensiones en el contexto del control de constitucionalidad y convencionalidad a las leyes en Colombia. Resaltando la importancia de este último como un tipo de control concurrente, complementario y necesario al control de constitucionalidad. Para ello se realiza un ejercicio de teorización a partir de revisión bibliográfica e ilustración con sentencias, desplegado desde un enfoque cualitativo.

Palabras clave:

Control de constitucionalidad, convencionalidad, Corte Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, legislador, leyes.

* Este artículo es producto de la investigación “Derechos fundamentales y control de convencionalidad”, vinculada a la Universidad Nacional de Colombia.

** Doctor en Derecho: Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid (España), magíster en Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid. Abogado. Profesor titular de la Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín, Departamento de Ciencia Política. Director del grupo de investigación Derechos Fundamentales y Teoría Política, clasificado en categoría B por Colciencias. Autor de los libros: *Inclusión y desarrollo de las acciones positivas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana* (2011), *Democracia deliberativa y derechos fundamentales* (2010) y *Habermas y los derechos fundamentales* (2006). Correo electrónico: gadurangoa@unal.edu.co

*** Abogado de la Universidad de Antioquia, politólogo de la Universidad Nacional de Colombia. Investigador y docente de cátedra de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: kennier.garay@udea.edu.co

CONTROL OF CONSTITUTIONALITY AND CONVENCIONALITY IN COLOMBIA

Summary

When the Constitutional Court reviews the constitutionality and conventionality of laws, it declares their adequacy or inadequacy to the principles, rights and norms enshrined in the Constitution and in the American Convention on Human Rights; developing a fairly complex “legal” action, to the extent that –in many cases– it intervenes in policy areas of the legislator himself. This situation creates tension between the legislative power and the judicial power, as it is argued that the latter was not popularly elected, as it is with the legislator. Therefore, this research aims at describing these tensions in the context of control of constitutionality and conventionality over the laws in Colombia. Highlighting the importance of the latter as a kind of concurrent, complementary and necessary control of constitutionality. For this, a theorizing exercise is carried out based on bibliographic review and illustrations with rulings, presented with a qualitative approach.

Keywords:

Control of constitutionality, conventionality, Constitutional Court, Inter-American Court of Human Rights, legislator, laws.

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE NA COLÔMBIA

Resumo

Quando o Tribunal Constitucional analisa a constitucionalidade e a convencionalidade das leis, declara a sua adequação ou inadequação aos princípios, direitos e normas consagrados na Constituição e na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos; desenvolvendo uma ação “judicial” complexa, na medida em que –muitas vezes– entra em domínios políticos próprios do legislador. Esta situação provoca tensão entre o poder Legislativo e o poder Judiciário, argumentando-se que, este último, não foi eleito pelo povo, ao contrário do legislativo. Portanto, esta pesquisa tem como objetivo descrever essas tensões no contexto do controle da constitucionalidade e da convencionalidade referentes às leis da Colômbia. Destaca-se a importância deste último como uma espécie de controle simultâneo, complementar e necessário ao controle constitucional. Com este fim, desenvolve-se uma análise crítica implantada a partir de uma abordagem qualitativa.

Palavras-chave:

Controle da constitucionalidade, convencionalidade do Tribunal Constitucional, Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, legislador, leis.

A. Introducción

En la actualidad, la mayoría de las constituciones democráticas consagra en su marco jurídico institucional la figura del control de constitucionalidad sobre las leyes, en cabeza de un Tribunal o Corte Constitucional. En términos generales, dicho control se erige como una garantía jurisdiccional de protección, tanto de la Constitución –garantía “contramayoritaria” en favor de las minorías políticas– como de los derechos fundamentales de las personas.

En este control¹, los tribunales o cortes constitucionales revisan la constitucionalidad y –para algunos Estados americanos– la convencionalidad² de las leyes, declarando su adecuación o inadecuación a los principios, derechos, normas y preceptos consagrados en la Carta Política y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Sin embargo, este accionar “judicial” es bastante complejo y problemático,

en la medida en que –muchas veces– entra en ámbitos políticos propios de legislador, cuando este desarrolla y regula en exceso negativo los derechos fundamentales y/o se extralimita en la expedición de leyes contrarias a la Constitución Nacional y a la Convención Americana.

Situación que genera fuertes tensiones entre el poder legislativo y el judicial, pues se argumenta que este último no ha sido elegido popularmente, como sí ocurre con el legislador. Aunque, por otro lado, no es menos cierto que su origen democrático-electoral no le brinda plena libertad, puesto que debe atender determinados presupuestos y procedimientos de creación normativa que no están librados al albur de las mayorías.

En dicho contexto, esta investigación tiene como fin principal describir las tensiones que se presentan entre el legislador y el judicial en el marco del control de constitucionalidad y convencionalidad a las leyes en Colombia, reafirmando la importancia de este último tipo de control como una forma concurrente, complementaria y necesaria para la salvaguarda de la supremacía constitucional y los derechos fundamentales.

Para desarrollar el anterior objetivo, este trabajo se realizó desde un enfoque cualitativo. Metodológicamente se ubicó dentro de parámetros conceptuales y hermenéuticos de análisis categorial y de contenido sobre la bibliografía especializada, y se ilustró con decisiones judiciales de la Corte Constitucional colombiana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Este artículo está compuesto por seis acápites. El primero da cuenta de la intervención judicial de las leyes a través del control de constitucionalidad. El segundo presenta algunas de las posturas que arguyen y se erigen en favor de dicha intervención. El tercero refiere algunas tesis que objetan aludida intervención. En el cuarto se plasman algunas reflexiones en torno al control de constitucionalidad y convencionalidad a las leyes en Colombia, luego de la Constitución de 1991. En el quinto se expone el control de convencionalidad y su relación de complementareidad con

¹ El control de constitucionalidad está consagrado en el artículo 241 de la Constitución Política, la 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. Véase al respecto la sentencia C-614/2002.

² 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. Así por ejemplo, se dice en el caso *Almonacid Arellano* y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124 que: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”.

el control de constitucionalidad. Por último se enuncian las conclusiones.

B. La intervención judicial de las leyes a través de la función de control de constitucionalidad³

Esta sección aborda las posiciones teóricas y prácticas más frecuentes sobre las que el constitucionalismo da cuenta del origen, desarrollo, conservación y justificación de la intervención judicial sobre la actividad legislativa, mediante el ejercicio de la función de control de constitucionalidad sobre las leyes. Así, el primer referente teórico se puede encontrar en la obra *El federalista* N° 78 de Alexander Hamilton (1994a, quien se cuestionaba la eventual posibilidad de que la Corte Suprema de Estados Unidos pudiese impugnar las leyes. La defensa del control de constitucionalidad⁴ hecha por Hamilton, puede recogerse en un fragmento que explicita la idea de la supremacía constitucional y por ende la necesaria conexión de esta con la noción del control de constitucionalidad, en sus términos:

No existe en el plan que estudiamos una sola sílaba que faculte directamente a los tribunales para interpretar las leyes de acuerdo con el espíritu de la Constitución o que les conceda a este respecto mayor libertad de la que pueden pretender los tribunales de cualquier Estado. Sin embargo, admito que la Constitución deberá ser la piedra de toque para la interpretación de las leyes y que siempre que exista una contradicción

evidente, las leyes deben ceder ante ella (Hamilton, 1994b, p. 352).

En síntesis, las tesis de Hamilton plantean que la interpretación que hace el poder judicial sobre la validez de enunciados y normas de la legislación no implican –*per se*– un posicionamiento de superior jerarquía de los jueces con respecto a los legisladores. Lo cual no afectaría la voluntad popular, entendiendo que al anular una ley por inconstitucional se está optando por la protección de la Constitución y esta última, permite catalizar la expresión más elevada de la voluntad soberana (Gargarella, 2012).

A pesar de su desarrollo teórico previo, sería hasta 1803 cuando el juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, John Marshall en el caso *Marbury vs. Madison* retomaría –en lo práctico– los postulados de Hamilton (Godoy, 2012). Este caso resaltó los límites del legislador con respeto a la Constitución, la cual controla cualquier acto que le sea contrario, por tanto, una ley ordinaria no puede modificar o contradecir una entidad normativa que está por encima de ella⁵. Como se puede apreciar, aunque con otras palabras, en el fondo son los mismos planteamientos de supremacía que ya habían sido esbozados por Hamilton para justificar el control judicial a las leyes en Estados Unidos.

Una segunda propuesta teórica del control de constitucionalidad con aplicación institucional, se planteó y desarrolló en Europa, durante el siglo XX, por el austriaco Hans Kelsen (2001), quien diseñó un modelo de revisión judicial de las leyes que –de forma centralizada– estaba en cabeza de un tribunal constitucional. Poder judicial que a través de decisiones generales podía

³ Algunas ideas de este apartado se tomaron del trabajo de grado para optar al título de politólogo de Kennier Garay, titulado: “Reflexiones en torno a las tensiones entre el constitucionalismo contemporáneo y la democracia mayoritaria. Una revisión desde el escenario del control de constitucionalidad (y convencionalidad) a las leyes en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991”, Universidad Nacional de Colombia, 2014.

⁴ En *El federalista* N° 78, Hamilton afirma que ante los abusos del poder, la Constitución debe blindarse de las intromisiones desmedidas. Por tanto, la Constitución se erige como un límite al poder de las mayorías. “Por Constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa” (Hamilton, 1994a, p. 339).

⁵ Son clásicas las célebres palabras de la sentencia en el caso *Marbury vs. Madison*: “Hay solo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca”.

asegurar la supremacía de la Constitución cuando la producción de leyes a cargo del Parlamento o legislativo la contraviniera.

Este modelo es pensado a la manera de un legislador en “sentido negativo”, en donde la competencia creadora de la ley radica –por excelencia– en el Parlamento, que es el legislador en “sentido positivo”. Por tanto, al tribunal constitucional le corresponde la función de anular las leyes inconstitucionales, de modo que obra en una suerte de “legislador negativo” en la medida en que descarta legislación. Ahora bien, anular una ley equivale a establecer una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con signo negativo, la anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el tribunal tiene el poder de anular las leyes.

Mientras que el legislador no está vinculado a la Constitución y a su control constitucional –solo con el procedimiento, principios generales y de manera excepcional en cuanto al contenido de las leyes que debe dictar– la actividad del legislador negativo, esto es, la actividad de la jurisdicción constitucional, está en absoluto determinada por la Constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de ser garante de la misma Constitución y a las garantías que en ella se establecen, principalmente en lo referente a la aplicación del derecho, y tan solo en una débil medida, creación del derecho; su función es, por ende, en verdad jurisdiccional (Kelsen, 2001).

De acuerdo con el modelo kelseniano, el control de constitucionalidad operaría concentrado y abstracto; esto es, en manos de un solo órgano o tribunal, quien se pronuncia sobre la exclusión o no de leyes en el plano general (no frente a los casos concretos de los ciudadanos). En este orden de ideas, los tribunales se limitarían a declarar la simple constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley impugnada.

Ahora bien, el desarrollo práctico-institucional de la función del control de constitucionalidad en

Europa, Estados Unidos y Latinoamérica trascendió tal concepción, en la medida en que los jueces no se circunscriben a fungir como simples “legisladores negativos” que solo declaran la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, sino que –en múltiples ocasiones– actúan como verdaderos “legisladores positivos”, pues definen sentidos o introducen supuestos que a su juicio son necesarios para salvaguardar la constitucionalidad de las disposiciones, los derechos fundamentales y el Estado democrático de derecho. En otros términos, son decisiones judiciales que van más allá de la propuesta kelseniana porque condicionan, complementan, integran y/o sustituyen disposiciones legales (Garay, 2014).

En este contexto, surgen las mayores críticas y objeciones a la función de revisión judicial de constitucionalidad a las leyes. Las cuales alimentan las tensiones que usualmente se plantean entre constitucionalismo y democracia. Por tal razón, en lo que sigue se presentarán algunos de los argumentos que por lo común se proponen en favor y en contra de la intervención judicial al fruto político.

C. Razones en favor de la intervención judicial a las leyes en instancia del control de constitucionalidad

Son muchas las defensas que desde diversas corrientes, perspectivas y propósitos pueden hacerse de la función o ejercicio judicial del control de constitucionalidad a las leyes. Es demasiado complejo elaborar una recopilación uniforme o totalizante al respecto. Sin embargo, con la intención de revisar las dificultades que implica una defensa del mismo, Roberto Gargarella (2012) realiza una sistematización ordenada, en la cual agrupa algunas tesis que se decantan por la revisión judicial de las leyes⁶.

⁶ Por la rigurosidad y utilidad del trabajo en mención, en adelante, se acogerá la organización brindada por el autor citado, empero, con algunas modificaciones de acuerdo con los propósitos de esta investigación.

La primera defensa al control de constitucionalidad, se corresponde con los orígenes históricos de este y se ubica –como se expuso *supra*– en *El federalista* N° 78 de Alexander Hamilton y en el caso *Marbury vs. Madison* en el sistema norteamericano. Estas posturas se califican como la defensa a la voluntad general a través del control de constitucionalidad. Con esta se pretende mostrar que una defensa de la constitucionalidad de las leyes, es en sí misma una defensa de la voluntad general, expresada democráticamente.

En perspectiva más reciente, dichas justificaciones han mutado para dar soporte a otro bloque de defensa en el que el control de constitucionalidad se torna aceptable, en tanto se asume como un tipo de control democrático. Frente a esta postura, resalta la idea de una democracia constitucional abanderada por Ronald Dworkin, para quien la democracia constitucional es concebida

[...] como autogobierno, el cual significa participación de todas las personas que actúan juntas, como miembros de una empresa cooperativa, con igualdad de condiciones y categorías en la participación. En mi opinión, esto es una comprensión mucho más atractiva de la democracia que la entendida como simple regla de las mayorías (1997, p. 1.264).

En este planteamiento resulta clave la idea que se asume de democracia constitucional, en tanto se trata de una noción que no se circunscribe a la simple democracia mayoritaria, en la que el elemento nodal es el cálculo de intereses individuales, seguido de la votación de las leyes, adoleciendo dicha votación de una auténtica deliberación en la producción y elaboración de las leyes. *A contrario sensu*, la democracia constitucional no solo se preocupa por la mayoría, sino que propende porque todos los ciudadanos puedan participar en igualdad de condiciones en la toma de decisiones (Habermas, 1998).

Si se acepta este modelo de democracia constitucional propuesto, no puede objetarse el control de constitucionalidad como algo antidemocrático, puesto que el control de constitucionalidad po-

sibilita el derecho a ser escuchados en igualdad de condiciones y sin coacciones externas.

Otra postura cercana a la defensa del control de constitucionalidad se ordena en torno a la crisis de los sistemas políticos tradicionales. Desde esta se critica la falta de legitimación de los actores políticos como el ejecutivo, los partidos políticos y el legislativo, quienes se afectan por problemas como la corrupción, el clientelismo, la ausencia de democracia interna y las relaciones con grupos de intereses particulares o de ciertos grupos de poder y la obstrucción de los canales de participación política. Estado de cosas frente al que los jueces actúan valiéndose del control de constitucionalidad para tratar de equiparar o balancear las decisiones legislativas que a la luz de la Constitución carecen de legitimidad (Gargarella, 2012).

Quizá la defensa que con más frecuencia se suele plantear en favor del control de constitucionalidad es aquella que asume este como un mecanismo de protección de los derechos de participación política de las minorías. Puesto que en los sistemas democráticos hay cierto nivel de propensión a las decisiones de las mayorías, puede ponerse en entredicho los intereses y derechos de las minorías políticas, que en medio de las reglas democráticas podrían ser dejadas de lado por la voluntad mayoritaria.

Ante ese panorama, 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. Estos derechos fundamentales se garantizan mediante el control de constitucionalidad, puesto que los jueces son “poderes contramayoritarios”, ya que no tienen un origen democrático, ni popular que tenga que escudarse en las mayorías políticas de turno para convalidar sus actuaciones. En la primera se asume –junto a la democracia instrumental– un sistema de elección de representantes políticos, quienes posteriormente actúan como

representantes de sus electores al momento de tomar las decisiones políticamente relevantes. Este es un sistema que:

[...] propone como mecanismo esencial el voto mecánico de los ciudadanos, en elecciones internas, poco consensuadas, para escoger sus representantes, dentro de un sistema elitista de dirigentes seleccionados previamente por los dirigentes de los partidos y grupos políticos, para que el electorado vote por ellos, interpretando los intereses de la “voluntad general”, entre otros (Durango, Marín y Valencia, 2013, p. 21-22).

Por otro lado, la noción de democracia deliberativa –como complemento a la representativa–, implica una perspectiva dialógica orientada por un plano de comunicación intersubjetivo entre los integrantes (destinatarios de la decisión) para la toma de decisiones de manera consensuada, por ende, su participación efectiva debe garantizarse en la toma de la misma. En esa medida la democracia deliberativa asume “una visión que pretende ser incluyente y que además basa la toma de decisiones en la argumentación y en la publicidad de procedimientos y resultados” (Cárdenas, 2004, p. 56). Durango *et al.* (2013, p. 28) precisan que:

[...] la democracia deliberativa plantea que los ciudadanos se perciben como iguales entre sí, cuando defienden la participación y la elección de sus gobernantes mediante razones y argumentos propios de un pluralismo razonable –en palabras rawlsianas–, esto es, aceptando nuevos planteamientos si los consideran igualmente reflexivos y están dispuestos a cooperar con los resultados de tal consenso, considerándolos como obligatorios⁷.

Una línea más de defensa dentro de esta agrupación, comprende revisar propiamente la forma

de pronunciamiento de los jueces en el control de constitucionalidad, es decir, sus sentencias.

En efecto, al redactar sus fallos, tienden –o en todo caso deberían tender– a dejar de lado sus propias concepciones religiosas o filosóficas, esto es, las doctrinas comprensivas. En tales condiciones –según Rawls– los jueces no pueden apelar a su propia convicción moral, ni más generalmente, a “los ideales y virtudes de la moralidad”, y ni siquiera, pueden citar, de modo irrestricto, particulares ideales políticos. Lo que los jueces deben hacer, en cambio –llevados por lo que Rawls llama un “deber de civilidad”–, es invocar solo aquellos valores que, de buena fe, puedan razonablemente esperar que todos los ciudadanos acepten, como sujetos racionales y razonables (Gargarella, 2012, p. 27).

Como se ha expuesto hasta esta parte, son muchas las posiciones de defensa que pueden presentarse en favor del control de constitucionalidad de las leyes y cada una de ellas hace énfasis en un criterio concreto desde el cual se plantea como necesario y en estos términos como justificado o por lo menos, aceptable. Sin embargo, la discusión no se agota de este lado, por tanto, a continuación se propone analizar –de forma sucinta– la cuestión desde las objeciones que algunas corrientes de corte democrático mayoritario le formulan a dicho control.

D. Objeciones de la democracia mayoritaria a la intervención judicial de las leyes en instancia de control de constitucionalidad

Ahora se expondrán algunas de las tesis desde las que se revisa de forma crítica la posibilidad de intervención judicial sobre las leyes a través del control de constitucionalidad. Estas críticas imbrican sus fundamentos en posturas de filosofía política, las cuales plantean a grandes rasgos que “la voluntad soberana expresada democráticamente no puede ser limitada por ninguna norma ni poder” (Cortés, 2012, p. 17). Tales críticas asumen la ley como fruto de la par-

⁷ Para un desarrollo más amplio sobre la democracia deliberativa y las críticas a la democracia representativa véase Durango (2006).

ticipación o representación política en medio de modelos democráticos, en especial, del modelo de democracia mayoritaria.

Gargarella (2012) con el propósito de escudriñar de manera crítica los argumentos esgrimidos en favor del control de constitucionalidad, hace una completa revisión a las dificultades que implica sostenerlo o por lo menos a las dificultades que conllevan los argumentos que con frecuencia se emplean en su defensa. Entre ellas objeta que no debe darse por sentado que la Constitución necesariamente es la voz del pueblo, precisamente a partir de la revisión que a sus orígenes puede hacerse, porque no todas las constituciones serían fruto de la voluntad general, sino que, pudieron haber nacido en medio de exclusiones sociales o luchas sociales.

Aunque la crítica más común que se formula a la revisión judicial de las leyes, es la denominada objeción contramayoritaria (Bayón, 2000), que cuestiona el origen no democrático-electoral de los funcionarios judiciales; según este planteamiento, los jueces carecerían de legitimidad democrática popular⁸: legitimidad propia de órganos políticos como el legislativo. Es decir, esta crítica refuta el hecho de que pueda efectuarse el control judicial sobre un objeto eminentemente democrático como es la ley, fruto de la expresión política mayoritaria de una sociedad (Prieto, 2001).

Ahora bien, del carácter contramayoritario de los órganos judiciales se afirma que estos ejecutan una protección de la Constitución, los derechos fundamentales y las reglas democráticas de las minorías políticas; se busca que tales mecanismos de protección no sean vulnerados por las decisiones de las mayorías políticas, por el hecho de ser las mayorías políticas del momento.

Esta “tensión” entre la democracia contramayoritaria y las decisiones judiciales, es constante en un Estado democrático de derecho; esto es, entre el juez que aplica las normas y el legislador que las produce. En tanto que el primero busca la protección de los derechos por medio del sistema jurídico, partiendo de la pretensión de corrección entre las normas, principios, ponderación y aplicación a un determinado caso mediante decisiones racionales –se procura, por consiguiente, que en cada caso concreto opere la mejor interpretación judicial posible a partir de las disposiciones normativas que garantizan derechos fundamentales–. El segundo se orienta hacia la justificación y protección de los derechos, desde los procedimientos democráticos plenamente establecidos, a través de mecanismos imparciales de producción de normas, ya que la participación, como forma de comunicación, sustenta las bases para el consenso y para la toma de decisiones razonables (Durango, 2006).

En síntesis, estos procedimientos democráticos necesitan de un constitucionalismo dinámico que salvaguarde las reglas de participación y deliberación en los espacios democráticos, así como los derechos fundamentales. En esta perspectiva, los jueces deben hacer viable los diferentes modos en que se manifiesta la democracia deliberativa, sin necesidad de apartarse del texto constitucional y posibilitar jurídicamente las condiciones de una verdadera participación pública.

Por tanto, 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, en esto consiste uno de los mecanismos del control de constitucionalidad. Como bien sostiene Habermas: “Tal comprensión procedimentalista de la Constitución da al problema de la legitimidad de la jurisdicción constitucional un giro en términos de teoría de la democracia” (1998, p. 337).

Esta tensión entre democracia y decisiones judiciales, también se observa en el ámbito

⁸ Para el dualismo ackermaniano, los jueces avanzan en la génesis de la democracia cuando preservan decisiones populares, adoptadas en momentos constitucionales contra la erosión de decisiones políticas que no han ganado la máxima legitimidad democrática (Ackerman, 1999).

internacional, en especial cuando los Estados son condenados por jueces internacionales que no han sido elegidos democráticamente por los Estados afectados. ¿Están obligados los Estados partes de la Convención Americana a cumplir los fallos condenatorios impuestos por la voluntad de siete jueces? Esta pregunta lleva a analizar a continuación el tema del control de convencionalidad y su relación con el control de constitucionalidad, pues al decir de la Corte Interamericana (2011):

La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad (Caso Gelman *vs.* Uruguay. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C-221, párr. 193).

E. Revisión al control de constitucionalidad (y convencionalidad) a las leyes en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991

En términos de su génesis, el control de constitucionalidad en Colombia no es un fenómeno nuevo cuyos orígenes se anclan a la actual Constitución, sino que, tuvo varios momentos previos que lo fueron configurando. Entre estos resulta interesante mencionar –por su relevancia–, el acto reformatorio 3 de la reforma constitucional de 1910. Este reformó la Constitución de 1886, en el sentido de que se estableció un control judicial de constitucionalidad concentrado en

la sala plena de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, en 1968 esta función se asume como especial y se crea la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia, para que se encargase de dichos asuntos (Zuluaga, 2003).

Fueron varios años de funcionamiento de la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia, hasta que en 1991 la nueva Constitución Política traería un conjunto de cambios sustanciales en el sistema de control de constitucionalidad en Colombia. Entre dichos cambios, se encuentra la creación de la Corte Constitucional, que en los términos del canon 241, se le entregó la guarda de la integridad y supremacía de la norma constitucional.

Para la efectiva preservación de la integridad y supremacía de la Constitución en Colombia se establecieron frentes como: el de la acción de tutela para un control de constitucionalidad frente a casos específicos por parte de todos los jueces y tribunales colombianos y posteriormente la respectiva revisión de la Corte; el de los actos reformatorios de la Constitución para un control procedimental, el del control procedimental y material de constitucionalidad a las leyes, los decretos legislativos y los decretos con fuerza de ley en instancia de la Corte Constitucional.

El control de constitucionalidad de las leyes en el Estado colombiano se concentra en la Corte Constitucional, que por regla general actúa- en esta materia- a solicitud de cualquier ciudadano colombiano, aunque también puede actuar de oficio. En su accionar la Corte se manifiesta a través de dos formas básicas de pronunciamiento. A saber: a) la declaratoria de inexequibilidad o inconstitucionalidad simple y b) la declaratoria de exequibilidad o constitucionalidad simple⁹.

⁹ Se habla de inexequibilidad y exequibilidad simples porque hay otras formas de manifestaciones en las que estas son más complejas, tal como ocurre con las modulaciones, las cuales se explican adelante.

En la primera, la Corte actúa en términos de Kelsen (2001), como un legislador negativo, en tanto se limita a expresar que la disposición o norma objeto de revisión no se ajusta a la Constitución; en consecuencia, debe excluirse del ordenamiento jurídico. En cambio, la segunda forma opera como una manifestación de que la disposición o norma revisada sí se ajusta a la Constitución, por tanto, debe continuar formando parte del ordenamiento jurídico.

A modo ilustrativo, una declaratoria de inexequibilidad simple puede apreciarse en la decisión contenida en la sentencia C-258 de abril 23 de 2014. En esta, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la ley 1628/2013, por medio de la cual se aprobó el acuerdo marco de la Alianza del Pacífico, suscrito entre la República de Colombia, la República de Chile, los Estados Unidos Mexicanos y la República del Perú en la ciudad de Antofagasta (Chile) el día 6 de junio de 2012.

En el mencionado caso, la Corte pudo constatar que el texto original de la Alianza del Pacífico estaba compuesto por un total de 17 artículos. No obstante, durante el trámite legislativo en el Congreso de la República, se empleó un texto incompleto, conformado por quince artículos completos y solo el inciso primero del artículo 16. De forma que se omitieron los demás incisos del artículo 16, el artículo 17 y las respectivas firmas de los jefes de Estado implicados en este acuerdo internacional. Hecho irregular que estuvo presente desde el comienzo del trámite legislativo y en ninguna de las etapas de dicho proceso se corrigió. En consecuencia, cuando correspondió la respectiva publicación de la ley 1628/2013, esta publicación se hizo de forma incompleta.

Para la toma de dicha decisión, la Corte Constitucional siguió el precedente que ella misma estableció en una situación análoga cuando se pronunció en la sentencia C-255/1996, en esta determinó que una omisión de tal naturaleza configuraba un vicio de procedimiento que atentaba contra la publicidad debida en el proceso legislativo, conforme con lo fijado por la Constitución. Cabe anotar que en esta situación la Corte

no se pronunció sobre la constitucionalidad del acuerdo marco de la Alianza del Pacífico, pero sí declaró la inexequibilidad o inconstitucionalidad de la ley 1628/2013.

Como ejemplo de una declaratoria de exequibilidad o constitucionalidad simple, puede verse la sentencia C-794 de octubre 29 de 2014. Esta sentencia resolvió la demanda de inconstitucionalidad presentada por un ciudadano frente a las expresiones “y en las controversias políticas”, contenidas en el numeral 39 del artículo 48 de la ley 734/2002, por la cual se expidió el Código Disciplinario Único. La expresión demandada, forma parte de una causal que hace posible se configure falta gravísima por parte de los funcionarios públicos que utilicen “el cargo para participar en actividades de los partidos políticos y movimientos políticos y en las controversias políticas, sin perjuicio de los derechos previstos en la Constitución y la ley”.

Para el demandante la expresión cuestionada resultaba contraria a lo dispuesto en los artículos 9, 20, 40 y 93 de la Constitución Política y los artículos 2, 3, 23 y 29 de la CADH, referidos –a grandes rasgos– a los derechos fundamentales y humanos de intervención y participación en política, su integración e interpretación de acuerdo con el ordenamiento interno y el sistema interamericano. No obstante, la revisión de la Corte concluyó que dichas normas no eran desconocidas por la prohibición impugnada, se había establecido para garantizar la neutralidad de quien ostentase función o autoridad pública en el desarrollo de sus funciones. De tal forma, que esta solo fue permitida por el constituyente y el legislador estatutario a determinados funcionarios.

Prohibición que implica entonces, limitaciones legítimas y justificadas en el marco de escenarios partidistas o electorales y no en discusiones sobre asuntos públicos o temas de interés general. De acuerdo con lo anterior, la Corte a través de una declaratoria de exequibilidad, mantiene esta prohibición, con el propósito de guardar la imparcialidad necesaria para asegurar la prevalencia del interés general, la igualdad, la

moralidad pública y la libertad política de los ciudadanos y electores¹⁰.

Aunque la revisión de constitucionalidad –en ocasiones– se asume como una intromisión del poder judicial en el poder político, pues envuelve la revisión constitucional del primero a las decisiones legislativas del segundo, la situación parece recibir más críticas cuando la Corte Constitucional no se queda declarando la simple constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos legales revisados, sino que, trasciende utilizando las modulaciones o sentencias modulativas, ya sea con relación al tiempo o al contenido de la decisión judicial (Garay, 2014).

Si las sentencias por regla general producen efectos hacia el futuro, con las modulaciones temporales los efectos podrían: a) retrotraerse, de forma que apliquen a supuestos anteriores a la declaración de inconstitucionalidad o b) diferirse en el tiempo, de modo que la declaratoria de inconstitucionalidad solo empiece a tener efectos una vez transcurrido cierto tiempo que se establece a la manera de un plazo.

Por otro lado, las modulaciones relativas al contenido pueden ser de tres tipos: a) interpretativas o condicionadas, b) integradoras o aditivas y c) sustitutivas. En tanto determinan o condicionan el sentido de la interpretación de un enunciado, le integran supuestos omitidos y sustituyen apartados legales para que se adecúen a las estipulaciones constitucionales (Garay, 2014).

Un ejemplo ilustrativo donde el control de constitucionalidad operó a través de una sentencia modulativa temporal –tipo diferida– y material

– tipo condicionada–, se aprecia en la sentencia C-390 de junio 26 de 2014. En esta la Corte revisó la constitucionalidad de la expresión “formulación de acusación”, contenida en el numeral 5° del artículo 317 de la ley 906/2004, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Penal, modificado por la ley 1453/2011.

Expresión legislativa que en concepto de los ciudadanos demandantes violentaba los artículos 2, 28 y 29 de la Constitución Política de Colombia y algunas disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad, en la medida en que amplía de modo injustificado el término para que los jueces concedan la libertad por vencimiento de términos, contando desde la realización de la audiencia de lectura de la acusación y no desde la presentación del escrito de acusación. Lo cual afecta gravemente la libertad personal del imputado o acusado, en tanto que se sujeta a la realización de la audiencia de acusación para que sea concedida.

En el estudio y revisión de la Corte Constitucional para este caso, se determinó que es cierto que no existe claridad en cuanto a la extensión de la privación de la libertad provisional, de quien se encuentra incurso en un proceso penal. En tanto no está regulado un término máximo entre la presentación del escrito de acusación y la celebración de la audiencia de formulación de acusación, este queda librado a la decisión de cada juez, situación que conduciría a posteriores dilaciones injustificadas; lesivas del derecho fundamental a la libertad.

Por lo que la Corte procedió a declarar la exequibilidad condicionada de la expresión impugnada, prescribiendo que salvo que el legislador ulteriormente determinase un término distinto, el establecido en el numeral acusado, será contado a partir de la fecha de radicación del escrito de acusación y no desde la realización de la audiencia de acusación. A su vez, difirió los efectos de esta interpretación constitucional hasta el 20 de julio del 2015, con el propósito de que el Congreso regulase legalmente dicha materia.

¹⁰ Con respecto a esta decisión, debe tenerse en cuenta que el demandante alude a normas de la CADH como un referente para el control solicitado a la Corte Constitucional. Aunque en esta ocasión la Corte no se pronunció en instancia de convencionalidad, puesto que el demandante no cumplió con el requisito de especificidad en los cargos, debe anotarse que ha habido un avance en la implementación de este control como concurrente al control de constitucionalidad, situación que la Corte no desconoce y pone de presente, al momento de detenerse a estudiar los cargos con relación a disposiciones de la CADH.

Como pudo apreciarse en el caso anterior, a pesar de emplear las modulaciones en sus sentencias, la Corte trata de observar el mayor respeto posible al espacio de configuración legislativa. Con la pretensión de mantener una conciliación entre la Constitución y la ley. Esta preocupación la ha manifestado al referirse al respeto que sus actuaciones deben guardar por los principios de conservación del derecho y la interpretación conforme¹¹. En este sentido enuncia:

La Corte también ha entendido que al estudiar la constitucionalidad del lenguaje del legislador es necesario tener presente la importancia que la Carta asigna al principio democrático –del cual se deriva el principio de conservación del derecho–, así como el efecto normativo de la disposición estudiada. Por ello, para que una disposición pueda ser parcial o integralmente expulsada del ordenamiento jurídico en virtud del lenguaje legislativo, es necesario que las expresiones utilizadas resulten claramente denigrantes u ofensivas, que “despojen a los seres humanos de su dignidad”, que traduzcan al lenguaje jurídico un prejuicio o una discriminación constitucionalmente inaceptable o que produzcan o reproduzcan un efecto social o cultural indeseado o reprochable desde una perspectiva constitucional. Adicionalmente el juez debe ponderar el efecto negativo del lenguaje –su poder simbólico– respecto del efecto jurídico de la norma demandada, a fin de adoptar una decisión que no desproteja sectores particularmente protegidos o que no desconozca, en todo caso, el principio democrático de conservación del derecho (Corte Constitucional, sentencia C-078/2007).

De lo anterior, es posible plantear que para el caso colombiano, el control judicial a las leyes, acogió una noción de democracia constitucional muy comprometida con aspectos sustanciales

que procuran la garantía y el equilibrio entre derechos fundamentales y el proceso democrático. Porque a partir de la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional ha ejecutado una notable labor en defensa de los derechos de las mayorías y de las minorías. Situación que en perspectiva deontológica también deberían asumir los órganos políticos (Londoño, 2012). En cuanto al control de convencionalidad, que como se ha dicho, resulta ser relativamente novedoso para la región y en especial para Colombia, este se viene introduciendo gradual y paulatinamente en el país. Según anota Quinche (2009a), tal proceso opera en dos sentidos: normativo y jurisprudencial. En el primero se han traído elementos normativos de la Convención Interamericana y sus disposiciones complementarias a las sentencias de la Corte Constitucional¹², y en el segundo se han incorporado elementos jurisprudenciales de la Corte Interamericana en las decisiones de la Corte Constitucional¹³.

En suma, aunque en la Constitución de 1991 se estableció un modelo de control de constitucionalidad bastante completo y a pesar de que en la práctica la Corte, a través de postulados como la interpretación conforme y el principio de conservación del derecho, ha evitado confrontar directamente con la función legislativa y hasta ahora ha hecho un buen trabajo, no está exenta de incurrir en eventuales tensiones con el legislativo.

F. El control de convencionalidad como un control necesario, concurrente y complementario al control de constitucionalidad

En este acápite se hace una breve alusión al denominado control de convencionalidad, planteada

¹¹ Sobre estos principios pueden encontrarse alusiones en las sentencias C-089/1994, C-496/1994, C-070/1996, C-100/1996, C-690/1996, C-499/1998, C-273/1999 y C-995/2001 de la Corte Constitucional.

¹² Para la revisión judicial de las leyes, Quinche (2009a) presenta como ejemplos de este sentido las sentencias C-150/1993, C-251/1997, C-371/2000, C-092/2002, C-510/2003, C-165/2004, C-058/2006 y C-355/2006 de la Corte Constitucional.

¹³ Quinche (2009a) expone como ejemplos de esta segunda forma las sentencias C-228/2002 y C-370/2006 de la Corte Constitucional.

desde la perspectiva que presupone una relación inescindible, de concurrencia y complementariedad entre este y el control de constitucionalidad que hasta ahora ha sido objeto de reflexión en el presente texto y que tiene como fin, analizar la incidencia normativa y aportes de la Corte Interamericana en el ordenamiento jurídico interno.

Con base en el vínculo propuesto, resulta necesario fijar algunos presupuestos teóricos que permitan dar cuenta de los orígenes, estructura y principales características del control de convencionalidad; ya que este tiene incidencia directa en los jueces, al momento que estos revisan la constitucionalidad o convencionalidad de las normas o leyes, en particular las normas atinentes a derechos fundamentales de índole internacional.

Para autores como Ferrer (2011), los sufrimientos causados por la Segunda Guerra Mundial aumentaron la necesidad de repensar y definir estándares internacionales en materia de derechos humanos, para que luego fueran consignados en instrumentos internacionales, que ayudaran a establecer –de manera clara– los órganos responsables de su efectiva vigilancia, protección y control. Lo cual llevó a la configuración de un sistema universal de derechos humanos y de sistemas regionales.

En América se organizó un sistema regional, cuya principal fuente normativa es la CADH, suscrita en San José de Costa Rica en 1969; por lo que también se le suele denominar “Pacto de San José”. Sin embargo, su entrada en vigencia solo fue hasta nueve años más tarde, es decir, en 1978. La CADH forma parte, junto a otras normas de derechos humanos¹⁴, del Sistema Interamericano

de Derechos Humanos, que en su seno cuenta con dos importantes instituciones como son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Entidades con competencia para conocer sobre vulneraciones o flagrantes amenazas a los derechos humanos frente a los Estados que la han ratificado (Ferrer, 2011).

La referida situación normativa, contaba simultáneamente con la existencia de un precepto internacional como la Convención y con una norma interna como la Constitución. Esto da como práctica la articulación entre las regulaciones internas y las internacionales. No obstante, esta relación se presentó en dos sentidos, el primero se dio a conocer con el rótulo de “internacionalización del derecho constitucional” y el segundo, catalogado como “constitucionalización del derecho internacional”.

Sobre la internacionalización del derecho constitucional, puede decirse que no es otra cosa distinta al “proceso de inclusión del derecho internacional dentro del derecho constitucional interno de un país, de modo tal que las normas internacionales ocupen un lugar definido dentro del sistema de fuentes del respectivo Estado” (Quinche, 2009b, p. 169).

La internacionalización del derecho constitucional en realidad fue una internacionalización del derecho constitucional de los derechos humanos. Lo cual replanteó las lógicas tradicionales del derecho internacional, pasando del eje de articulación que se anclaba sobre las relaciones de los Estados y el arraigado atributo de la soberanía estatal,

¹⁴ Tales como la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y los siguientes protocolos adicionales: “Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1998); y Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (Asunción, Paraguay, 1990). Asimismo, debe tenerse presente otros instrumentos internacionales, entre los más importantes destacan: Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias, Colombia, 1985); Convención Interamericana

sobre Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, Brasil, 1994); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará, Brasil, 1994); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Guatemala, 1999); Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (Comisión Interamericana, 2000); Carta Democrática Interamericana (Asamblea General de la OEA, 2001); Convención Interamericana sobre la Corrupción (Caracas, Venezuela, 1996), entre otros” (Ferrer, 2011, p. 542).

para enfocarse en los individuos como principal destinatario de regulación y –especialmente– de protección (Ferrer, 2011).

La anterior relación supone la situación en la que el orden normativo interno se ve influenciado por parte del externo, mientras que la segunda implica una variación del interno hacia el externo, en la medida en que propicia el tránsito en el que “se acepta que los tratados sobre derechos humanos tienen una dimensión constitucional, es decir, que son constituciones del orden internacional, que implican la supremacía y respeto de los derechos humanos” (Quinche, 2009b, p. 169).

Ahora bien, con independencia de la discusión que se pueda generar sobre la posición jerárquica de la CADH frente a la Constitución, en cada Estado parte, es cierto que la CADH entra a formar parte de la normatividad de dicho Estado –en Colombia por intermedio del bloque de constitucionalidad– y por tanto, se convierte en un indiscutible referente normativo que debe ser atendido y respetado por las autoridades públicas en su quehacer, ya sea administrativo, militar, político, de control o judicial (Quinche, 2013).

Con respecto a este último, cabe anotar que si el juez o tribunal tenían la función de control de constitucionalidad sobre las leyes, ahora deben sumarle a sus tareas el control de convencionalidad, de forma concurrente y complementaria.

El control de convencionalidad hace efectiva la garantía de los derechos fundamentales vulnerados o no tenidos en cuenta por el respectivo Estado parte. En consonancia con lo anterior, se tiene que, si el producto “democrático” por excelencia en un país (que ha ratificado la CADH); esto es, una ley, contraviene la Convención o sus normas complementarias, entonces dicha ley podrá excluirse del ordenamiento jurídico del respectivo país del que forma parte, ya sea en vía difusa, es decir, porque el tribunal encargado del control abstracto de constitucionalidad en dicho país la excluya o porque –previo cumplimiento de ciertos requisitos– opere el control concentrado y abstracto, esto es, el que radica en cabeza de

la Corte Interamericana de Derechos Humanos para determinar la convencionalidad de normas generales como la ley. Como bien lo dice la Corte Interamericana en el caso Aguado Alfaro y otros vs. Perú (2006):

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. En otras palabras, los órganos del poder judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

El control de convencionalidad debe entenderse como una nueva forma de control adelantado, bien por los jueces del Estado parte –control difuso– bien por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –control concentrado–. Resulta pertinente ofrecer la síntesis que al respecto presenta Ferrer cuando menciona:

Este control es una nueva manifestación de la “constitucionalización” o “nacionalización” del derecho internacional. El “control difuso de convencionalidad” consiste en el deber de los jueces nacionales 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 que interpreta ese *corpus iuris* interamericano. Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales

emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control tiene sustento en la propia CADH, en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y ha sido expresamente desarrollado por la jurisprudencia de la Corte IDH dentro de su competencia, como único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano e intérprete “último” y “definitivo” del Pacto de San José (2011, p. 562).

Conclusiones

- Un escenario concreto para apreciar una de las facetas existentes en las tensiones entre el órgano judicial y el órgano legislativo, es el ámbito del control judicial a las leyes en instancia de constitucionalidad y de convencionalidad. Estas tensiones reflejan –de alguna manera– un trasfondo que esconde conflictividades sustanciales más profundas entre lo jurídico y la política.
- El control de constitucionalidad sobre las leyes, remonta sus orígenes a antecedentes norteamericanos como *El federalista* N° 78 y el caso *Marbury vs. Madison* y a antecedentes europeos como el diseño y posterior puesta en marcha del modelo de control kelseniano concentrado en cabeza de un tribunal constitucional, que actúa como legislador negativo. Sin embargo, su dinámica práctica hace necesario el empleo de técnicas modulativas en las sentencias de los tribunales constitucionales, lo cual en ciertas ocasiones causa tensiones con el legislativo, en tanto el judicial se adentra en campos de creación y determinación de sentido legislativo.

No obstante su aparente invasión en el campo legislativo, el control de constitucionalidad encuentra diversas y variadas argumentaciones en su favor, desde las que lo asumen como sistema constituido que actúa como derivación de la voz constitucional del constituyente soberano. Para otros es la garantía misma de la democracia. Para otros es el órgano contramayoritario que avala los derechos de

las minorías políticas. Incluso, se le concibe como necesario frente a la crisis de los órganos políticos, que se han visto altamente afectados por problemas como la corrupción y la prevalencia de intereses sectoriales. Por último, quienes lo defienden desde la rigurosidad y razonabilidad que caracteriza el razonamiento y la decisión judicial.

- El control de constitucionalidad a las leyes puede objetarse desde diversas razones como: la carencia de origen y legitimidad democrática de los órganos judiciales, quienes desconocen la voluntad popular cuando excluyen o modifican una ley; el cuestionamiento de la imparcialidad y neutralidad que se predica de estos, desde su permeabilidad por problemas estructurales como la corrupción y la búsqueda de intereses particulares a través de la actividad judicial.
- De forma relativamente reciente ha ido tomando fuerza el denominado control de convencionalidad, que no debe entenderse como la negación, superación o exclusión del control de constitucionalidad, sino como una forma necesaria, concurrente y complementaria de este. El sistema interamericano protege los derechos fundamentales y su principal referente normativo es la CADH. Este control funciona en cabeza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –control concentrado– y en cada Estado parte en cabeza de los jueces –control difuso–.
- En el caso colombiano el control de constitucionalidad ya existía desde antes de la promulgación de la Constitución Política de 1991, lo cierto es que fue la norma de normas la que introdujo variaciones significativas que permitieron que este se consolidara tal como funciona en la actualidad. El principal referente institucional en este sentido es la Corte Constitucional colombiana, la cual revisa la constitucionalidad en casos concretos y sobre las leyes, decretos con fuerza de ley y actos reformativos de la Constitución.

- Al momento del control de constitucionalidad por parte de la Corte esta tiene presente las eventuales tensiones que sus sentencias, en especial las modulativas, puedan ocasionar con el legislador, en tanto estas complementan los vacíos de las normas dejadas al margen por el legislador.
- El control de convencionalidad empieza a ponerse en marcha en muchos de los países de América Latina y Colombia no es la excepción. Es así que tanto la Corte Constitucional cita disposiciones de la Convención Americana como fundamentos en sus decisiones, en particular aquellos preceptos que protegen y garantizan derechos fundamentales.

Referencias

- Ackerman, B. (1999). *La política del diálogo liberal*. Barcelona: Gedisa.
- Bayón, J. C. (2000). Derechos, democracia y Constitución. *Discusiones*, 1, pp. 65-94.
- Beristain, C. (2010). *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Cantor, E. (2008). *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, homenaje a Héctor Fix Zamudio*. México D. F.: Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.
- Carbonell, M. & Salazar, P. (coords.). (2011). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*. México D. F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Cárdenas, J. (2004). El modelo participativo y deliberativo. *Cuestiones Constitucionales*, 11, pp. 55-89.
- Cortés, F. (2012). La tensión entre constitucionalismo y democracia. *Revista Estudios de Derecho*, 69(153), pp. 13-32.
- Durango, G. (2006). *Derechos fundamentales y democracia deliberativa*. Bogotá: Temis, Universidad de Medellín.
- Durango, G., Marín, M. & Valencia, J. (2013). *La participación política como derecho fundamental. Análisis desde la democracia deliberativa*. Medellín: Universidad Nacional de Colombia.
- Dworkin, R. (1997) The arduous virtue of fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve. *Fordam Law Review*, 65(4), pp. 1.249- 1.268.
- Ferrer, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, 2, pp. 531-622.
- Garay, K. (2014). Las modulaciones de contenido o sentencias manipulativas en la Corte Constitucional colombiana. Una tipología mediada por la distinción entre enunciado normativo y norma. *Revista Estudios de Derecho*, 71(157), pp. 73-98.
- Gargarella, R. (2012). La dificultad de defender el control judicial de las leyes. En: Lodoño, M. (ed.). *Constitución y democracia: la cuadratura del círculo* (pp. 15-30). Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Godoy, M. (2012). Democracia deliberativa y control judicial de constitucionalidad de las leyes: apuntes para pensar una relación conflictiva. En:
- Lodoño, M. (ed.). *Constitución y democracia: la cuadratura del círculo* (pp. 31-50). Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de discurso*. Madrid: Trotta.
- Hamilton, A. (1994a). El federalista N° 78. En: A. Hamilton; J. Madison; & J. Jay (Coautores) *El federalista* (337-343). México D. F.: Fondo de Cultura Económica.

Hamilton, A. (1994b). El federalista N° 81. En: A. Hamilton; J. Madison & J. Jay (Coautores). *El Federalista* (351-358). México D. F.: Fondo de Cultura Económica.

Ibáñez, M. (2012). *Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Anuario de Derechos Humanos.

Kelsen, H. (2001). *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. (1ª edición). México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/31/tc.pdf>

Londoño, M. (2012). El juez constitucional ante la crisis de legitimidad de los órganos mayoritarios. En: Londoño, M. (ed.). *Constitución y democracia: la cuadratura del círculo* (pp. 51-91). Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.

Prieto, L. (2001). Constitución y Parlamento. *Parlamento y Constitución. Anuario*, 5, pp. 9-37.

Quinche, R. M. (2009a). El control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. *Centro de Estudios Políticos*, 01(01), pp. 175-205.

Quinche, R. M. (2009b). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 12, pp. 163-190.

Quinche, R. M. (2013). Presidencialismo, el control de convencionalidad y la democracia en los países andinos. *Revista Co-herencia*, 10(19), pp. 167-206.

Rojas, C. (2009). *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos*. México D. F.: Porrúa.

Rawls, J. (1979). *Teoría de la justicia*. México-Madrid: Fondo de Cultura Económica.

Zuluaga, R. (2003). El carácter integral, complejo y abierto del sistema colombiano de control de constitucionalidad. *Criterio Jurídico*, 1(3), pp. 151-173.

Sentencias Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional. (1996, 6 de junio). Sentencia C-255. (M. P.: Alejandro Martínez Caballero).

Corte Constitucional. (2002, 6 de agosto). Sentencia C-614. (M. P.: Rodrigo Escobar Gil).

Corte Constitucional. (2007, 7 de febrero). Sentencia C-078. (M. P.: Jaime Córdoba Triviño).

Corte Constitucional. (2014, 23 de abril). Sentencia C-258. (M. P.: María Victoria Calle Correa).

Corte Constitucional. (2014, 26 de junio). Sentencia C-390. (M. P.: Alberto Rojas Ríos).

Corte Constitucional. (2014, 29 de octubre). Sentencia C-794. (M. P.: Mauricio González Cuervo).

Sentencias Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre. Serie C-151.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C-154.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C-158.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Caso Aguado Alfaro y otros vs. Perú.

Sentencia de 24 de noviembre. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C-158.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010). Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México. Sentencia de 26 de noviembre.

Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Serie C-220.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). Caso Gelman *vs.* Uruguay. Sentencia de 24 de febrero. Fondo y reparaciones. Serie C-221.