

ano 21 – n. 83 | janeiro/março – 2021

Belo Horizonte | p. 1-244 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v21i83

A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A A&C – *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Constitucionalidad y convencionalidad en Colombia: el diálogo entre las cortes

Constitutionality and conventionality in Colombia: the dialogue between the courts

Luisa Fernanda García López*

Universidad del Rosario (Colombia)
luisa.garcia@urosario.edu.co

Recibido/Received: 18.10.2020 / October 18th, 2020

Aprovado/Approved: 02.03.2021 / March 2nd, 2021

Resumen: El control de convencionalidad se refiere a la capacidad de la CIDH de expulsar del ordenamiento jurídico las normas nacionales a partir de casos concretos que se someten a su consideración y que violen la Convención. En el ámbito interno, son los agentes del estado y operadores de justicia (jueces, fiscales, defensores) los encargados de analizar la compatibilidad de las normas internas y la convención Americana de Derechos Humanos. El control consiste en materializar las obligaciones de garantía consagradas en los artículo 1.1 y 2, con el Estado quien asume la obligación de garantizar los derechos que están consagrados en la Convención. En ese sentido, si el Estado no cumple con dichas obligaciones, incurre en violación de la Convención y se declarará su responsabilidad por la vía judicial y tendrá la obligación de reparar. La reparación es consecuencia de la violación por parte de un Estado de un compromiso internacional, por tal razón, las medidas resarcitorias serán acordes con el Derecho Internacional. Este carácter universal de la obligación de reparar otorga relevancia a la jurisprudencia de la Corte IDH, la cual desarrolla su contenido, señalando que la reparación del daño es la plena restitución (*restitutio in integrum*), el restablecimiento de la víctima a la situación anterior y la indemnización como compensación de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

Palabras clave: Control de constitucionalidad. Control de convencionalidad. Diálogo entre cortes. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Colombia.

Como citar este artículo/How to cite this article: GARCÍA LÓPEZ, Luisa Fernanda. Constitucionalidad y convencionalidad en Colombia: el diálogo entre las cortes. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 31-50, jan./mar. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i83.1554.

* Profesora de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), adscrita a la línea de investigación "Controversias Constitucionales" del Grupo de Derecho Privado. Directora de la Especialización en Derecho Constitucional de la misma universidad. Doctora en Derecho de la Université de Montpellier I. *E-mail*. luisa.garcia@urosario.edu.co.

Abstract: Conventionality control refers to the IACHR's ability to expel national norms from the legal system based on specific cases that are submitted for its consideration and that violate the Convention. In the domestic sphere, state agents and justice operators (judges, prosecutors, defenders) are in charge of analyzing the compatibility of internal norms and the American Convention on Human Rights. The control consists of materializing the guarantee obligations enshrined in articles 1.1 and 2 with the State, which assumes the obligation to guarantee the rights that are enshrined in the Convention. In that sense, if the State does not comply with said obligations, it incurs in violation of the Convention and its responsibility will be declared through the courts and it will have the obligation to repair. Reparation is a consequence of the violation by a State of an international commitment, for this reason, the compensatory measures will be in accordance with International Law. This universal nature of the obligation to repair gives relevance to the jurisprudence of the Inter-American Court, which develops its content, stating that reparation of the damage is full restitution (*restitutio in integrum*), the restoration of the victim to the previous situation and compensation for patrimonial and extra-patrimonial damages.

Keywords: Constitutionality control. Control of conventionality. Dialogue between courts. Inter-American Court of Human Rights. Colombia.

Sumario: 1 Introducción – 2 El control de constitucionalidad en Colombia, un control concurrente con el de convencionalidad – 3 El control de convencionalidad y el dialogo entre las Cortes Nacionales – 4 Conclusiones – Referencias

1 Introducción

El control de convencionalidad en Colombia es obligatorio tanto para jueces y funcionarios. Se refiere al control difuso de convencionalidad que se materializa a través del ejercicio de todos los jueces y autoridades,¹ de hacer un examen de compatibilidad entre los actos de la administración y disposiciones internas con la convención y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El “caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, resulta emblemático en este aspecto, y consolida la obligación en cabeza del poder judicial de hacer el control de convencionalidad, ya que “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”.² En efecto, la corte Interamericana³ sostiene que en virtud del principio de complementariedad la jurisprudencia de la Corte IDH es obligatoria para todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención, y en esa medida le corresponde ejercer un “control de convencionalidad”.

¹ La extensión a las autoridades se refiere al caso *Gelman vs. Uruguay*, 2011,

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006,

³ Caso *García Ibarra y otros contra Ecuador*, sentencia de 17 de noviembre de 2015.

En términos generales el control de convencionalidad no se entiende como la ‘negación, superación, o exclusión del control de constitucionalidad’,⁴ es una manera de reafirmar la prevalencia de los derechos humanos y de los instrumentos que los consagran como, la CADH. Hablamos de un control concentrado cuando es la Corte IDH quien lo realiza, y un control difuso cuando los Estados y en particular los jueces son quienes lo realizan.⁵

2 El control de constitucionalidad en Colombia, un control concurrente con el de convencionalidad

El control de constitucionalidad en el sistema colombiano tiene sus orígenes antes de la Constitución de 1991, cuando el acto legislativo 3 de la reforma constitucional de 1910 estableció un control judicial de constitucionalidad, este control era un control concentrado que le correspondía a la sala plena de la Corte Suprema de Justicia que más adelante, en 1968 esta función la asumió la sala constitucional de la misma corte. En 1991 se creó la Corte Constitucional que, entre sus atribuciones esenciales se encuentra la competencia en materia de definición y alcance de los derechos fundamentales, también ejerce el control de constitucionalidad de las leyes.⁶

⁴ DURANGO, G.; GARAY, K. El control de constitucionalidad y convencionalidad en Colombia. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores* [on-line], v. 18, n. 36, p. 99-116, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/dere.936>.

⁵ DURANGO, G.; GARAY, K. El control de constitucionalidad y convencionalidad en Colombia. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores* [on-line], v. 18, n. 36, p. 99-116, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/dere.936>.

⁶ Artículo 241 de la Constitución Política: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.
4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.
5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.
6. Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.
7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

En virtud del control de constitucionalidad y de convencionalidad, el ordenamiento jurídico colombiano, se ha venido permeando de normas internacionales particularmente, del sistema regional interamericano⁷ que inicialmente incluyó la Convención Americana de Derechos Humanos, con sus órganos emblemáticos como lo son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁸ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En Colombia por intermedio del bloque de constitucionalidad el poder judicial ha sido el encargado de velar por el cumplimiento de las normas convencionales, en realidad el control de constitucionalidad reenvía al control de convencionalidad.

En la Constitución de 1886, las normas de derecho internacional tenían prelación en el ordenamiento jurídico interno, pero no existía una norma explícita que aludiera a tal preeminencia, y por esta razón, la Corte Suprema de Justicia siempre fue renuente a aceptar un control de constitucionalidad de las normas frente a los tratados internacionales. En efecto, los textos de derecho internacional no tenían la fuerza vinculante que si adquirieron en 1991. “Los artículos 9, 44, 93, 94, 102 y 214 de la Constitución establecen el mandato constitucional que ordena la integración material de ciertas normas y principios que no hacen parte formal de

8. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

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

11. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.

12. Darse su propio reglamento.

PARÁGRAFO. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanao el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto”.

⁷ La CADH, suscrita en San José de Costa Rica en 1969, o “Pacto de San José” integra el Sistema Interamericano 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 otros instrumentos internacionales integran el sistema como: la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias, Colombia, 1985), 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).

⁸ SANTIAGO, A.; LANGE, G. Los primeros sesenta años de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 11-57, jul./set. 2019.

la Carta Superior como parámetro del control de constitucionalidad de las leyes. Esta integración, es lo que la jurisprudencia de esta Corporación ha denominado el bloque de constitucionalidad”.⁹

La Corte identifica “dos dimensiones del bloque de constitucionalidad, uno en *sentido estricto* que se refiere a las normas integradas a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta y otro en *sentido lato* como ‘aquellas disposiciones que tienen un rango normativo superior al de las leyes ordinarias, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional’”.¹⁰

Si bien la noción de bloque de constitucionalidad¹¹ es una creación de la Corte Constitucional Colombiana, la idea de que ciertas normas de derecho internacional tienen la misma jerarquía que la Constitución, es un concepto que se asocia con el artículo 93 según el cual, los tratados internacionales de derechos humanos aprobados y ratificados por Colombia, prevalecen en el ordenamiento jurídico interno. Así lo estableció la Corte Constitucional en sentencia T-409 de 1992. En dicha sentencia la Corte analizó la tensión existente entre el deber de prestar el servicio militar y el derecho a la libertad de conciencia bajo el principio de ‘obediencia debida’. La Corte manifestó que ‘la obediencia debida’ no debía interpretarse como una obligación ‘ciega de cumplimiento’ de órdenes superiores, sino que debía someterse al ordenamiento jurídico y ajustarse al artículo 93 de la Constitución que prohíbe la limitación de los derechos fundamentales en los estados de excepción. Esta decisión fue ratificada en la sentencia C-574 de 1992 que analizaba la exequibilidad del Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra de 1949, donde sostuvo que los convenios sobre derecho internacional prevalecen sobre la legislación nacional. Por lo anterior, las reglas de derecho internacional humanitario prevalecen sobre el ordenamiento interno. A su vez, la noción de bloque de constitucionalidad la incorporó definitivamente la Corte Constitucional en la sentencia C-225 de 1995, fallo en el que revisó el protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, en materia de protección de víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional y la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio del cual se aprueba el protocolo. La Corporación definió entonces el bloque de constitucionalidad ‘como una unidad jurídica compuesta por normas

⁹ Sentencia C-327 de 2016.

¹⁰ Sentencia C-327 de 2016 también en este sentido, C-028 de 2006.

¹¹ “El bloque de constitucionalidad comprende el conjunto de normas, reglas y principios, tanto consagrados explícitamente en la Constitución como los que se integran materialmente por su remisión explícita, que constituyen el parámetro de control abstracto de las leyes. Así, los tratados internacionales de derechos humanos, los tratados de derecho internacional humanitario, los tratados limítrofes y algunas de las leyes orgánicas y estatutarias hacen parte del parámetro de constitucionalidad, ya sea en sentido estricto o en sentido lato”. Sentencia C-327 de 2016.

y principios que sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes por cuanto han sido normativamente integrados a la constitución por diversas vías y por mandato de la constitución. Conciliar la supremacía de la Constitución como norma de normas del artículo 4 y la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos es una disposición que se vuelve imperativa en estados de excepción del artículo 93 de la Constitución. Así, la Corte hizo una construcción jurídica del bloque de constitucionalidad en sentido lato y en sentido estricto. En sentido estricto se refiere a los principios y valores constitucionales consagran derechos humanos y cuya limitación se prohíbe en los estados de excepción.¹² Las normas que integran el bloque de constitucionalidad tienen jerarquía constitucional y por ende son fuente de derecho, porque sus jueces en sus providencias, así como aquellos sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales se someten a la constitución, a la ley y al bloque de constitucionalidad. De esta forma, las normas del bloque de constitucionalidad cumplen la función de ser:

- a. Una regla de interpretación frente a dudas que surjan al momento de su aplicación.
- b. La de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso.
- c. Orientar las funciones del operador jurídico.
- d. Limitar la validez de las regulaciones subordinadas.¹³

2.1 El control de convencionalidad

El control de convencionalidad es una obligación de los jueces nacionales de confrontar las normas nacionales con las contenidas en el sistema interamericano.¹⁴ Este se refiere a la Convención Americana, a sus protocolos adicionales, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana que construye el llamado corpus iuris interamericano.

¹² Sentencia C-191 de 1998, T-483 de 1999.

¹³ Sentencia C-225 de 1995.

¹⁴ Sobre el tema, ver: ROZNAI, Y.; KREUZ, L. R. C. Conventionality control and Amendment 95/2016: a Brazilian case of unconstitutional constitutional amendment. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 35-56, maio/ago. 2018; MOLINA HERNÁNDEZ, M. Administración pública y control de convencionalidad: problemas y desafíos. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 5, n. 2, p. 287-299, jul./dic. 2018; GATTI, F. La doctrina del “margen de apreciación nacional” y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 3, n. 1, p. 19-32, ene./jun. 2016; ALIANAK, R. C. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 2, n. 1, p. 283-300, ene./jun. 2015.

Para la Corte Constitucional, este corpus iuris, ha sido un criterio importante de interpretación en el control de constitucionalidad. Tal es el caso de la protección de la vida como un valor fundamental y como criterio determinante frente a los derechos reproductivos de las mujeres.

De esta forma, las normas de la Convención Americana que también hacen parte del bloque de constitucionalidad se deben interpretar en conformidad con la Constitución, ello sugiere que el control de constitucionalidad conlleva a un control de convencionalidad.¹⁵ La Corte ha reiterado que el control de constitucionalidad cumple una función orientadora y otra interpretativa. En efecto la función integradora, exige integrar al ordenamiento jurídico interno, disposiciones que si bien, no se encuentran en la constitución, se encuentran vinculadas tácitamente por los artículos 93, 94, 44 y 53 de la misma.¹⁶ En lo que se refiere a la función interpretativa, es aquella donde las mismas interpretaciones de la Corte Interamericana de derechos Humanos, en su función consultiva o contenciosa, son la guía en la interpretación de los derechos fundamentales como criterio hermenéutico en el control de Convencionalidad.¹⁷ Es el órgano judicial autorizado y por ende sus fallos fijan el alcance y contenido de los derechos fundamentales.¹⁸ Es así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana se convierte en fuente del derecho internacional y vinculante para Colombia.¹⁹ Se considera que las interpretaciones de la Corte Interamericana contienen una interpretación autentica de los derechos consagrados en la Convención americana de derechos humanos.²⁰ Cabe agregar que la Corte reitera que este ejercicio de interpretación se debe hacer ‘de acuerdo con las circunstancias del caso que se analiza, y la relevancia del precedente interamericano para el caso en concreto.’²¹

La Corte reitera: “la jurisprudencia ha sido constante en reiterar que a la luz de lo dispuesto en el artículo 93 Superior, los estándares y reglas fijados por los organismos internacionales que monitorean el cumplimiento de los tratados sobre derechos humanos deben ser tenidos en cuenta para interpretar los contenidos normativos, ya que éstos ‘constituyen una *‘presencia tutelar’, que está ‘irradiando, guiando y delimitando la normatividad y la aplicación concreta de sus preceptos’* sin

¹⁵ GUSSOLI, F. K. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 3, p. 703-747, set./dez. 2019; RESENDE, A. C. L. de; MOLINARO, C. A. A interamericanização do direito administrativo sancionador brasileiro: reflexões sobre o princípio da tipicidade da infração disciplinar a partir do diálogo judicial internacional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 153-173, abr./jun. 2019.

¹⁶ Sentencia C-271 de 2007.

¹⁷ Sentencia C-271 de 2007.

¹⁸ Sentencia C-010 de 2000.

¹⁹ Sentencia C-370 de 2006. Cfr. COVILLA MARTÍNEZ, J. C. El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 13-31, out./dez. 2019.

²⁰ Sentencia C-442 de 2011 y Sentencia C-269 de 2014.

²¹ Sentencia C-715 de 2012.

que eso signifique que la Corte no pueda apartarse del precedente o interpretar de manera diferente las normas internacionales que le sirven de fundamento al fallo”.²²

En este sentido, la sala plena de la Corte Constitucional ha dispuesto que para que un asunto ya estudiado por la Corte Constitucional sea nuevamente abordado con fundamento en una interpretación diferente de la Corte Interamericana, afirma que se deben cumplir los siguientes requisitos: “(i) que el parámetro de control del asunto previamente examinado haya sido una norma integrada al bloque de constitucionalidad en sentido estricto; (ii) los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan variado radicalmente y de forma clara el sentido de tal norma; (iii) la nueva interpretación resulte compatible con la Constitución Política; (iv) ofrezca un mayor grado de protección a los derechos, que el otorgado por la Constitución; (v) se integre a la *ratio decidendi* de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y (vi) sea uniforme y reiterada”.²³

¿Como se armoniza el derecho interno con el derecho del sistema interamericano de derechos humanos? La doctrina ha creado una teoría alrededor del *ius commune* latinoamericano, generando unos parámetros comunes de interpretación de la convención americana de derechos humanos y de aplicación de los derechos humanos en todos los países que integran el sistema interamericano.²⁴ El control consiste en una armonización en la interpretación por parte de los jueces de los artículos 1.1 y 2 de la Convención con el Estado quien asume la obligación de garantizar los derechos que están consagrados en la Convención. De esta forma, la convencionalidad circunscribe la Constitución y el ordenamiento jurídico interno de cada Estado,²⁵ sin desconocer que en virtud de la *pacta sunt servanda*, consagrado en la Convención de Viena, se debe realizar un control de convencionalidad para cumplir con los mandatos del tratado internacional.

La Corte IDH ha sido reiterativa respecto de la obligación de los funcionarios y de los jueces nacionales de respetar el contenido de la Convención, así como, de adoptar los criterios de la su propia jurisprudencia en el ordenamiento jurídico interno, en temas relacionados 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 judicial.

²² Sentencia C-327 de 2016. Ver también sentencia T-653 de 2012.

²³ Sentencia C-500 de 2014.

²⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: Estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática. In: BREWER CARIAS, A. R., SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 175-181.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

El caso *Boyce y otros vs. Barbados*, en sentencia del 20 de noviembre del 2007, la Corte IDH señaló cómo debe ser interpretado el control de convencionalidad en el ámbito interno. En dicha sentencia, señala la Corte IDH, las obligaciones se deben cumplir de buena fe bajo la Convención Americana de Derechos Humanos y no se podrá invocar por parte de los jueces la aplicación de las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de las obligaciones convencionales. El segundo, que los tribunales no pueden limitarse solamente a realizar control de constitucionalidad de sus resoluciones, sino que también deben hacer un control de convencionalidad.

La Corte IDH describe el conjunto de tratados de derechos humanos como un *corpus iuris*, integrado por un *Ius Constitutionale Commune*, encargado de la implementación de las decisiones de la CIDH. Ello se explica en el contenido transformador de los derechos humanos y de las constituciones, donde la carta de derechos constituye la “piedra angular” del ordenamiento jurídico, y al mismo tiempo una herramienta de transformación de las sociedades en el logro del reconocimiento de derechos. Lo anterior indica claramente que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que también debe realizar una “interpretación convencional” para determinar si aquellas normas son “compatibles” con los mínimos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.²⁶

2.2 La convencionalidad en el caso colombiano

Colombia reconoce el control oficioso de convencionalidad, en ponencia del magistrado Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en fallo del 3 de diciembre del 2014, señaló que el control de convencionalidad implica el deber de todo juez nacional de realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tienen que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte IDH.

²⁶ “[...] Se trata de un estándar ‘mínimo’ creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el *corpus iuris* interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del ‘bloque de constitucionalidad/convencionalidad’ otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales”. FERRER MacGREGOR, E. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Talca, año 9, n. 2, p. 531-622, 2011.

“Lo anterior indica claramente que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que también debe realizar una ‘interpretación convencional’ para determinar si aquellas normas son ‘compatibles’ con los mínimos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario”.²⁷

El caso de los 19 comerciantes contra Colombia del 5 de julio de 2004, es un caso que llegó a la Corte, cuando las autodefensas campesinas del Magdalena Medio, desaparecieron y asesinaron a 19 Comerciantes en el Municipio de Puerto Boyacá. La Corte en dicha ocasión, identificó un espacio de colaboración entre los paramilitares y la fuerza pública, lo que confirmaba la falta de reacción por parte de las autoridades.

La Corte evidenció que los asesinatos con motivos políticos en Colombia eran originados por grupos paramilitares y dichos grupos tenían vínculos con la fuerza pública. Afirma la Corte IDH que en 1997 el informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, emitido por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, evidenció casos representativos de violaciones del derecho a la vida, en los que se alegó que el gobierno y las fuerzas armadas colaboraron con los paramilitares en asesinar, amenazar o desplazar a la población civil. Dicha colaboración entre las fuerzas públicas y los paramilitares ha representado un gran obstáculo para la observancia de los derechos humanos en Colombia, en opinión de la Oficina del Alto Comisionado. En el informe de 1997 la Alta Comisionada mostró su preocupación por la posible participación de las fuerzas armadas con los paramilitares en actos de violencia incluyendo, entre otros, la masacre en Mapiripán. Según ese informe, “los actos cometidos por paramilitares constituyeron el mayor número de violaciones de derechos humanos reportados en el país en 1997, incluidas masacres, desapariciones forzadas y toma de rehenes. [...]”.²⁸

En el caso de las Masacres de Ituango c. Colombia, hechos ocurridos en el municipio antioqueño del mismo nombre entre junio de 1996 y 1997, la Corte conoció de las masacres del Aro y la Granja, ocurridas en el citado Municipio. Tales actos fueron ejecutados por miembros de las autodefensas. En dicha oportunidad la Corte encontró demostrada “la participación y aquiescencia de miembros del Ejército colombiano en la incursión paramilitar en El Aro y en la determinación de

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 20 de octubre de 2014, exp. 28505. 88, María Acened Rubio de Aros y Otros c. Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Policía Nacional Expediente 73001-23-31-000-2003-01736-01 (35413) Acción de reparación directa 9.44.

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Mapiripan contra Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005.

un toque de queda con el fin de facilitar la apropiación del ganado”.²⁹ Se trató, entonces, de una colaboración determinante para la consumación exitosa de los actos perpetrados por los paramilitares en Ituango.

Finalmente, la providencia dictada por la Corte Interamericana en este tipo de asuntos fue la sentencia de 20 de noviembre de 2013 en el Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) c. Colombia, donde se conoció de los actos que llevaron al Homicidio de Marino López y al desplazamiento de la población asentada en la cuenca del Río.

El caso de la Masacre de Pueblo Bello³⁰ ocurrió entre el 24 y 27 de febrero de 1997, cuando el ejército se encontraba ejecutando la “Operación Génesis”, miembros de grupos paramilitares adelantaron la “operación Cacarica” que derivó en los hechos ya comentados.

En 1997, donde fue iniciada, en la zona del río Salaquí y del río Truandó, municipio de Riosucio, Chocó, la Operación militar de contraguerrilla denominada “Génesis”, durante la cual habrían sido atacados por lo menos siete objetivos designados en la respectiva orden militar de operaciones”; y simultáneamente a esos hechos, y en el marco de lo que luego fue llamado “Operación Cacarica” por las autoridades colombianas, unidades paramilitares del “Bloque Chocó” y del Grupo de “Pedro Ponte” incursionaron en la región de la cuenca del río Cacarica, varios kilómetros al norte del lugar donde se desarrollaba la Operación Génesis, amenazando y aterrorizando a los pobladores de la zona, ordenándoles dejar sus propiedades y desplazarse. Así, en el marco de esas incursiones, el 26 de febrero de 1997 esas unidades paramilitares dieron muerte al señor Marino López en el poblado de Bijao, y en un lapso que coincidió con parte del desarrollo de las operaciones referidas, un grupo importante de pobladores de la cuenca del Cacarica se vio forzado a desplazarse hacia Turbo, Bocas de Atrato y la República de Panamá.

3 El control de convencionalidad y el dialogo entre las Cortes Nacionales

La Corte Constitucional en sentencia C-251 de 2002³¹ abordó el controvertido tema relacionado con el paramilitarismo en Colombia sintetizándolo bajo dos

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Masacre de Ituango c. Colombia, sentencia de 1^o de julio de 2006 (fondo). 91 María Acened Rubio de Aros y Otros c. Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Policía Nacional Expediente 73001-23-31-000-2003-01736-01 (35413) Acción de reparación.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de Pueblo Bello c. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-251 de 2002.

modalidades, que la CIDH ya había evidenciado en la jurisprudencia relacionada con casos de demandas contra el Estado Colombiano.

En efecto, la Corte IDH por su parte, en el caso de Mapiripan, la Rochela, Pueblo Bello, Ituango y otros, abordó este punto invocando jurisprudencia de la Corte Constitucional, que confirma los nexos entre miembros de las Fuerzas Armadas de Colombia y grupos paramilitares, en determinadas zonas geográficas del país y en periodos de tiempo específicos. De acuerdo a lo determinado en esos casos, ese vínculo habría consistido en: “a) acciones concretas de colaboración, apoyo o colaboración,³² b) omisiones que permitieron o facilitaron la comisión de graves delitos por parte de actores no estatales,³³ c) Por otro lado, es un hecho público y notorio que varias decisiones de altas Cortes colombianas se han referido a los vínculos existentes entre grupos paramilitares e integrantes de la fuerza pública, al igual que varios informes de la Defensoría del Pueblo”.³⁴

3.1 El control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales en aplicación de la jurisprudencia de la CIDH³⁵

El control de Convencionalidad que realiza la Corte Constitucional, lo hace a través de la interpretación de las normas de derechos humanos inspirada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En esa medida, el control de convencionalidad se extiende a todas las autoridades locales de tomar en consideración no solo el texto del tratado sino también la interpretación judicial que realiza la Corte Constitucional.³⁶

Ella es un criterio hermenéutico relevante que deberá ser considerado en cada caso. Sin embargo, cuando las normas del tratado se integran al parámetro de control y las autoridades encargadas de interpretarlo establecen una comprensión uniforme, reiterada y clara, no resulta posible desde la perspectiva de la inserción

³² Cfr. Caso de la Masacre de Mapiripan vs. Colombia. Fondo, y Reparaciones. párr. 123; Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas párrs. 82, 93, 101.a); Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas párrs. 125.57, 125.86 y 132, y Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109 párr. 86.c); Caso Masacre de Pueblo Bello Colombia. Fond. párrs. 126 y 140; Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas párr. 92. 131 Cfr. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal: Sentencia de Revisión No. 30516, 11 de marzo de 2009.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Bogotá D.C., 25 de febrero de 2016. En esta sentencia afirma que el control de convencionalidad ya no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

³⁶ Sentencia C-500 de 2014.

del estado colombiano en las relaciones internacionales (arts. 9 y 226), abstenerse de considerar esa interpretación al analizar la posibilidad de examinar nuevamente un asunto que, en sede del control abstracto, lo había sido previamente.

La Corte Constitucional ha evaluado el principio de igualdad desde la perspectiva de la convencionalidad y la constitucionalidad.³⁷ Evaluó las expresiones “Las mujeres sin distinción de edad”, contenidas en el numeral 3 del artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo. Este artículo prohíbe a las mujeres desarrollar labores de trabajo subterráneo en las minas, así como desarrollar labores peligrosas, insalubres o que impliquen grandes esfuerzos. La demanda de inconstitucionalidad, solicitó la declaratoria de inexecutable del artículo, por considerar que era violatorio del artículo 13 de la Constitución, que establece la igualdad y ‘el derecho de acceso al trabajo en condiciones de igualdad dispuesto en el artículo 25 de la Constitución y de la libertad de escoger profesión u oficio prevista en el artículo 26 de la Carta Política’.

El enunciado demandado señala que “Las mujeres, sin distinción de edad” no pueden ser empleadas en trabajos subterráneos de las minas, ni trabajar en labores peligrosas, insalubres o que requieran grandes esfuerzos. La medida adoptada por el legislador consiste en una prohibición dirigida específicamente a las mujeres, que les impide desempeñarse laboralmente en los cuatro escenarios referidos. En sentido contrario y como ha sido afirmado varias veces en este escrito, los hombres pueden trabajar en cualquier actividad de las autorizadas por la ley, mientras que las mujeres no pueden hacerlo.

Afirma la Corte que, en este caso, el código sustantivo del trabajo ha creado una restricción para la mujer, lo que constituyen una discriminación por el sexo. Esta disposición va en contra del artículo 13 de la Constitución por ser contraria al principio de igualdad, al artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que prohíben la discriminación de mujeres en Colombia. De esta forma, “la medida que le prohíbe el trabajo a las mujeres en los escenarios antedichos no es necesaria, en tanto que es muy lesiva, y adicionalmente es desproporcionada, pues su presencia afecta derechos de los que son titulares las mujeres, permitiendo que estas continúen sus vidas en la pobreza o bajo el modelo de la dependencia, al excluirlas de sendos escenarios del mercado laboral”. En esa medida, la diferencia de trato por parte del legislador no tiene justificación constitucional y por lo mismo, debe ser declarada inexecutable.

La Corte reitera su posición frente a la prohibición de discriminación y reitera la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Hace especial mención del Caso González

³⁷ Sentencia C-586 de 2016.

y otras contra México del 2009, “Campo algodonero”, cuando la desaparición, tortura y muerte de mujeres en Ciudad Juárez, genero un parámetro de protección y de reconocimiento de derechos de las mujeres. En esta sentencia las mujeres fueron reconocidas como un grupo sujeto de discriminación, por prácticas culturales discriminatorias y reiteradas. “Esto generó la responsabilidad internacional del Estado mexicano por la violación de múltiples derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará y en referencia a los estereotipos articulados en contra de la mujer”.

De igual forma hace especial mención del caso Atala Riffo y Niñas contra Chile, como un caso emblemático de discriminación de la mujer que por su homosexualidad, no podía ejercer de forma idónea su labor de juez de la Republica, así como tampoco el rol de madre. Esto la CIDH lo destaca como una forma de violencia sobre las mujeres, que se basa en patrones sociales que agudizan la discriminación. La Corte Constitucional ha desarrollado en virtud de la jurisprudencia interamericana, la remoción de los estereotipos de género, donde se revierte la concepción de la mujer como aquella destinada a la reproducción, o la crianza de los hijos, imponiendo la igualdad de derechos y de oportunidades dando aplicación al sistema interamericano de derechos humanos y la amplia jurisprudencia de la CIDH al respecto.

La Corte en su análisis aborda el principio de proporcionalidad³⁸ y el test de razonabilidad³⁹ para llegar al “juicio integrado de igualdad” o “test integrado de igualdad”.⁴⁰

De acuerdo a lo anterior, el Consejo de Estado verificó que los vínculos o nexos entre miembros de la Fuerza Pública y los llamados “paramilitares” o “autodefensas” no han sido cuestiones anecdóticas, aisladas o singulares, sino

³⁸ “El principio de proporcionalidad ha sido genéricamente definido como una estructura argumental que le permite a los tribunales y a los usuarios fundamentar sus interpretaciones acerca del contenido de los derechos fundamentales, en aquellos casos en los que se plantea una colisión entre principios constitucionales, que suministran razones en favor y en contra de una intervención legislativa”. Sentencia C-586 de 2016.

³⁹ “La aplicación del test de razonabilidad sería una metodología de pasos y criterios que efectiviza el principio de proporcionalidad en los casos concretos. [...]”. Sentencia C-586 de 2016; ver también sentencia C-093 de 2001.

⁴⁰ Afirma la Corte que está constituido por tres elementos, que consisten en: “(i) determinar cuál es el criterio de comparación o *tertium comparationis*; (ii) definir si desde la perspectiva fáctica y jurídica existe tratamiento desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) establecer si el tratamiento distinto está constitucionalmente justificado, es decir, si las situaciones objeto de comparación, desde la Constitución, ameritan un trato diferente o deben ser tratadas de un modo similar”. Sentencia C-586 de 2016. En sentencia C-104 de 2016, la Corte define con mayor exactitud el concepto: “El juicio integrado de igualdad se compone entonces de dos etapas de análisis. En la primera, (i) se establece el criterio de comparación, patrón de igualdad o *tertium comparationis*, es decir, se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza. En esta parte, asimismo, (ii) se define si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales”.

que, lamentablemente, obedecen a una situación de connivencia que se difundió en diversos sectores. Así lo manifestó en la jurisprudencia del caso de las muertes ocurridas en Frías la noche del 15 de septiembre de 2001. El Consejo de Estado⁴¹ afirma, que el reconocimiento del fenómeno del paramilitarismo requería intensificar por parte del Estado, “deberes positivos”⁴² dada la violación sistemática de Derechos Humanos, así como el incumplimiento de los tratados de derecho internacional humanitario por parte del Estado.⁴³ Ello no solo es un desconocimiento de sus deberes, así como un desconocimiento del principio de dignidad presente en la Constitución Política.⁴⁴ El alcance de la noción de ‘deberes positivos’, afirma el Consejo de Estado, se somete a la Convención Americana de Derechos Humanos, así como a la Constitución Política, que establece que el Estado tiene una obligación positiva de asegurar y preservar los derechos a la vida, la integridad física, y la seguridad de las personas. Este deber afirma es una obligación de medio, por lo tanto, todas las autoridades deben preservar estos derechos dentro de la proporcionalidad y razonabilidad en el conflicto armado.⁴⁵ En este caso, estamos en presencia de un conflicto armado interno, que requiere de acciones concretas por parte del Estado y frente a acciones por parte de la guerrilla o de paramilitares que violan de manera sistemática los derechos fundamentales, el Estado estaría negando su soberanía concepto entendido como la garantía de los Derechos Humanos y la cláusula democrática. Por lo anterior, el Consejo de Estado decide declarar la responsabilidad de la Nación –Ministerio de Defensa–, afirmando que existe una “*macrocriminalidad* imperante” y ello requiere de acciones concretas por parte del Estado que acogiendo la jurisprudencia de la Corte IDH, debe suprimir normas

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 9 de mayo de 2012, exp. 20334. 94licto armado María Acened Rubio de Aros y Otros c. Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Policía Nacional Expediente 73001-23-31-000-2003-01736-01 (35413) Acción de reparación directa que era una cuestión de dominio público por los moradores. En este sentido, también reprocha la Sala el que de facto se hubiera registrado una renuncia a la soberanía estatal en dicha región, pues, para todos los efectos prácticos, la población de Frías se encontraba a merced de lo que dispusieran los presuntos guerrilleros que allí mantenían y no puede alegarse la falta de denuncia de la población o que no se presentó nunca una solicitud formal en tal sentido, pues ello sería tanto como considerar que el ejercicio de las funciones básicas o fundamentales del Estado deben obedecer a pedimentos o ruegos particulares de la población, como si no se tratara de un derecho en cabeza de los moradores de una zona como la del Corregimiento de Frías; con mayor razón tratándose de un sitio equidistante a centros poblados de importancia a nivel nacional.

⁴² Sentencia del 19 de noviembre de 2008. Exp. 28259 (masacre de Santo Domingo); de 27 de mayo de 2009. Exp. 15186 (masacre de los Uvos); de 26 de febrero de 2009. Exp. 26808 (masacre de Valdivia); de 15 de agosto de 2007. Exp. 2002-0004 AG (caso Filo Gringo).

⁴³ Los derechos de la persona se constituyen en límites que debe respetar el Estado “cuando busca alcanzar objetivos de interés general como la paz, la seguridad y la defensa nacional”. Corte Constitucional. Sentencia C-251 de 2002. Puede verse las siguientes sentencias de la Sección Tercera: sentencias de 19 de octubre de 2007. Exp. 29273 (masacre El Aro).

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-004 de 2003.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 26 de marzo de 2014, exp. 29129.

que violen la Convención Americana de Derechos, y debe desarrollar prácticas que permitan la efectividad de los derechos contenidos en la Convención.⁴⁶

Los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solo obligan al Estado colombiano cuando éste ha sido parte en el respectivo proceso. Esta conclusión, que reconoce el carácter definitivo e inapelable asignado por el artículo 67 de la Convención Americana de Derechos Humanos a los fallos de la Corte Interamericana, encuentra apoyo normativo directo en lo prescrito en el artículo 68.1 de la referida convención conforme al cual los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.⁴⁷

Así pues, atendiendo la obligación de cumplir sus compromisos internacionales las autoridades deben tomar en consideración, según lo advierte la Corte Interamericana, no solo el texto del tratado sino también las pautas que sobre su interpretación establece dicho Tribunal. Con esa misma orientación, la jurisprudencia interamericana ha señalado recientemente, luego de afirmar la obligación de los Estados de cumplir las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana cuando sean parte en el respectivo proceso, que cuando ello no ocurre –no son parte en el proceso– las autoridades del Estado están vinculadas por el Tratado y, por ello, deben ejercer, un control de convencionalidad.

3.2 La responsabilidad del Estado

Una parte del conflicto colombiano se ubica en parte la región del Urabá históricamente ha sido una zona geoestratégica relevante, se ubica en el noroeste de Colombia, extendiéndose hasta la frontera con Panamá, incluyendo el Golfo de Urabá, donde desemboca el río Atrato. Al tener una condición de puerto y combinar un clima montañoso y selvático, es una zona propicia para los cultivos de banano, pero también un clima propicio para cultivos ilícitos. Esta zona geográfica ha propiciado el contrabando de mercancía, el tráfico ilegal de armas, y la entrada de insumos para el procesamiento de la coca, así como el embarque de narcóticos hacia los países de Centroamérica.⁴⁸ Por esta razón la región del Urabá es de gran importancia geoestratégica en el conflicto armado y epicentro de la confrontación

⁴⁶ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29273.145. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 26 de marzo de 2014, exp. 29129.

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-500 de 2014.

⁴⁸ OBSERVATORIO DEL PROGRAMA PRESIDENCIAL DE DERECHOS HUMANOS Y DIH. *Dinámica*: reciente de la confrontación armada en el Urabá antioqueño. 2010. Disponible en: http://historico.derechoshumanos.gov.co/Observatorio/Publicaciones/documents/2010/Estu_Regionales/uraba.pdf. Consultado el 26 de agosto de 2019.

armada.⁴⁹ Concretamente el Municipio de Riosucio, es un lugar donde confluyen los grupos armados ilegales, presionan la tala de especies nativas, sembrando coca, palma aceitera y banano.⁵⁰ Según el informe de la Fiscalía General de la Nación, la guerrilla hizo su aparición en la década de los 60 con la entrada de las FARC, del Ejército Popular de Liberación (EPL) y del Ejército de Liberación Nacional (ELN). Los grupos paramilitares hicieron su entrada en la zona a partir de 1988 y las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá en 1994, estas autodefensas actuaban conjuntamente con los Paramilitares, luchando por mantener su presencia, aunado a estos grupos, se encontraba el frente 57 de las FARC. En 1996 las unidades paramilitares de las AUC, se apoderaron del control sobre el Atrato, empezaron a avanzar, realizando amenazas, intimidaciones, persecuciones, bloqueos económicos, asesinatos, que afectaron a varias comunidades del municipio de Riosucio, el río Cacarica y Curvaradó.⁵¹ Estas acciones fueron generando un desplazamiento masivo, u objeto de presión por parte de la guerrilla y de los paramilitares.

De acuerdo con ciertos rumores, los paramilitares tenían intenciones de apropiarse del municipio de Riosucio, que se comprobaba con un bloqueo económico y alimentario en la zona. Además, entre el 24 y el 27 de febrero de 1997 debía ejecutarse la operación de contrainsurgencia denominada “Operación Génesis”⁵² cuyo fin, era que las Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional, atacaran a la guerrilla en el área general del Río Salaquí y Río Truandó, para capturar y/o neutralizar a los integrantes del Bloque José María Córdoba y Cuadrilla 57 de las FARC y liberar a los 10 infantes de marina secuestrados.⁵³

Encontramos posiciones afines tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional en lo relacionado con el reconocimiento del fenómeno del paramilitarismo, así como, la intensificación de los deberes positivos del Estado frente

⁴⁹ Fiscalía General de la Nación, Unidad de Justicia y Paz, Dossier del Bloque Elmer Cárdenas, Génesis (expediente de prueba, folio 44475). Cfr. Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

⁵⁰ Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

⁵¹ Fiscalía General de la Nación, Unidad de Justicia y Paz, Dossier del Bloque Elmer Cárdenas, Génesis (expediente de prueba, folios 44477 y 44478). Cfr. Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Cfr. Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional, Decimoséptima Brigada Orden de operaciones No. 004 “Génesis” e Informe de 6 de marzo de 1997 (expediente de prueba, folios 1406 y 5529). Declaración del Coronel Luis Emilio Cardozo Santamaría, perito propuesto por el Estado, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante la audiencia pública de 12 de febrero de 2013. Cfr. Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Sentencia de 20 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

a esta situación dada la comisión de conductas sistemáticas de violación de Derechos Humanos: “Cabe, por lo tanto, considerar que las sistemáticas vulneraciones que produce el fenómeno del paramilitarismo a las víctimas, sin el despliegue de las obligaciones positivas a cargo del Estado producen violaciones tanto de los derechos humanos, como infracciones del derecho internacional humanitario, lo que lleva a configurar comportamientos que intensamente desconocen la dignidad y provocan más dolor a las víctimas, y representan un quiebre del orden público democrático”.

No debe olvidarse que el deber del Estado, frente a este tipo de situaciones, cabe encuadrarlo en el mantenimiento de “la convivencia pacífica e instaurar un sistema jurídico-político estable”. Los derechos de la persona se constituyen en límites que debe respetar el Estado “cuando busca alcanzar objetivos de interés general como la paz, la seguridad y la defensa nacional”.⁵⁴

Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso García Ibarra y otros contra Ecuador, sentencia de 17 de noviembre de 2015, se sostiene que es “precisamente en función de ese principio de complementariedad que, en la jurisprudencia de la Corte, se ha desarrollado la concepción de que todas autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tiene la obligación de ejercer un “control de convencionalidad””.

A través de la acción de reparación directa se busca que sean reparados todos los daños causados por una entidad estatal esta acción encuentra su base jurídica en el artículo 90 de la Constitución que establece que el estado debe reparar por el daño antijurídico que cause. Es un medio que prevé la jurisdicción contenciosa administrativa cuando se causa daño por acción o por omisión de la autoridad administrativa.

4 Conclusiones

En el escenario latinoamericano existe otra propuesta en torno a la reparación denominada ‘reparaciones transformadoras’, cuya intención es ir más allá de su función restitutiva. Reparación transformadora. La perspectiva restitutiva de la reparación integral se queda corta, limitada, es poco realista y demasiado exigente cuando se pretende resarcir a individuos pertenecientes a sociedades que vivencian una profunda crisis política y humanitaria y, que ya estaban en condiciones de desigualdad antes de padecer el daño.

Por consiguiente y para contribuir al resarcimiento del daño, la verdad, las iniciativas de justicia y las garantías de no repetición son elementos que hacen parte de lo que hoy se entiende por reparación, ampliando entonces la comprensión

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-251 de 2002. Puede verse las siguientes sentencias de la Sección Tercera: sentencias de 19 de octubre de 2007. Exp. 29273 (masacre El Aro).

del concepto hacia una perspectiva centrada en las víctimas y que involucre su participación.

Para superar la limitación de un enfoque eminentemente restitutivo, se ha creado una tendencia hacia la transformación democrática de la sociedad.

Referencias

ALIANAK, R. C. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 2, n. 1, p. 283-300, ene./jun. 2015.

COVILLA MARTÍNEZ, J. C. El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 13-31, out./dez. 2019.

DURANGO, G.; GARAY, K. El control de constitucionalidad y convencionalidad en Colombia. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores [on-line]*, v. 18, n. 36, p. 99-116, 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/dere.936>.

FERRER MacGREGOR, E. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Talca, año 9, n. 2, p. 531-622, 2011.

GATTI, F. La doctrina del “margen de apreciación nacional” y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 3, n. 1, p. 19-32, ene./jun. 2016.

GUSSOLI, F. K. Hierarquia supraconstitucional relativa dos tratados internacionais de direitos humanos. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 3, p. 703-747, set./dez. 2019.

MOLINA HERNÁNDEZ, M. Administración pública y control de convencionalidad: problemas y desafíos. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 5, n. 2, p. 287-299, jul./dic. 2018.

RESENDE, A. C. L. de; MOLINARO, C. A. A interamericanização do direito administrativo sancionador brasileiro: reflexões sobre o princípio da tipicidade da infração disciplinar a partir do diálogo judicial internacional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 153-173, abr./jun. 2019.

ROZNAI, Y.; KREUZ, L. R. C. Conventionality control and Amendment 95/2016: a Brazilian case of unconstitutional constitutional amendment. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 35-56, maio/ago. 2018.

SANTIAGO, A.; LANGE, G. Los primeros sesenta años de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 11-57, jul./set. 2019.

SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: Estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática. In: BREWER CARÍAS, A. R., SANTOFIMIO GAMBOA, J. O. *Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. p. 175-181.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GARCÍA LÓPEZ, Luisa Fernanda. Constitucionalidad y convencionalidad en Colombia: el diálogo entre las cortes. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 31-50, jan./mar. 2021.
