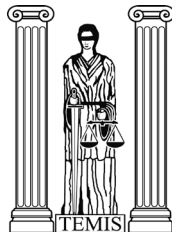


MANUEL F. QUINCHE RAMÍREZ

# EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

*Tercera edición,  
ampliada y puesta al día*



EDITORIAL TEMIS S. A.  
Bogotá - Colombia  
2017

# ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Prólogo a la tercera edición.....	IX

## CAPÍTULO I

### ORIGEN Y EVOLUCIÓN

1. Primera etapa. El control de convencionalidad sobre normas nacionales, como ejercicio de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. “La violación per se” de la Convención .....	3
A) La violación per se de la Convención y el control de convencionalidad sobre las leyes y otras normas de los Estados Parte .....	3
B) La primera declaratoria de responsabilidad internacional por la expedición de leyes contrarias a la Convención.....	6
C) La responsabilidad internacional por normas dictadas en estado de emergencia, contrarias a la Convención Americana.....	8
D) La primera declaratoria de responsabilidad internacional por la expedición de normas constitucionales contrarias a la Convención ...	11
E) La responsabilidad internacional por la expedición de leyes de amnistía, indulto o perdón .....	14
F) La responsabilidad internacional por normas que prevén la existencia de la pena de muerte .....	18
G) La responsabilidad internacional por políticas públicas inexistentes o por políticas públicas contrarias a la Convención Americana.....	20
2. Segunda etapa. La formulación del control de convencionalidad y de sus elementos sustantivos por la Corte Interamericana .....	22
A) El primer uso de la expresión “control de convencionalidad” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	22
B) Control de convencionalidad sobre prácticas estatales que impiden el acceso a la justicia .....	26
C) Reiteración de jurisprudencia. Control de convencionalidad por el cumplimiento (no por la expedición) de leyes contrarias a la Convención.....	29

	PÁG.
D) Cuatro casos contra México en el escenario del control de convencionalidad.....	32
E) La formulación de los elementos dogmáticos del control de convencionalidad por la Corte Interamericana .....	36
F) La dimensión democrática del control de convencionalidad en relación con la función de los jueces .....	39
G) La obligación de ejercer el control de convencionalidad conforme a los tratados y convenciones concurrentes del corpus iuris interamericano .....	42
3. Tercera etapa. El control de convencionalidad como tarea de cada uno de los Estados Partes y el diálogo judicial .....	44
A) Balance de las dos primeras etapas del control de convencionalidad .....	44
B) El control de convencionalidad en las sentencias de la Corte Interamericana de los años 2013 y 2014 .....	45
C) El contenido de las opiniones consultivas como referente en el ejercicio del control de convencionalidad .....	48
D) El control de convencionalidad en un caso de inexistencia de control constitucional y de tribunal constitucional en un Estado. La inconvencionalidad por omisión.....	50
E) Las omisiones inconvencionales y el control de convencionalidad .....	53

## CAPÍTULO II

### ELEMENTOS CONCEPTUALES, SUSTANTIVOS Y PROCESALES

1. Elementos conceptuales. La noción de control de convencionalidad ...	58
A) El control de convencionalidad en sentido sustantivo.....	59
B) El control de convencionalidad en sentido instrumental .....	62
a) Control de convencionalidad ejercido por los órganos e instituciones del Sistema Interamericano de Protección .....	62
b) Control de convencionalidad ejercido por los órganos superiores o de cierre de los distintos Estados Partes.....	62
c) Control de convencionalidad ejercido por la totalidad de los jueces de los Estados Partes.....	63
d) Control de convencionalidad ejercido por autoridades que ejercen jurisdicción y por otras autoridades públicas .....	63
2. Principios jurídicos que constituyen el fundamento del control de convencionalidad .....	64
A) Principios y normas con estructura de principio .....	64

	PÁG.
B) Los principios del Derecho Internacional “clásico” y los principios generales del derecho “reconocidos por las naciones civilizadas”..	66
a) Los principios y las fuentes tradicionales del Derecho Internacional.....	66
b) Los principios y las fuentes en el Derecho Internacional contemporáneo .....	67
C) El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sus principios	69
a) El principio de dignidad .....	70
b) El principio de libertad .....	71
c) El principio de igualdad.....	72
d) El principio de solidaridad.....	73
D) Principios específicos concurrentes en el control de convencionalidad .....	73
a) El principio de prevalencia del Derecho Internacional sobre el derecho interno .....	74
b) El principio “pro homine” .....	75
c) El principio de efectividad y el efecto útil de la Convención y de los fallos de la Corte Interamericana .....	77
d) El principio de interpretación conforme .....	77
e) El principio de subsidiariedad .....	78
3. Marco normativo del control de convencionalidad.....	79
A) La Convención Americana sobre Derechos Humanos .....	80
a) El artículo 1 de la Convención, que establece los deberes de respeto y garantía de los derechos humanos, a cargo de los Estados	81
b) El artículo 2 de la Convención, que obliga a los Estados a ajustar su derecho interno a la Convención Americana .....	82
c) El artículo 29 de la Convención, que establece las reglas de interpretación y aplicación de la Convención Americana .....	84
B) Tratados del Sistema Interamericano, cuya aplicación en los casos contenciosos es de competencia de la Corte Interamericana.....	84
a) El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.....	85
b) La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura .....	87
c) La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas .....	87
d) La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.....	89
C) Otros tratados sobre derechos humanos .....	90
D) Reglas y estándares fijados por la Corte Interamericana al resolver casos contenciosos .....	91

	PÁG.
4. El objeto del control de convencionalidad .....	92
A) Los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos .....	94
B) Derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y el artículo 13 del Protocolo de San Salvador.....	94
C) Derechos reconocidos por la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura .....	95
D) Derechos reconocidos por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.....	96
E) Los derechos consagrados en el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicarla Violencia contra la Mujer. Convención de Belem do Pará.....	98
F) Las reglas y estándares fijados por la Corte Interamericana en las sentencias que deciden casos contenciosos .....	100
5. Clasificación del control de convencionalidad.....	101
A) Criterios de clasificación de los controles de constitucionalidad y de convencionalidad .....	101
a) El control según su titular .....	101
b) El control según el objeto .....	101
B) El control concentrado de convencionalidad.....	102
a) El control concentrado sobre las leyes y otras normas desde el ejercicio de la competencia consultiva .....	103
b) El control concentrado de convencionalidad desde el ejercicio de la competencia contenciosa.....	106
C) El control difuso de convencionalidad .....	109
6. La competencia para ejercer el control de convencionalidad .....	111
A) La competencia como asunto de técnica jurídica .....	112
B) La competencia en el control de convencionalidad y sus escenarios	113
a) El ejercicio de la competencia del control de convencionalidad en el escenario interamericano.....	113
b) El ejercicio de la competencia del control de convencionalidad en el escenario del control de constitucionalidad de cada Estado	117
c) El ejercicio de la competencia del control de convencionalidad en el escenario general del sistema judicial local .....	120

### CAPÍTULO III

## CONSTITUCIONALIZACIÓN E INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO COMO PROCESOS CONCURRENTES CON EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

1. Los procesos y transformaciones del derecho y el control de convencionalidad .....	122
---	-----

	PÁG.
A) Los hechos y la complejización del derecho .....	122
B) El proceso de legalización del derecho.....	124
C) El proceso de constitucionalización del derecho legal .....	128
D) El proceso de internacionalización del derecho constitucional y de los derechos locales .....	131
2. El sistema de fuentes en tiempos de constitucionalización e internacionalización del derecho .....	135
A) El sistema de fuentes de la modernidad y del modelo de legalización del derecho.....	135
B) La transformación del sistema de fuentes como suceso evidente ...	138
C) Las modificaciones del sistema de fuentes y el control de convencionalidad.....	139
a) El fundamento de la modificación del sistema de fuentes.....	140
b) Relaciones y consecuencias de la modificación del sistema de fuentes y el control de convencionalidad.....	144
3. La recepción del Derecho Internacional y la constitucionalización del derecho .....	144
A) La ley aprobatoria del tratado público como instrumento de inserción del Derecho Internacional en el modelo de legalización del derecho .....	145
B) El bloque de constitucionalidad como mecanismo de inserción del Derecho Internacional en el modelo de constitucionalización del derecho .....	147
a) El concepto de bloque de constitucionalidad y sus antecedentes	148
b) El bloque de constitucionalidad en dos países de la región.....	149
C) El bloque de constitucionalidad en Colombia .....	152
a) Funciones del bloque de constitucionalidad .....	152
b) Clasificación del bloque de constitucionalidad.....	154
D) El bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad	156
4. Las recomendaciones y las medidas cautelares dictadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos .....	157
A) La fuerza vinculante y la obligatoriedad de las recomendaciones dictadas por la Comisión Interamericana .....	157
B) La fuerza vinculante y la obligatoriedad de las medidas cautelares dictadas por la Comisión Interamericana .....	159
5. Las opiniones consultivas y las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	160
A) La fuerza vinculante y la obligatoriedad de las reglas y estándares dispuestos en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana	161
B) La fuerza vinculante y la obligatoriedad de las reglas y estándares dispuestos en las sentencias de la Corte Interamericana .....	164

	PÁG.
a) El modelo de rechazo de las reglas y estándares en nombre de la soberanía nacional.....	164
b) El modelo de la obligatoriedad total de las reglas y estándares de la Corte Interamericana.....	166
c) El modelo de obligatoriedad de las reglas y estándares, que diferencia la “res iudicata” y la “res interpretata” .....	169
d) Las reglas jurisdiccionales en vigor sobre la eficacia de las sentencias de la Corte Interamericana.....	173

#### CAPÍTULO IV

### TENSIONES, DIÁLOGO JUDICIAL Y DIFICULTADES EN LA IMPLANTACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

1. La soberanía nacional y la supremacía constitucional, frente al control de convencionalidad.....	175
2. La legitimidad del juez interamericano y del ejercicio del control de convencionalidad .....	178
3. Tensión tres. La democracia, el presidencialismo y el control de convencionalidad .....	182
A) La Carta Democrática Interamericana.....	182
B) La insuficiencia del derecho interno frente a la violación de los derechos humanos y la democracia.....	185
4. El “margen de apreciación nacional” como mecanismo de elusión del control de convencionalidad.....	192
5. La “protección multinivel” de los derechos humanos. La “interacción” entre los sistemas y el control de convencionalidad .....	194
6. El “diálogo judicial” en la protección multinivel de los derechos humanos y el control de convencionalidad.....	197
A) El diálogo judicial como acontecimiento .....	197
B) Una relación que no sea necesariamente vertical .....	198
C) El juez local como juez interamericano.....	200
7. Dificultades en la implantación del control de convencionalidad.....	201

#### CAPÍTULO V

### DIÁLOGO JUDICIAL Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN COLOMBIA

1. La recepción de las reglas y estándares fijados por la Corte Interamericana en Colombia.....	206
---	-----

	PÁG.
A) Etapa inicial. La total intrascendencia del derecho convencional ...	206
B) Segunda etapa. La formulación del bloque de constitucionalidad como instrumento de inclusión del DIDH .....	207
C) Tercera etapa. La inclusión del derecho convencional y las condenas contra Colombia .....	208
D) Cuarta etapa. El bloque de constitucionalidad como criterio del control de constitucionalidad y de convencionalidad. Escenarios .....	211
a) Los derechos de las víctimas del conflicto armado .....	212
b) Los derechos de las mujeres .....	213
c) Los derechos de las personas en condición de discapacidad .....	214
d) La restitución de la tierra .....	16
2. El control de convencionalidad en la Corte Constitucional .....	217
A) Primer período. El bloque de constitucionalidad como criterio relevante y la negación del control de convencionalidad .....	218
a) La sentencia C-028 de 2006. Los componentes del bloque de constitucionalidad no son criterios autónomos del control constitucional .....	220
b) La sentencia C-442 de 2011 .....	221
c) La sentencia SU-712 de 2013 .....	223
B) Segundo período .....	224
a) La sentencia C-792 de 2014 .....	225
b) La sentencia C-327 de 2016 .....	227
c) La sentencia C-659 de 2016 .....	229
3. El control de convencionalidad en el Consejo de Estado .....	231
A) Escenarios del control de convencionalidad en el Consejo de Estado ...	231
B) Presentación de los elementos del control de convencionalidad por el Consejo de Estado .....	234
C) El control de convencionalidad como fundamento del juicio de responsabilidad y de la reparación integral del daño causado .....	235
D) El control de convencionalidad como fundamento del juicio de responsabilidad estatal por el daño causado .....	238
a) El Estado debe cumplir las obligaciones derivadas del DIDH y del DIH .....	238
b) El juez de daños es un juez de convencionalidad en el derecho interno .....	238
B) El juez contencioso administrativo tiene la obligación de incorporar la interpretación y los estándares internacionales .....	239
C) El control de convencionalidad como fundamento para la reparación integral del daño causado .....	239
Bibliografía .....	241
Índice de autores .....	247

Frente a las anteriores observaciones, ABRAMOVICH afirma que se olvida que la expedición y vigencia de las normas internacionales, así como la articulación de los sistemas de protección, son asuntos muy complejos en los que participan múltiples actores no solo estatales, que no pueden ser descalificadas por visiones simplistas o esquemáticas como las que se reflejan en la objeciones antedichas. Por el contrario, el autor refiere la existencia de situaciones de exclusión y de afectaciones estructurales de la igualdad, que legitiman las actuaciones de la Corte y del sistema de protección, pues “Se trata de situaciones extremas en las que el espacio político del Estado nacional funciona como una prisión. Este tipo de situación expone los límites de las soberanías estatales como mecanismo excluyente de la protección de los derechos y justificaría, en nuestra opinión, una mayor injerencia de la comunidad internacional”<sup>9</sup>. Debe señalarse, además, que la congestión actual de la Comisión Interamericana lo que evidencia (entre otras cuestiones), es una gran demanda de justicia, originada en la violación continua de los derechos humanos en la región, que pone de presente la insuficiencia del derecho local frente al creciente número de violaciones y la necesidad del ejercicio del control de convencionalidad.

### 3. TENSION TRES. LA DEMOCRACIA, EL PRESIDENCIALISMO Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD<sup>10</sup>

Un tercer escenario de tensión se da entre el ejercicio del control de convencionalidad, que es preferentemente judicial (de un lado), frente a las normas que han sido expedidas por los congresos y presidentes de los Estados Parte, en ejercicio del principio democrático local (del otro), e incluso sobre decisiones del *pueblo*, en el caso de referendos o consultas populares.

#### A) *La Carta Democrática Interamericana*

El Sistema Interamericano ha elaborado un documento relativo a la democracia. Se trata de la *Carta Democrática Interamericana*, aprobada

<sup>9</sup> ABRAMOVICH, *op. cit.*, págs. 215 a 218.

<sup>10</sup> Esta sección retoma las consideraciones formuladas en MANUEL F. QUINCHE, “El presidencialismo, el control de convencionalidad y la democracia en los países andinos”, en *Co-herencia. Revista de Humanidades*, núm. 19, vol. 10, julio-diciembre de 2013, Medellín, Universidad EAFIT, págs. 167-206.

por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 11 de septiembre de 2011 en Lima, Perú. El documento, articulado de acuerdo con los modelos de democracia representativa, participativa, incluyente y electoral, está construido, como otros de su clase, por dos zonas textuales, la primera de las cuales contiene las consideraciones y motivaciones del texto, que dan paso a la segunda parte, constituida por el articulado de la Carta.

De acuerdo con sus signatarios, la Carta es una guía con pretensiones normativas, concebida con la idea de mejorar el funcionamiento de los sistemas democráticos de la región. Esto explica la tajante afirmación del artículo 1 con el que da comienzo, según la cual, “Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla”. En la parte considerativa del texto, bastante amplia, el documento dice recoger como precedentes el *Compromiso de Santiago* de 1991, la *Declaración de Nassau* de 1992 y la *Declaración de Managua* de 1993, suscritos por los Estados Parte, se apuesta a la preservación de la democracia representativa, como el supuesto indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, así como al derecho a la participación, como elemento central para conservar el régimen democrático. De esta manera, representación y participación se presentan como los elementos esenciales de la democracia en la región.

Tres cuestiones contenidas en la parte motiva deben ser resaltadas aquí, por ser funcionales al control de convencionalidad. En primer lugar, la importancia de la relación entre la democracia y las instituciones del Sistema Interamericano encargadas de la defensa de los derechos y del cumplimiento de las obligaciones de los Estados Parte. Al respecto la consideración nueve es explícita, pues justifica la expedición de la Carta, “Reafirmando que la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática y reconociendo la importancia que tiene el continuo desarrollo y fortalecimiento del sistema interamericano para la consolidación de la democracia”<sup>11</sup>. En segundo término se hace explícito como elemento necesario para la realización de la democracia, que los Estados cumplan las obligaciones internacionales que han adquirido por el derecho convencional, al entender “que todos los derechos y obligaciones de los Estados Miembros conforme a la Carta de la OEA *representan el fundamento de los principios democráticos del hemisferio*” (resaltado fuera de

<sup>11</sup> Carta Democrática Interamericana, novena consideración.

texto); y en tercer lugar, una referencia explícita a lo que allí se denominó el “desarrollo progresivo del derecho internacional”, que, como se ha visto, además de ser un hecho innegable, propicia el nacimiento, desarrollo y aplicación del control de convencionalidad.

Los elementos normativos de la Carta se desarrollan en 28 artículos, distribuidos en seis secciones. Las dos primeras se refieren a “La democracia y el sistema interamericano” y “La democracia y los derechos humanos”; la tercera se ocupa de la relación existente entre la democracia y la pobreza; mientras que las tres últimas, artículos 17 a 28, atienden al régimen electoral, a la cultura democrática y al establecimiento de medidas que pueden ser tomadas en los casos de quebrantamiento de facto del régimen democrático. Un caso reciente de aplicación de estas últimas es el relacionado con el régimen de facto establecido en Honduras el 28 de junio de 2009, que la Comisión Interamericana describió como “el derrocamiento del presidente democráticamente electo y la ruptura del orden democrático constitucional”<sup>12</sup>.

En sentido funcional el texto adopta tres contenidos explícitos para el Sistema Interamericano: en el artículo 3 enuncia los elementos esenciales de la democracia; en el artículo 4 fija los componentes fundamentales para el ejercicio de la democracia y, finalmente, en el artículo 8 reitera el carácter fundamental del Sistema Interamericano y sus instituciones, para la realización de la democracia.

Como *elementos esenciales* de la democracia representativa se disponen: el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, y la separación e independencia de los poderes públicos. Como *componentes fundamentales* de la democracia se definen la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública y el respeto por los derechos sociales, y la libertad de expresión y de prensa.

El artículo 8 del instrumento vincula expresamente la defensa del régimen democrático, al derecho a interponer denuncias o peticiones al SIPDH en referencia a sus órganos (la Comisión Interamericana y la Corte Interameri-

<sup>12</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Honduras: Derechos humanos y golpe de Estado*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 30 diciembre 2009, en <http://www.cidh.org/pdf%20files/HONDURAS2009ESP.pdf> registro de septiembre 20 de 2012.