

Excepción de Inconvencionalidad en las actuaciones públicas del Estado colombiano

The systemic change caused by the possibility of automatic exclusion of the unworthy

*Autores: Alfonso Montes Camelo, Armando Noriega Ruiz,
Elina Marcela Meriño Ortega, Andrés Felipe Soto Barrios*
DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.2383>

Excepción de inconventionalidad en las actuaciones públicas del Estado colombiano*

Exception of Unconventionality in Colombian State's Public Proceedings

Exceção de inconventionalidade nos processos públicos do Estado colombiano

Armando Noriega Ruiz^b
armando.noriega@unilibre.edu.co

Alfonso Montes Camelo^a
alfonsomontes18@outlook.com

Elina Marcela Meriño Ortega^c
elinam-merinoo@unilibre.edu.co

Andrés Felipe Soto Barrios^d
andresf-sotob@unilibre.edu.co

Fecha de recepción: 22 de diciembre de 2023

Fecha de revisión: 22 de febrero de 2024

Fecha de aceptación: 1 de marzo de 2024

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.2383>

Para citar este artículo:

Noriega Ruiz, A., Montes Camelo, A., Meriño Ortega, E. & Soto Barrios, A (2024). Excepción de inconventionalidad en las actuaciones públicas del Estado colombiano. *Revista Misión Jurídica*, 17, (26), 177 -195.

RESUMEN

En el marco de los límites del ejercicio del “Ius puniendi” como manifestaciones legítimas para modular los excesos del poder público desproporcionado del Estado Constitucional de Derecho, nace una frontera supranacional de validez normativa que busca blindar los derechos fundamentales con una dimensión de obligaciones internacionales (positivas & negativas) que los “Estados Parte” deberán cumplir una vez ratificados los diversos instrumentos de protección internacional de los derechos humanos. Con el propósito de categorizar sistemáticamente la institución de la excepción de inconventionalidad para procesos jurídicos más sostenibles, se hizo un análisis

* Artículo de reflexión.

a. Rector de la Universidad Libre – seccional Cartagena. Abogado especializado en Derecho Penal, Criminología y Derecho Procesal. Magister en Derecho Administrativo. Conjuez Sala Penal Tribunal Superior Distrito Judicial.

Correo electrónico: armando.noriega@unilibre.edu.co ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2845-252X>

b. Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Libre – seccional Cartagena. Abogado Penalista, Magister en Derecho y Derecho Penal. alfonsomontes18@outlook.com. <https://orcid.org/0009-0000-4147-1042>.

c. Estudiante de Derecho de la Universidad Libre – seccional Cartagena. CIENCIA LIBRE/CULTURA SIN FRONTERAS.

Correo electrónico: elinam-merinoo@unilibre.edu.co. Orcid: <https://orcid.org/0009-0006-6043-7097>

d. Estudiante de Derecho de la Universidad Libre – seccional Cartagena. Semillero CIENCIA LIBRE/POSCONFLICTO Y JUSTICIA. Correo electrónico: andresf-sotob@unilibre.edu.co. Orcid: <https://orcid.org/0009-0006-0979-5470>

hermenéutico-histórico crítico, deduciendo de exámenes casuísticos para determinar su alcance dentro de los sistemas normativos internos; precisamente como una manifestación de garantía supralegal, que en el despliegue de las mismas paredes del bloque de constitucionalidad, nos permiten marcar unos criterios moduladores en la aplicación de las normas. Materialmente hablando, cuando las Altas Cortes han asumido una línea jurisprudencial con efecto de cosa juzgada constitucional absoluta, se presenta la imposibilidad tanto para los jueces como actores procesales de utilizar la excepción de inconstitucionalidad en las actuaciones públicas colombianas. No obstante, como última garantía de una tutela efectiva jurídica, en la que, aun cuando se haya declarado la constitucionalidad de las violaciones de derechos humanos, según el precedente multilateral disidente del órgano competente de los sistemas regionales de protección de derechos humanos, encontramos la excepción de inconvencionalidad.

PALABRAS CLAVE

Excepción; inconvencionalidad; DIDDHH; proceso; sostenibilidad.

ABSTRACT

Within the framework of the boundaries to the exercise of “ius puniendi” as legitimate measures to keep at bay disproportionate use of police powers, as enshrined in the rule of law, a normative supranational boundary has emerged to safeguard citizens’ fundamental rights. Such boundaries are subject to international (positive & negative) obligations that States parties must abide by once ratified. In order to categorize systematically the *exception of unconvencionality* for more sustainable legal proceedings, a hermeneutical historical-analysis was done of case-by-case examinations to determine its reach in internal normative systems. This is a sample of *supralegal guarantee* that allows us to set some modulating criteria in the application of rules in compliance by deploying the same conditions of the *constitutionality block*. Specifically, when a high-court has adopted a line of jurisprudence with the effect of absolute constitutional *res judicata*, it becomes impossible for both judges and procedural actors to resort to exception of unconstitutionality in Colombian public proceedings. However, we find the exception of

unconvencionality as the last guarantee of effective legal protection, even when the constitutionality of human rights violations has been declared, according to the dissenting multilateral precedent of the competent body in regional human rights protection systems.

KEYWORDS

Exception of unconvencionality; international human rights law; proceedings; sustainability.

RESUMO

Dentro da estrutura dos limites para o exercício do “ius puniendi” como medidas legítimas para conter o uso desproporcional dos poderes policiais, conforme consagrado no Estado de Direito, surgiu um limite normativo supranacional para salvaguardar os direitos fundamentais dos cidadãos. Tais limites estão sujeitos a obrigações internacionais (positivas e negativas) que os Estados Partes devem cumprir depois de ratificados. A fim de categorizar sistematicamente a *exceção de inconvencionalidade* para procedimentos jurídicos mais sustentáveis, foi feita uma análise histórica hermenêutica de exames casuísticos para determinar seu alcance nos sistemas normativos internos. Essa é precisamente uma amostra de *garantia supralegal* que nos permite definir alguns critérios moduladores na aplicação de regras de conformidade, empregando as mesmas condições do *bloco de constitucionalidade*. Especificamente, quando um tribunal superior adota uma linha de jurisprudência com o efeito de *res judicata* constitucional absoluta, torna-se impossível tanto para os juízes quanto para os atores processuais recorrer à exceção de inconstitucionalidade nos processos públicos colombianos. No entanto, consideramos a exceção de inconvencionalidade como a última garantia de proteção legal efetiva, mesmo quando a constitucionalidade das violações de direitos humanos tenha sido declarada, de acordo com o precedente multilateral divergente do órgão competente nos sistemas regionais de proteção de direitos humanos.

PALAVRAS CHAVE

Exceção de inconvencionalidade, direito internacional dos direitos humanos, procedimento, sustentabilidade.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más novedosos y controversiales en la práctica jurídica es la famosa excepción de inconventionalidad. Esta institución jurídica ha materializado la transformación de paradigmas, del Estado Constitucional de Derecho a un Estado Constitucional y Convencional de Derecho, el cual limita la soberanía popular, la autodeterminación de los Estados y su margen de apreciación de acuerdo a las exigencias internacionales a las que dicho Estado ha consentido su cumplimiento.

Ahora, si bien es necesaria su aplicación, la delimitación de la misma en los respectivos contextos normativos es igual de importante, para impedir el uso desproporcionado de la misma, que eventualmente pueda terminar comprometiendo bienes jurídicos de carácter general, lesionando el interés general sin compasión; sin olvidar que la legitimación del sistema penal y de su régimen en la dimensión social del Estado social y democrático de derecho, de un sistema abierto y dúctil es preciamente que esa intevención Estatal propugne por la *“mayor protección de la víctima, con la menor aflicción del sindicado”*.

Como la excepción de inconstitucionalidad es el producto de la inaplicación de la norma por violación a la Carta Magna, derivada del principio de supremacía constitucional que motiva el control de constitucionalidad difuso, la excepción de inconventionalidad es una institución jurídico-procesal o procedimental que se desprende del control de convencionalidad difuso, el cual obliga a cualquier persona a cargo de la función pública, a asegurar que la toma de decisiones en las actuaciones públicas sean compatibles con las normas sobre DDHH del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) o Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos (en adelante SIPDH) en general y la interpretación internacional que se les haya dado, con la finalidad de proteger los derechos humanos mediante el respeto de las obligaciones negativas de respetar y las obligaciones positivas¹ de garantizar los derechos y libertades a nivel

1. *Caso González Lluy y otros Vs. Ecuador*. Parr. 168. *“(…) los Estados se comprometen no solo a respetar los derechos y libertades en ella reconocidos (obligación negativa), sino también a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva)”*. En el mismo sentido, *Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, párrs. 165 y 166, y *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*, párr. 127.

Constitucional y Convencional dentro del marco procesal o procedimental respectivo.

En ese sentido, las excepciones que se presenten en cualquier actuación pública en virtud de potenciales violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) u otros tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano, son aplicadas obligatoriamente por fuerza vinculante, ya que su origen viene del control de constitucionalidad difuso que, por vía bloque de constitucionalidad obliga a la autoridad a observar y aplicar las normas internacionales *ius cogens*, cuyo cumplimiento es de carácter obligatorio por haber sido ratificadas, por lo que, en efecto, es finalmente una excepción de inconstitucionalidad y no de inconventionalidad, excluyendo los casos en los que los ordenamientos jurídicos internos e internacionales interpreten con diferentes posiciones los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos ratificados.

Ahora bien, cuando la autoridad ejerce su función pública, debería contar con la facultad de aplicar normas y jurisprudencia ajenas al ordenamiento jurídico interno y a su fuerza vinculante cuando se trata de la protección de los derechos humanos, bajo la siguiente fundamentación teleológica: Según lo dispone el Artículo 1 de la CADH, el Estado se ha comprometido a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella, y a garantizar su pleno ejercicio y goce a todas las personas que se encuentren en su territorio y jurisdicción, con la misma finalidad última que todos los sistemas regionales de protección de derechos humanos, propugne por la protección efectiva del ser humano ante la soberanía nacional o popular del Estado, poniéndole un límite supraconstitucional al ejercicio de los límites del poder público de cualquier sistema político o método para juzgar.

En tal virtud, a la luz de una interpretación teleológica, sería entonces lógico entender, que se apliquen instrumentos, cuyo alcance ha sido interpretado de manera divergente al ordenamiento o contenido sistémico del orden jurídico nacional por parte del organismo multilateral competente, o cuando aún no tengan fuerza vinculante, pero ofrezcan una mejor protección de los derechos humanos a las personas sometidas al poder público. En consecuencia, la excepción de inconventionalidad se utilizaría

como herramienta para evitar las violaciones de derechos humanos que se encuentren conformes con la exequibilidad absoluta de las normas internas proclamadas en las sentencias de control de constitucionalidad concentradas por el intérprete nacional; pues, en ese momento la Corte ha determinado que no hay violación de la Constitución al aplicar dichas normas internas, toda vez que en razón del Artículo 243 Superior, las decisiones de la H. Corte Constitucional sobre los controles abstractos de constitucionalidad gozan de carácter inmutable por encontrarse amparadas por el principio general del derecho procesal de la cosa juzgada Constitucional; por lo que aquel fondo no podrá ser controvertido, lo cual presentaría la imposibilidad de inaplicar una norma bajo la institucionalidad procesal de la excepción de inconstitucionalidad cuando esta ha hecho tránsito a una².

En consecuencia, la constitucionalización globalizada y vigente, a la luz de la agenda 2030, signada por el Estado Colombiano desde la aprobación de la Resolución 70/1 de 2015 en la Asamblea General de Naciones Unidas, nos permite entender razonablemente que este, tendrá que desarrollar todas sus actuaciones públicas, actos de las administración y demás acciones de políticas públicas u organización bajo todas las orientaciones tendientes a obtener el cumplimiento de los 17 objetivos de desarrollo sostenible (en adelante ODS) pactados por los Estados Parte. Es por ello, que, para el presente proyecto, todo el análisis de la excepción de inconvencionalidad, se gesta con su génesis, su evolución histórica, sustento filosófico, fundamentación normativa en Colombia, diferenciación entre la excepción de inconstitucionalidad y de inconvencionalidad, deficiencias en su aplicación y soluciones propuestas, presentan o exponen con el mejor propósito de optimizar el cumplimiento de los siguientes ODS; a saber:

10 (Reducción de la desigualdad en los países y entre ellos).
16 (Paz, justicia e instituciones sólidas) y...
17 (Alianza para lograr los objetivos).

2. T-704, 2012 & C-600, 1998

De manera tal, que por conducto e intermediación de la alianza que proporciona el SIDH entre sus Estados Partes, se persiga sin lugar a dudas, una igualdad que realmente consulte el contenido real, material, cierto y eficaz de la justicia, sin importar la jurisdicción territorial en la que se encuentren los individuos sobre los cuales recaiga la actuación del ejercicio del poder público del Estado sub examine.

Pregunta problema:

¿Cuál es la trascendencia de la excepción de inconvencionalidad en los procesos jurisdiccionales y procedimientos administrativos en Colombia?

2. METODOLOGÍA:

En esta investigación jurídica de corte cualitativa con un enfoque crítico sobre la conceptualización y aplicación de la institución jurídico-procesal objeto de estudio, se emprendieron varios métodos para lograr el desafío investigativo de determinar el verdadero sentido y alcance del concepto de la excepción de inconvencionalidad en las actuaciones públicas del Estado Colombiano.

Primordialmente, se utilizó el método histórico al realizarse un recorrido cronológico en el que se identificó tanto el origen de la institución jurídica multilateral, como la evolución de su aplicación a lo largo de las diferentes épocas de tránsito tanto a nivel interno, como internacional. Seguidamente, fue de alta utilidad la aplicación del método lógico-hermenéutico para identificar el acervo normativo al cual se encuentra subordinado el Estado Colombiano y las personas de su jurisdicción; de tal manera, que se puedan tener claros los derechos y obligaciones de ambos, contando no solo con el sentido y alcance del ordenamiento jurídico vigente, sino también con aquella realizada por las Altas Cortes que a nivel nacional, que se encuentran de igual manera sujetas al constitucionalismo multinivel presente, que es interpretado por la magistratura de la H. Corte IDH.

En esta misma vía, se articularon los métodos anteriores con el deductivo-inductivo, partiendo de circunstancias generales en la fundamentación constitucional y legal de la herramienta procesal y procedimental, para llegar a su aplicación en casos concretos, realizando un análisis crítico a

su implementación, y evidenciando confusiones con el uso de la institución de la excepción de inconstitucionalidad y deficiencias en su aplicación, que fueron sin dudas!...el motivo de una propuesta teórica evolutiva más garantista; que amen de la subordinación normativa del Estado Colombiano sobre el contenido amplio y reglado de las actuaciones públicas de su competencia, se le brindaría más claridad a su aplicación, y por supuesto, una mayor protección a los administrados dentro de dicho territorio, con la finalidad última de brindarle una sistematización de la que se pudiese incrementar la protección de derechos humanos de aquellos en los demás países del SIDH; sin perjuicio de aquellos dentro de los diferentes Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos (en adelante SRPDH) que conforman el SIPDH.

En la búsqueda de la información necesaria que exigen las diversas respuestas al a pregunta problema y las sub preguntas que surgen de cada objetivo específico, fue importante aprovechar principalmente, fuentes primarias de recolección de información como lo son las normas que tanto el Legislador como el Constituyente han consensuado dentro del Estado, los precedentes judiciales sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), la Corte Constitucional de Colombia, y otras Sentencias hito que han sido proferidas internamente en aplicación del mecanismo convencional de protección de derechos humanos.

Además, se indagaron fuentes secundarias de recolección de información, tales como artículos científicos emitidos por las mismas corporaciones judiciales, a nivel multilateral y estatal en los que se interpretan las fuentes primarias, por ejemplo, como lo son los Cuadernillos de la Corte IDH, de la misma manera que se estudiaron artículos científicos que han sido publicados en revistas indexadas, tocando la presente temática, como también fuentes bibliográficas audiovisuales proporcionadas por funcionarios de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

3.1 Antecedentes cronológicos de la excepción de Inconvencionalidad:

Desde los tiempos de antaño, el paradigma legal del constitucionalismo ha servido

históricamente como límite del poder público, precisamente como una manifestación de que el ejercicio del poder estatal a pesar de su monopolístico derecho a castigar no es omnímodo, ni ilimitado. Datando de la época de la Antigua Grecia y la República Romana, en donde en un “constitucionalismo antiguo”, además de la organización democrática de Atenas en la Constitución de Solón (594 AC), se empezaron a limitar los poderes de los magistrados³ en dichos estadios sociopolíticos mediante un origen impuesto de dichas constituciones.

Más allá de las codificaciones o costumbres que han regulado la interacción humana en el transcurso de la evolución histórica del derecho positivo interno de los diferentes estados-naciones, hay un punto clave en el que se materializa un cambio trascendental de paradigmas, que se hace responsable, eventualmente, por la humanización en la interacción persona-Estado. Aquel momento emblemático es el nacimiento y consenso de la primera Constitución. Propia de los Ingleses, la Carta Magna (1215), la cual se constituye mediante un origen otorgado por Juan I de Inglaterra, o como muchos los conocen, Juan sin Tierra, debido a la gran presión del Pueblo en la que se encontraba, lo cual lo obligó a otorgar dichas medidas.

En este primer momento, la Constitución restringe el alcance de poder que tiene el Estado, más precisamente al rey. Aunque, en efecto no se habían humanizado las interacciones Persona-Estado, se puede evidenciar, que se instauran unas garantías mínimas a los administrados, las cuales buscan impedir el abuso de las facultades para mandar a cargo del gobernante de turno sobre las personas sujetas a su jurisdicción. En este momento histórico, se puede decir que el paradigma de jerarquía normativa dentro de las fuentes de derecho sigue siendo un Estado-Legalista, caracterizado por considerar las codificaciones legales como las normas con mayor fuerza que todas las demás normas debían respetar. Sin embargo, tenemos un primer antecedente material, con el Caso Bonham (1610), en donde el Juez Edward Coke de Inglaterra, “(...) sostuvo la necesidad de controlar las leyes positivas que no concordaran con los mandatos

3. Matson Ospino, William. (2011). *Teoría de la Constitución: Preguntas y Respuestas*. Editorial Universidad Libre, Sede Cartagena.

del derecho natural (...) Así, (...) el statutory law debía someterse al common law, con ello la soberanía del parlamento, cede y prevalece el derecho común. El juez adquiere así una potestad de control frente al parlamento.”⁴

Aquel paradigma de jerarquía normativa tardó 5 siglos en evolucionar al siguiente paradigma, en donde finalmente llegó hasta el punto de partida de las constituciones modernas con una inclusión de derechos y garantías además de las limitaciones que se le hacen al poder público, la cual se da inicio con la Constitución de los Estados Unidos de América de 1789. En una primera fase cuando, además de la parte orgánica, encontramos la organización de las instituciones políticas en los primeros siete Artículos, introduciéndose por primera vez, una parte dogmática en las 27 enmiendas de la Constitución en las que se constitucionalizan los derechos fundamentales.

Es válido señalar con pertinencia, cuando aquella parte dogmática es interpretada a la luz del inciso segundo del Artículo Sexto, que declara a la Constitución Estadounidense, y a las leyes, y tratados ajustados a la misma como Ley Suprema, “y los jueces de cada Estado estarán por lo tanto obligados a observarlos, sin ninguna cosa en contrario a la Constitución o las leyes de cualquier Estado.”⁵, similarmente a lo que el Artículo cuarto Superior representa en Colombia, que es en donde se encuentra la primera subordinación de todas las normas a la norma constitucional, y por consiguiente, de donde surge la génesis del control de constitucionalidad concentrado, pero más relevante para este análisis jurídico, el difuso, únicamente obligatorio para los jueces en ese primer estadio, de donde se desprende la excepción de inconstitucionalidad.

El primer ejemplo de aplicación de dicha institución procesal, se presenta como un hito jurisprudencial histórico en 1803, que sienta la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América (en adelante SCJ), en el caso

Marbury v. Madison, en el que, en cabeza de su Presidente, John Marshall, la SCJ inaplica lo expreso en la Sección 13 de la Ley Judicial por ser inconstitucional, al considerar que dicha Ley le otorgaba facultades al Tribunal que se extendían por fuera de sus límites jurisdiccionales expresos claramente en la Constitución, marcando la pauta clara de la supremacía de la Constitución, no solo como se encontraba plasmado de manera formal en la misma, sino también materialmente al darle un carácter vivo a la norma predominante.

3.2 Internacionalización del derecho constitucional & constitucionalización del DIDDHH:

Al cobrar fuerza de Ley suprema, las constituciones se convirtieron en un arma de doble filo. Aquellas podían ser, de una manera una herramienta para garantizar los derechos y libertades, pero al mismo tiempo, podían ser unas cartas fundamentales en las que se podían hacer limitaciones arbitrarias, discriminatorias y obligatorias a dichos derechos y libertades por parte de la soberanía nacional, la cual estaba a cargo de los gobernantes de turno con el poder político.

Tal ha sido el caso, en el lado opuesto del espectro sociopolítico de la libertad, cuando se toma en consideración regímenes constitucionales como los de la República de Sudáfrica de 1948, la cual se utilizó para otorgarle el control del poder político y económico a la minoría de la raza blanca, por encima de la mayoría de la raza negra, los cuales se vieron discriminados sistemáticamente por los gobernantes, sufriendo privaciones graves de derechos humanos. De la misma manera, lo hizo la Constitución de la República Popular China de 1982, respecto a las restricciones impuestas a los derechos de la libertad de prensa, expresión y de reunión pacífica, de igual forma como lo hizo la Constitución de Rusia de 1993.

Con tal incertidumbre del respeto por los derechos naturales a nivel legal y constitucional, se presenta el cometido de desarrollar una teoría general del derecho coherente y efectiva, en donde obligatoriamente tendríamos que resaltar la influencia de grandes filósofos del derecho como lo fueron positivistas como Austin, Kelsen, entre otros, que aportaron a la finalidad de blindar el derecho con una aplicación justa, o de otra manera como lo interpretamos nosotros,

4. Zeballos, A. (2017). *Supremacía constitucional y bloque de constitucionalidad: el ejercicio de armonización de dos sistemas de derecho en Colombia*. P. 8.

5. “Article VI. (...) “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any state to the Contrary notwithstanding. (...)”

moralizar el derecho mediante la positivación de la moral, lo cual es en efecto, muy similar a lo que se estudiara en la siguiente sección, respecto a la internacionalización del derecho constitucional mediante la ratificación de tratados que tuviesen la misma jerarquía normativa que la constitución, que todas las normas están obligadas a respetar.

Tal como lo proponen Peña, Soto & Cardona, “La constitucionalización de los diferentes ámbitos especializados del derecho le permite al ordenamiento jurídico de un estado obtener una eficacia material con una tutela judicial optimizada como efecto de su formalización en lo más alto de la jerarquía del derecho positivo.”⁶. Según la precisión anterior, el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante DIDDHH) obtendrá una mayor seguridad jurídica y protección judicial en el ámbito interno cuando aquellos derechos humanos se encuentren como una obligación constitucional, lo cual significaría una exigencia de compatibilidad doble de las normas internacionales, comoquiera que las normas internas tendrán que ser objeto del control de constitucionalidad difuso en donde se deberá verificar la conformidad con el bloque de constitucionalidad al haberse constitucionalizado el DIDDHH, además de tener la obligación de los Estados de realizar el control de convencionalidad difuso, omitido con frecuencia a nivel interno.

4.1 Evolución de la excepción en el derecho procesal:

Cuando hablamos de la excepción dentro del proceso, muchos autores han asumido posturas, pero lo que sí queda claro entre todas ellas es la relación íntima que hay entre el derecho de acción y las excepciones. Por apreciar algunas, destacamos la escuela clásica, que consideraba al derecho de acción como un derecho subjetivo, separando a las acciones de su opuesto, las excepciones. Entendiéndose la excepción como lo que se opone a la acción. Aquello encuentra asidero en cuanto a las excepciones procesales que buscan que la acción no continúe. Posteriormente, encontramos la posición de la Teoría del derecho Concreto de Acción, en donde aquel derecho concreto recae sobre el accionante de utilizar su

tutela judicial frente al Estado o demandado, el cual utilizaría la excepción luego como un contra derecho, cuyo cometido es anular la finalidad de la acción que es reconocerle el derecho al accionante⁷.

A diferencia de autores como Carnelutti y Alsina, quienes consideran que la acción únicamente la tiene, quien tiene la razón cuando afirman que, “(...) no se puede considerar ni como un contraderecho (...) tienen tan poco derecho, material o procesal, como la pretensión (...) La excepción no es más que una razón. Pero una razón de la discusión, distinta de la defensa.”⁸ Mientras que Alsina⁹ también asocia el derecho de acción a una impugnación que tiene como finalidad anular la acción fundada en una norma sustancial o una norma procesal omitida.

En otro lado, encontramos la Teoría del Derecho Abstracto de Obrar, que según Alsina¹⁰, considera que la excepción es una afirmación de libertad, excluyéndola como derecho subjetivo ya que su finalidad es negar un derecho subjetivo, y negando que sea un contra derecho, pero la afirma como un mecanismo de contradicción (simple) o de una condición (sustancial) que el juez deberá tener en cuenta en su decisión.

4.2 Relación de la excepción con el derecho de acción:

Al precisar la excepción dentro del proceso, es imperativo comprender el derecho de acción, que encontramos en el Artículo 229 superior en un sentido amplio, compréndase aquel como no solo el derecho de acceder a la función pública de administrar justicia – la jurisdicción – , sino también para acceder a la administración dentro del contenido amplio o lato sensu de las actuaciones de la administración. Aquí es donde estriba la relación jurídica entre un accionante y un accionado dentro del medio institucional respectivo. Entendemos que, ambos, tanto el accionante como el accionado, constituyen el ejercicio del contradictorio que se despliega al interior de la acción jurídica, ambos deben tener,

6. Peña Sánchez, A., Soto Barrios, A., & Cardona Arbeláez, D. (2023). *Las Garantías Judiciales y los Derechos Políticos en el Proceso Disciplinario Colombiano contra funcionarios de Elección Popular*. P. 17-441.

7. Chioventa, G. (1949). *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. B. Aires. Editorial EJE.

8. Carnelutti, E. (1994). *Sistema de Derecho Procesal Civil*. T. II, B. Aires. Editorial UTHEA. P. 14.

9. *Supra*

10. *Supra*

o deberían tener las mismas oportunidades y facultades procesales conforme al principio del derecho procesal de igualdad de armas, en razón a que ambos están materializando el mismo derecho, el derecho de acción.

En ese entendido, al derecho de acción no se le opone absolutamente nada. Aquel abarca tanto las facultades y oportunidades del accionado como las del accionado de participar en la controversia jurídica la cual, en efecto, daría nacimiento a una relación jurídica. La cuestión vendría siendo entonces, ¿cómo se materializa ese derecho de acción? Bien, pues, en el caso de un proceso jurisdiccional, en Colombia, se presentaría la respuesta categórica del abogado, eso depende, teniendo en consideración los equivalentes jurisdiccionales que se encuentran incrustados en el Artículo 116 Superior, los cuales tienen investidura jurisdiccional, al cumplir dicha función pública excepcionalmente. Por ejemplo, si es un proceso judicial, hablaríamos de una demanda, pero si hablamos de una conciliación, sería mediante una solicitud de conciliación, etc. Mientras que, cuando hablamos de un procedimiento administrativo, aquel se materializa mediante una petición.

4.3 Función de la excepción en el derecho procesal:

En una posición similar a la sostenida por el Dr. Javier Angel Sotomayor Berrocal¹¹, previendo las diferencias en la materialización del derecho de acción, surgen las diferentes formas, o solemnidades que exige cada actuación pública para que se proteja el debido proceso, conforme a lo establecido en el Artículo 29 Superior. Específicamente, de aquí surgen las excepciones procesales, que en función de asegurar que los presupuestos procesales y requisitos previos se cumplan, buscan impedir que avance la actuación pública para garantizar una tutela jurídica efectiva, ya que, si uno de ellos es inconsistente, aquello podría traer inconvenientes en la validez de la relación jurídica que afectaría inmediata o mediatamente el pronunciamiento de la institución jurídica.

11. Sotomayor Berrocal, Javier Ángel: *EXCEPCIONES PROCESALES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL*. En: *IPEF, Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses*, Año XIV No 77. Marzo 2018, pps. del 35 al 52.

Ahora bien, la naturaleza de aquella excepción es completamente diferente a las excepciones sustanciales, ya que estas tienen como función evitar que se le otorgue al accionante el derecho, que aquel busca mediante las pretensiones o proteger los derechos que tiene el accionado en el derecho de contradicción. Por eso, de acuerdo a lo anteriormente expuesto consideramos que, la excepción de inconstitucionalidad y dada su íntima relación con la excepción de inconvencionalidad, son instituciones procesales que sirven como excepciones sustanciales, como quiera que aquellas buscan evitar la vulneración de un derecho consagrado en la Constitución Política o en los diferentes instrumentos de protección de derechos humanos.

4.4 Génesis de la excepción de inconvencionalidad en las ciencias jurídicas:

En dicha transformación positivista de la validez de la norma, empezamos a analizar la postura fundadora del positivismo legal de Austin¹², cuando menciona que, el poder supremo, o el soberano, es la autoridad política, y aquel no puede ser limitado por la ley positiva, pues aquello sería una plena contradicción, en donde luego delimita a aquel soberano en los Estados federales precisando sobre que, la falta de soberanía federal aparente por la soberanía individual de cada Estado de los Estados Unidos de América, verdaderamente es solo una apariencia porque cuando los Estados ratificaron la constitución se conformó un cuerpo agregado soberano que le dio su validez legal, y de ahí viene el hecho que, pues la ley es válida porque respeta la voluntad de la autoridad suprema expresa en el derecho positivo, es decir, la voluntad del cuerpo político de mayor autoridad del derecho creado por el hombre, que esta expresa en la constitución ratificada por los Estados, voluntad política positiva, y no moral, dejando claro que el derecho positivo no tiene por qué tener conformidad con la moral.

Desde ese punto de vista, ya se presentaban claras relaciones íntimas entre la voluntad política ilimitada y las violaciones a derechos humanos fomentadas por las constituciones mencionadas supra. En ese entendido y con la finalidad de limitar la voluntad política, dentro

12. Austin, J. (1832). *The Providence of Jurisprudence Determined*. P. 212 & 209.

de las diferentes teorías generales del derecho, Kelsen presenta una gran propuesta de validez cuando precisa que, "(...) un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho solo si la Constitución con la cual se relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. (...) un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a las normas que lo constituyen (...)"¹³

Desde esa perspectiva, entonces ya no solamente se requiere un soberano que tenga la facultad, conferida por el Pueblo para emitir dicha norma fundamental "*Grundnorm*", sino que, además, aquella únicamente recibe el título de válida por la ciencia del derecho cuando aquella sea eficaz, es decir, que los individuos a los cuales se dirige obedezcan. Dejando claro que la eficacia es uno de los factores de validez de la norma, más no el único.

Pues, si ese fuese el caso, sería válida una norma donde la cultura de incumplimiento sea mínima, por mucho que afecte los derechos humanos de sus integrantes. Sin duda alguna los Estados tienen un margen de apreciación cuando se trata de la autorregulación que cada Estado se puede proporcionar para materializar la autodeterminación que su soberanía escoja.

Es por eso que, sin restringir dicha facultad injustificadamente, sino para maximizar el principio general del derecho internacional de *efectividad*, que pretende evitar que se violen derechos consagrados en convenios y/o tratados internacionales ratificados por dicho Estado, mediante la imposición de un límite de validez supranacional a la norma o su interpretación de constitucionalidad, frontera delimitada por las normas *ius cogens*, ya que es el órgano multilateral, la Corte IDH la competente, de acuerdo al principio *Kompetence-Kompetence* para interpretar las normas que componen el nivel convencional dentro del SIDH.

Sea dentro de una teoría monista o dualista de jerarquías del orden jurídico, tal y como se puede extraer de la siguiente cita de Kelsen:

(...) la formula *pacta sunt servanda*, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta reciproca, es decir la de sus órganos y súbditos. (...) Merced al principio de efectividad, el derecho internacional delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos nacionales desde el triple punto de vista territorial, personal y temporal. El territorio de un Estado se extiende en virtud del derecho internacional, por doquiera el derecho de este Estado es efectivamente aplicado y el derecho internacional garantiza la integridad de este territorio previendo sanciones para el caso de que fuera violado.¹⁴

Ahora bien, con aquello Kelsen no pretende decir que, la ley que viole obligaciones internacionales del Estado automáticamente pierde su validez, de la misma manera que una ley que viole la Constitución no pierde su validez automáticamente, no. Lo que dice Kelsen es que en efecto no debería ser válida y aquella deberá ser expulsada del ordenamiento jurídico nacional mediante el procedimiento instaurado oficialmente, el cual, en el caso de Colombia, sería la acción de inconstitucionalidad que tiene efectos *erga omnes*, a diferencia de la excepción de inconstitucionalidad e inconvenionalidad que tienen efectos *inter partes*.

5.1 Controles constitucionalidad y convencionalidad – concentrado y difuso:

Con similitud, atendiendo las obligaciones internacionales pactadas en el Artículo 1.1 y 2 de la CADH y de conformidad con aquel principio general del derecho *pacta sunt servanda* derivado de aquellas, que nos menciona Kelsen, sería mediante el control de constitucionalidad concentrado, o mediante una derogación de la norma, que se tendría que adecuar el sistema normativo interno cuando una norma vigente contravenga las obligaciones internacionales.

13. Kelsen, Hans. (1999). *Teoría Pura del Derecho*. ISBN. 9502308867. P. 41 & 42.

14. Kelsen, Hans. (1999). *Teoría Pura del Derecho*. ISBN. 9502308867. P.171

En ese entendido, como puede ser por iniciativa propia del Estado o sus ciudadanos de respetar y garantizar las obligaciones internacionales del Estado, también puede surgir por una exhortación de la Corte IDH hacia el Estado Colombiano en un caso contencioso de la competencia de la Corte IDH, como sucedió en el caso *Mendoza y otros Vs. Argentina*¹⁵ cuando en la decisión dispone, “El Estado deberá ajustar su marco legal a los estándares internacionales señalados (...)”, cuando se estableció la incompatibilidad de las disposiciones normativas que regían la justicia penal juvenil con las obligaciones pactadas por el Estado Argentino en la CADH.

Maxime lo anterior, es por eso por lo que se requiere del control de convencionalidad difuso en los casos concretos, para inaplicar la norma declarada exequible en el respectivo control de constitucionalidad, en el cual procedería de oficio o a petición de parte la excepción de inconvencionalidad, ya que una excepción de inconstitucionalidad sería imposible interponerla cuando el intérprete constitucional haya avalado previamente su constitucionalidad.

Teniendo presente las atrocidades cometidas en la Segunda Guerra Mundial como fuerza motivadora, y bajo la concepción del constitucionalismo multiniveles dentro del marco de la internacionalización del derecho constitucional, se desarrolla el SIPDH con la finalidad de proteger subsidiariamente al ser humano frente al poder público desproporcionado, cuando el mismo Estado esté

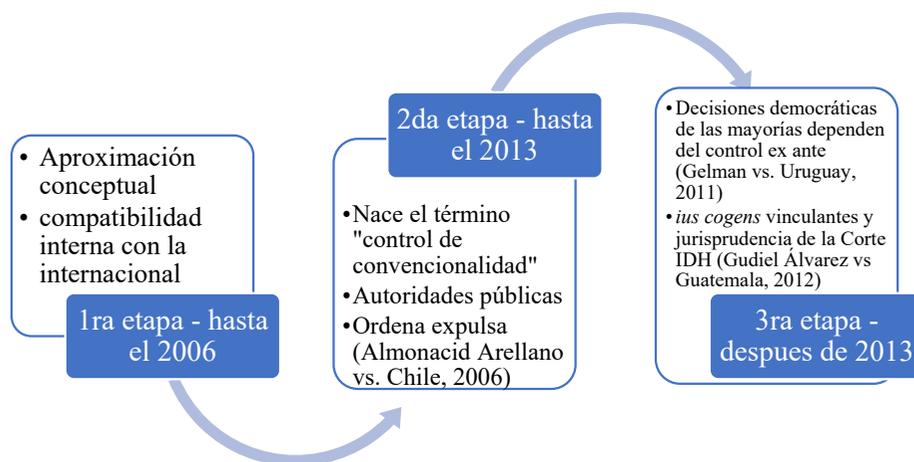
15. Corte Interamericana De Derechos Humanos. (2013). *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Numeral 20 de la decisión.

causando daños sus administrados sin haberlos reparado efectivamente, o cuando aquel se reúse de repararlos en absoluto, el cual en el transcurso del tiempo se ha compuesto por 5 SRPDH, los cuales son los siguientes: el SIDH, el Sistema Europeo de Derechos Humanos (en adelante SEDH), el Sistema Africano de Derechos Humanos (SADH), el Sistema árabe de Derechos Humanos y el Sistema ASEAN de derechos humanos.

En una modalidad menos manifiesta, también se puede evidenciar dichas violaciones y deficiencias en el plano del SRPDH de Las Américas, el SIDH, en donde se pueden destacar violaciones en varios países, que serán observados bajo la lupa científica para analizar las protecciones que se han adoptado a nivel de la jurisdicción multilateral para garantizar el goce y ejercicio de los derechos y libertades ratificados en tratados internacionales o en su interpretación normativa que han realizado los órganos del DIDDHH competentes vinculante.

5.2 Excepción de inconvencionalidad vs excepción de inconstitucionalidad:

En virtud de aquella obligatoriedad, entonces los Estados Parte se han comprometido a cumplir con sus obligaciones y deberes internacionales que se desprenden del Artículo primero de la CADH, tanto positivos de garantizar, como negativos de respetar los derechos y libertades que se encuentren consagrados en ella y en conexas con el Artículo 2º a adoptar las medidas de carácter legislativo o cualquier otro carácter necesario para lograrlo, surgiendo de ahí la sujeción normativa de obligatorio cumplimiento del control de convencionalidad o constitucionalidad, dependiendo de la

Figura 1 - Evolución histórica del concepto de control de convencionalidad.

Muestra la evolución histórica en el tiempo que ha tenido la conceptualización del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH, precisando cambios importantes que han sido relevantes para la aplicación efectiva de dicha institución jurídico-procesal o procedimental.

internacionalización del derecho constitucional y/o de la constitucionalización del derecho internacional en el respectivo Estado.

Desde la dimensión multinivel del SIDH, el control de convencionalidad difuso es un concepto jurídico que ha sido desarrollado materialmente por la jurisprudencia de la H. Corte IDH, pues, aunque su fundamento normativo se desprende de los Artículos 1.1 y 2, en ningún lugar de la CADH encontraremos su nombre formalmente. En su primer estadio, previo al año 2006, se venía realizando un tipo de test de compatibilidad entre las normas internas de los diferentes estados con la Convención, similar a lo que es el control de convencionalidad concentrado que realiza la Corte IDH.

En su segunda etapa¹⁶, vemos que el concepto se bautiza con el nombre control de convencionalidad al ordenar expulsar normas internas, y además expande su alcance, al no solo limitarse a la compatibilidad de las normas internas con las de la Convención, sino también al alcance interpretativo que la H. Corte IDH les da,

por lo que, dependiendo de la autoridad la norma deberá ser suprimida o inaplicada por la violación a la CADH. Por último, tenemos el último estadio desarrollado¹⁷, en donde queda más que claro que la validez de las decisiones mayoritarias en una democracia y las de todas sus autoridades, no solo las judiciales, están sujetas al control de convencionalidad que, no depende no solo del texto normativo, sino también de la interpretación interamericana, el objeto y fin de la CADH.

En palabras más precisas, consideramos que cuando un Estado ha constitucionalizado el DIDDH y en un caso concreto, la jurisprudencia interna se encuentre en armonía con la jurisprudencia externa, o no contradictoria en los casos que sea inexistente, la vía procesal adecuada para evitar violaciones a los DDHH comprendidos en convenios internacionales vinculantes, sería la excepción de inconstitucionalidad, toda vez que, tanto mediante bloque de constitucionalidad como mediante la interpretación constitucional son extraídos directamente de los preceptos constitucionales 9, 53, 93, 94, 214 y 241 Superiores,

16. Corte IDH. (2006). caso Almonacid Arellano vs. Chile

17. Corte IDH. (2011). Gelman vs. Uruguay y Gudiel Álvarez vs Guatemala (2012)

adscribiéndose a la aplicación normativa de un “hard law” o “ley dura”, desde el punto de vista que se aplican normas con altos niveles de obligación, precisión y delegación, a diferencia del “soft law” que sería cuando una de las tres categorías del hard law presenta deficiencias, según lo resalta Abbott & Snidal¹⁸.

En la misma línea del soft law descrita supra, la institución procesal de la excepción de inconvencionalidad, debería ser utilizada únicamente cuando exista una deficiencia en la precisión entre las posturas jurisprudenciales que se contraponen entre sí. Especialmente, por dos razones. Por un lado, porque es la única institución procesal que le permite al ser humano, proteger sus derechos humanos frente al poder desproporcionado del Estado, que, además, ya ha declarado la constitucionalidad,

haciendo imposible utilizar la excepción de inconstitucionalidad, a menos que el funcionario jurisdiccional quiera pisar el terreno resbaloso del prevaricato.

Por otro lado, cuando el Estado ha omitido su deber internacional de adoptar dichas medidas legislativas, jurisdiccionales y administrativas para respetar y garantizar los derechos y libertades consagradas en las normas *ius cogens*, pues entonces como garantes de los derechos humanos, todo operador, tanto jurisdiccional como administrativo en aras de lograr el fin de un orden justo, materializando la dignidad humana en su máxima expresión, tiene el deber internacional que le delega el poder público del Estado de inaplicar las normas legales, incluso aquellas con interpretaciones de los tribunales constitucionales declarando su exequibilidad cuando aquellas vulneren derechos humanos, en actuaciones públicas.

18. Abbott, K.W. & Snidal, D. (2000). *Hard and Soft Law in International Governance*. P. 436.

Tabla 1 - Fundamento normativo y jurisprudencial del constitucionalismo multinivel.
Describe la sujeción normativa del Estado Colombiano que implica la aplicación del control de convencionalidad de las normas *ius cogens* y sus respectivas interpretaciones de los órganos multilaterales competentes.

NORMAS & JURISPRUDENCIA	COMPETENCIA	RATIO DECIDIENDI
Preámbulo, 1, 2, 4, 9, 53, 93, 94, 214 & 241 Constitución política de Colombia, 1991	Personas a cargo de la función pública	En el marco de un orden social justo, se busca proteger la dignidad humana, mediante la disposición de la autoridad pública del respeto del bloque de constitucionalidad.
Art. 1.1, 2, 26, 29 & 62 de la CADH, Pacto de San Jose, 1969 & Art. 26 & 27 de la Convención de Viena, 1969	Corte Interamericana de Derechos Humanos	Cumplimiento de las obligaciones internacionales positivas y negativas utilizando el control de convencionalidad difuso, basado en el principio <i>pacta sunt servanda</i> - asegurar una tutela judicial y administrativa efectiva en todos los Estados Parte
C-400 de 1998 y C-615 de 2009	Corte Constitucional de Colombia	Monismo moderado constitucional, el Estado Colombiano le da prevalencia al bloque de constitucionalidad siempre y cuando sea de mayor protección de los DDHH.

6. APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE INCONVENCIONALIDAD EN COLOMBIA:

Asentados en el SRPDH de Las Américas, se puede evidenciar dichas violaciones y deficiencias que el SIDH ha resuelto, marcando claros precedentes de violaciones a la CADH por varios países, que serán observados bajo la lupa jurídica para analizar las protecciones que se han adoptado a nivel de la jurisdicción multilateral para garantizar el goce y ejercicio de los derechos y libertades ratificados en tratados internacionales o en su interpretación normativa que han realizado los órganos del DIDDH competentes y vinculante, para de esa manera precisar el alcance de las normas internacionales vinculantes vía bloque de constitucionalidad en su obligatorio cumplimiento de todas las autoridades que ejercen la función pública, mediante los controles de constitucionalidad y convencionalidad difuso, los cuales implican el deber de adoptar las medidas necesarias, además de las legislativas, para darle cumplimiento a al principio *pacta sunt servanda* y al principio del mínimo de efectividad emanados del Artículo 2º de la CADH, para asegurar una tutela judicial y administrativa efectiva en todos los Estados Parte.

Como efecto de la teoría del monismo moderado constitucional, desarrollada en la Sentencias C-400 de 1998 y C-615 de 2009 de la Corte Constitucional de Colombia, a la cual Colombia está adscrita, normalmente, se pueden evidenciar tensiones entre el ordenamiento jurídico externo y el interno, toda vez que la normativa y su interpretación internacional puede diferenciarse de la interna. En ese presupuesto, como lo válido a nivel interno, no es siempre es lo válido a nivel internacional, cuando se presentan controversias en las posiciones asumidas por los órganos de cierre internos e internacionales, siempre prevalecerá el ordenamiento jurídico interno sobre el ordenamiento jurídico internacional, excluyéndose los casos específicos en los que sea de mayor protección para los seres humanos la aplicación de la norma o su interpretación internacional, sobre la aplicación de las garantías constitucionales, he de ahí de donde viene el moderado en el monismo constitucional, que en su virtud, todas las afectaciones a las normas internacionales se

deben derivar de la Constitución e interpretar a la luz del bloque de constitucionalidad¹⁹.

De las premisas anteriores queda claro que, el carácter del control que realiza un juez o cualquier autoridad administrativa, que no sea la Corte Constitucional en control de constitucionalidad concentrado, siempre será el control de constitucionalidad difuso, y como excepción, el control de convencionalidad difuso, cuando aquel sea más beneficioso, estadio procesal o procedimental en donde procede la excepción de Inconvencionalidad.

7.1 Sistematización de la excepción de Inconvencionalidad:

Desde esa óptica, al existir una jerarquía normativa constitucional multinivel en el Estado Colombiano, es importante destacar entonces el principio general del derecho internacional kompetenz-kompetenz²⁰, técnica y constitucionalmente, de conformidad al Artículo 62 de la CADH, cuando existan interpretaciones jurisprudenciales divergentes sobre la misma o cualquier otro instrumento de protección de DDHH sumergido dentro del SIDH, que involucren a la Corte IDH y cualquier otro órgano jurisprudencial, deberá prevalecer la interpretación multilateral, ya que, al ser el competente para interpretar las normas propias de su jurisdicción, una vez aquel interpreta las normas *ius cogens* de su SRPDH, no deberá entrar un nuevo órgano a decidir sobre la competencia o usurpar su competencia para interpretar dichas normas del DIDDH.

Por consiguiente, al estar subordinado a dicha prelación interpretativa del maestro de la jurisdicción interamericana, la Corte IDH, las personas que ejerzan la función pública de los Estados Americanos deben inaplicar las normas que violen dichas interpretaciones, cuando aquella interpretación ofrezca una mejor garantía de los derechos humanos para el ser humano.

19. C-028/2006

20. CASO BEDOYA LIMA Y OTRA VS. COLOMBIA. Parr. 8. "Debe ser el propio órgano jurisdiccional quien decida sobre su propia competencia y no otro órgano (...)"

Además, consideramos que aún en contra de lo establecido por un control de constitucionalidad que declare la exequibilidad de una norma que viole directamente un instrumento de protección de derechos humanos en un caso concreto, los jueces de instancia o personas a cargo de la función pública, deberían inaplicar dicha norma mediante la aplicación de la institución de la excepción de inconventionalidad, ya sea a petición de parte o *ex officio*, toda vez que el principio general del derecho procesal *iura novit curia*²¹ le faculta al operador de la función pública ejercer la tutela jurídica efectiva de derechos que no hayan sido solicitados o incluidos por la CIDH en este caso, con tal de que se protejan y se eviten potenciales violaciones con sus decisiones.

Para determinar la aplicabilidad de la institución procesal-procedimental, es importante referenciar los criterios establecidos por la H. Corte Constitucional al respecto del margen de apreciación en Sentencia C-146 de 2021,

(...) los Estados tienen margen de apreciación para definir cómo implementan en sus ordenamientos internos las normas convencionales y los estándares sobre derechos humanos formulados por la Corte IDH. Sin embargo, la Sala advierte que el alcance del margen de apreciación no siempre es el mismo, sino que varía en función de (i) la existencia o no de una regla convención o estándar interamericano en el que se subsuma el caso o asunto a resolver y (ii) de sí, en el caso del estándar, este fue formulado por la Corte IDH en una sentencia en la que Colombia fue parte o no. Si Colombia no fue parte de la sentencia, tiene un margen de apreciación más amplio debido a que el estándar fue formulado en atención a un contexto fáctico y jurídico que no le es propio. Por el contrario, si Colombia fue parte de la sentencia, tiene un margen de apreciación reducido, porque (i) tiene la obligación convencional expresa de cumplir con las sentencias emitidas en su contra y (ii) el

estándar ha debido ser formulado en atención al contexto fáctico y jurídico propio.
C-146/21

7.1.1. Presupuestos para la aplicación de la excepción de inconventionalidad:

Precisemos. Al momento de realizar el control de convencionalidad difuso obligatorio en la toma de decisiones tanto administrativas como judiciales de acuerdo a los criterios del margen de apreciación reducido previamente establecido por la Corte Constitucional, en virtud del principio de *subsidiariedad y efectividad* el operador jurídico debe garantizar la protección del ser humano mediante la inaplicación obligatoria de las normas y su interpretación interna cuando aquellas encajen en los siguientes presupuestos de la excepción de inconventionalidad:

- Que no proceda una excepción de constitucionalidad, es decir, que haya un pronunciamiento de la norma por parte de la Corte Constitucional.
- Que la norma interna contravenga una interpretación de un fallo sobre un instrumento de protección internacional de derechos humanos que haga parte del bloque de constitucionalidad, en el que el organismo multilateral en la que Colombia haya sido sujeto procesal²².

Con un margen de apreciación menos restringido, el operador jurídico debería inaplicar la norma o su interpretación por vía de excepción de inconventionalidad cuando se cumplan los siguientes presupuestos:

- Que no proceda una excepción de constitucionalidad, es decir, que haya un pronunciamiento de constitucionalidad de la norma por parte de la Corte Constitucional.
- Que la norma contravenga un instrumento de protección de derechos

21. Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, supra, párr. 63, y Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador, supra, párr. 163. "del cual se ha valido reiteradamente la jurisprudencia internacional en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aún cuando las partes no las invoquen expresamente respecto a víctimas y/o derechos humanos derivados de los hechos relevantes"

22. Ejemplo: como consecuencia del Caso Petro Urrego vs. Colombia, en el que la H. Corte IDH condenó al Estado de Colombia por violaciones a sus garantías judiciales y derechos políticos, mientras que la H. Corte Constitucional de Colombia había determinado la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias en contra de funcionarios de elección popular. Después de esta sentencia, en Colombia, es viable interponer una excepción de inconventionalidad, teniendo presente que hubo fallo en contra del Estado colombiano, y una excepción de inconstitucionalidad no prosperaría puesto que se ha determinado la exequibilidad de la norma por el intérprete constitucional.

humanos ratificado, contenido en el bloque de constitucionalidad sobre el cual Colombia no haya sido condenado, o en el que aquel no haya sido sujeto procesal internacional²³.

Y, por último, con un margen de apreciación mucho más amplio, el operador jurídico debería inaplicar la norma o su interpretación por vía de excepción de inconventionalidad cuando se den los siguientes presupuestos, solo como mecanismo de protección de derechos humanos:

- Que no proceda una excepción de constitucionalidad, es decir, que haya un pronunciamiento de constitucionalidad de la norma por parte de la Corte Constitucional.
- Que la norma contravenga un instrumento de protección de derechos humanos no ratificado, que no haga parte del bloque de constitucionalidad sobre el cual Colombia no haya sido condenado, o en el que aquel no haya sido sujeto procesal internacional.²⁴

7.2 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (fines de la pena (prevención general) no pueden ser atribuidos a la medida de aseguramiento (que se lleve a cabo el proceso)):

Un ejemplo de la tensión entre el intérprete interno y el internacional es la posición jurisprudencial divergente que han asumido sobre la validez de la medida de aseguramiento privativa de la libertad justificada por el requisito objetivo del peligro contra la seguridad de la sociedad o de la víctima. Considerando que, la postura la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-469 de 2016 ha reafirmado la constitucionalidad en la imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad justificadas sobre el requisito objetivo mencionado *supra*, pautado en el numeral 2º del Artículo 308 y desarrollado por el 310, en concordancia con el Artículo 296 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de

23. Ejemplo: El caso traído a colación en el 7.2 de este artículo, toda vez que las sentencias de la Corte IDH no fueron proferidas en contra de Colombia, pero aún así tienen fuerza vinculante, solo que hay un margen de apreciación un poco menos reducido.

24. Pensemos en los casos que se pueden ver en diferentes sistemas regionales de protección de derechos humanos más avanzados que el nuestro que quizá puedan servir como un buen mecanismo de protección de un Sistema ajeno, pero que tiene como finalidad homogénea la protección de la persona ante el poder desproporcionado del Estado.

2004, en complemento con el requisito subjetivo obligatorio de la Inferencia Razonable de Autoría o Participación plasmado en el Artículo 287 *ibídem*, comoquiera que la Corte IDH ya se ha pronunciado sobre la incompatibilidad de dicha causal con los Artículos 7 y 8 de la Convención²⁵.

Por esa razón, han habido funcionarios judiciales, como un Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que resolvió mediante excepción de inconventionalidad, para inaplicar el requisito objetivo justificado en el peligro a la seguridad de la sociedad o de la víctima, toda vez que contravenía la interpretación que le ha dado la Corte IDH a los Artículos 7 y 8 de la CADH al violar el principio de culpabilidad del derecho penal de acto, desarrollado en el Artículo 29 Superior y el Artículo 12 del Código Penal Colombiano, fundamentando su decisión con precedentes interamericanos vinculantes como el siguiente, "(...) la Corte concluye que la medida de prisión preventiva resultó arbitraria en tanto (i) no respondió a una de las dos finalidades legítimas bajo la Convención Americana, a saber: la necesidad de asegurar que las acusadas no impidieran el desarrollo del procedimiento o eludieran la acción de la justicia (...)"²⁶

En virtud de lo anterior, mediante una acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 308 & 310 del Código Penal que presentaremos pretendemos que el tribunal constitucional estudie la siguiente cuestión: si bien la decisión interamericana es vinculante al Estado Colombiano, habría que analizarse tanto el contexto en la que se profiere la decisión de dichos fallos que sostienen la regla jurisprudencial en mención, como también el contexto en el que se encuentra el Estado Colombiano. Por estas dos razones: (i) el precedente interamericano no ha realizado un control de constitucionalidad abstracto, lo cual significa que, no se ha hecho un análisis normativo sistemático sobre la compatibilidad de las normas respecto al ordenamiento jurídico interno, ni (ii) tampoco se ha realizado un análisis contextual sobre el momento socio-cultural que el Estado está

25. Sentencias como la del Caso López Álvarez Vs. Honduras, Caso Bayarri Vs. Argentina, Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica, Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú, Caso Romero Feris Vs. Argentina.

26. Corte IDH. (2018). Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs México

viviendo en el momento referente a la política criminal del Estado.

Lo anterior entonces trae a colación el siguiente dilema; En consideración del conflicto armado en Colombia, ¿será que en Colombia es viable la ilegitimidad que la Corte IDH ha predicado de la causal del peligro contra la seguridad de la comunidad o de la víctima? Aquello en virtud que persigue funciones atribuibles a la pena según el Artículo 4 del Código Penal vigente, específicamente la prevención general negativa, que, para Welzel²⁷, es el prevenir que se cometan delitos mediante la vigencia y el efecto disuasorio de la pena en la amenaza de la sanción del injusto penal como mecanismo de protección de los bienes jurídicos, propio de la causal de medida de aseguramiento, objeto de la excepción de inconvencionalidad, excluidos de los fines legítimos convencionales que deben perseguir la medida de aseguramiento, el cual es que asegure el cumplimiento del trámite procesal hasta su fin y su veracidad.²⁸

7.3 Consejo de Estado de Colombia:

Un caso con muchas particularidades, ha sido en donde se expulsaron apartados de una norma incompatible con la CADH, en la Sentencia C-030 de 20223 la cual realizo control de constitucionalidad sobre la adecuación legislativa que se había realizado para darle cumplimiento del Artículo 23 expresado en la condena del Caso Petro Urrego vs. Colombia, en donde la Corte Constitucional, “(...) recientemente, le dejó la facultad sancionadora igual que estaba desde la modificación de la Ley 2094 de 2021, cuando la ejecución de aquella queda suspendida hasta que decida el órgano de los Contencioso Administrativo, solo que “ya no tiene jurisdicción.”²⁹

En ese caso, entonces siendo la autoridad jurisdiccional quien estaba facultada para sancionar a los funcionarios de elección popular en Colombia mediante una revisión jurisdiccional automática de los actos administrativos de conformidad a lo convenido en el Artículo

23 de la CADH, regla jurisprudencial que el Consejo de Estado inaplico mediante excepción de inconvencionalidad al considerar que “son contrarios a la constitución y la CADH”, alegando que las sanciones de la Procuraduría General de la Nación a funcionarios de elección popular violan el precedente judicial de la Corte IDH en el caso Petro Urrego vs. Colombia, a la vez que el principio de separación de poderes “al convertir a esta corporación judicial en copartícipe de la acción disciplinaria, que no es propia de su misión constitucional.”³⁰ (Caracol Radio, 2023).

En virtud de ejemplos como los anteriores, advertimos, más allá de las diferencias políticas que tengamos al respecto, esto presenta una grave preocupación a la salvaguarda de la función pública y la restricción de derechos políticos, pues, cuando algunos Consejeros de Estado se niegan a ejecutar sanciones disciplinarias, en últimas, lo que impide esto, es la evitación de que funcionarios de elección popular continúen desviando la dignidad de la función pública, en detrimento de un interés general, y como fruto de ello, causando un perjuicio mayor a la moral pública y al gasto público por sus conductas activas, omisivas, o por sus extralimitaciones.

8. CONCLUSIONES:

Precisamente, dentro del SIPDH y sus respectivos SRPDH, cuando la jurisprudencia nacional sea una línea jurisprudencial diferente a la proferida por la Corte IDH sobre la interpretación de normas *ius cogens* cuya competencia interpretativa es de la Corte IDH, o en el caso de opiniones consultivas (en adelante OC’s) de la CIDH, que no tienen fuerza vinculante, o aún cuando los Estados Parte no hayan ratificado tratados, convenios o no hayan sido objeto de control convencional concentrado por la Corte IDH directamente, pero existan convenios que hagan parte del conjunto normativo con vigencia dentro de cualquier SRPDH, que otros Estados sí hayan ratificado o jurisprudencia interpretando aquellos, quien cumpla la función pública y tenga conocimiento de aquellos, podrá, en carácter facultativo, inaplicar las normas que contravengan los instrumentos de protección de derechos humanos cuando aquellos ofrezcan una

27. Welzel, H. (1969). *Derecho Penal Aleman. Parte General*.

28. Corte IDH. *Caso Romero Ferris vs. Argentina*. P. 97.

29. Peña Sánchez, A., Soto Barrios, A., & Cardona Arbeláez, D. (2023). *Las Garantías Judiciales y los Derechos Políticos en el Proceso Disciplinario Colombiano contra funcionarios de Elección Popular*. P. 17-441.

30. Caracol Radio. *Cartagena, C. (2023). Consejo de Estado Inaplica Revisión Automática de Sanción a exalcaldesa de arjona, bolívar*. Caracol Radio.

mejor protección a los individuos para evitar que se trasgreden los derechos humanos por el poder estatal limitado por los diferentes SRPDH.

Con una mirada evolutiva, desde ese punto de vista, cuando se presente alguna de las circunstancias mencionadas *supra*, el hecho material es que existe una violación de derechos humanos a cargo de los Estados Parte. Por eso, a nivel jurisprudencial por la Corte IDH, o cuando la CIDH en sus OC's toman medidas para desviar las violaciones de derechos humanos, maximizando su *efecto útil*³¹ de hacer valer la finalidad de las normas *ius cogens* en virtud de la protección del ser humano de acuerdo al principio *pro homine*³², a favor, especialmente de aquellos marginados por el mismo sistema jurídico nacional, es esencial tener la posibilidad de utilizar dichos instrumentos de protección de derechos humanos, aún cuando no sean vinculantes, toda vez que cuando se encuentra el ser humano ante un contexto de exequibilidad de una norma que claramente vulnera sus derechos humanos cuando el Estado no respeta sus obligaciones internacionales, lo deja en una situación de vulnerabilidad cuando no le ofrece una protección judicial (Art. 25 de la Convención) efectiva, tornándose ilusoria la personalidad jurídica (Art. 3 *ibídem*) que el Estado le garantiza a sus ciudadanos.

Bajo ese presupuesto, sería efectivo aplicar interpretaciones, que en otros Estados más desarrollados ya se están aplicando, o la misma jurisprudencia convencional vinculante o no, conforme a lo dispuesto en el Artículo 26 en conexidad del 29 de la CADH, referente al

31. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010). *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* "(...) en aplicación del principio de efecto útil (...) "el Estado está obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley."

32. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. "el sistema de protección internacional debe ser entendido como una integralidad, principio recogido en el artículo 29 de la Convención Americana, el cual impone un marco de protección que siempre da preferencia a la interpretación o a la norma que más favorezca los derechos de la persona humana, objetivo angular de protección de todo el [s]istema [i]nteramericano." párr. 34.

desarrollo progresivo que los Estados Parte deben brindarles a las condiciones de vida de los habitantes de sus territorios, en el entendido que no hay que esperar ratificación cuando se trata ofrecer una protección de derechos humanos más favorable.

En suma, las proposiciones principales son: El control de constitucionalidad difuso lo debe realizar *ex officio* cualquier persona a cargo de la función pública en las decisiones que aquel profiera para evitar que una norma constitucional, internacional sobre derechos humanos o su interpretación se contravenga, como también los administrados podrán proponer la excepción de inconstitucionalidad dentro de los procesos jurisdiccionales y procedimientos administrativos. Mientras que el control de convencionalidad se deberá realizar *ex officio* o a petición de parte cuando las interpretaciones internas e internacionales sean contradictorias, o cuando tratados que no hayan sido ratificados por el Estado, pero hacen parte del SIDH u otros SRPDH, justificación específica de la excepción de inconvencionalidad como medida de protección al ser humano ante el poder público, teniendo presente que se han agotado las alternativas a nivel interno, presentándose la imposibilidad de interponer una excepción de inconstitucionalidad.

Claro está, después de una delimitación respetuosa que marque claras fronteras de su aplicación mediante un test de razonabilidad, que permita, no sólo concluir en qué escenarios es viable su aplicación, sino también uno que permita exponer su necesidad, después de evaluarse el contexto en la que se busca implementar para ponderar las implicaciones que puede llegar a tener, tanto en la justicia inmediata respecto al sujeto de derecho que la utiliza, como en la justicia mediata, por los efectos socio jurídicos que puede tener su mala utilización, al sentar un mal precedente que permita una laguna jurídica, en donde se pongan en peligro o se permita la lesión de otros bienes jurídicos de tan alto valor para la sociedad, por otras personas que se aprovechen de los adefesio cometidos por operadores jurídicos por el uso descontextualizado de instrumentos de protección de derechos humanos.

REFERENCIAS

- Abbott, K.W. & Snidal, D. (2000). Hard and Soft Law in International Governance. International Organization. P. 436.
- Alsina, H. (1961). Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. T. II, B. Aires, Editar S. A. Editores.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución Política de Colombia de 1991.
- Austin, J. (1832). *The providence of jurisprudence determined*. John Murray.
- Caracol Radio. Cartagena, C. (2023). *Consejo de Estado Inaplica Revisión Automática de Sanción a exalcaldesa de arjona, bolívar*. Caracol Radio.
- Carnelutti, E. (1994). Sistema de Derecho Procesal Civil. T. II, B. Aires. Editorial UTHEA.
- Chioventa, G. (1949). Ensayos de Derecho Procesal Civil. B. Aires. Editorial EJEA.
- Corte Constitucional de Colombia. (1998). Sentencia C-400 de 1998.
- Corte Constitucional de Colombia. (1998). Sentencia C-600 de 1998.
- Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sentencia C-615 de 2009.
- Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia T-704 de 2012.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia C-469 de 2016.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Caso González Llui y otros Vs. Ecuador. Parr. 168.
- Corte Interamericana De Derechos Humanos. (2013). Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Sentencia de 14 de mayo de 2013.
- Corte IDH. (2018). Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs México
- Corte Interamericana De Derechos Humanos. (2020). Caso Petro Urrego VS. Colombia. www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Caso Romero Feris vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de julio de 2006. Serie C. No. 149.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010). Caso Vélez Looor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 34.
- Kelsen, Hans. (1999). Teoría Pura del Derecho. ISBN. 9502308867.
- Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).
- Peña Sánchez, A., Soto Barrios, A., & Cardona Arbeláez, D. (2023). Las Garantías Judiciales y los Derechos Políticos en el Proceso Disciplinario Colombiano contra funcionarios de Elección Popular. *Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo*, 15(30), 417-441.
- Sotomayor Berrocal, Javier Ángel: EXCEPCIONES PROCESALES EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL. En: IPEF, Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses, Año XIV No 77. Marzo 2018, pps. del 35 al 52.
- Welzel, H., *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 2a Edic. Castellana. Trad. de la 11a Edic. Alemana. Berlín, 1969, de J. Bustos y S. Yáñez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1976.
- Zeballos, A. (2017). Supremacía constitucional y bloque de constitucionalidad: el ejercicio de armonización de dos sistemas de derecho en Colombia. P. 8.