

# **Nuevas dinámicas para el derecho administrativo: un análisis de la convencionalización en Colombia.**

**Wisman Diaz Castillo<sup>1</sup>**

## **Resumen**

El objetivo del presente trabajo de investigación consiste en presentar un análisis de la consolidación dentro del ordenamiento jurídico colombiano de nuevas perspectivas dentro del derecho administrativo, específicamente lo referente a lo contencioso administrativo con la finalidad, de evidenciar la forma en que se ha integrado dentro del precedente del Consejo de Estado el Control de Convencionalidad en materia de protección de las víctimas del conflicto armado colombiano, como una forma de asegurar la dignidad de estas personas, y contribuir al cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado al respecto, conforme a lo anterior se hace necesario desarrollar este artículo en cuatro ejes temáticos, al iniciar con una conceptualización de la responsabilidad, su evolución dentro del precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como segundo lineamiento, para continuar con la definición de Control de Convencionalidad, y terminar con la descripción dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado de esta figura regional. Todo ello permitirá comprender la importancia que tiene la dignidad humana para todos los ordenamientos jurídicos, y como esto debe invitar a consolidar una forma efectiva de amparar cada una de las personas que se ven afectadas en su dignidad, como es el caso de las víctimas del conflicto armado.

## **Sumario**

Introducción, Objetivos, Objetivo General, Objetivo Específico, 1 Concepto sobre responsabilidad, 2 Desarrollo jurisprudencial de la Responsabilidad del Estado en la Corte IDH, 3 Definición del Control de convencionalidad, 4 Evolución del CCV en el Consejo de Estado, Conclusiones.

---

<sup>1</sup> Abogado Conciliador de la Fundación Universitaria Agraria de Colombia, Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, y en proceso de titulación de la maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás sede Tunja, investigador y docente de la Fundación San Mateo – Bogotá; contacto: [wisman\\_diaz@hotmail.com](mailto:wisman_diaz@hotmail.com)

## **Introducción**

El Consejo de Estado es la máxima corporación de la jurisdicción contencioso-administrativa en Colombia -obrando como su tribunal de cierre-. Dentro de sus funciones y acorde a la competencia determinada por la ley, conoce los procesos en los cuales interviene el Estado como parte. Dentro de estos asuntos procesales se encuentra la responsabilidad administrativa del Estado sustentada en el artículo 90 constitucional, en este mandato se precisan los elementos por los cuales se puede declarar dicha responsabilidad.

Estos elementos deben ser verificados por el juez administrativo a partir de las pruebas y razones jurídicas presentadas dentro del proceso correspondiente, con las que se permita declarar dicha responsabilidad. Uno de los elementos jurídicos que son tenidos en cuenta, es el título de imputación que busca establecer la relación entre la conducta del Estado y el daño antijurídico generado, siendo para algunos casos sustentando por normas no solo constitucionales y legales sino también por normas convencionales por parte del Consejo de Estado.

Estas normas convencionales que son aplicadas por este máximo tribunal administrativo están integradas por aquellos instrumentos de carácter regional e internacional que se han proferido en relación a la protección de los derechos humanos, y las correspondientes obligaciones impuestas a los Estados para este fin. Como es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) de 1969, y sus diferentes protocolos, como también lo es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, entre muchos otros instrumentos. Cada uno de los cuales es acompañado por los pronunciamientos jurisprudenciales de órganos creados para salvaguardar dichos instrumentos, como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y que son tenidos en cuenta por el Consejo de Estado en sus sentencias.

Este tipo de asimilación por parte del Consejo de Estado debe ser analizado de tal forma que permita evidenciar la existencia de la aplicación del CCV, específicamente en el caso del amparo de los derechos de las víctimas del conflicto armado colombiano<sup>2</sup>, como uno

---

<sup>2</sup> Al respecto se puede mencionar a los profesores Martínez, A., Cubides, J., & Díaz – Castillo, W. (2015), quienes hacen una mención sobre la característica asimétrica de este conflicto dado que no es un conflicto exclusivamente entre dos actores, sino que hay múltiples que se enfrentan unos a otros.

de los casos paradigmáticos al respecto, donde se logre demostrar la influencia de nuevas dinámicas dentro del derecho administrativo, como el principal objeto de esta investigación.

De este modo, el marco teórico que integra el desarrollo de la presente investigación, se sustenta en las teorías aplicables a la solución sobre la confrontación entre los sistemas jurídicos internos y los regionales o internacionales, para lo cual se evidencia una confrontación entre dos mismos niveles, solución que se encuentran con el análisis de la prevalencia de las normas, reglas y principios

Haciendo un análisis de los postulados presentados por el profesor Douglas (2012) quien hace una explicación clara del desarrollo sobre las teorías de Hart, Dworkin, y Duncan, resulta relevante mencionar el análisis que se logra sustraer del autor sobre estos teóricos en relación a la interacción entre reglas y principios, interacción que se desarrollan y enmarcan en el caso de este trabajo de investigación como más adelante se evidenciará.

De este modo, sobre la Teoría del Derecho entre Hart y Dworkin en el cual se estipula que “el orden jurídico está básicamente integrado por reglas o por normas pero y por principios” (Duglas, 2012, p. 356), la integración dentro del fenómeno jurídico como objeto de investigación de las ciencias jurídicas de principios hace referencia a la factibilidad que deben tener los jueces para no quedarse en la simple aplicabilidad de silogismos, sino que con estos principios se hace una interpretación del Derecho en donde al momento de solucionar los conflictos o problemas se debe contemplar la aplicabilidad de normas y principios, lo que termina por generar una mayor comprensión de la realidad que el derecho desea transformar.

Quedando claro que es mediante la integración de principios dentro de un ordenamiento jurídico que se facilita la solución de problemáticas que facilitan el dinamismo del derecho apartándose de la rigurosidad de Kelsen. De esta forma, con la asimilación de los principios dentro de las características mencionadas se puede lograr que “se procure por la mayor satisfacción posible” (Lorenzetti, 2014, p. 256).

Estas teorías son aplicables para el análisis de este artículo, dado que dentro de la propuesta que se presenta dentro de este trabajo se busca establecer una armonía entre los postulados internacionales y regionales y el ordenamiento interno específicamente en

desarrollo de la jurisprudencia del Consejo de Estado en desarrollo de los casos que son de su conocimiento a través del medio de control de Reparación Directa.

Todo lo anterior permite comprender que el uno como el otro son dos principios que se contraponen y que solo puede solucionarse bajo la premisa de la mayor satisfacción posible; respecto de la protección de la dignidad humana como principal elemento que permite determinar cuál de los dos resultar ser prevalente, pues no se desconoce dentro de este trabajo a ninguno de los dos principios, antes bien se quiere evidenciar los escenarios en los cuales el propio Estado logra cumplir dichos preceptos. Es por ello, que la pregunta de investigación que guía este trabajo consiste en ¿Cuáles son las nuevas dinámicas que se generan dentro del derecho administrativo colombiano por medio de la convencionalización del derecho a través del precedente del Consejo de Estado en materia de reparación para el amparo de los derechos de las víctimas del Conflicto Colombiano?

## **Objetivos**

### **Objetivo General**

Determinar las nuevas dinámicas que se generan dentro del derecho administrativo colombiano por medio de la convencionalización del derecho a través del precedente del Consejo de Estado en materia de reparación para el amparo de los derechos de las víctimas del Conflicto Colombiano

### **Objetivo Especifico**

Analizar lo elementos que configuran la responsabilidad de los Estados, específicamente los que le son aplicables al ordenamiento jurídico Colombiano

Identificar los principales elementos del control de convencionalidad dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH

Establecer la ampliación del control de convencional en la jurisprudencia del Consejo de Estado

## **1. Concepto sobre responsabilidad**

Con el objeto de establecer la pertinencia del debate que se quiere presentar dentro de este artículo sobre la aplicabilidad por parte del Consejo de Estado a los preceptos del Control de Convencionalidad, se debe determinar que esta confrontación está integrada por una parte con los elementos que configuran dentro del derecho administrativo colombiano la responsabilidad del Estado, especificando los que se integran en la responsabilidad del Estado en el caso de las víctimas del conflicto armado colombiano; y los elementos jurídicos que son traídos a colación por el precedente de la Corte IDH, con el objeto de establecer en cual de ellos se genera una mayor tutela de la dignidad de estas personas, lo que invita a realizar un acercamiento al concepto de responsabilidad.

Así, para llegar a la construcción del concepto de responsabilidad específicamente en relación al Estado, se debe comenzar por los antecedentes que ha tenido esta institución jurídica pues a partir de ellos se puede comprender los elementos que integran el concepto en mención.

En este orden de ideas, se puede encontrar en la antigua Grecia los primeros fundamentos de la responsabilidad dado que para varios autores en la sociedad griega se relacionaba la responsabilidad con la dignidad, pues, en dicha época se expresaba que

se da en Antígona un deber ser vinculante con un contenido material que minimiza el cumplimiento de la ley, por ser inicua y por ir contra la esencia misma del hombre: su dignidad. Es por ello por lo que en toda obligación, el obligado es tomado como persona responsable (Gil, 2011, p. 14).

Con lo anterior se logra percibir como desde esa época la responsabilidad está relacionada con el incumplimiento de las obligaciones, pero, presenta una esencia dentro de esta figura, y consiste en que dichas obligaciones tienen un sustento superior a las leyes que las proscriban, pues como lo mencionan los griegos se es responsable no por el incumplimiento de la ley, sino por contravenir la dignidad de las personas que dentro del contexto de la época se centra en la capacidad de obligarse y por ende de cumplir dichas

obligaciones, premisas que tienen su propio refuerzo dentro del derecho de la antigua Roma que continua con esta figura clásica, pero la dota de un mayor formalismo y positivización.

De este modo, para la figura de la responsabilidad del Estado junto con el mayor avance que tienen otras disciplinas del derecho, se logra una mayor consolidación gracias a la configuración del Estado Moderno, o el llamado por un sector de la doctrina como Estado de Derecho, fruto de las transformaciones estructurales proferidas por la Revolución Francesa, específicamente la configuración del principio de legalidad, como límite a la arbitrariedad del Estado, donde la ley se convierte en el imperativo sobre el cual debe obedecer la totalidad de las instituciones y servidores del Estado<sup>3</sup>.

Así, la influencia del principio de legalidad dentro de la responsabilidad del Estado se materializa dentro del derecho administrativo que surgió gracias a las mencionadas bases jurídicas generadas por medio de la revolución francesa, que se concreta específicamente en fallos hito dentro del ordenamiento jurídico francés, donde se empieza a ofrecer la distinción entre la responsabilidad civil, y la que sería aplicable al Estado; tal y como se puede analizar de los diferentes fallos tanto del Tribunal de Conflictos como del Consejo de Estado francés<sup>4</sup> que como órganos propios de esta rama generaron las sentencias que son hito dentro de la responsabilidad del Estado.

Dentro de los fallos hitos de estas cooperaciones respecto de la responsabilidad del Estado se encuentra como principal el Fallo Blanco del 8 de febrero de 1873 proferido por el Tribunal de Conflictos, el cual tomando el análisis realizado por el profesor Guecha (2017), determino que el derecho administrativo debe estar independiente de las normas del derecho privado, asimismo estipulo este tribunal que “la responsabilidad en que pueda incurrir el Estado por los daños causados a los particulares (...) no puede estar regida por los principios establecidos en el Código civil” (Tribunal de Conflictos, 1873), en este sentido, se llega al

---

<sup>3</sup> Muestra de lo anterior es el propio caso colombiano en el que las bases de la responsabilidad del Estado se encontraban dentro del Código Civil

<sup>4</sup> La existencia del Consejo de Estado francés se da con anterioridad a los fallos hitos que se presentaran en los próximos numerales pues surgió como una corporación asesora del Estado, respetando sus antecedentes como consejeros del monarca, pero es gracias al Fallo Blanco y otros que se le otorga su función esencial respecto del control en relación a las actuaciones y conductas del Estado.

concepto según el cual “la administración debe responder por los daños y perjuicios que ella cause” (Guecha, 2017, p. 24).

Todo este recorrido lleva a considerar a la responsabilidad del Estado como una institución que surge dentro del Estado de Derecho y sus evoluciones posteriores irradiada por el principio de legalidad en el cual el Estado era responsable cuando faltare a los preceptos legales dentro del ordenamiento jurídico, encontrando mayor claridad sobre su contenido dentro de los diferentes fallos del Tribunal de Conflictos francés y el Consejo de Estado Francés en los cuales se estipula la existencia de la responsabilidad del Estado por los daños que ocasione reglamentándose por normas autónomas e independientes de las consignadas en el Código Civil. Teniendo esta institución como contenido varios de los preceptos legales del derecho privado pero que para el caso del Estado su desarrollo ha sido netamente pretoriano, hasta el surgimiento de las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial en las cuales la responsabilidad ya era revestida como un mandato

Al entrar al estudio de la responsabilidad del Estado dentro del ordenamiento jurídico colombiano, se debe tomar como base el desarrollo francés sobre la responsabilidad del Estado por los daños que ocasione; con esta premisa, para el caso colombiano se logró identificar que en un inicio la regulación de la responsabilidad del Estado era determinada en un principio por lo estipulado dentro del Código Civil, que lo asimilo como una persona jurídica, siendo para la profesora Gonzales (2009) la primera etapa de esta responsabilidad en el caso colombiano (p. 78). Dentro del desarrollo que esta figura ha tenido en el caso colombiano.

Lo anterior evidencia como Colombia con algunos años de retraso siguió la evolución que ha tenido la responsabilidad del Estado en el escenario internacional específicamente en el caso francés, donde se logró desprender esta institución del derecho privado, como se inició en el ordenamiento jurídico de Colombia con la ley 167 de 1941, este primer avance a pesar de ser un cambio paradigmático, aun el Consejo de Estado seguía nutriendo sus sentencias con postulados propios del derecho privado. Por ello, demandaba de una norma sustancial propia y autónoma que facilitara el desarrollo de esta figura, para lo cual el CE tuvo como tarea establecer el fundamento de la responsabilidad en el artículo 19 de la

Constitución de 1886 sin que en ella se estipulará de forma taxativa la existencia de la responsabilidad, siendo este uno de los trabajos del precedente de este máximo tribunal.

Con todo el análisis presentado a lo largo de la consolidación de esta figura en Colombia, y al hacer uso de los diferentes insumos que a lo largo de su evolución ha determinado, se puede establecer que la responsabilidad del Estado se centra en aquellas circunstancias en las cuales, las personas que están sujetas a su jurisdicción se ven afectadas en sus derechos, bienes y libertades, sin que estén obligados a soportarlos con ocasión de la acción u omisión del Estado, este último debe desarrollar cada una de las medidas que permitan colocar a estas personas en el Estado previo a la ocurrencia de la conducta que genere el daño.

## **2. Desarrollo jurisprudencial de la Responsabilidad del Estado en la Corte IDH**

Dentro de este numeral se hará un análisis respecto de como la figura de la responsabilidad del Estado ha sido desarrollada dentro del precedente de la Corte IDH, para lo cual, se debe iniciar por medio de la fuente de la obligación, que se centra en la propia base del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, que dentro de su artículo primero estipula que:

Con lo anterior se evidencia una diferencia entre la responsabilidad internacional del Estado en el marco del SIDH y la responsabilidad que es atribuida dentro del Derecho Penal Internacional, dado que una de las principales características de la responsabilidad dentro del SIDH consiste en que el sujeto justiciable es el Estado. Esta diferencia, es tratada reiteradamente por la jurisprudencia de este órgano jurisdiccional, según la cual, “la responsabilidad de los Estados bajo la Convención no debe ser confundida con la responsabilidad criminal de individuos particulares” (Corte IDH. Caso Pollo Rivera y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C No. 319., Párrafo 216).

Coligiéndose de todo este análisis como la responsabilidad del Estado dentro del SIDH se presenta cuando se incumple la obligación de respetar u garantizar el pleno ejercicio de

los derechos fundamentales, lo cual implica la existencia de una conducta que comprende tanto acciones como omisiones por cualquier órgano o representante del Estado, incluso dentro de la órbita de análisis presentada por la Corte IDH se presenta responsabilidad del Estado en el caso de particulares, con sus correspondientes excepciones. Quedando claro que la premisa que sustenta tanto la obligación como el desarrollo jurisprudencial que sustenta la responsabilidad del Estado en el SIDH radica en la dignidad humana.

### **3. Definición del Control de convencionalidad**

Luego de establecer los elementos de la responsabilidad en el numeral anterior, donde se determina aquellas conductas en las cuales se genera una vulneración sobre las personas sujetas a su jurisdicción sin que tengan la obligación de sopórtala, en este contexto es importante determinar que esta responsabilidad debe ser declarada por parte del Consejo de Estado, que debe realizar un ejercicio de análisis donde determine la relación entre la conducta, el daño y el título de imputación que cumpla con los elementos descritos en el ya mencionado artículo 90 constitucional.

Dentro de estos elementos que deben ser determinados en los correspondientes procesos para declarar la responsabilidad, el juez competente como es el caso del Consejo de Estado, debe hacer uso de los instrumentos jurídicos a su disposición, como puede ser cada uno de los elementos que pueden sustraer como es el caso de los insumos que ofrece el SIDH, de tal manera, que se haga el uso del control de convencionalidad como una forma de alimentar los sustentos para declarar esta responsabilidad, razón por la cual resulta oportuno profundizar en la definición de este tipo de control.

Este tipo de control tiene antecedentes en el ordenamiento jurídico francés. No obstante. Para el caso colombiano que se encuentra dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)<sup>5</sup> su aparición se retoma en el año 2006 en la sentencia *Allmonacid Arellano vs Chile* precedida por votos razonados del juez García Ramírez desde el año 2003. Considerado como una especie de control en sus orígenes, pero consolidándose

---

<sup>5</sup> “El SIDH está configurado como un mecanismo supletorio, es decir, al que sólo se debe recurrir si los órganos, institucionales y poderes del Estado, especialmente los órganos judiciales internos, no cumplen con su labor de garantizar plenamente los derechos humanos reconocidos en la CADH” (Burga, 2016, p. 135).

en la actualidad control propiamente dicho. Teniendo en cuenta lo anterior, se debe considerar que el desarrollo teórico de este control ha estado a la par de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que se han pronunciado al respecto.

En primer lugar, se hará un análisis de la estructura actual que se ha desarrollado desde la academia que se nutre de la propia jurisprudencia de la Corte IDH para determinar su concepto, de esta manera, se ha presupuestado que el CCV,

es un control de compatibilidad entre normas aplicables en un caso concreto, que supone para el destinatario ya el deber de realizar una interpretación conforme con el parámetro de control, ya el deber de inaplicar o invalidar la norma interna, en el sentido de que permite resolver antinomias (Henr, 2019, p. 154)

Por consiguiente “el juez nacional debería controlar que las normas internas estén conformes con la CADH, aplicando siempre el criterio de preferencia” (Cavallo, 2019, p. 391), esta fórmula “supondría la introducción de un control de convencionalidad “difuso”; esto es, encomendado a los jueces ordinarios” (Commons, 2019, p. 61), por consiguiente, “en materia del control de convencionalidad sobre normas legales, la Corte IDH ha adoptado diversas posibilidades, mandando que se adopte la ley, o que se modifique o que se deje sin efecto” (Cubides, Jiménez, & Bernal, 2019, p. 247).

Donde se evalúa los “actos de autoridad —entre ellos, normas de alcance general— conforme a las atribuciones que les confieren los ordenamientos a los que se hallan sujetos y las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, a las que se encuentran vinculados” (Ferrer Mac-Gregor, 2011, p. 963), con lo cual contribuye “a la aplicación armónica, ordenada y coherente del Derecho vigente en el Estado, abarcando sus fuentes internas e internacionales” (Bazán, 2012, p. 4), llegando a ser considerado como “una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente” (Elizondo, 2012, p. 386). Es un instrumento útil para la realización de los derechos humanos y de la democracia, en la medida en que vincula directamente al juez común y a las otras instituciones estatales, en la tarea del control del poder, desde la Constitución y las leyes de los distintos Estados, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante el DIDH), y más precisamente, desde el derecho convencional, el derecho contenido en las convenciones

internacionales sobre derechos humanos suscritas por los Estados andinos, que cuentan con un órgano judicial de vigilancia, control y adjudicación de responsabilidad (Fernando & Ramírez, 2013, p. 169),

Este CCV inicialmente propuesto para ser aplicado por los jueces de los Estados parte, implica para ellos “confrontar, en las materias que son de su competencia y de acuerdo a los procedimientos previstos en el orden jurídico, que las normas internas no vulneran las reglas determinadas por el derecho convencional internacional o supranacional” (Cavallo, 2012, p. 727); Se convierte en una herramienta imprescindible para los jueces con el fin de constatar, en todo momento, que “las normas internas no violentan la normatividad internacional”(Contreras, 2015, p. 41). “Puede ser entendido como una concordancia que realizan los jueces de las normas de derecho interno vigentes de cada país subscriptos a la Convención Americana de Derechos Humanos y el mismo instrumento supranacional” (Pittier, 2016, P. 164).

De acuerdo con su competencia “por la materia, el grado y el territorio que tengan en el ámbito interno, sin que en ello tenga ningún condicionante la competencia que puedan tener en materia de control de constitucionalidad, que es otra cosa” (Brewer-Carías, 2017, p. 131). Una actividad judicial operativa, respecto de los hechos y de las leyes, que hace efectivo el carácter normativo y legal de la Convención Americana de derechos Humanos y de todos aquellos tratados que comprenden el Sistema Interamericano de Defensa de estos derechos (Rincón Plazas, 2013, p. 205).

El tipo de medidas que las autoridades nacionales deben adoptar para garantizar que la creación, interpretación, y aplicación del derecho nacional sea consistente con los estándares del Corpus Juris Interamericano (González, 2017, p. 57); en sede internacional implica una subordinación de todo el ordenamiento jurídico nacional al respeto y garantía de los derechos humanos asegurados a través de los tratados internacionales (Jacobo, 2013, p. 74);

Las obligaciones internacionales soberanamente pactadas por los Estados deben cumplirse de buena fe, respetando el efecto útil de los instrumentos internacionales que las estipulan (Rodas, 2016, P. 104). El control de convencionalidad es una obligación de origen

convencional, que se debe desarrollar en el ámbito nacional por los Estados, confrontando la legislación nacional con la Convención Americana de Derechos Humanos, para que aquella no contradiga a ésta, y en caso de presentarse incongruencia entre el derecho nacional y el internacional, debe primar este, so pena de incurrir el Estado en responsabilidad internacional, por desconocimiento de su posición de garante, surgida por la manifestación del consentimiento frente a la mencionada convención (Velandia, 2017, p. 98). se refiere a una obligación internacional cuya observancia corresponde a todas y cada una de las autoridades y órganos de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (González & González, 2017, p. 272).es una de las expresiones más importantes del proceso de “Inter americanización” del Estado constitucional en América Latina (Palacios, 2017, p. 1396).

A partir de Suárez (2015) se puede determinar que son tres los elementos esenciales del CCV, el sujeto, el objeto y el parámetro de convencionalidad siendo los sujetos de este control el “i) el poder judicial, ii) jueces, organeros vinculados a la administración de justicia y operadores judiciales, iii) órganos que ejercer funciones jurisdiccionales y iv) todas las autoridades estatales” (p. 127). Sobre el objeto son las normas internas de los Estados parte. Y por último el parámetro de convencionalidad se refiere “a las normas que se deben tener en cuenta para determinar si una norma interna es o no convencional” (p. 127).

Existen tres tipos de trasplantes jurídicos según Bonilla (2009), el pragmático, el valorativo y el contextual, en relación al primero es el medio que permite “alcanzar un fin determinado” (p. 20), por su parte el valorativo consiste en aplicar los “valores, principios e intereses políticos que fundamentan” el trasplante.

El CCV difuso “Es un instrumento que permite a los jueces y tribunales verificar la compatibilidad de la legislación ordinaria con los tratados internacionales de derechos humanos” (Lopes & Pacheco, 2012, p. 205). La finalidad del CCV “es procurar que las normas de la Convención o cualquier otro tratado ´no se vean mermadas´ por normas o disposiciones internas contraria a su tenor” (Jinesta, 2012, p. 2013). “Hoy por hoy, dicha problemática (aludiendo al debate teórico acerca de la existencia o no de jerarquía entre dos sistemas jurídicos) se aborda desde la óptica del “diálogo constructivo permanente” (Ramelli, 2012, p. 246)

Los lineamientos del control de convencionalidad fueron definidos por la Corte IDH en los distritos fallos, estableciendo las líneas que cada Estado miembro de la CADH debe seguir para el efectivo cumplimiento de este mecanismo” (Soto, 2015, p. 72). La CADH “no se trata de un catálogo aspiracional o de buenas intenciones, a contrario sensu, se erige como una norma de rango constitucional” (Quiroga, 2015, p. 92).

En palabras de Molina (2015) los fundamentos del Control de Convencional son: i) *pacta sunt servanda*, ii) “el reconocimiento de las obligaciones de respeto y garantía (p. 107). “Un segundo escenario de recepción puede ser ubicado en la sección tercera del Consejo de Estado, el Punto es que esa corporación al conocer de procesos por relación directa, ha incluido en las condenas algunos elementos de la reparación integral de las víctimas, diseñadas por el SIDH” (Quinche, 2014, p. 670).

Son varios los casos en los cuales Ayala (2013) ha manifestado la existencia de un dialogo jurisprudencial entre los diferentes tribunales de la región y la Corte IDH, como lo es la Corte Suprema de Justicia de Argentina que, en el caso Simón, Héctor Julio y otros del 14 de junio del 2005 decide declarar la inconstitucionalidad de la ley de punto final con fundamento en la jurisprudencia de la Corte IDH al declararla como imperativa de aplicar. En este sentido los tribunales le dan carácter de obligaría a la jurisprudencia de la Corte IDH, en el caso Milton Mendoza y otros el tribunal constitucional boliviano enuncio que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para la jurisdicción interna, en el caso antonygil zorrilla la corte suprema de justicia de la república dominicana decreto que no solamente es vinculante las normas de la CADH sino también la interpretación que hace de esta la Corte IDH; en desarrollo del caso del Colegio de Abogados del callao vs congreso de la república el tribunal constitucional del Perú considera que la jurisprudencia de la Corte IDH no solo es vinculante en los casos que se condenó al Estado de Perú. En el caso mexicano se ha manifestado por parte de la Corte Suprema de Justicia mexicana ha dicho: “Así, las resoluciones por aquella instancia internacional cuya jurisprudencia ha sido aceptada por el Estado mexicano, son obligatorias para todos los órganos del mismo” (Engrose varios 912/2010). Dentro de este dialogo jurisprudencial se pueden desarrollar diferentes técnicas hermenéuticas que lo materialicen pero que igualmente se encuentran unidas por la aplicación normativa de la convención americana de derechos humanos.

Si bien es cierto que este desarrollo se ha centrado en el avance del término y su aplicación, también lo es que la misma Corte ha ido arrojando, quizá de forma muy somera, cuáles son los límites a este. En muy sucinta síntesis, hemos narrado cómo la pretendida equiparación entre el grado de eficacia de la CADH y la jurisprudencia interamericana, así como la solución jerárquica que asume esta doctrina, genera, entre otros, la desnaturalización del principio pro homine y la anulación de la noción de diálogo jurisprudencial. Asimismo (Alonso & Mendoza, 2019, p. 174).

Principio pro homine (dimensión interpretativa). Por regla general, los operadores jurídicos deben interpretar todo el sistema jurídico nacional y convencional de la manera más favorable a los derechos humanos. Excepcionalmente, las restricciones constitucionales expresas deben interpretarse —si no se admitiera que a la luz de los tratados internacionales dada la votación de los ministros dividida en ese aspecto— cuando menos a partir de los derechos y garantías constitucionales que la rodean (Sala, 2019, p. 122).

Por último, se considera que en un sistema u ordenamiento jurídico como es el colombiano, la norma fundamental, parámetro de validez, interpretación y aplicación de las normas internas es la norma convencional y con ella el Bloque de Convencionalidad, claro, partiendo de un análisis sistémico con los instrumentos internos, de tal manera que se garantice el más amplio derecho a los ciudadanos (Cubides-Cárdenas & Vivas-Lloreña, 2019).

Hoy el pluralismo jurídico permite vislumbrar un mundo globalizado y complejo en donde ordenamientos jurídicos distintos se yuxtaponen y la teoría de la soberanía y los principios de la libre autodeterminación de los pueblos cada vez ven más su ocaso. Con todo, el desarrollo del control convencional debe manejarse con mucho tino por sus integrantes, debiendo respetar el margen de apreciación nacional sin que esto, por cierto, pueda significar el no respeto a los tratados internacionales de derechos humanos, cuyo Estado emplazado no puede, en absoluto, anteponer su ordenamiento interno por encima del internacional (Cruz, 2019, p. 174).

Habría que añadir como sistemas de garantía en materia del control de convencionalidad/constitucionalidad en el sistema europeo, la cuestión de la coherencia o divergencia en las políticas entre la UE y los Estados miembro, así como el proceso de lucha

que se lleve a cabo en un Estado europeo determinado frente al derecho reclamado (Tomé & Biacchi-Gomes, 2019, p. 70).

#### **4. Evolución del CCV en el Consejo de Estado.**

El Consejo de Estado colombiano ha establecido la importancia del derecho internacional y en especial medida la importancia y valoración del CCV, para lo cual es esencial poder exponer sus consideraciones al respecto realizando un análisis de su evolución jurisprudencial referente al tema respectivo.

Según el Consejo de Estado en la sentencia con radicado 05001-23-31-000-1998-02368-01(29764) de la sección tercera ponente, Enrique Gil Botero, establece lo siguiente:

el control de convencionalidad es un principio de aplicación imperativa, que, aunque aparentemente tiene una dimensión destructiva –dejar de lado el derecho interno– ello se supera al trascender a la dimensión integrativa que permite presentar una normativa que conjuga finalmente, un ordenamiento jurídico, como un todo.

Lo que implica no un desconocimiento del derecho interno, sino por el contrario se respeta la autonomía jurídica del Estado, pero se aborda el bloque de constitucional y su aplicación en cuanto a los tratados internacionales y los compromisos adquiridos.

Adicional a esto el Consejo de Estado en el mismo pronunciamiento manifiesta que el CCV es un “principio de creación jurisprudencial Interamericana, que ha permitido verificar el efecto útil de las normas contenidas en las distintas convenciones de derechos humanos”. Razón por la cual, Colombia enfrenta unos compromisos enmarcados en su Constitución y en la Convención Americana, cartas conexas en razón a la protección de los derechos humanos como estado constitucional de derecho.

Encontrando dentro de este pronunciamiento una clara relación entre la declaración administrativa de la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales, lo que evidencia como la jurisprudencia del CE se ha enfatizado en determinar que dentro de los elementos por los cuales se declara esta responsabilidad esta los preceptos internacionales que contienen este tipo de obligaciones de carácter internacional, más aun considerando que esta responsabilidad se centra en materia de protección de los

derechos humanos, elementos que deben ser considerados dado que, son estas mismas circunstancias las que son estudiadas dentro de la Corte IDH, sobre responsabilidad internacional, lo que permite evidenciar como el CE se ha encargado de hacer esta relación sin esperar que sea conocido por este tribunal regional.

De esta manera, en el orden nacional se puede evidenciar de forma taxativa la ampliación del CCV, en la Radicación número: 05001-23-31-000-2000-04390-01(35298) del Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo sección tercera subsección C Consejero ponente, Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Este mismo pronunciamiento hace una referencia que permite visualizar de forma jurídica una evolución notable al concepto de CCV sustentando que, “se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado” al referirse a todos, significa de forma considerable que la obligación no es únicamente de los jueces como se pudo catalogar en un principio, sino de todos los funcionarios públicos, en cuanto lo que se busca es proteger los derechos humanos, constitucionales y convencionales en todas las dimensiones posibles dentro del ordenamiento social.

De tal manera, la misma sentencia determina que “dicho con otras palabras, no es la autoridad local quien determina la medida y alcance de la Convención, sino que es la Convención la que les determina a las autoridades nacionales su medida y alcance competencial a la luz de sus disposiciones”. Realizando con esto un análisis amplio del concepto de CCV y exponiendo nuevos elementos facticos que permiten abordar de forma más amplia esta concepción jurídica internacional, para el mismo Consejo de Estado, “El control de convencionalidad como construcción jurídica no se agota en el ámbito del derecho interamericano de los derechos humanos”, sino adicional se puede establecer que su connotación pueda estar puesta en el sistema europeo y otros sistemas de igual importancia en la protección de derechos humanos.

Por lo anterior, y justamente esta Corporación ya ha hecho eco de la aplicabilidad oficiosa e imperativa del control de convencionalidad conforme a la cual ha sostenido el deber de los funcionarios en general, y en particular de los jueces, de proyectar sobre el orden interno y dar aplicación directa a las normas de la Convención y los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; tales cuestiones han sido

abordadas en aspectos como los derechos de los niños, la no caducidad en hechos relacionados con actos de lesa humanidad, los derechos a la libertad de expresión y opinión, los derechos de las víctimas, el derecho a la reparación integral, el derecho a un recurso judicial efectivo, el derecho a la protección judicial, entre otros asuntos.

Con lo cual el Consejo de Estado realiza una aclaración a todos los funcionarios públicos y de manera precisa sobre los jueces, la sección tercera subsección B consejera ponente: Stella Conto Díaz del Castillo se establece en la Radicación número: 25000-23-26-000-1999-02626-01(28642) En el sub bite se hace forzoso e ineludible para la Sala ejercer el control de convencionalidad en los términos en que ha sido precisado por la jurisprudencia interamericana para afianzar la garantía de los derechos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Partiendo como sustento para aplicar este mencionado CCV porque son los propios jueces parte del Estado, y así son contemplados por este tribunal regional, de este modo, como parte del Estado están en la obligación de cumplir con lo que el Estado se comprometió dentro de los niveles regionales e internacionales, como es el caso CADH, por ello es que en este precedente el CE ha sido claro que este razonamiento es uno de los cuales permite ejercer dicho CCV en los casos que son puestos en su conocimiento, a lo cual, se debe sustraer igualmente que al ser considerado como parte del Estado por este organismos sus conductas en pro no solo declarar la responsabilidad sino también de proteger efectivamente los derechos también debe ser reconocido por este tribunal.

## **Conclusiones**

Para responder a la pregunta de investigación que se planteó en el desarrollo de este trabajo se debe mencionar como, los elementos de la responsabilidad como primer elemento que puede sustentar esta propuesta, dado que describiendo estas características se puede sustraer los fundamentos de esta excepción. La responsabilidad como se mencionó en el desarrollo del primer capítulo es una figura que surge dentro del derecho privado en la cual se determina su definición con base en la existencia de una obligación, asimilación que se presentó hasta las revoluciones liberales en las cuales con la racionalidad del Estado se determina su propia responsabilidad al considerarlo como un actor y sujeto dentro del

derecho, de esta manera, dentro de los grandes avances que se presentaron para el derecho con posterioridad a la revolución francesa consiste en determinar cómo las acciones y conductas realizadas por el Estado generan responsabilidad pero especialmente exigen un control jurisdiccional como lo precisa el Fallo Blanco. De este modo, la responsabilidad del Estado se fundamenta en una conducta que para lo descrito en este trabajo se entiende como la acción u omisión, del Estado, dicha conducta debe generar un daño antijurídico que genere perjuicios, para determinar la antijuridicidad del daño radica en que no se trata de un deber soportar dicho daño, sino que se trata de una afectación a los bienes jurídicos tutelados que se sustentan en normas constitucionales y convencionales, y especialmente se debe evidenciar una relación entre dicha conducta y el daño ocasionado, lo que se denominó por parte de la jurisdicción del consejo de estado como imputación.

Estas características deben ser consideradas dentro del escenario regional e internacional para establecer la responsabilidad, pues para este caso se debe precisar como la responsabilidad internacional deviene de las obligaciones internacionales a las cuales se suscribieron los Estados, que para el caso del SIDH se trata de la obligación expuesta en el artículo primero de la CADH en el que se obliga a garantizar los derechos de las personas que son sujeta de la jurisdicción de los Estados, por ello, la responsabilidad radica en toda acción u omisión por parte de los Estados para lograr asegurar el ejercicio de los derechos de las personas.

De esta manera, la responsabilidad internacional de los Estados en el SIDH se evidencia como existen normas de carácter convencional que determinan diversidad de derechos que deben ser amparados y debidamente tutelados. Por ello, para el caso de la jurisprudencia de la Corte IDH en la cual se determina cualquier autoridad que por acción u omisión incumpla esta obligación hace acreedor al Estado de ser declarado como responsable, dado que, cada una de las entidades que integra el Estado hace ser responsable en su totalidad. De este modo, ante la Corte IDH el Estado es responsable por cada una de sus instituciones; de tal forma la omisión del aparato judicial en responder a las víctimas de violaciones para los derechos humanos, se considera también parte de la responsabilidad.

De esta manera, analizando el alcance del control de convencionalidad, se pudo determinar cómo existe una clara obligación por parte de las instituciones de los Estados para lograr el

efecto útil de la convención, por ello este control de convencionalidad a pesar de nacer como una obligación por parte de los jueces, a convertirse en una obligación de toda autoridad.

Lo anterior permite evidenciar como para la corte IDH al momento de construir el Control de Convencionalidad se determinaba al Estado como uno solo y por ello cada autoridad tiene la obligación de aplicarlo, de este modo, cuando el control de convencional es aplicado por estas instituciones, por lo cual cuando el Consejo de Estado en el caso colombiano al aplicarlo está logrando que el Estado cumpla con dicha obligación.

De esta manera, la excepción de convencionalidad busca establecer como la aplicación del control de convencionalidad por parte del Consejo de Estado como una forma de lograr determinar la inexistencia de la responsabilidad internacional del Estado, pues, con ello se logra determinar que el Estado mismo logro evitar tanto la antijuridicidad como también reparar adecuadamente, a las víctimas de tal forma que es el mismo el Estado que aplicando el control de convencionalidad logra proteger el ejercicio de los derechos humanos.

## **Referencias**

- Altabe, M. H. (2012). Relaciones entre los controles de convencionalidad y de constitucionalidad en Colombia. En Velandia, E. A. (Ed). Derecho procesal constitucional tomo I volumen III. Bogota: Asociación colombiana de derecho procesal colombiano.
- Ayala, C. (2013). Del dialogo jurisprudencial al control de convencionalidad. México: Editorial PORRÚA.
- Bazán, V. (2012). El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. Grupo de Estudios Sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, 1, 17–55.
- Bonilla, D. (2009). Teoría del derecho y trasplante jurídicos. Bogota: Universidad de los Andes.
- Brewer-Carías, A. R. (2017). Derecho administrativo y el control de convencionalidad.
- Burga, A. M. (2015). Derecho internacional y Derecho Interno. Bogota: UNIACADEMIA.

- Burga, A. M. (2016). Derecho internacional y derecho interno: el caso de los tratados de Derechos Humanos. Bogotá: LEYR.
- Cavallo, G. A. (2012). El control de convencionalidad en la era del constitucionalismo de los derechos. comentario a la sentencia de la corte suprema de chile en el caso denominado episodio rudy c??rcamo ruiz de fecha 24 mayo de 2012. Estudios Constitucionales, 10(2), 717–750.
- Corona, L. A. (2015). El control de convencionalidad en la justicia electoral en México. En Velandia, E. A. (Ed). Derecho procesal constitucional. Bogota: LEGIS & Universidad Santo Tomas. pp 93-104.
- Fernando, M., & Ramírez, Q. (2013). control de convencionalidad y la democracia en los países andinos \*, 10(19), 167–206.
- Ferrer MacGregor, E. (2011). Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. a la luz del caso cabrera garc??a y montiel flores vs. M??xico. Boletin Mexicano de Derecho Comparado, (131), 917–967.
- Galdámez Zelada, L. (2007). Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva, ampliación del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones. Revista chilena de derecho, 34(3), 439-455.
- García Ramírez, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad \*. REVISTA DEL INSTITUTO DE CIENCIAS JURÍDICAS DE PUEBLA, 5(28), 123–159.
- González, A. A., & González, D. R. U. (2017). CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL Y IUS COMMUNE EN AMÉRICA: FUNDAMENTOS LEGALES, NATURALEZA JURÍDICA Y PRÁCTICA REGIONAL. Anuario de Derechos Humanos Del Instituto de La Judicatura Federal, 271–316.
- González, P. (2017). La Doctrina del Control de Convencionalidad. Estudios Constitucionales, 15(718–195), 55–98.

- Henríquez, M. L., & Núñez, J. I. (2016). El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano? *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 326–339. Retrieved from file:///scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S2070-81572016000100017&lang=pt
- Herrera Pérez, A. (2016). El control de convencionalidad en materia de derechos humanos y la regularidad constitucional. Comentarios a la jurisprudencia 20/2014 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(35), 277–288. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2016.35.10498>
- Jacobo, L. F. A. (2013). El control difuso de convencionalidad en México, 71–90.
- Jinesta, E. (2012). Control de convencionalidad ejercido por los tribunales y salas constitucionales. En Velandia, E. A. (Ed). *Derecho procesal constitucional tomo I volumen III*. Bogota: Asociación colombiana de derecho procesal colombiano.
- Lopes, J. M & Pacheco, L. (2012). El control de convencionalidad de leyes en la justiciar laboral con base en las convenciones de la organización internacional del trabajo: caminos para la internacionalización del derecho procesal. En Velandia, E. A. (Ed). *Derecho procesal constitucional tomo I volumen III*. Bogota: Asociación colombiana de derecho procesal colombiano.
- Martínez, A., Cubides, J., & Díaz, W. (2015). Los mecanismos de reparación integral (RIT) como elementos unificadores del ordenamiento internacional y el derecho nacional en busca de la consolidación del *Ius Commune Interamericano*. *Revista IUSTITIA*, 487-504.
- Matute, J. D. (2010). El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, 263.
- Mejía, J. (2013). Control de constitucionalidad y de convencionalidad en Panamá. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 19(23460849), 467–488.

- Mercado, D, & Ruiz, C. (2016). Efectos del control de convencionalidad en la jurisprudencia del consejo de estado. *Saber, Ciencia y Libertad*, 11(2), 19-30.
- Palacios, D. L. (2017). Control de convencionalidad interamericano en sede nacional: una noción aún en construcción / Interamerican conventionality control at domestic level: a notion still under construction. *Revista Direito e Práxis*, 8(2). <https://doi.org/10.12957/dep.2017.27730>
- Paúl Díaz, Á. (2015). Análisis sistemático de la evaluación de la prueba que efectúa la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista chilena de derecho*, 42(1), 297-327.
- Pérez, L. (2014). Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, (1847), 431–448.
- Pittier, L. (2016). Control de convencionalidad en Argentina. *Revista IIDH*, 64, 161–187.
- Quinche, F. (2009). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://corteidh.or.cr/tablas/r25586.pdf>.
- Quinche, M. F. (2014). El control de convencionalidad como control normativo y no como control simplemente erudito o formal. En Velandia, E. A. (Ed). *Derecho procesal constitucional*. Bogota: Legis. Pp. 653-673
- Quiroga, E. A. (2015). Tipicidad constitucional y control de convencionalidad en Colombia a partir de 1991. Nociones elementales. En Velandia, E. A. (Ed). *Derecho procesal constitucional*. Bogota: LEGIS & Universidad Santo Tomas. pp 75-92.
- Ramelli, A. (2012). Relaciones entre los controles de convencionalidad y constitucionalidad en Colombia. En Velandia, E. A. (Ed). *Derecho procesal constitucional tomo I volumen III*. Bogota: Asociación colombiana de derecho procesal colombiano.
- Rincon Plazas, E. R. (2013). FINICIÓN , CLASIFICACIÓN , PERSPECTIVA Y ALCANCES . \* HOW DOES CONVENCIONALIDAD ' s CONTROL WORK ? :

DEFINITION , CLASSIFICATION , PERSPECTIVE AND ALCANCES .\*, (11), 197–214.

Rodas, V. H. (2016). El control de convencionalidad del corpus iuris interamericano en la CDHDF. *Étodhos, Revista Electrónica de Investigación Aplicada En Derechos Humanos de La CDHDF*, 101–127. Retrieved from [http://jeanclaude.mx/wp-content/uploads/2010/09/Control Convencionalidad Mexico 2.pdf](http://jeanclaude.mx/wp-content/uploads/2010/09/Control_Convencionalidad_Mexico_2.pdf)

Ruiz, W. (2016). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*. Bogota: ECOE Ediciones.

Soto, M. A. (2015). El ejercicio del control de convencionalidad por jueces mexicanos. En Velandia, E. A. (Ed). *Derecho procesal constitucional*. Bogota: LEGIS & Universidad Santo Tomas. pp 59-73.

Suarez, I. (2017). *Control de convencionalidad y auto precedente interamericano*. Bogotá: IBANÉZ & Universidad de la Sabana.

Vallejo, J. S. (2016). Entre la recepción y la omisión de una obligación internacional: el control de convencionalidad en el Consejo de Estado. *Academia & Derecho*, (11), 183-226.

Velandia, A. (2017). El control de convencionalidad y las decisiones de la procuraduría general de la nación, en Colombia caso Gustavo Petro. *Revista de Investigación En Derecho y Ciencias Políticas*, 9(1794–1598), 92–107. Retrieved from <http://revistas.ugca.edu.co/index.php/inciso/article/view/817>