

Revista Academia & Derecho, Año 6, N° 11, 2015, pp. 183-226
ISSN 2215-8944

Universidad Libre Seccional Cúcuta - Facultad de Derecho
Ciencias Políticas y Sociales & Centro Seccional de Investigaciones
Entre la recepción y la omisión de una obligación internacional:
el control de convencionalidad en el Consejo de Estado
Juliana Sánchez Vallejo

Entre la recepción y la omisión de una obligación internacional: el control de convencionalidad en el Consejo de Estado*

Between the reception and default of an international obligation:
conventionality control in the State Council

Recibido: Enero 20 de 2015 - Evaluado: Marzo 28 de 2015 - Aceptado: Mayo 30 de 2015

Juliana Sánchez Vallejo**

Para citar este artículo / To cite this Article

Sánchez Vallejo, J. (Julio-Diciembre de 2015). Entre la recepción y la omisión de una obligación internacional: el control de convencionalidad en el Consejo de Estado.
Revista Academia & Derecho, 6(11), (183-226).

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Producto del proyecto “La convencionalidad del Marco Jurídico para la paz”, perteneciente al Grupo de Investigación de Derecho en Contexto –GIDECO– adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia.

** Abogada egresada de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia. Magíster (E) en Derecho Procesal Constitucional, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Miembro de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional. Miembro Honorario del Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Abogada litigante y docente investigadora de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia dentro del Grupo de Investigación de Derecho en Contexto –GIDECO–.
Correo electrónico: sanchezvaljuliana@miugca.edu.co.

Resumen:

La promoción y defensa de los Derechos Humanos, en la actualidad, es un aspecto fundamental para los Estados Americanos. Un elemento primordial que ha permitido el avance del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo artículo segundo da cimiento al que sería denominado por la Corte Interamericana como “control de convencionalidad”, el cual se ha constituido en una obligación internacional de todo Estado que haya ratificado la Convención en mención e implica que los distintos órganos o poderes estatales examinen la armonía entre el ordenamiento interno y la normativa interamericana, a fin de evitar la vulneración de esta última. Para el caso colombiano es relevante examinar cómo ha sido la recepción del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado, por cuanto éste organismo judicial conoce un gran número de casos donde no solo se debate la responsabilidad del Estado sino también la posible violación de Derechos Humanos, por lo que debe aplicarse el control objeto de estudio. A partir del uso, desarrollo e importancia que se le haya dado a tal control por parte del máximo tribunal en lo contencioso administrativo se podrá concluir si se encuentra en un nivel alto, medio, bajo o nulo de recepción y en esa medida será factible establecer hasta qué punto se está cumpliendo con la obligación internacional señalada.

Palabras clave: Control de convencionalidad, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Derechos Humanos, Poder Judicial.

Abstract:

The promotion and defense of Human Rights, today, is an essential aspect for American States. A major factor that has allowed the development of the International Law of Human Rights is the American Convention on Human Rights, whose second article gives foundation to what would be called by the Inter American Court as “control of conventionality”. This control, which today has become in an obligation of each State which has ratified the Convention mentioned, implies that the various state authorities consider the harmony between domestic law and inter-American law, to avoid infringement of the American Convention. In the Colombian case, is important to analyze how has been the reception of conventionality control in the jurisprudence of

the State Council, because this judicial corporation knows many cases where is disputed not only the responsibility of the State but also the possible discussion violation of human rights, making necessary the use of the control studied. From the use, development and importance given to such control by the State Council may be terminated if it is in a high, middle, low or no reception.

Key Words: American Convention on Human Rights, Conventionality control, Human Rights, Inter American Court of Human Rights, Judicial Branch.

Resumo:

A promoção e defesa dos Direitos Humanos, na atualidade, é um aspecto fundamental para os Estados Americanos. Um elemento primordial que tem permitido o avanço do Direito Internacional dos Direitos Humanos é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cujo artigo segundo gera o denominado “Controle de Convencionalidade”, o qual se tornou numa obrigação internacional de todo Estado que tenha ratificado a Convenção dita, isto implica que os distintos órgãos ou poderes estatais examinem em harmonia o ordenamento interno e a normatividade interamericana, na procura de evitar futuras vulnerações à Convenção. No caso colombiano, é relevante examinar como foi a recepção do controle de convencionalidade na jurisprudência do Consejo de Estado (Conselho de Estado), por quanto este órgão judiciário é competente num grande numero de casos nos quais, além de ser debatida a responsabilidade do Estado também estão presentes as violações aos Direitos Humanos, pelo qual deve aplicar-se o controle dito. A partir do uso, desenvolvimento e importância que se tenha dado ao controle por parte do máximo tribunal do Contencioso Administrativo, poderá se concluir se existe num nível alto, intermédio, baixo ou até inexistente de recepção e nesta medida será mais fatível estabelecer até qual ponto está sendo cumprida a obrigação internacional da Convenção.

Palavras chave: Controle de Convencionalidade, Convenção Americana dos Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Direitos Humanos, Poder Judiciario.

Introducción

El desarrollo y consolidación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la actualidad resulta evidente. Tal evolución es precisamente

el resultado de los enormes esfuerzos que la comunidad internacional ha realizado, pretendiendo evitar la repetición de acciones que otrora, causaron enormes daños a la humanidad. De ese anhelo, surgen los distintos sistemas de protección de los derechos humanos, que a pasos grandes o pequeños irían permitiendo el acercamiento entre los ordenamientos jurídicos internos de los Estados y el orden internacional.

Para el caso de América, se cuenta con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) y la Comisión Interamericana, cuyo funcionamiento ha coadyuvado al afianzamiento de los derechos humanos en los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH o la Convención) y han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH, la cual, en su jurisprudencia, vendría a establecer la obligación estatal de ejercer la figura que ha denominado “control de convencionalidad”.

Este control hace referencia, en principio, al examen judicial que se ejerce para determinar la compatibilidad y armonía entre el ordenamiento interno de un Estado y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Su principal fundamento jurídico se establece en el artículo segundo de la misma, a cuyo tenor se establece:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

A partir de la anterior consagración normativa, la Corte IDH vio la necesidad de constituir un mecanismo a través del cual pudiese constatar que las medidas legislativas o “de otro carácter” se compadecieran de lo estipulado en la Convención. Así, en el 2003 se insinúa el término “control de convencionalidad” por el juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez, en el caso *Mirna Mack Chang Vs Guatemala*; sin embargo, el uso serio del término se presentaría con el caso de *Almonacid Arellano vs Chile* en el 2006, a partir del cual este tribunal internacional comenzaría a realizar llamados a los Estados Partes para que apliquen la figura en comento, empezando por el Poder Judicial y posteriormente ampliándose tal obligación a todos los órganos y poderes estatales.

En consecuencia, se encuentra que la Rama Judicial cumple un importante rol en el acatamiento de la obligación internacional antes mencionada, cuya inobservancia bien puede generar responsabilidad al Estado en el Sistema Interamericano, por ello es importante comprender cómo están recepcionando los jueces de los Estados Partes el control de convencionalidad. En el caso colombiano, el Consejo de Estado se erige como el máximo tribunal en lo contencioso administrativo, por lo que, en cumplimiento de sus funciones, es veedor de las actuaciones estatales, determinando la responsabilidad derivada de las mismas, y en su caso, estableciendo la reparación debida. En consideración al papel que cumple el organismo mencionado, vale la pena indagar ¿cómo se ha recepcionado el control de convencionalidad en el Consejo de Estado entre los años 2006 a 2015? A través del presente artículo se pretende dar respuesta al interrogante planteado, a partir de los resultados de una investigación jurídica desarrollada con la finalidad de examinar tal situación.

Es así que, se ha realizado una búsqueda de las sentencias proferidas por el Consejo de Estado en las que se haya hecho uso del término “control de convencionalidad”, en el interregno de tiempo comprendido entre el 2006 –año en el que la Corte IDH dio nombre a tal figura– y el 2015, partiendo de la implementación del modelo de investigación jurídica explicativa.

Por último, es dable destacar que el objeto de estudio en esta investigación adquiere relevancia, pues, por un lado, permite advertir la manera como es vista, desde el orden interno, esta obligación internacional y su grado de cumplimiento. Además, resulta ser un complemento a las indagaciones que –hasta el momento– se han realizado sobre el tema del control de convencionalidad, ya que si bien éste ha sido abordado desde distintos puntos de vista, al día de hoy no se evidencian escritos que recojan de forma sistemática lo que en la presente indagación se relaciona.

Metodología de investigación

Los resultados presentados en este artículo parten de una investigación jurídica, cualitativa y explicativa, que pretendía examinar cómo ha sido la recepción que se le ha dado al control de convencionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Para realizar tal estudio, inicialmente se establecieron los principales aspectos del control en mención como su significado, objeto y finalidad. Así mismo, se identificó la composición del máximo tribunal en lo contencioso administrativo, para finalmente, examinar el tratamiento dado al

control de convencionalidad en las providencias que han sido proferidas por el Consejo de Estado entre el 2006 y el 2015.

El año seleccionado para comenzar la revisión relacionada precedentemente no es caprichoso, por el contrario, el año 2006 se tomó como punto de partida, dado que fue a partir del mismo que se utiliza seriamente el término control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Para realizar el estudio de los fallos se elaboró una ficha técnica con la cual se buscaba, por un lado, relacionar los aspectos que permitieran identificar las providencias (la corporación que la profirió, número de radicación, magistrado ponente, fecha de la sentencia, acción impetrada, demandante y demandado) y por otro lado, se pretendió precisar su relación con el control de convencionalidad, para lo cual se crearon seis casillas, cada una correspondiente a una pregunta en relación con la forma en la cual tomó la alta corporación el control de convencionalidad, permitiéndose un ‘Sí’ o un ‘No’ para determinar si se acogió el criterio que planteaba la pregunta. Se relaciona a continuación una ficha técnica elaborada, para ilustrar lo antes descrito:

CONSEJO DE ESTADO																
N°	Identificación		Aspectos Relevantes	1		2		3		4		5		6		
				SI	NO	SI	NO	SI	NO	SI	NO	SI	NO	SI	NO	
6	N° de sentencia	25000-23-26-000-2012-00537-01	Se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra el auto que decide rechazar por caducidad una demanda de reparación directa, en la que se pretendía la declaratoria de responsabilidad administrativa del Estado colombiano por los hechos acaecidos y como consecuencia de ello, la indemnización de los perjuicios causados a los familiares de Jorge Alberto Echeverry Correa, quien fue asesinado en la toma del Palacio de Justicia. Se decide revocar el auto y en su lugar se ordena admitir la demanda y surtir el trámite correspondiente. Se establece que frente a los delitos de lesa humanidad no aplica la caducidad. Se inicia la providencia diciéndose "Procede el ponente, en ejercicio de sus atribuciones como juez de convencionalidad". De igual manera, a	X		X		X		X		X		X		
	Expediente	45092														
	Magistrado Ponente	Jaime Orlando Santofimio Gamboa														
	Fecha de Sentencia	17 de septiembre de 2013														
	Sección	Tercera														
	Subsección	C														
	Medio de control	Reparación Directa														
	Demandante	Teresa del Socorro Isaza de Echeverry y Otros														
Demandando	Nación - Ministerio de Defensa Nacional															
Observaciones frente al CC.	Se hace alusión a la integración normativa con convenios internacionales. Se habla de la aplicación del control															

		<p>de constitucionalidad. De igual manera, se habla de la procedencia obligatoria del control de convencionalidad y de la CADH. Se habla del principio de universalidad de los derechos humanos, así como la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad de 1968. Se hace énfasis en la aplicación de los principios del <i>ius cogens</i> y de humanidad del derecho internacional público.</p>	<p>pie de página se desarrolla el concepto e importancia de esta figura, relacionándose los casos en los que se ha hecho uso de la misma por parte de la Corte IDH. Se reitera el deber de ejercer ex officio el control de convencionalidad, en virtud de la fuerza vinculante de los tratados de derechos humanos. A página 81, se define el control de convencionalidad como “obligatorio y oficioso, el cual se entiende como el juicio de revisión de la adecuación del ordenamiento interno a la luz de los postulados convencionales, a cargo de las autoridades públicas en general y de los jueces ordinarios en particular, a fin de velar por la regularidad y armonía de las normas del derecho interno frente a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos al momento de su aplicación...” Se precisa por el Despacho que el funcionario judicial no debe aplicar únicamente las normas correspondientes a los procedimientos contencioso administrativos, sino que además debe remitirse a las normas constitucionales y de orden supraconstitucional “fundándose principalmente en la CADH y la doctrina desarrollada a partir de ella por la Corte IDH”</p>														
--	--	--	---	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Partiendo de lo anterior, resulta conveniente a continuación destacar los seis criterios adoptados para establecer el nivel de recepción de la temática – cada uno de los cuales corresponde a una casilla del cuadro antes relacionado–, a saber:

1. Que la corporación haga uso del término control de convencionalidad.
2. Que la corporación tenga en cuenta la Convención Americana sobre Derechos Humanos para fundamentar su decisión.

3. Que la corporación desarrolle el concepto del control de convencionalidad.
4. Que la corporación asuma que está ejerciendo el control de convencionalidad.
5. Que la corporación asuma el rol de juez interamericano.
6. Que se haya introducido alguna novedad derivada de la aplicación del control de convencionalidad.

De acuerdo con los parámetros antes relacionados, se establecieron, además, cuatro niveles de recepción: alto, medio, bajo y nulo, según se describen a continuación:

- a. **Alto:** Este nivel aplica si en la jurisprudencia del organismo estudiado se usa reiterativamente el término “control de convencionalidad”. De igual manera, ha de desarrollarse y analizarse dicho control dentro de las providencias, aceptándose la realización del mismo y asumiéndose por parte del Tribunal el rol de juez interamericano.
- b. **Medio:** Se asigna si en la jurisprudencia de la corporación se ha hecho referencia al control de convencionalidad, aunque no se haya dado un desarrollo profundo del tema. De igual manera aplicará si, a pesar de no aceptarse la realización del control en mención ni el papel de juez interamericano, se ha tenido en cuenta la Convención Americana de Derechos Humanos para fundamentar la decisión.
- v. **Bajo:** Este nivel se asigna si en la jurisprudencia del máximo tribunal en lo contencioso administrativo, se ha hecho alguna alusión al término control de convencionalidad, aunque no lo ha desarrollado ni aplicado.
- d. **Nulo:** Será utilizado si en la jurisprudencia del ente estudiado no se ha hecho ninguna referencia al control de convencionalidad.

Esquema de resolución

Para el desarrollo del examen propuesto, inicialmente se partirán de algunas nociones básicas sobre el control de convencionalidad, de manera que se tenga un panorama general de la temática objeto de estudio. Posteriormente, se indicará someramente la composición y funcionamiento del Consejo de

Estado, hasta llegar a examinar el tratamiento que se le ha dado al control mencionado en la jurisprudencia del máximo tribunal en lo contencioso administrativo, finalizando con algunas conclusiones.

Resultados de investigación

1. Nociones básicas del control de convencionalidad

La importancia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se da por sentado en la actualidad. De la misma, se han derivado relevantes aportes para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y ha sido el fundamento jurídico del control de convencionalidad. Su artículo segundo daría las bases para que, posteriormente, la Corte Interamericana le diera nombre y vida a esta figura en el año 2006. Valga aclarar que, pese a haber sido utilizado este término con anterioridad en la jurisprudencia interamericana –en el 2003–, no se hizo con una intensión precisa y seria, como sí se da en la sentencia del caso *Almonacid Arellano Vs Chile*, donde se estableció que:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención, no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una **especie de control de convencionalidad** entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana. (Corte IDH -Caso *Almonacid Arellano vs Chile-*, 2006). (Negrilla fuera de texto).

Posteriormente, en la sentencia del caso los “Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú” se determina que la aplicación de este control, al tener su esencia en los Derechos Humanos, procedería aun de oficio para el operador judicial:

(...) los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, **sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana**, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (Corte IDH -Caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs Perú-, 2006) (Negrillas fuera de texto)

Con posterioridad, la Corte IDH establecería que no son solo los jueces los encargados de velar por la efectividad de la Convención, sino que lo son todos y cada uno de los entes, poderes u organismos que conforman el Estado. De este modo, en la sentencia del caso Gelman vs Uruguay se dice que:

Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, **todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención** no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana (...) (Corte IDH -Caso Gelman vs Uruguay-, 2011).

El anterior planteamiento, aunque tendría ciertos inconvenientes para su aplicación práctica, se muestra lógico, pues la protección de los Derechos Humanos corresponde al Estado en su integridad, por tanto, mientras existan violaciones a los mismos por parte de los distintos órganos y poderes estatales, persistirán las condenas internacionales a los Estados si en sede interna no propenden por su salvaguarda, o según el caso, la reparación debida.

Ha de considerarse además que, en cuanto al concepto examinado, en los apartados citados solo se realizan requerimientos dirigidos al cumplimiento de un deber—el de aplicar el control de convencionalidad—; no obstante, se carece de claridad en torno al concepto del mismo, por ello, se destaca la resolución del 20 de marzo de 2013 de la Corte IDH, que trata la supervisión de cumplimiento de la sentencia del caso Gelman vs Uruguay, la cual profundizando en esta temática indica que:

(...) 72. De tal modo, el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las

regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad¹. (...) (Corte IDH -Resolución Supervisión Cumplimiento de Sentencia Caso Gelman-, 2013).

Se entiende, entonces, que la Corte IDH concibe el control de convencionalidad como una obligación que posibilita la efectividad de la Convención Americana, al exigir a los distintos entes estatales, verificar que las disposiciones de sus ordenamientos internos se encuentren en armonía con la CADH. Ahora bien, tal como se constata en la resolución citada, este control tiene una importancia para la Corte IDH que va incluso más allá de ser sólo un ejercicio hermenéutico, pues ejercerlo significa, al mismo tiempo, evaluar que no se vulneren los Derechos Humanos, circunstancia que le otorga un importante rol a este Tribunal Internacional.

Ahora bien, si se examina la expresión “Control de convencionalidad”, se encuentra que, según la Real Academia Española, “control” significa “comprobación, inspección, fiscalización, intervención” (DRAE, 2012), y, convencionalidad, según la obra Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, es la “adecuación material de las “leyes internas” a lo establecido por la Convención Americana” (REY CANTOR, 2008).

En consecuencia, el control de convencionalidad, puede ser definido como “un examen de confrontación normativo del derecho interno (“leyes internas”, Constituciones, proyectos de reforma constitucional, actos administrativos, etc.) con la Convención Americana” (REY CANTOR, 2008).

Ese “examen de confrontación normativo” puede presentarse en dos niveles. Desde el ámbito internacional ha de indicar un control de convencionalidad concentrado, el cual es ejercido directamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Desde el ámbito interno o nacional,

¹ Cf., en el mismo sentido, el Caso de la “Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia”, párrafo. 144.

por su parte, se ha de ejecutar un control de convencionalidad difuso, ejercido, en principio², por el Poder Judicial de los Estados Parte.

Además de lo mencionado, debe considerarse ahora ¿cuáles son esas disposiciones del ordenamiento jurídico que deben analizarse a la luz de la CADH? ¿Se trata solamente de las leyes? ¿Se encuentra la Constitución misma de un Estado Parte sometida a este control? La respuesta se halla, precisamente, en la jurisprudencia de la Corte IDH, donde ha dado a entender que el control de convencionalidad se realiza sobre todo el ordenamiento jurídico interno, desde actos administrativos hasta la misma Constitución, generando polémica por inmiscuirse en la validez de normas que, desde la perspectiva de la supremacía constitucional y de la legitimación democrática, no podrían ser objeto de discusión en el plano internacional. Piénsese así, en las leyes, las cuales se encuentran fundamentadas en la democracia representativa³; o en la Constitución, que viene a ser la voz del pueblo plasmada por escrito. En contraste con lo anterior, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha declarado la responsabilidad internacional de algunos Estados⁴ por causa de leyes e incluso disposiciones constitucionales que van en contra de la CADH.

Independientemente de las consideraciones constitucionales que puedan existir frente a la discusión planteada en el párrafo anterior, para la Corte IDH no se presenta una crisis jerárquica entre las normas internas e internacionales, pues desde la perspectiva supranacional, se presupone la superioridad de la CADH, dado que los Estados al haberla ratificado han manifestado su voluntad de cumplir lo allí plasmado y por tanto, tal como se estableciera en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, posteriormente, no se pueden alegar disposiciones del ordenamiento interno para incumplir compromisos internacionales. En palabras de la Corte:

(...) el derecho interno de los distintos Estados parte es un simple hecho respecto de los derechos y obligaciones contenidos en la Convención Americana (...) acontece el suceso de *la violación per se de la Convención Americana*, que genera responsabilidad internacional, por el simple

² Esto, por cuanto fueron los primeros llamados a ejercerlo, luego, tal obligación sería extendida a todos los órganos que conforman los Poderes del Estado.

³ A partir de la cual los legisladores crean las leyes, dotadas del consentimiento implícito de todos los ciudadanos, quienes por mayoría eligieron a quienes les representarían.

⁴ Como Uruguay, Argentina, Perú, entre otros.

hecho de que los Estados parte expidan normas constitucionales, legales o reglamentarias contrarias a la Convención. (...)” (Corte Interamericana de Derechos Humanos -Opinión consultiva 14-, 1994).

Con base en lo expuesto, el conflicto entre las normas internas y la CADH ha sido resuelto en términos simples por la Corte IDH, al explicar que las normas nacionales, cuando son analizadas en la jurisdicción interamericana, se tienen como meros “hechos internos”, lo que conlleva a la carencia de cualquier disputa jerárquica, la Convención prevalece sin duda⁵.

Por otro lado, en el caso “Vargas Areco vs. Paraguay” al hablarse del control de convencionalidad y su alcance, se dijo que éste buscaba:

(...) confrontar los hechos internos –leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo- con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquellos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza (Corte IDH -Caso Vargas Areco vs Paraguay-, 2006).

Se debe agregar que fue con el caso Suarez Rosero vs. Ecuador que la Corte IDH, por primera vez, declara que un Estado es internacionalmente responsable como consecuencia de la expedición de una norma interna, que para este caso tenía carácter legal y si bien para el momento en que se profiere esta sentencia no se hablaba aun del control de convencionalidad, lo cierto es que allí se aplicó esta figura. (QUINCHE RAMÍREZ, 2014).

Posteriormente, mientras se afianzaba esta doctrina en la jurisprudencia de la Corte IDH, se presentaron casos emblemáticos en los que este Tribunal halla disposiciones o reformas constitucionales contrarias a la CADH y ordena, incluso, su modificación. Así, en el caso de “La última tentación de Cristo vs Chile” en el que se discutió una vulneración a la libertad de expresión, la Corte encuentra que la disposición constitucional que permitía tal afrenta era contraria a la CADH, por tanto, no sólo declara la responsabilidad internacional del Estado, sino que además ordena “modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para

⁵ Ahora bien, esto no significa que los Estados hayan acogido tal parecer con los brazos abiertos, esta discusión jerárquica, aun hoy, es problemática en algunos Estados.

permitir la exhibición de la película *La última tentación de Cristo*". (Corte IDH -Caso La última tentación de Cristo-, 2001).

Es destacable, además, que este Tribunal, en algunas opiniones consultivas, ha aplicado la figura estudiada, aun antes de haberle dado su denominación. En la Opinión Consultiva 4 de 1984, el gobierno de Costa Rica pide a la Corte IDH que analice una propuesta de reforma relacionada con la naturalización de extranjeros, frente a la cual anunció que parte de la misma vulneraba la CADH, por lo que, su aprobación e implementación podría conllevar a la responsabilidad internacional del Estado consultante.

El ejercicio del control de convencionalidad, también puede recaer en las políticas públicas que establecen los Estados (QUINCHE RAMÍREZ, 2014). Se tiene como precedente, el caso del Instituto de Reeducación del Menor vs Paraguay, en el que la Corte IDH ordena al Estado paraguayo crear una política pública sobre menores infractores tanto a corto, como a mediano y largo plazo. El planteamiento que realiza este Tribunal a lo largo del fallo lleva a pensar que, a futuro, se podría evaluar la responsabilidad internacional de un Estado por causa de la implementación de políticas públicas contrarias a la CADH, o más aún, por la violación de tal instrumento internacional ante la ausencia de las mismas.

Por otro lado, en cuanto al organismo ejecutor del control de convencionalidad, la Corte IDH ha indicado que el deber de aplicarlo recae no solo en los jueces, sino en todos los poderes estatales, por tanto, el ejecutivo ha de considerar los lineamientos convencionales cuando, por ejemplo, expide un decreto, una directiva ministerial o una resolución y de igual forma, el legislador ha de analizar los proyectos de ley o de reforma constitucional a la luz de los parámetros internacionales, de manera que no se generen hechos que *a posteriori* puedan producir una declaratoria de responsabilidad internacional.

En lo que al objeto del control de convencionalidad se refiere es posible concluir que el mismo recae en el ordenamiento jurídico interno de los Estados, llámese acto administrativo, reglamentos, resoluciones, leyes, políticas públicas y la propia Constitución Política. Claro está, independientemente de su jerarquía en el sistema de fuentes del derecho nacional, éstos son considerados como un hecho interno desde la perspectiva de la jurisprudencia interamericana, susceptibles de ser invalidados si son contrarios a la CADH.

Por último, en cuanto a la finalidad del control de convencionalidad, el hecho de que hoy existan distintos tratados internacionales que pretendan

salvaguardar los Derechos Humanos, muestra que éstos, aunque inherentes a las personas, han tenido que ser reconocidos a través de un texto y más aún, se tuvo la necesidad de encargar a un Tribunal Internacional para su efectiva protección. Empero, tal propósito no es completamente alcanzado, pues cada año se presentan numerosas denuncias⁶ en las que se alega una violación a los derechos contenidos en la CADH, esto sin contar los casos, sin número determinado, que jamás son denunciados.

Por tanto, cabe preguntarse ¿de qué serviría un instrumento internacional si no es respetado por los Estados Parte en el mismo? De allí la importancia y finalidad del control de convencionalidad. Ya lo decía la Corte IDH, este control busca “velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por disposiciones contrarias a la misma” (Corte IDH –Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú–, 2006), y es que este control “se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos por el Pacto. Concomitantemente, también es un instrumento de sumo interés para construir un *ius commune* interamericano, en materia de derechos personales y constitucionales.” (SAGÜÉS, 2010).

Dicho lo anterior, aunque parte de la doctrina ha planteado como finalidad del control de convencionalidad examinar las normas internas de cara a la CADH buscándose la congruencia entre aquellas y ésta⁷, el *quid* del asunto es mucho más profundo, pues se trata de hacer prevalecer los Derechos Humanos, aun por el encima del propio ordenamiento jurídico estatal, incluyendo las disposiciones constitucionales, las cuales hasta no hace tanto tiempo se consideraban la punta de la pirámide jerárquica-normativa. Lo anterior, como lo decía Peter HÄBERLE, citado por REY CANTOR, significa que “si hasta ahora se hablaba de la «interpretación conforme a la Constitución» de las leyes ordinarias, hoy nos encontramos ante el mandato de la interpretación

⁶ De acuerdo con las Estadísticas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para el año 2010, se presentaron 1536 denuncias ante este organismo. Para ampliar información ver: www.cidh.oas.org/annualrep/2010sp/CAP.III.B.doc.

⁷ Así por ejemplo Oscar E. DEFELIPPE, parafraseando a LOIANNI, dice que la finalidad del control de convencionalidad es “evaluar la congruencia entre la norma interna, sea constitucional o infraconstitucional, o los actos gubernamentales y los tratados sobre derechos humanos, con el objeto de identificar contradicciones entre uno y otro que pudieren generar la responsabilidad internacional del Estado” (DEFELIPPE, 2013).

de los derechos fundamentales conforme a los derechos humanos” (REY CANTOR, 2008).

2. Composición del Consejo de Estado

Concretando la temática tratada en el caso colombiano, particularmente en lo que se refiere al Consejo de Estado, vale la pena realizar algunas precisiones iniciales que servirán para el estudio del control de convencionalidad al interior de este organismo.

En primer lugar, la estructura del Estado colombiano se encuentra descrita en la Constitución Política, documento que, como lo describe Vladimiro NARANJO MESA (2006), cumple con dos grandes objetos: “la organización del ejercicio del poder” y “el señalamiento de los principios que deben inspirar la acción política”.

Las disposiciones relativas a la Rama Judicial se encuentran contenidas en el título VIII del texto constitucional, denominado “De la Rama Judicial”, en donde se establecen, entre los artículos 236 al 238, las disposiciones generales relativas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo cual vendría a ser complementado por la ley 270 de 1996 –Ley Estatutaria de la Administración de Justicia–.

El Consejo de Estado es descrito en el artículo 34 de la mencionada ley como el máximo tribunal en lo contencioso administrativo, integrado por treinta y un Magistrados, elegidos por la misma Corporación, para períodos individuales de ocho años.

Las distintas funciones establecidas constitucional y legalmente al Consejo de Estado son ejercidas por distintas Salas, así:

- a. La Sala Plena, compuesta por todos sus miembros, cuyas atribuciones son mayoritariamente administrativas. Así, por ejemplo, el artículo 35 de la ley 270 de 1996, prescribe, entre otras, darse su propio reglamento, elegir del Secretario General de la Corporación y distribuir, mediante Acuerdo, las funciones de la Sala Contencioso Administrativa.
- b. La Sala de Gobierno: Está compuesta por el Presidente y el Vicepresidente del Consejo de Estado, por los Presidentes de la Sala de Consulta y Servicio Civil y de las Secciones de la Sala de lo Cont-

cioso Administrativo (Consejo de Estado, 1999). En principio, esta sala cumple esencialmente la función de asesorar al Presidente del Consejo de Estado y de revisar las hojas de vida de quienes deseen desempeñar un cargo cuya elección corresponda a la Sala Plena de la corporación, o de aquellos candidatos al premio José Ignacio de Márquez. No obstante, el acuerdo 58 de 1999 –expedido por el Consejo de Estado– deja la puerta abierta a nuevas atribuciones, en la medida que señala, además, que cumplirá las comisiones que le encargue la Sala Plena o las demás dadas por la ley o el reglamento de esta Alta Corte.

- c. La Sala de lo Contencioso Administrativo, está integrada por veintisiete Magistrados, los cuales han sido distribuidos en 5 secciones para resolver las específicas temáticas establecidas por la Sala Plena en el Acuerdo 58 de 1999, modificado por el Acuerdo 55 de 2003. La distribución temática y de los magistrados se puede ver de la siguiente manera:
 1. La Sección Primera, integrada por cuatro magistrados, conoce, principalmente, de las controversias en materia ambiental; los recursos de apelación contra las sentencias de los Tribunales que versen sobre la pérdida de investidura; las acciones populares excepto de aquellas que le corresponden a la Sección Tercera; el diez por ciento de las tutelas que deben ser resueltas por la corporación; los procesos de simple nulidad de actos administrativos o los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que no estén asignados a otras secciones, así como todos aquellos procesos para los que no exista una regla especial de competencia.
 2. La Sección Segunda, por su parte, ha sido dividida en dos Subsecciones (denominadas Subsección A y B), cada una de las cuales está integrada por tres Magistrados, quienes conocen de los procesos de simple nulidad de aquellos actos administrativos que versen sobre asuntos laborales, así como los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral siempre que no provengan de un contrato de trabajo. De igual manera, los procesos contra los actos de naturaleza laboral expedidos por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y del cuarenta por ciento de las tutelas que le corresponden al Consejo de Estado.

3. La Sección Tercera se dividió en tres Subsecciones (A, B y C), cada una integrada por tres magistrados, a quienes corresponde resolver sobre los procesos de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho que versen sobre asuntos agrarios, contractuales, mineros y petroleros; los procesos de expropiación en materia agraria; las controversias de naturaleza contractual; los procesos relacionados con la extinción de la condición resolutoria de los terrenos baldíos nacionales; los procesos relacionados con la declaración administrativa de extinción del dominio de predios urbanos y rurales; los procesos de nulidad de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales; los procesos de ejecución derivados de los contratos estatales; las acciones de grupo de competencia del Consejo de Estado; las acciones populares que versen sobre asuntos contractuales y aquellas relacionadas con el derecho a la moralidad administrativa; y, como punto central, los procesos de reparación directa por hechos, omisiones u operaciones administrativas a que se refiere el artículo 140 de la ley 1437 de 2011 y los derivados de las acciones u omisiones de los agentes judiciales a que se refieren los artículos 65 a 74 de la ley 270 de 1996.
4. La Sección Cuarta, se compone de cuatro magistrados, quienes conocen de los procesos de nulidad simple de actos administrativos y nulidad y restablecimiento del derecho que versen sobre impuestos y contribuciones fiscales y parafiscales, excepto las tasas. Así mismo, de los procesos de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, distintos a los de carácter laboral, relacionados con actos administrativos expedidos por las siguientes entidades: Consejo de Política Económica y Social- Conpes, Superintendencias Bancaria, Superintendencia de Valores, Junta Directiva del Banco de la República Ministerio de Comercio Exterior y Fondo de Garantías de Instituciones Financieras; de los procesos relacionados con los actos administrativos que se dicten para la enajenación de la participación del Estado en una sociedad o empresa; de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones que fallen las excepciones y ordenen llevar adelante la ejecución en los procesos de cobro

administrativo; y del cuarenta por ciento de las tutelas que le corresponden al Consejo de Estado.

5. La Sección Quinta, posee cuatro magistrados, quienes resuelven los procesos de simple nulidad contra actos de contenido electoral; los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, distintos de los de carácter laboral, contra actos de contenido electoral; los procesos electorales relacionados con elecciones o nombramientos; y del diez por ciento de las tutelas que le correspondan al Consejo de Estado.

Cabe agregar que cada sección conoce del recurso extraordinario de revisión contra las sentencias de única instancia dictadas por los tribunales administrativos, en asuntos relacionados con sus respectivas competencias.

Algunas funciones son cumplidas en Sala Plena, con sus veintisiete Magistrados, éstas son descritas en el artículo 37 de la ley 270 de 1996, que son entre otras, resolver los recursos extraordinarios que sean de su competencia, así como “los asuntos que le remitan las secciones por su importancia jurídica o trascendencia social si, por estimar fundado el motivo, resuelve asumir competencia”.

6. La Sala de Consulta y Servicio Civil, compuesta por cuatro Magistrados, es quien absuelve las consultas jurídicas que le formula el Gobierno Nacional, prepara los proyectos de ley, incluyendo proyectos de códigos, que les sean encomendados por el Gobierno Nacional, así como demás funciones atribuidos por la Constitución o la ley⁸.

3. La recepción del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado:

Pasando al punto central de este escrito, se destaca inicialmente que, de acuerdo con los criterios establecidos en el apartado metodológico, el nivel de recepción del control de convencionalidad en el Consejo de Estado ha sido alto, encontrándose un acogimiento amplio de la figura con un desarrollo y análisis

⁸ Ver artículo 38 de la ley 270 de 1996.

del mismo que ha permitido, incluso, la introducción de ciertas novedades en su jurisprudencia, como se verá más adelante.

Teniendo esta Corporación un vasto desarrollo de la temática, vale la pena mirar con detenimiento los puntos centrales que fueron observados durante la lectura y realización de las fichas técnicas de cada providencia. Para esto, hay que aclarar, primeramente, que durante el lapso de tiempo comprendido entre los años 2006 a 2015, se profirieron treinta y cinco sentencias en las que se hizo alguna referencia, mayor o menor, al control de convencionalidad.

Ahora bien, aunque esta temática comenzó a desarrollarse en la Corte IDH desde el 2006, año a partir del cual realizaría constantes llamados a los Estados Parte de la CADH para que lo aplicaran en el derecho interno, lo cierto es que, en lo que tiene que ver con el Consejo de Estado, la jurisprudencia que toca directamente el tema se empezó a proferir desde el 2012, por lo que las sentencias examinadas datan de aquel año en adelante. A continuación se presenta una tabla que fue confeccionada para visualizar de manera panorámica la información que se desprende de las providencias estudiadas:

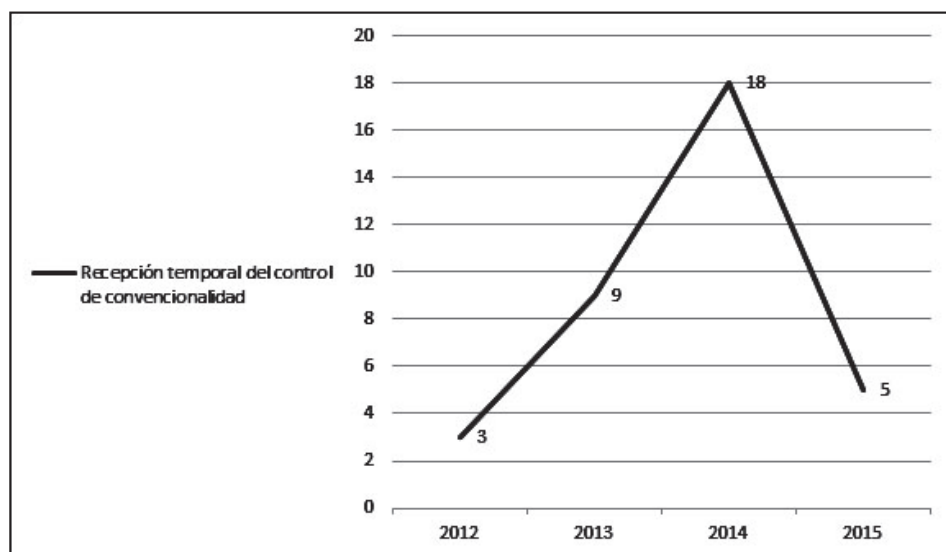
Entre la recepción y la omisión de una obligación internacional:
el control de convencionalidad en el Consejo de Estado

Sentencia (N.º)	N.º de Sentencia y expediente	Magistrado Ponente	Fecha Sentencia	Sección	Subsección	Medio de Control	Demandado	RESPUESTAS CUADROS SENTENCIAS CONTROL DE CONVENCIONALIDAD										TEMA	
								Término Control de Convencionalidad		CADI para fundamentear decisión		Desarrollo Concepto C.C.		Reconoce ejercicio del C.C.		Rol de Juz. Interamericano o convencional			Novedades frente al C.C.
								SI	NO	SI	NO	SI	NO	SI	NO	SI	NO		
Sentencia 1	540023300099903850(43027)	Hernán Andrade Rincón	29-feb-12	Tercera	A	Reparación Directa	Ejército Nal	X		X		X		X		X		Muerte de un menor, quien quedó en medio de un enfrentamiento entre la fuerza pública y los grupos al margen de la ley.	
Sentencia 2	59002330002010580(44099)	Jaime Orlando Santofimio Camba	24-sep-12	Tercera	C	Reparación Directa	Fiscalía y otros	X		X		X		X		X		Derecho a la administración de justicia	
Sentencia 3	52002330002000200(44070)	Jaime Orlando Santofimio Camba	22-oct-12	Tercera	C	Reparación Directa	Policía Nal y otros	X		X		X		X		X		Lesiones y muertes de población civil en ataque guerrillero	
Sentencia 4	790023300099909670(4794)	Jaime Orlando Santofimio Camba	27-feb-13	Tercera	C	Reparación Directa	Ejército Nal	X		X		X		X		X		Muerte de ciudadano en operativo militar con arma de dotación oficial y muerte de campesino en ejecución extrajudicial	
Sentencia 5	190023300099800240(4650)	Enrique Cillibero	24-ju-15	Tercera	C	Reparación Directa	INPEC	X		X		X		X		X		Recluso que sufre síndrome esquizofrénico y esquizofrenia catatónica a causa de golpe en la cabeza dado en la reclusión	
Sentencia 6	25002330000200570(4599)	Jaime Orlando Santofimio Camba	17-sep-13	Tercera	C	Reparación Directa	Min Defensa	X		X		X		X		X		Acceso a la administración de justicia	
Sentencia 7	050023300009905970(4999)	Stella Condo Díaz del Castillo	27-sep-13	Tercera	B	Reparación Directa	Ejército Nal	X		X		X		X		X		Desaparición, tortura y muerte de estudiante universitario miembro del partido comunista colombiano.	
Sentencia 8	1100233000200200780(4578)	Ramiro de Jesús Pazos Guerrero	17-oct-13	Tercera	C	Cambio de Radicación	Ejército Nal	X		X		X		X		X		Cambio de radicación	
Sentencia 9	080023300099906340(2076)	Ramiro de Jesús Pazos Guerrero	30-oct-13	Tercera	B	Reparación Directa	Seguros Sociales	X		X		X		X		X		Mala praxis médica	
Sentencia 10	05002330009980380(3976)	Enrique Cillibero	21-nov-13	Tercera	C	Reparación Directa	Ejército Nal	X		X		X		X		X		Desaparición y muerte de ocho ciudadanos a manos de paramilitares y las Comvir, en 1996	
Sentencia 11	250023300020020070(447)	Enrique Cillibero	26-nov-13	Tercera	C	Acción Popular	Min. Medio Ambiente, Fundación Inst. Immunología y otros	X		X		X		X		X		Utilización de primates del Amazonas para experimentación de vacunas simétrica para la malaria	
Sentencia 12	0500233000200200380(466)	Ramiro de Jesús Pazos Guerrero	6-dic-13	Tercera	B	Reparación Directa	Ejército Nal	X		X		X		X		X		Muerte de Campesino a manos del ejército. Ejecución extrajudicial (falso positivo)	
Sentencia 14	590023300099806390(4817)	Enrique Cillibero	22-ene-14	Tercera	C	Reparación Directa	Ejército Nal	X		X		X		X		X		Muerte de señor por mina antipersonal puesta por las FARC	
Sentencia 15	25002330009990470(4386)	Hernán Andrade Rincón	29-ene-14	Tercera	A	Reparación Directa	Fiscalía y otros	X		X		X		X		X		Privación injusta de la libertad. Supuestos asesinatos de Luis Carlos Galán	
Sentencia 16	5900233000200000001(4603)	Jaime Orlando Santofimio Camba	02-feb-14	Tercera	C	Reparación Directa	Policía Nal	X		X		X		X		X		Muerte violenta de madre y su hijo en fuego cruzado entre miembros de Policía y subversión	
Sentencia 17	660023300020060670(4062)	Jaime Orlando Santofimio Camba	12-feb-14	Tercera	C	Reparación Directa	Hospital Univ. San Jorge (F) y Hosp. San Pedro y San Pablo	X		X		X		X		X		Muerte de madre y su hijo reclamada por deficiencias en prestación de servicio de salud	

La información antes detallada, se examinará desde tres perspectivas, a saber: temporal, orgánica y sustancial.

3.1.1. Recepción temporal del control de convencionalidad:

El desarrollo del control de convencionalidad al interior del Consejo de Estado, desde el punto de vista temporal, inicia en el 2012, presentando altos y bajos en los años subsiguientes. En efecto, entre el 2012 y el 2014, las sentencias relacionadas con este control aumentaron, sin embargo, disminuyeron significativamente en el 2015. Gráficamente podría verse de la siguiente manera:



Fuente: el autor

En el gráfico, no se relacionan años anteriores al 2012, pues durante estos, no fue expresamente aplicado el control objeto de estudio. Durante el 2012, se comienza a introducir la temática, y, aunque es con pocas sentencias, más exactamente tres, éstas desarrollan con gran contundencia este control, al punto de ser reiterativamente citados, tales apartados, en providencias posteriores.

Luego, en el 2013, el uso del control de convencionalidad aumentaría en un 200% en relación con el 2012, pasando de 3 a 9 sentencias que hacen

alusión al mismo. Todos los casos tratados por el Consejo de Estado en estas providencias, versaban sobre graves violaciones a los Derechos Humanos, lo que les convirtió en el escenario propicio para su implementación, introduciendo, incluso, en tres de ellas, innovaciones derivadas de este control⁹.

El 2014 fue, sin duda, el año de mayor apogeo de esta temática en la jurisprudencia contencioso administrativa. De esta forma, aumentó el uso del mismo en un 100% en comparación con el 2013, pasando de 9 a 18 casos en los que se relacionó de alguna manera esta doctrina interamericana.

Y finalmente, el 2015, representaría un decrecimiento en su uso, no porque se rechazara su aplicación, sino porque dejó de ser tratado expresamente con tanta frecuencia, solo relacionándose en cinco fallos. Con todo, tal disminución no significa necesariamente el abandono del control de convencionalidad por parte de esta Corporación, por el contrario, el entendimiento que hasta el momento se le ha dado, permite inferir que, se ha llegado a un punto en el cual no es necesario afirmar su uso y aclarar su desarrollo histórico y conceptual –bastante tratado durante el 2013 y 2014– sino que basta con su aplicación, claramente identificable en sus providencias, donde la CADH y la jurisprudencia interamericana tienen presencia constante, tal como lo exige el uso de este control.

3.1.2. Recepción orgánica¹⁰ del control de convencionalidad:

Por otro lado, desde el punto de vista orgánico, se observa a partir de la composición del Consejo de Estado, una recepción fraccionada del control de convencionalidad al interior de esta corporación.

En su momento, se revisó cómo estaba compuesto el Consejo de Estado, lo cual es relevante traerlo a colación en estas instancias, preguntándose ¿ha sido uniforme la recepción del control de convencionalidad al interior del máximo tribunal en lo contencioso administrativo?

En definitiva, no lo sido. Por el contrario, este desarrollo se ha concentrado en solo una parte de la Corporación. Es así que, de las Salas

⁹ Sobre estas innovaciones se hablará más adelante.

¹⁰ Es decir, desde la forma en la que se ha recepcionado el control de convencionalidad, en consideración al organismo que ha emitido los fallos y aquellos que se han visto involucrados como partes en los mismos.

en las que se divide el Consejo de Estado, la recepción ha sido escasa en la Sala de Consulta y Servicio Civil, que ninguna mención ha hecho sobre el control de convencionalidad. Sin embargo, teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones a su cargo –señaladas en el acápite anterior–, es entendible que esta temática haya sido abordada prioritariamente por otros sectores de esta corporación; lo mismo ocurre con la Sala Plena y la Sala de Gobierno del Consejo de Estado

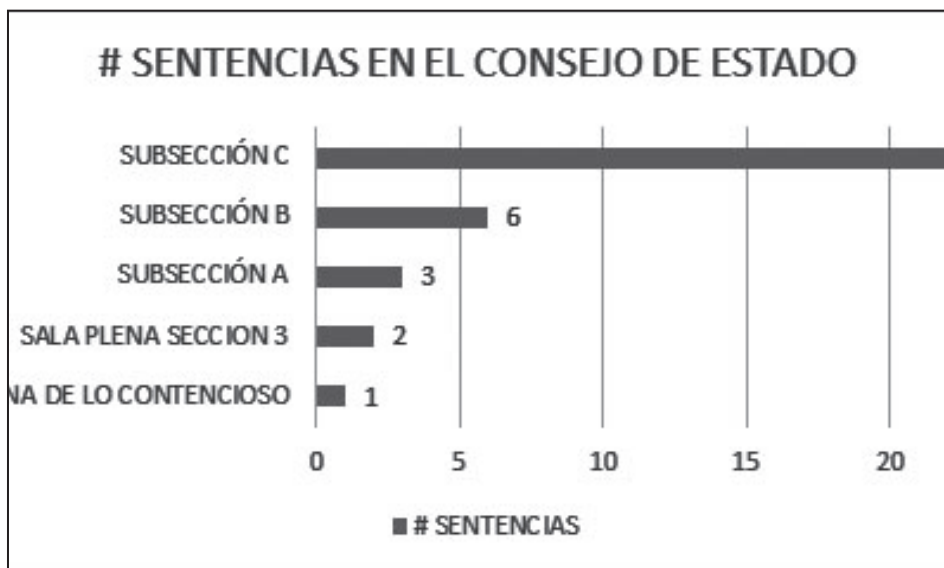
De otro lado, se encuentra la Sala de lo contencioso administrativo, allí es donde se ha venido desarrollando el control de convencionalidad. Empero, en ésta también se ha dado un acogimiento fraccionado de la figura en comento, puesto que de las cinco Secciones en las que se divide, solo la Tercera ha considerado esta temática. Además, al interior de ésta última, la subsección C ha liderado este desarrollo con veintitrés sentencias, seguida por la subsección B con seis sentencias y finalmente, la subsección A con tres.

Ahora bien, tal como se referenció anteriormente, cada sección de la Sala de lo contencioso administrativo tiene asignadas dentro de sus funciones temáticas específicas a tratar, si éstas se contrastan con las establecidas para las demás salas de esta corporación –las cuales son principalmente administrativas o de consulta– se muestra razonable que haya sido esta Sala, y no otra, la que ha tratado con exclusividad el control de convencionalidad.

Adicionalmente, es lógico que la sección tercera sea la que, en esencia, ha desarrollado este control en la jurisprudencia de cierre de lo contencioso administrativo. Ello es así, ya que la única sección que conoce de reparaciones directas es precisamente la tercera. Tal medio de control pretende, al tenor del artículo 140 del C.P.A.C.A “la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado”, contexto en el cual se discute la responsabilidad patrimonial del Estado que, usualmente, involucra alguna violación a los derechos humanos, en consecuencia, es el escenario propicio para la aplicación del control estudiado, en la medida que su finalidad se resume, en esencia, en la protección de los derechos humanos y la efectividad de la CADH.

Vale la pena recordar que, además de la Sala Plena del Consejo de Estado, existe la Sala Plena de lo contencioso administrativo y aquellas Secciones que se encuentran divididas en Subsecciones, pueden llegar a tomar decisiones en sala plena. La doctrina del control de convencionalidad ha sido estudiada por parte de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en una

providencia, mientras que la Sala Plena de la Sección Tercera lo ha aplicado en dos oportunidades. Gráficamente se puede ver de la siguiente manera:



Fuente: el autor

Respecto a los jueces que profirieron las sentencias, se nombran como Magistrados Ponentes, entre otros a: Hernán Andrade Rincón, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Enrique Gil Botero, Stella Conto Díaz del Castillo, Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, Guillermo Vargas Ayala y Danilo Rojas Betancourt.

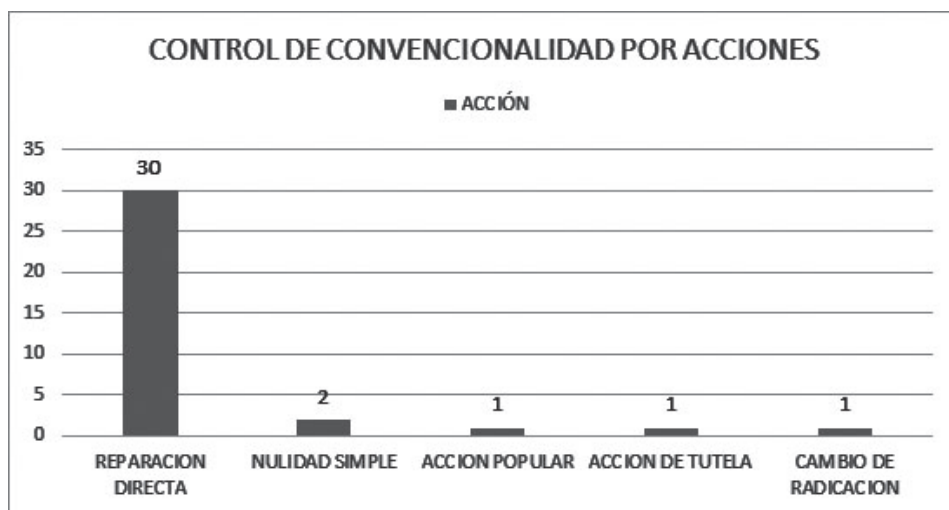
Ahora bien, se destaca Enrique GIL BOTERO –quien a la fecha ya culminó su periodo dentro de la corporación– y Jaime Orlando SANTOFIMIO como los que más han tratado este tema dentro de la corporación. Las providencias en las que han sido ponentes se profirieron en el marco de la subsección C de la sección tercera, de la que ambos han hecho parte, por ello, no es de extrañar que tal subsección se destaque como la más acuciosa en materia convencional, pues ha tenido a los Consejeros pioneros en la temática.

En este mismo sentido, el que ambos hicieran parte de la sección tercera facilitó el desarrollo de este control, pues, como se ha dicho antes, los casos que allí se conocen son propicios para la aplicación de la doctrina convencional. De haber estado ambos en otras secciones, probablemente no habrían traído

a colación tan reiterativamente esta temática y quizá, en ausencia de ellos, la recepción de este control no sería alta.

Otro aspecto que pudo contribuir al desarrollo mencionado fue el que ambos consejeros hubiesen demostrado, no solo en el contexto de la judicatura, sino también en el plano académico, un acercamiento importante al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y principalmente, al control de convencionalidad –en especial SANTOFIMIO¹¹–. De esta forma, tal conocimiento influyó tanto la introducción y el cumplimiento de esta obligación internacional, como en las exhortaciones que hicieron, en sus respectivas providencias, tendientes a que los jueces contencioso administrativos también lo aplicaran.

En cuanto a los tipos de procesos en los que se ha aplicado este control por la Corporación, se halla una tutela, una acción popular, una solicitud de cambio de radicación, dos nulidades simples y, mayoritariamente, reparaciones directas.



¹¹ En el año 2013, Jaime Orlando SANTOFIMIO publicó, junto con Allan R. BREWER-CARÍAS, el libro “Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado”, de la editorial Universidad Externado de Colombia.

Es importante resaltar que, en general, los procesos fallados tenían como punto central la vulneración de algún Derecho Humano. De ahí que exista una estrecha relación con el control estudiado, dado que, como fue expuesto en su momento, el trasfondo del mismo viene a ser la protección o reparación de los Derechos Humanos. No es extraño, entonces, que el escenario propicio para su desarrollo haya sido la acción (en la actualidad, llamada por la ley 1437 de 2011, medio de control) de Reparación Directa o una acción constitucional.

Estas violaciones a los Derechos Humanos han sido cometidas en su mayoría por la Fuerza Pública, en especial por el Ejército, seguido de la Policía y la Armada Nacional, lo que podría indicar que esta institución se ha caracterizado por ejercer sus funciones sin considerar lo suficiente las obligaciones internacionales del estado colombiano y, en especial, en lo tocante a los derechos humanos.

Así mismo, se ha tratado la doctrina convencional en sentencias falladas contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC–, la Fiscalía General de la Nación, el extinto Departamento Administrativo de Seguridad –DAS–, la autoridad Nacional de Televisión –ANTV–, el Ministerio de Defensa, el otrora Instituto de Seguros Sociales –ISS–, el Ministerio del Medio Ambiente, la Fundación Instituto de inmunología, diversos centros hospitalarios, la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio de Educación, algunos entes territoriales, entre otros.

Con esto, se termina confirmando que el llamado a aplicar este control que hacía la Corte IDH tiene razones fundadas. En la medida que los Estados sigan vulnerado los Derechos Humanos, manejando políticas de reparación, en lugar de prevención, continuarán llegando al aparato jurisdiccional procesos tendientes a remediar e indemnizar los daños causados por agentes estatales. Además, si los Estados no resuelven internamente estos conflictos, desconociendo aspectos como el control de convencionalidad, estos casos podrían terminar llegando al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

3.1.3. Recepción sustancial del control de convencionalidad:

En cuanto al desarrollo del control de convencionalidad en el cuerpo de las providencias emitidas por el Consejo de Estado, se partirá de los resultados encontrados de los criterios que fueron establecidos en las fichas técnicas de cada sentencia, para luego pasar a los casos que han tratado de manera precisa el control en mención.

En primer lugar, se reitera que, entre los años 2012 a 2015 se han proferido treinta y cinco providencias en las que se hace alusión directa al término control de convencionalidad, sin embargo, de éstas, en tres, la referencia que se hace es en las notas de relatoría¹², que se encuentran en las primeras páginas del documento contentivo de la sentencia –en lo que podría considerarse el encabezado de la misma– y no propiamente en el desarrollo de la providencia.

En las tres sentencias aludidas, se utilizó el término “control de convencionalidad” como subtítulo –en las notas de relatoría– para indicar que en determinado punto de la sentencia se hizo mención, de alguna manera, a este tema. Sin embargo, en el cuerpo de la providencia no se encuentra ninguna otra mención expresa al mismo, pero sí se halla, dentro de los fundamentos de la *ratio decidendi*, una fuerte alusión a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH. Esto lleva a pensar que el Consejo de Estado considera que ya se ha establecido claramente el concepto y devenir histórico de esta doctrina, por lo que no haría falta hacer explícita la aplicación del control de convencionalidad –más allá de las notas de relatoría–, pues al ser una obligación propia de los juzgadores en lo contencioso administrativo, su uso es intrínseco y se ve reflejada en la argumentación utilizada y en los fundamentos jurídicos en los que se cimientan los fallos.

Por otro lado, respecto a la fundamentación de las sentencias, tomando como base la CADH, el Consejo de Estado la ha tenido como cimiento en la mayor parte de los fallos estudiados, sin embargo, en seis de ellas, ésta no fue un punto crucial, haciéndose escasa o ninguna alusión a la misma. En general, las providencias en las que esto ocurre, suelen versar en casos relativos al

¹² Sobre este punto, es necesario aclarar a qué se hace referencia cuando se habla de las notas de relatoría. En la mayor parte de las sentencias actuales que traten algún asunto particularmente importante, se suele hacer, en las primeras páginas, lo que podría considerarse una relación de los principales aspectos que desarrolla la providencia, que en su mayoría coinciden con la *ratio decidendi* de la misma. En estricto sentido, este apartado no hace parte integral de la sentencia, sino que es añadido posteriormente por la relatoría de la corporación, quien transcribe los puntos esenciales, normalmente poniendo los subtítulos que indican el tema general que se trató en determinado punto de la providencia. Por ello, usualmente se hace alusión a este apartado como “notas de relatoría”, tras las cuales inicia la sentencia como tal con su característico encabezado que indica la corporación, sección, subsección, etc.

Derecho Internacional Humanitario, por ello, el fundamento jurídico suelen ser los Convenios de Ginebra, sus protocolos o tratados afines, por lo que podría hablarse de la aplicación de un concepto “extenso” del control de convencionalidad, al involucrar instrumentos internacionales ajenos al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En cuanto a la forma como se le ha ido dando desarrollo a la temática, se encuentra un desenvolvimiento interesante: en las sentencias iniciales se sentaron las bases conceptuales, haciéndose especial referencia a la manera como se creó este control en la jurisprudencia interamericana, qué se entendía por el mismo, los casos en los que tuvo mayor desarrollo, hasta llegar al punto en que esta corporación ha manifestado su propia percepción de esta figura. De esta forma, el desarrollo conceptual fue tan prolífico en la jurisprudencia inicial del Consejo de Estado que, aunque en casi la mitad de las sentencias de esta corporación, más exactamente quince, se ha abordado la noción e implicaciones del control estudiado, en las demás, se suele hacer remisión a alguna sentencia precedente, omitiendo así su estudio.

Por otro lado, en diecisiete providencias se explicita el ejercicio del mismo, e incluso, se tiene, no a la CADH sino al control de convencionalidad, como base fundamental para la decisión. Concomitantemente, en ocho sentencias, el Consejo de Estado señala que actúa no solo como Juez de lo contencioso administrativo sino también como juez interamericano, en virtud de la ratificación de la CADH por parte de Colombia, lo cual le convierte en un tratado vinculante dentro del orden interno. Y como si fuera poco, ha llegado a denominar sus fallos como verdaderas “sentencias convencionales”.

Consideremos ahora, los casos más relevantes respecto al control en estudio. La primera sentencia en la que se hace uso del término “control de convencionalidad”, del 27 de febrero de 2012, es bastante particular, puesto que, en la misma, se usa dicha expresión, pero no se hace alusión a la CADH, sino al II Protocolo adicional al Convenio de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. En esta providencia, se evalúa la responsabilidad estatal derivada de la muerte de un ciudadano por un enfrentamiento entre la guerrilla y el Ejército Nacional. Se alude al principio de distinción que este protocolo establece y al deber de excluir a los civiles de sus campos operacionales. Además, se utiliza la expresión mencionada, aunque de forma un poco imprecisa, sin darse claridad sobre el concepto o las implicaciones del mismo, sin embargo, es entendible

que tal circunstancia se presentara, puesto que, al introducirse una nueva doctrina, sus bases aún se estaban sentando en la jurisprudencia interna, no obstante, podría afirmarse que esta primera utilización se realizó considerando al control de convencionalidad de manera amplia, es decir, abarcando no solo la CADH sino también otros tratados que hacen parte del *ius cogens*, para este caso, relativo al Derecho Internacional Humanitario.

Siete meses después, se profiere la siguiente providencia que trata el tema, pero esta vez, con un desarrollo mucho más contundente se establecería el control de convencionalidad como una herramienta y obligación que permite la incorporación de los estándares de la jurisprudencia interamericana en materia de derechos humanos, debiendo ser ejercido, aun de oficio, pues:

(...) el juez administrativo no es un mero ejecutor formal de las normas legales (...) es su obligación, antes que nada, ser garante de la corrección constitucional en la interpretación y aplicaciones de las normas legales, al igual que ejercer ex officio, el control de convencionalidad que se le impone en razón a la naturaleza fundamental que ostenta el acceso a la administración de justicia (...)” (Consejo de Estado, 2012).

Un mes después, en sentencia del 22 de octubre de 2012, se precisaría de mejor manera la utilización del control de convencionalidad, en relación con los Convenios de Ginebra y sus protocolos, evidenciándose, tal como lo ha expresado la Corte IDH, que se deben considerar los parámetros del Derecho Internacional Humanitario cuando se estudian casos de violaciones a los derechos humanos en contextos de conflictos armados. Por esto mismo, afirmar que se ejerce el control de convencionalidad en estos asuntos, donde no se aplica propiamente la CADH, sino la interpretación que ha realizado la Corte IDH sobre los tratados de DIH sería viable¹³.

Así mismo, en las providencias examinadas, se encontró que, desde el 2013, la mayoría tratan tanto el control de convencionalidad como la

¹³ Al respecto habría que agregar que, pretender ampliar el concepto del control de convencionalidad al punto de incluir instrumentos internacionales que no versan sobre derechos humanos o DIH ni hacen parte del *ius cogens* —como, por ejemplo, tratados en materia económica o comercial— sería desfigurar la naturaleza del mismo. Aun si tales tratados son denominados “convenciones”, no por ello se desprende de los mismos la existencia del control en mención, pues se reitera, que éste fue concebido con la finalidad particular de propender por los Derechos Humanos.

protección de los bienes constitucional y convencionalmente protegidos. Esta última categoría es resultado de la relación existente entre ambas temáticas, —que se han desarrollado casi paralelamente— siendo su punto en común la influencia que ha tenido la CADH en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Y es que en años anteriores esta corporación solo hablaba de la protección de “los bienes constitucionales”, no obstante, en el último quinquenio lo ha ampliado a “bienes constitucionales y convencionales”, mostrando así, la relevancia de tal tratado internacional en el ordenamiento interno y más allá de eso, su independencia respecto de la Constitución¹⁴.

La providencia del 24 de julio de 2013 viene a ser denominada por el Consejo de Estado como “una sentencia de convencionalidad”. En este caso se comprobó una grave violación a los Derechos Humanos, en especial a la dignidad humana, por la ejecución de torturas. Frente al control estudiado, no se introduce nada nuevo, conceptualmente hablando, pero sí se observa una recepción más clara y segura del mismo, al punto de catalogar la providencia de la manera mencionada.

En sentencia del 17 de septiembre de 2013, se decide revocar la decisión de rechazar una demanda de reparación directa por haber operado el fenómeno de la caducidad, que se presenta si no se interpone la acción dentro de los dos años siguientes al acaecimiento del hecho dañoso. Teniendo en cuenta que *la litis* se basa en sucesos presentados durante el holocausto del Palacio de Justicia, en 1989, ya se habría superado, por mucho, el término legal para poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional. Para dar solución a este conflicto, se precisa por el Despacho que el funcionario judicial no debe aplicar únicamente las normas correspondientes a los procedimientos contenciosos administrativos, sino que, además, debe remitirse a las normas constitucionales y de orden supraconstitucional “fundándose principalmente en la CADH y la doctrina desarrollada a partir de ella por la Corte IDH” (Consejo de Estado, 2013). En este sentido, resalta, para este caso particular, la imprescriptibilidad de la acción judicial —tal

¹⁴ Valga aclararse que, si el Consejo de Estado solo le diera rango constitucional a la CADH, por su pertenencia al bloque de constitucionalidad, no tendría razón de ser la extensión de “bienes constitucionales” a “bienes constitucionales y convencionales”, pues sería una redundancia. En últimas, la esencia de denominar estos bienes de tal manera, es la de insinuar la prevalencia de la CADH sobre el orden interno.

como se prevé en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos— por haber ocurrido, *prima facie*, un delito de lesa humanidad.

Con decisiones como la mencionada es posible notar que, con base en la doctrina convencional, la jurisprudencia contencioso administrativa ha adquirido dinamismo en sus fallos, favoreciendo la protección de los Derechos Humanos, tomando determinaciones que hasta hace unos años serían inconcebibles —como no confirmar la caducidad de una acción, que, desde la exegesis, en efecto acaeció—, llamándose a sí mismo “juez de convencionalidad” e incluso, yendo en contravía de la propia posición de la Corte Constitucional, al afirmar sin asomo de dudas la prevalencia de la CADH sobre el orden interno.

Días después, en la sentencia del 27 de septiembre de 2013, nuevamente se decide como juez de convencionalidad, resolver un recurso de apelación sobre un caso de desaparición, tortura, y muerte de un estudiante universitario, miembro del partido comunista colombiano. Sobre la aplicación del control de convencionalidad, se reiteró que:

(...) se impone en razón a la fuerza vinculante de los tratados de derechos humanos —tal como lo prescribe el art. 93 superior— y cuyo objetivo se centra en que el sentido y alcance de la protección de los derechos constitucionales fundamentales sea fijado en concordancia con lo establecido por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, teniendo en cuenta no solo lo dispuesto en el tratado, sino la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Consejo de Estado, 2013).

Por esto mismo, dentro del estudio jurídico de la sentencia se trae a colación la jurisprudencia interamericana, y bajo ésta óptica, se indica cómo debe ser el comportamiento de los miembros de la Fuerza Pública, así como el hecho de que la acción disciplinaria contra los involucrados en el caso no prescribe por tratarse de una desaparición forzada, es decir, un delito de lesa humanidad.

En sentencias posteriores, el ejercicio del control de convencionalidad por el Consejo de Estado haría especial referencia a las medidas de reparación no pecuniaria, demostrándose por este Tribunal que los estándares interamericanos relativos a la reparación integral han sido acogidos en la jurisprudencia contencioso administrativa. Tal uso se vuelve bastante frecuente, al punto en que, por existir en la sentencia un acápite de reparaciones

no pecuniarias, para el Consejo se sobrentiende la aplicación de tal control, no haciéndose referencias conceptuales del mismo en la providencia, sino simplemente indicándose en las notas de relatoría su utilización. Esto, podría suponer un avance, pues implicaría una recepción tan profunda de esta doctrina que se considera como parte misma del razonamiento judicial efectuado a la hora de fallar.

Finalizando el 2013, el Consejo de Estado empieza a conceptualizar sobre el control de convencionalidad, desarrollando a mayor profundidad los parámetros expuestos por la Corte IDH. Así, en sentencia del 21 de noviembre, explica que “este control no solo comprende una inspección objetiva de determinada norma, sino que se extiende a condenar prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la convención o a prácticas que desconozcan derechos reconocidos” (Consejo de Estado, 2013). Adicionalmente, señala que el control en estudio, no solo debe entenderse como una “obligación internacional” y “una herramienta para el juez administrativo”, sino también como un principio, derivado:

(...) del reconocimiento del principio de universalidad de la protección, garantía y eficacia de los derechos humanos, lo que significa que los Estados no pueden permitir o fomentar la vulneración o trasgresión de las garantías mínimas del ser humano, so pena de medidas o condenas ejemplares que no sólo busquen la persecución de los autores de los delitos contra el orden penal internacional, sino también la reparación integral de los daños irrogados (Consejo de Estado, 2013).

De igual manera, en esta providencia se trató de responder a las inquietudes que han generado renuencia por parte de la Corte Constitucional a la hora de aplicar el control de convencionalidad, afirmando que éste 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” (Consejo de Estado, 2013). Lo precedente indica que este Tribunal, aunque ha aceptado la superioridad de la CADH, no llega al extremo de desconocer el derecho interno, como quizá lo teme la Corte Constitucional, y no ve este control como un mecanismo para cercenar la Constitución, sino para ampliar su contenido y campo de protección de los Derechos Humanos. Por esto mismo, el Magistrado Jaime Orlando Santofimio, indicó en su aclaración de voto de este fallo, que

“el control de convencionalidad es una manifestación de lo que se ha dado en denominar “la constitucionalización del derecho internacional”.

Ya se ha mencionado como el control de convencionalidad ha sido el detonante para que en la jurisprudencia del Consejo de Estado se desarrollaran diferentes temáticas, así, por ejemplo, la protección de bienes constitucionales y convencionales. Con la sentencia del 26 de noviembre de 2013 se introduciría otra innovación, pues se ajustaría una figura propia del derecho constitucional –la excepción de inconstitucionalidad–, bajo la óptica de la CADH, en el entendido que el “contenido y alcance, así como la hermenéutica que se le imprime a las disposiciones relativas a los derechos humanos –y entre ellas a los derechos sociales, colectivos, económicos y culturales– tiene que ser constitucional y convencional”. En esta sentencia se resuelve un recurso de apelación sobre un caso que versaba en la utilización de primates del Amazonas para la experimentación de la vacuna sintética para la malaria. Para resolverlo, se decidió declarar, de oficio, las excepciones de inconstitucionalidad y **contraconvencionalidad** de la expresión contenida en el inciso segundo del artículo 144 de la ley 1437 de 2011 que determina: “*sin que, en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o contrato*”.

Independientemente de las particularidades fácticas el caso, puede verse aquí, la aplicación del control de convencionalidad ajustado al derecho colombiano, pues el Consejo de Estado lo emplea, recreando la figura de la excepción de inconstitucionalidad, pero dándole una connotación claramente convencional.

Posteriormente, en providencia del 27 de marzo de 2014, el Consejo de Estado tomaría un relevante papel como veedor del cumplimiento de una sentencia de la Corte IDH. Se trata de un caso en el que se alegaba la privación injusta de la libertad de algunos militares que se vieron involucrados en la “Masacre de los 19 comerciantes”, quienes habían sido exonerados de responsabilidad en la justicia penal, pero, bajo el análisis de esta corporación, la sentencia de la Corte IDH mostraba un nuevo escenario que no fue valorado al momento en que se absolvió a estas personas, por lo que ordena dar pleno cumplimiento a la sentencia interamericana, incluyendo la reapertura de las investigaciones contra los demandantes. Esta decisión ciertamente pretende darle efectividad a la CADH y a los fallos de la Corte IDH, los cuales se habrían visto mermados en ausencia de la misma.

En la sentencia del 9 de julio de 2014 se profundizaría un poco más en el “principio” de control de convencionalidad, aclarándose que se trata de un:

(...) principio de creación jurisprudencial Interamericana, que ha permitido verificar el efecto útil de las normas contenidas en las distintas convenciones de derechos humanos¹⁵, es decir, constituye una forma de indagar si los países miembros del sistema interamericano han violado o no las convenciones pactadas. Por lo tanto, su objeto se consolida como la verificación de la efectividad de los derechos y garantías contenidas en esos instrumentos supranacionales (Consejo de Estado, 2014).

De igual manera, se revisó en la providencia en mención, la forma como la Corte Constitucional ha visto el control estudiado, estableciendo que ésta:

(...) utiliza el control de convencionalidad al que se viene aludiendo, en la sentencia C-442 de 2011, en la que se hizo una confrontación normativa convencional¹⁶ y de precedente interamericano¹⁷, en relación a los tipos penales de injuria y calumnia¹⁸, pues la existencia jurídica de estos últimos, suponía un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y la protección de la honra de los asociados. En ese sentido, la Corte invoca este control, sosteniendo que las normas demandadas no violan el efecto útil de disposiciones convencionales, ni el precedente de la Corporación Interamericana, en tanto el sacrificio de algunas libertades como las de expresión, se encuentra justificada en la protección a la honra y al buen nombre, a través de la relevancia penal de estas conductas, medidas que resultan armónicas con el principio de legalidad.

Resulta curioso que la sentencia citada con tanto optimismo por el Consejo de Estado, fuera la misma traída a colación por Corte Suprema de Justicia, en su momento, para no darle un acogimiento contundente al control de convencionalidad, bajo el entendido que la Corte Constitucional,

¹⁵ Como lo son el Pacto de San José de Costa Rica de noviembre de 1969, o la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas de junio de 1994.

¹⁶ Convención Interamericana de Derechos Humanos. Artículos 8 (Garantías judiciales), 13 (Libertad de pensamiento y de expresión), 9 (Principio de Legalidad) 1.1. Obligación de respetar los derechos) y 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno).

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Kimel Vs Argentina.

¹⁸ Arts. 220 y 221 del Código Penal.

en la sentencia C-442 de 2011, denegó la aplicación de la sentencia Kimel vs Argentina, en el orden interno colombiano.

Posteriormente, en sentencia del 10 septiembre de 2014, se trata un recurso de apelación frente a una sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones derivadas de la muerte de una persona como consecuencia de la negligencia en la atención oportuna del servicio de salud. El Consejo de Estado, al decidir, no solo se fundamenta en diversos artículos de la CADH, sino que, introduce otra innovación, al ajustar el principio del control de convencionalidad a una institución propia del ordenamiento jurídico colombiano: el estado de cosas inconstitucional. En efecto, resuelve declarar el estado de cosas inconvencional e inconstitucional, al encontrar una vulneración masiva de Derechos Humanos, en el contexto del servicio de salud y asume, además, el rol de juez de convencionalidad, en los siguientes términos:

(...) la Sala actuando en calidad de **juez de convencionalidad** conforme a lo dispuesto en los artículos 1, 2, 8, 25 No 2, Lit c) y 29 de la **Convención Americana de Derecho Humanos**¹⁹, en concordancia con las sentencias habilitantes proferidas en materia de control de convencionalidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁰, **con el fin de garantizar de manera plena el debido cumplimiento de las providencias judiciales (Art 25 No 2, Lit c) CADH), dentro del marco del entendimiento sustancial que impone la estricta observancia a las normas y principios de la Convención Americana de Derechos Humanos, en especial las relativas a la materialización del derecho fundamental constitucional y convencional del cumplimiento material, pleno y efectivo de las decisiones judiciales, principalmente cuando al juez le asistan fundadas razones de que sus decisiones pueden ser incumplidas dentro de los marcos de oportunidad y eficacia que toda víctima del Estado debe ser reparada**, como es, dada la configuración legal de la entidad demandada

¹⁹ Tal como ya se hizo en el auto de 17 de septiembre de 2014 (exp. 45092). Recientemente la Sala Plena de Sección Tercera, en la sentencia de 28 de agosto de 2014 dentro del expediente 26251 apeló al control de convencionalidad como fundamento para determinar la responsabilidad del Estado en el caso que se juzgaba (...).

²⁰ El control de convencionalidad es una herramienta cuyo desarrollo se encuentra en la amplia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...)

Instituto de Seguros Sociales - ISS en liquidación, procede a efectuar las siguientes consideraciones a fin de garantizar el cumplimiento de la presente sentencia (...) (Consejo de Estado, 2014). (Negrillas fuera de texto).

En fallo del 28 de agosto de 2014, cuyo caso alude a una ejecución extrajudicial, el Consejo de Estado nuevamente asume el rol como juez de convencionalidad y enfatiza en el control de convencionalidad como herramienta útil para el operador judicial en lo contencioso administrativo:

(...) El juez de daños como juez de convencionalidad en el ordenamiento interno, tiene la facultad para revisar el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos por parte de las autoridades públicas internas. En ese orden, si bien el control de convencionalidad, visto como una técnica de orden estatal, le sirve al juez de daños para ejercer un control objetivo de constatación del cumplimiento de obligaciones internacionales, también le sirve para confrontar la posible abstención de una obligación de hacer, que nace de un estándar funcional de origen internacional, de allí que, en caso de concretarse un daño antijurídico, este le puede ser imputable al Estado (...) (Consejo de Estado, 2014).

El 20 de octubre de 2014 se proferiría una sentencia en la que se haría una precisión conceptual importante del control de convencionalidad. Mientras se analiza el concepto de víctima y los derechos que les pertenecen, se indica por el Consejo de Estado que el control en mención puede verse desde dos perspectivas: una objetiva y otra subjetiva, así:

(...) Para la Sala al entender que los derechos de las víctimas hacen parte del núcleo de los derechos humanos comprende que éstos deben ser reconocidos y garantizados a plenitud por el Estado tanto a nivel normativo (adopción de disposiciones de derecho interno, las que incluso ceden convencionalmente ante contradicciones entre mandatos de principios, normas y reglas internacionales de protección –control objetivo de convencionalidad–) como fáctico²¹ (en el desarrollo de las actuaciones de las autoridades estatales), y considera que como consecuencia de ello el concepto de víctima descansa sobre la base de la universalidad (...)” (Consejo de Estado, 2014).

Lo relacionado, viene a concretizar los múltiples planteamientos que la Corte IDH ha realizado respecto de este control, en el sentido que las disposiciones de la CADH no deben ser contrariadas ni por el derecho interno, ni por el actuar estatal, el cual debe ser concordante con el respeto por los Derechos Humanos. En virtud a esto, ha sido posible que el máximo tribunal

²¹ En tanto muestra de la dirección de ajuste palabra – mundo.

en lo contencioso administrativo establezca un control de convencionalidad objetivo, que bien podría llamarse “abstracto”, dado que se trata del juicio entre las normas nacionales y las internacionales; y el subjetivo, que viene a ser un control concreto o fáctico, en el que se constata si las actuaciones estatales son concordantes con la CADH.

Adicionalmente, se aplica, de nuevo, la excepción de inconvencionalidad, pero esta vez sentándose una base para su implementación en los siguientes términos: “se encuentra suficiente fundamento para estructurar el deber jurídico oficioso de las autoridades estatales –y en particular de los jueces– de aplicar la excepción de inconvencionalidad para favorecer las prescripciones normativas que emanan de la Convención (...)”, pues es “la Convención la que les determina a las autoridades nacionales su medida y alcance competencial a la luz de sus disposiciones”.

Finalmente, en lo que al 2015 se refiere, se destaca que fue en éste donde se implementó el control de convencionalidad en un tipo de proceso diferente al de los años anteriores. En providencia del 20 de abril de 2015, se resuelve una acción de simple nulidad interpuesta contra el inciso 1 del artículo 3 del decreto 1510 del 17 julio de 2013. Para dar solución a este conflicto, se aplica por primera vez en un proceso de nulidad, el control de convencionalidad. Sin embargo, nuevamente se utiliza tal término de manera amplia, considerando incluso Convenciones propias del derecho comunitario. Frente a este último punto, podría discutirse hasta qué punto exagera esta Alta Corte al darle una amplitud que sobrepasa los fines para los cuales fue creada esta figura dentro del contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues su uso por fuera de tal escenario conllevaría a desdibujar la misma, junto con su esencia.

Por otro lado, en sentencia del 13 de mayo de 2015, el Consejo de Estado se pronuncia sobre la solicitud de medidas cautelares deprecada por los accionantes, quienes pretenden la nulidad de los artículos 1, 7 y 13 de la resolución 759 del 5 de agosto del 2013 dictada por la Autoridad Nacional de Televisión –ANTV– “por la cual se adopta el procedimiento de asignación de frecuencias radioeléctricas para la prestación del servicio de televisión radio-fundida”. En este caso, es importante mencionar que son los mismos accionantes quienes invocan el control de convencionalidad para respaldar la demanda, conllevando a que este Tribunal decrete la suspensión provisional de los efectos del parágrafo del artículo 13 de tal resolución, considerando,

entre otras cosas, la vulneración de diversos bienes jurídicos constitucional y convencionalmente amparados, como la libertad de expresión, de opinión y la libre iniciativa económica.

Por lo expuesto, puede verse el amplio acogimiento que se le ha dado al control de convencionalidad en esta corporación, circunstancia que, entre otros aspectos, se da porque en parte de los asuntos que conoce –principalmente en la sección tercera– debe valorar la responsabilidad estatal por causa de determinados hechos, en consecuencia, le correspondería²² evitar que en un caso concreto la responsabilidad del Estado trascienda a esferas internacionales, lo cual podría ser logrado con la aplicación de este control, que para el caso de esta Alta corporación se ha presentado, inicialmente, acogiendo el concepto, desarrollo e implicaciones del mismo, y posteriormente ajustando figuras propias del orden interno –como la excepción de inconstitucionalidad o el estado de cosas inconstitucional– al contenido normativo de la CADH.

Conclusiones

Puede concluirse, en primer lugar, que el control de convencionalidad consiste en el examen jurídico que se realiza para determinar la armonía entre el ordenamiento jurídico interno y las disposiciones de la CADH, lo cual se traduce en un ejercicio hermenéutico, un análisis que pretenderá determinar si hay violación o no de lo pactado en la CADH. Entendido así, el ejercicio de este control conllevará a que se tomen las medidas correctivas necesarias, dentro del ámbito de competencia del órgano que lo ejerce, para remediar esta situación, por ejemplo, inaplicar una norma cuyo alcance es contrario a la CADH o buscar la reparación de un derecho vulnerado, todo ello con miras a amparar los Derechos Humanos violados por el actuar estatal, ya sea en abstracto –por la creación de normas contrarias a las disposiciones convencionales– o en concreto –por las acciones y omisiones de los agentes estatales–.

En cuanto al Consejo de Estado, se refleja en esta corporación una alta recepción del control de convencionalidad, pues en sus decisiones no solo ha desarrollado nociones básicas sobre el mismo, sino que se ha llamado

²² Sin que esto signifique que los demás organismos estatales carezcan de tal responsabilidad.

a sí mismo “juez convencional”, ha denominado sus providencias como “sentencias convencionales” e, incluso, ha exhortado a la aplicación de las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en especial la CADH. Así mismo, esta recepción ha trascendido de la mera inclusión del término en la jurisprudencia contencioso administrativa, llegando a la fundamentación jurídica de las sentencias en la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH; al reconocimiento expreso del ejercicio del mismo; y al ajuste del control estudiado, a través de instituciones del derecho colombiano, como la excepción de constitucionalidad y el estado de cosas inconstitucional, pero bajo la óptica del principio convencional, siendo visto éste como una herramienta para la concreción de la justicia y de los estándares internacionales en el ordenamiento jurídico colombiano y como principio orientador del actuar judicial.

Referencias

a. Jurisprudencia

- Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. 23 de febrero de 2012.
- Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 24 de septiembre de 2012.
- Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 22 de octubre de 2012.
- Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. 24 de julio de 2013.
- Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Auto del 17 de septiembre de 2013.
- Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Stella Conto Díaz. 27 de septiembre de 2013.
- Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. 21 de noviembre de 2013.
- Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. 26 de noviembre de 2013.

- Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Stella Conto Díaz. 27 de marzo de 2014.
- Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. 9 de julio de 2014.
- Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sala Plena Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio. 28 de agosto de 2014.
- Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. 10 de septiembre de 2014. Radicación: 05001233100019910695201.
- Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 20 de octubre de 2014.
- Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 20 de abril de 2015.
- Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 13 de mayo de 2015.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano vs Chile. 26 de septiembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la última tentación de Cristo vs Chile. 5 de febrero de 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los Trabajadores cesados del Congreso vs Perú. 24 de noviembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs Uruguay. 24 de febrero de 2011.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vargas Areco vs Paraguay. 26 de septiembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 14 de 1994. 9 de diciembre de 1994.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia del caso Gelman vs Uruguay. 20 de marzo de 2013.

b. Normatividad

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia. 1991. Editorial Temis. Bogotá, D.C.

Congreso de la República de Colombia. Ley 270 de 1996. Consultado en línea en: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0270_1996.html

Organización de Estados Americanos (OEA). *Convención Americana de Derechos Humanos*. Obtenido de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

Sala Plena del Consejo de Estado de la República de Colombia. Acuerdo 58 de 1999. Reglamento Interno del Consejo de Estado. Consultado en línea en: http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/nuestraentidad/Reglamento_CE_Acuerdo_58_de_1999.pdf

c. Doctrina

LOIANNO, A. (2013). *Aproximaciones conceptuales del control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar.

NARANJO MESA, V. (2006). *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Bogotá, Colombia: Temis.

QUINCHE RAMÍREZ, M. F. (2014). *El control de convencionalidad*. Bogotá, Colombia: Temis.

Real Academia Española. (2012). *Control*. En Diccionario de la lengua española (22.a ed.). *Recuperado de:* <http://lema.rae.es/drae/?val=control>

REY CANTOR, E. (2008). *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, homenaje a Héctor Fix Zamudio*. Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Editorial Porrúa, Instituto Mexicanos de Derecho Procesal Constitucional. México.

ROJAS, C. N. (2013). *Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.

