

LA DECLARATORIA DE INCONVENCIONALIDAD DE LA LEY: ¿POSIBLE EVENTO DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR?

THE DECLARATION OF UNCONVENTIONALITY OF THE LAW: A POSSIBLE EVENT OF LIABILITY FOR THE LEGISLATING STATE?

Fernando Ferrari Flórez¹
Marisol Guerra²
Myriam Virginia Casas Cotes³

Resumen

El objetivo de esta investigación consistió en determinar si es posible que el Estado responda por los daños antijurídicos causados por leyes declaradas inconventionales. Para determinarlo, se llevó a cabo una investigación jurídica, con enfoque cualitativo, en la que, con base en el análisis exhaustivo de fuentes secundarias como doctrina y jurisprudencia, se pudo concluir que, efectivamente, es posible que, en el evento de la inconventionalidad de la Ley, puedan generarse daños antijurídicos que los particulares no están en la obligación de soportar y que serían atribuibles a título de daño especial. Este artículo se divide en varios acápites: en una primera oportunidad, se expone el panorama actual de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador en la jurisprudencia de lo contencioso administrativo colombiana. Luego, se realiza un acercamiento breve a la figura del control de convencionalidad. Posteriormente, se presentan los argumentos que respaldan la posibilidad de endilgar responsabilidad al Estado por los daños causados por leyes abiertamente inconventionales y los principales puntos de inflexión en los que se enfrenta la tesis expuesta.

Palabras clave: Responsabilidad, ley, control de convencionalidad.

Abstract

The objective of this investigation was to determine whether it is possible for the State to be liable for the unlawful damages caused by laws declared unconventional. To determine this, a legal investigation was carried out, with a qualitative approach, in which, based on the thorough analysis of relevant sources such as doctrine and jurisprudence, it could be concluded that, indeed, it is possible that, in the event of the law's unconventionality, may create unlawful damages that individuals are not obliged to bear and which would be attributable to special damage. This article is divided into several sections: at first opportunity, it presents the current picture of the responsibility of the State for the act of the legislator in Colombian administrative litigation jurisprudence. Then, a brief approach is made to the figure of conventionality control.

Recepción: 13 de octubre de 2025 / Evaluación: 10 de noviembre de 2025 / Aprobado: 10 de abril de 2026

¹ Abogado. Especialista en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de la Universidad Libre de Colombia. Magister en Derecho Administrativo de la misma Universidad y Doctor en Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Profesor tiempo completo de la Institución Universitaria Mayor de Cartagena. Email: fferrari@umayor.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1190-7321>

² Licenciada en administración pública, licenciada en derecho y ciencias políticas, magister en docencia superior, doctora en ciencias administrativas. Rectora Universidad Internacional Nueva Luz. Panamá. Email: mguerra@uinlpanama.org ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-9967-3594>

³ Estudiante de derecho de la Institución Universitaria Mayor de Cartagena. Colombia. Email: 45756557@umayor.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-1774-589X>



Subsequently, the arguments supporting the possibility of holding the state liable for damages caused by openly unconventional laws and the main turning points at which the presented thesis is confronted are presented.

Keywords: Responsibility, law, control of conventionality.

Introducción

La posibilidad de que el Estado respondiera patrimonialmente por los daños originados en la expedición de las leyes fue considerada irrisoria en el pasado. En un principio, la institución de la responsabilidad estatal estuvo reservada solo a las actuaciones de la administración pública y luego, de forma progresiva, abarcó a la rama judicial. El que la ley fuese origen de responsabilidad, sin embargo, fue siempre motivo de reserva pues parecía inaudito que aquello que significare la mayor representación de la voluntad popular y -a decir verdad- el mismo origen jurídico del deber de reparar, pudiese ocasionar daños a particulares.

El pensamiento de que ello fuese imposible deviene de las ideas liberales propias de la Revolución Francesa y los posteriores ideales sementados con las posteriores revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII, que defendían la soberanía parlamentaria y la inviolabilidad de la voluntad popular (Corte Constitucional, Sala plena, Sentencia C-038, 2006). Como consecuencia, el legislador (máximo representante del pueblo) puede crear, modificar o remplazar las leyes existentes en ejercicio de las prerrogativas del poder público, lo cual lo posicionaba en la cúspide de la pirámide normativa y lo convertía en un actor incapaz de generar daños, inmaculado del marco de la responsabilidad.

Por otra parte, la ausencia de control de constitucionalidad en los Estados de derecho también constituía un factor que impedía la atribución de responsabilidad al legislador, pues no se concebía la posibilidad de que la ley fuese controlada por órganos de justicia con el fin de determinar si estaba alineada o no a los textos constitucionales y, en esa medida, era imposible establecer cuando una norma originaba daños a los particulares que no estuvieran en la obligación legítima de soportar (Villegas, 2021).

Aunque, como se verá más adelante, el control de constitucionalidad de las leyes constituye un elemento importante para endilgar responsabilidad al Estado legislador, este no es, ni fue siempre un requisito indispensable. El primer ordenamiento jurídico que admitió la posibilidad de reparar daños provenientes de la actividad legislativa fue Francia, país en donde, para el momento de la emisión del fallo que dio lugar a ello, aún no existía el control de constitucionalidad.

En Francia, la responsabilidad del Estado legislador se gestó en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés que en 1938 declaró al Estado responsable de los daños que un ciudadano sufrió como consecuencia del cierre de su empresa por la prohibición de la fabricación y venta de productos sustitutos de la leche. En esa ocasión el Tribunal argumentó que el hecho de que la ley no previera la posibilidad de indemnización, no eximía al Estado de resarcir los daños causados al demandante, con lo cual, la omisión legislativa debía interpretarse de manera favorable a sus intereses.

Tanto el fallo mencionado como los posteriores expedidos en los años 1944⁴ y 1963⁵, se basaron en el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, argumentándose que las disposiciones normativas imponían al administrado un sacrificio anormal que no estaba en la obligación de soportar. Otros ordenamientos como Alemania, Italia y España, cada uno con

⁴ Caucheteux et Desmont del 21 de enero de 1944, expedido por el Consejo de Estado francés.

⁵ Bovero del 23 de enero de 1963, expedido por el Consejo de Estado francés.

elementos particulares, admitieron la posibilidad de que la ley fuese origen de responsabilidad estatal. (Ruiz, 2005)

En Colombia, hasta el año 2005 no existía precedente alguno que declarara al Estado responsable por el hecho de las leyes (Ruiz, 2005). La primera sentencia acuciosa que el Consejo de Estado expidió sobre la materia data del año 1998 con ocasión de la reparación de los daños causados por la Ley 6ta de 1972, a través de la cual, se aprobó la Convención de Viena. En esa oportunidad, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo realizó algunas precisiones sobre la responsabilidad del Estado legislador⁶, las cuales, han sido posteriormente ampliadas y modificadas con el devenir de los años. (Serna, 2024)

Por su parte, la Corte Constitucional en el año 2006, con ocasión de la Sentencia C-038 y el control de constitucionalidad del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, dispuso que los escenarios de responsabilidad del Estado por los hechos del legislador, se encontraban incluidos en la consagración del artículo 90 de la Constitución Nacional, cláusula que no excluía del deber de reparar a ningún actor estatal y que, para su configuración, solo era necesario la existencia de un daño antijurídico y el juicio de imputación de este a una entidad estatal. (Corte Constitucional, Sala plena, Sentencia C-038, 2006)

Como consecuencia de lo anterior y del desarrollo de la jurisprudencia contencioso administrativo, hoy, la responsabilidad del Estado legislador es admitida en el derecho colombiano, en tres supuestos: i) ante el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas; ii) por la defraudación de la confianza legítima de los particulares y iii) por la declaratoria de inexecutable de la ley. En este último caso, se ha argumentado que al determinarse que la norma es contraria al texto constitucional, los daños ocasionados a los administrados no se encuentran legalmente soportados y, por lo tanto, deben repararse.

A pesar de que se ha estudiado la responsabilidad del Estado por los eventos de inexecutable de la ley en sede de control concentrado de constitucionalidad, nada se ha dicho frente a las leyes que son declaradas inconvencionales. El control de convencionalidad en el Estado de derecho colombiano ha ido tomando mayor importancia con el paso de los años, dando lugar a importantes pronunciamientos jurisprudenciales en materias como el derecho disciplinario y el control fiscal, en las que en uso de esta herramienta se han inaplicado disposiciones de derecho interno por encontrarse incompatibles con los estándares de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En este contexto, este artículo pretende determinar si ¿Es posible que el Estado responda por los daños antijurídicos causados por leyes declaradas inconvencionales? Y en caso positivo, ¿Cuáles son los principales problemas que admite esta posición? ¿Cómo es posible superarlos, a fin de cobijar mejores escenarios que garanticen los derechos de los asociados?

Para darles solución a esos interrogantes, en primera instancia se presenta un panorama breve y claro del estado actual de la jurisprudencia del Consejo de Estado frente a la responsabilidad del Estado legislador. Luego, se realiza un acercamiento breve a la figura del control de convencionalidad, pretendiendo evidenciar que presenta rasgos similares al control de constitucionalidad, pero con rasgos distintivos que resaltan su importancia en el ordenamiento interno. Posteriormente, se presentan los argumentos que respaldan la posibilidad de endilgar responsabilidad al Estado por los daños causados por leyes abiertamente inconvencionales y los principales puntos de inflexión en los que se enfrenta la tesis expuesta. Finalmente, las conclusiones.

⁶ Se trata de la sentencia del 25 de agosto de 1998 proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 001.

Panorama actual de la jurisprudencia frente a la responsabilidad del estado legislador

La primera oportunidad en la que el Consejo de Estado se pronunció frente a la responsabilidad por el hecho de las leyes data del 18 de octubre de 1990.

En esa ocasión, se estudió el caso de una sociedad que demandó al Departamento del Valle del Cauca por considerar que se le había generado un daño con la expedición de un decreto y ordenanza departamental que creo un servicio de bodegaje de licores y que fueron, posteriormente, anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Aunque no se concedieron las pretensiones de la demanda y no se realizó un estudio profundo sobre el tema, el Consejo de Estado dejó abierta la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado legislador, considerando que, aunque soberano y representante de la voluntad popular, el Congreso de la República podía causar daños a los particulares, que no estaban en la obligación de soportar. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia radicación interna No. 28864, 2014)

Vale la pena resaltar que, desde sus inicios y en aplicación del artículo 90 constitucional, el Consejo de Estado ha cimentado la responsabilidad estatal bajo la existencia del daño antijurídico, sin perjuicio de las actuaciones u omisiones de los agentes estatales. En esa medida, en sus providencias -incluso en la sentencia del 18 de octubre de 1990- ha dejado claro que, sin importar cual sea el actor que lo genera, siempre que exista un daño que tenga el carácter de antijurídico y que este logre ser imputado, debe repararse.

Por supuesto que, bajo la anterior premisa, esta corporación reconoció que puede el legislador ser un agente causante de daños, pensamiento que rechaza las ideas liberales de los siglos anteriores que excluían la posibilidad de que quien elaboraba las leyes pudiese ser cuestionado y, así mismo, condenado por su actividad irregular.

Aun con todo, bajo el supuesto de la responsabilidad del Estado legislador, el Consejo de Estado en la sentencia del 18 de octubre de 1990, consideró que tales eventos se analizarían bajo el título del daño especial por el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, conservando la idea de la soberanía parlamentaria y disponiendo que la norma no podía ser objeto de crítica y sólo era procedente conceder la reparación cuando el mismo legislador previera la posibilidad de reparar el daño. Esta posición, influenciada por la doctrina extranjera, concebía como imposible que en sede judicial pudiese criticarse la actividad legislativa.

Sin embargo, con el devenir de los años y el planteamiento en sede judicial de nuevos escenarios de responsabilidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha ido evolucionando de manera lenta, pues debe mencionarse que, son pocas las sentencias emitidas frente a la responsabilidad del Estado legislador. No obstante, hasta ahora el desarrollo jurisprudencial ha evidenciado los siguientes aspectos:

Fundamento de la responsabilidad del Estado legislador

El Consejo de Estado ha establecido que, en virtud de la cláusula de responsabilidad establecida en el artículo 90 de la Constitución Nacional, todos los actores estatales pueden ser responsables por la causación de daños antijurídicos a particulares.

Desde la sentencia del 18 de octubre de 1990 y luego, con el pronunciamiento del 2 de febrero de 1995, el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo dejó claro que el ejercicio de la soberanía propio de los actos legislativos, de gobierno, los actos judiciales y los hechos de guerra no podía traducirse nunca en el descarte de la responsabilidad de las entidades del Estado, pues esta descansaba en la existencia del daño antijurídico sin perjuicio de la actividad legítima o ilegítima de los actores estatales.

De esta manera, la soberanía en ningún caso puede servir de justificación para considerar al Estado irresponsable, sin importar de qué rama del poder público deviniera la causación del daño.

Supuestos que generan responsabilidad del Estado legislador

Tres son los supuestos que generan responsabilidad del Estado legislador en el estado actual de la jurisprudencia del Consejo de Estado. En primer lugar, se encuentran los casos en los que se viola el principio de igualdad frente a las cargas públicas, ósea, cuando la ley crea condiciones menos favorables para ciertas personas que no están en la obligación de soportar.

Como ejemplo, se encuentra la sentencia del 25 de agosto de 1998, en la que el Consejo de Estado estudio la responsabilidad del Congreso de la República por la expedición de la Ley 6ta de 1972, a través de la cual, se aprobó la Convención de Viena. En esa ocasión, el caso trataba de un ciudadano que había muerto arrollado por un vehículo oficial norteamericano y por el que su familia, había tratado de obtener de manera infructuosa el pago de la indemnización ante la Corte Suprema de Justicia, gracias a que la Convención de Viena preveía una inmunidad a los agentes diplomáticos extranjeros en Colombia.

El Consejo de Estado consideró que la Ley 6ta de 1972 había sido producto de una operación compleja en la que habían intervenido varios actores públicos. Por un lado, la negociación y firma de un tratado por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores; su incorporación como ley al ordenamiento jurídico colombiano por parte del Congreso de la República y los respectivos controles judiciales posteriores que avalaron su constitucionalidad realizados por la Corte Constitucional. Pero que finalmente, crearon un desequilibrio en las cargas públicas en perjuicio de los actores que no estaban en la condición de soportar, ya que creaba ventajas en favor de actores diplomáticos extranjeros en menoscabo del derecho de acción reconocido por la Constitución Nacional, que le permitía reclamar el pago de la indemnización a la parte demandante. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia exp. IJ-001, 1998)

El segundo caso, es para aquellos eventos en los que se defrauda la confianza legítima, es decir, cuando la ley, sin medidas de transición, afecta intereses que, a pesar de no ser situaciones consolidadas o derechos adquiridos, constituyen expectativas legítimas que merecen protección. Como ejemplo, puede considerarse una norma que cambia las condiciones necesarias para acceder a una pensión sin contemplar un régimen de transición.

Finalmente, el tercer caso comprende aquellos supuestos en los que una ley es declarada inexecutable, pero cuyos efectos durante su vigencia afectan patrimonialmente los intereses de los particulares. Como ejemplo se encuentra la sentencia del 26 de septiembre de 2002, en la que el Consejo de Estado estudió la procedencia de indemnización por los perjuicios ocasionados ante la declaratoria de inconstitucionalidad de la Ley 168 de 1994, través de la cual se calificaron como recursos de capital los dineros que la Nación recaudare por concepto de concesión a los usuarios de servicios de telefonía celular, norma que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-423 de 1995, argumentando que tales recursos hacían parte de los ingresos corrientes de la Nación y que, por lo tanto, los municipios tenían derecho a participar de ellos.

En esa oportunidad, aunque se negaron las pretensiones de la demanda, el Consejo de Estado explicó que tal caso si daba lugar a declarar la responsabilidad del Estado legislador, pero teniendo en cuenta los efectos de la sentencia emitida por la Corte Constitucional que declaraba la inexecutable de la norma, pues era claro que hasta tanto no se declarare su inconstitucionalidad, se entendía ajustada al texto superior, legítima y por lo tanto, de obligatorio cumplimiento para los ciudadanos, sin posibilidad alguna de derivar perjuicios por su aplicación.

En este sentido, el Consejo de Estado ha manifestado que no existe responsabilidad del Estado cuando el daño se causa mientras está vigente la presunción de constitucionalidad, pues hasta que no se declare lo contrario, no puede considerarse antijurídico. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia radicación No. 27364, 2014)

Régimen o título de imputación bajo el cual debe estudiarse la responsabilidad

Ahora bien, el Consejo de Estado ha establecido que para que el juicio de responsabilidad prospere, es necesario que el caso encuentre asidero jurídico en alguno de los títulos de imputación, el cual puede consistir en el régimen objetivo o subjetivo dependiendo de las circunstancias concretas que se ventilen al interior del proceso.

Cuando se trata de los dos primeros supuestos, es decir, por violación a la confianza legítima y ante el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, la responsabilidad se estudia a través de regímenes objetivos. Se ha dicho que la confianza legítima tiene entidad propia y es diferente al daño especial, a través del cual se estudia la responsabilidad ante el rompimiento de las cargas públicas. Ambos casos, evidencian una actividad legítima del legislador que, aunque ajustada al ordenamiento jurídico, genera la existencia de unos daños que debían ser resarcidos (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia radicación interna No. 27228, 2013).

Aunque, ambos apuntan a no imponer cargas más allá de lo que deben tolerar los particulares en igualdad de condiciones, estos dos supuestos presentan diferencias y no pueden considerarse circunscritos a una misma entidad.

Así, en sentencia del 29 de julio de 2013, el Consejo de Estado explicó que, cuando se protege la confianza legítima se está en presencia de situaciones no consolidadas pero que representan expectativas legítimas que el Estado debía respetar. Así mismo, comprende situaciones en las que el Estado permite que los particulares acceden a bienes y servicios, lo que, en algunas ocasiones, puede resultar contrario a lo establecido en la Constitución Nacional, como, por ejemplo, el acceso o explotación ilegal de bienes de uso público imprescriptibles e inalienables (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia radicación interna No. 27228, 2013).

Para que prospere la responsabilidad por la defraudación de la confianza legítima, lo que se requiere es que el administrado tenga una expectativa razonable de alcanzar un derecho, es decir, que haya recibido el mensaje institucional de que aquello que la administración pregonaba eventualmente podría ser cumplido, o como se ha dicho por parte de esta corporación “el interés fundado en que el derecho está siendo reconocido o que lo será en la oportunidad prevista” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia radicación interna No. 27228, 2013, p. 41).

Sin embargo, cuando se está en presencia del daño especial, se hace referencia a situaciones consolidadas o derechos que ya han sido adjudicados, pero que son arrebatados de manera ilegítima. Para el caso de la violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas, la ley, crea en el administrado una carga desproporcional a la de la mayoría de los asociados, la cual, le genera perjuicios que los demás no están sufriendo y que, en consecuencia, no tiene por qué soportar.

En ambos casos, se trata de régimen objetivo en el que solo debe demostrarse la existencia del daño antijurídico y que este ha sido producto de una acción u omisión estatal, para que prospere la pretensión de responsabilidad, sin que interese la culpa del agente estatal.

Sin embargo, en torno al tercer caso, es decir, cuando se trata de la inconstitucionalidad de la Ley, el Consejo de Estado ha explicado que este si se estudia a través del régimen subjetivo de

responsabilidad de la falla del servicio, pues la declaratoria de inexecutable de la norma por parte de la Corte Constitucional denotaba una evidente falla en el ejercicio de la función pública (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia radicado interno No. 23245, 2003).

Para determinar si, una norma declarada inexecutable por parte de la Corte Constitucional, puede comprometer la responsabilidad del Estado, es necesario observar los efectos de la sentencia de inexecutable, pues hasta tanto la norma esta revestida de presunción de constitucionalidad, no puede predicarse la existencia de un daño antijuridico. Ello significa que, para el caso de las sentencias cuyos efectos son *ex nunc*, es decir, hacia el futuro (la gran mayoría de los fallos), no podrán repararse los daños antijuridicos consolidados mientras la norma estuvo vigente.

No sucede lo mismo, cuando la Corte le da efectos retroactivos a la sentencia de inexecutable, pues en estos casos, el daño es antijuridico desde el momento de la expedición de la norma ya que, no puede considerarse justos en ningún caso, los detrimentos causados a los ciudadanos en aplicación de preceptos inconstitucionales. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia radicación interna No. 2736 4, 2014)

Sobre este particular, debe precisarse que lo que se reparan son los efectos ilegítimos que la norma inconstitucional genera sobre el particular y que le producen daños a su patrimonio. Entonces, lo que genera la antijuridicidad del daño, es la ilegitimidad de la ley, es decir, la expedición de una norma que es contraria a lo que establece la Constitución.

Aunque hasta este momento, varias son las posiciones de la doctrina que defienden y atacan esta posición (las cuales no se expondrán pues rebasan los objetivos de este artículo de investigación) frente al tema, es necesario precisar que, tal como hasta ahora lo ha expuesto la jurisprudencia contencioso administrativa, mientras no exista sentencia de inexecutable no puede predicarse que una norma sea inconstitucional, así en el trasfondo esta lo haya sido siempre. Es la Corte Constitucional el órgano encargado de interpretar la Constitución y establecer cuando una ley es contraria al texto superior.

En este sentido, por supuesto que los efectos en los que la Corte dicta los fallos son relevantes para estos escenarios de responsabilidad, pues como regla general, las sentencias emitidas por la Corte Constitucional tienen efectos *ex nunc* (desde ahora) lo cual implica que, es a partir de ese momento que puede la ley considerarse inconstitucional y por lo tanto, justificarse la antijuridicidad del daño producido por sus efectos. No obstante, para ese momento y hacia el futuro, no existirá daño consumado. Si, por el contrario, la Corte decide modular los efectos de sus fallos en el tiempo, *ex tunc* (desde entonces), la antijuridicidad del daño tendrá que predicarse desde cuando surtan los efectos del fallo proferido.

En estos casos como en los restantes eventos de responsabilidad estatal, lo que justifica la reparación es la existencia de un daño antijuridico que pueda ser imputable a la entidad estatal. No es la declaratoria de inexecutable de la norma, en sí misma, la que justifica la reparación, sino, la antijuridicidad del daño padecido. Lo que sucede es que la declaratoria de inexecutable de la norma es necesaria para poder determinar la antijuridicidad. Entonces, ambos elementos no son excluyentes, sino complementarios.

Al respecto, es necesario recordar que como lo ha sostenido la doctrina ampliamente, daño antijuridico es aquel que no se está en el deber “legal” de soportar. Por regla general, el daño, al ser una afrenta al patrimonio no debe ser soportado por ningún particular, salvo que exista una ley que lo soporte, que lo admita, que imponga al particular esa carga justificada en uno de fines del Estado Social de Derecho.

Frente a este particular, es decir, a cuáles son los daños que “deben soportarse”, Rebollo citado por Saavedra (2008) indica que, las causas para justificar un daño deben ser precisas y

expresas, ya que la existencia de la lesión implica la preexistencia de un derecho en cabeza de la víctima cuya afrenta requiere la respectiva indemnización. De esta manera, entendiendo que el fin de la institución de la responsabilidad es la reparación del daño, lo lógico es que se exija una previsión legal de cuando la víctima debe soportar la afrenta porque debe recordarse que cualquier causa de disminución del patrimonio por parte del Estado debe provenir de una ley que así lo autorice.

Sin embargo, en Colombia no existen normas que indiquen cuando un particular debe soportar un daño. La labor de definir cuando un daño es antijurídico ha sido avocada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, quien lo ha definido como “la lesión a un derecho o bien jurídico o interés legítimo que los demandantes no están obligados a soportar” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección C, Sentencia rad No. 22592, 2012), lo que obliga a considerar que quien alega un daño debe demostrar que su pretensión está amparada en una situación jurídicamente protegida, es decir que, tiene un título legítimo que lo obligue a no ser acreedor a las consecuencias del daño o mejor aún, acreedor a su indemnización.

Sobre esto Ruiz (2019) explica que debe ser “un daño no contemplado por la ley como carga pública que todo particular deba soportar” (p. 43) ya que existen muchas cargas y obligaciones que pueden “lesionar” el patrimonio de las personas como el pago de los impuestos al Estado, el cumplimiento de sanciones, deberes, la prestación del servicio militar obligatorio; sin embargo, traspasar el umbral de lo que como ciudadanos deben cumplir por el bien de la sociedad, lo que tolerablemente deben padecer, es lo que debe valorarse como un daño objeto de indemnización.

Por su parte, Pimiento (2021) citando a Oriol Mir Puig- Pelat, enseña que la ley es quien determina la obligatoriedad de soportar un daño. Corresponde a un deber soportarlo cuando el mismo es producto de una carga obligacional impuesta por la ley a los ciudadanos, como los deberes tributarios y las cesiones urbanísticas, pero también cuando el daño es consecuencia de la discrecionalidad de la administración en términos de razonabilidad y proporcionalidad.

Entonces, cuando la ley impone una carga al particular esta es legítima hasta tanto no exista pronunciamiento judicial que declare su inconstitucionalidad, es decir, a pesar de que existe “un daño”, una afrenta, un efecto negativo derivado de la ley, estos deben soportarse hasta tanto la ley no sea declarada inconstitucional. De esta manera, como se dijo, el fundamento de la responsabilidad del estado legislador es la existencia del daño antijurídico, no la inconstitucionalidad de la ley, porque esta última es lo que permite determinar la antijuridicidad del daño, no de la responsabilidad en sí misma.

Aunque hay autores como Alonso y Leiva (2011) que plantean que la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley no es necesaria para efectos de declarar la responsabilidad del Estado legislador, resaltando inclusive la existencia de ordenamientos jurídicos en donde se aplica de esta manera; para el caso colombiano, la situación es diferente, pues ha sido el propio constituyente quien ha distribuido las competencias entre las altas cortes, otorgándole a la Corte Constitucional el control constitucional de las leyes, competencia que no puede invadir el Consejo de Estado por los eventuales juicios de responsabilidad del legislador.

Como se dijo anteriormente, hasta tanto la ley no es declarada inexecutable, se presume que la misma está justada al texto constitucional y en esa medida, sea cual fuere la carga que imponga a los particulares, estos tienen el deber jurídico de soportarla. Recuérdese que, la actividad de “legislar” propia del Congreso de la República, no solo es una actividad legítima que está amparada por la misma Constitución, sino que, además, materializa uno de los principios más importantes del Estado de derecho, el principio democrático.

Por otro lado, otro aspecto que también llama la atención de la doctrina es el régimen bajo el cual deben estudiarse estos eventos. Algún sector, constituido por, entre otros autores Echeverría (2012) y Vargas (2023) afirma que debe realizarse bajo el título del daño especial, argumentándose para ello que la actividad legislativa está vinculada con la confianza legítima que tienen los administrados en cuanto a la constitucionalidad de la ley. Otra parte de la doctrina, por el contrario, sostiene inclusive que, estos eventos dan lugar a un nuevo título de imputación que han denominado “falla objetiva” (Cifuentes, 2020).

Cifuentes (2020) sobre este particular, explica que cuando se estudia la responsabilidad del legislador por el hecho de las leyes declaradas inexecutable se puede caer en el riesgo de efectuar juicios de valor sobre su comportamiento. Esto evidencia un elemento relevante, pues para efectos de atribuir la falla del servicio a cualquier agente estatal, es necesario que el juez evalúe si su conducta fue realizada con imprudencia, impericia, la violación de algún reglamento. Sin embargo, en el caso del Estado legislador, el análisis de la conducta no sólo es irrelevante, sino impropio pues la elaboración de las leyes es un proceso complejo en el que convergen varios actores.

Si bien, como lo afirma la autora, la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley denota una evidente falla del servicio, el juez debe apartarse de todo juicio de valor tendiente a explicar la actividad del legislador. Con lo cual, a pesar de lo paradójico que resulta, argumenta que debe aceptarse la existencia de la falla, pero sin evaluar la conducta del legislador y que esto genera que se piense en un nuevo modelo de falla objetiva. (Cifuentes, 2020).

Esta posición se encuentra bastante aceptable y es a la que debe acudir cuando se piensa en el juicio de imputación por los hechos del Estado legislador, no solo porque como lo dice la autora, no es adecuado realizar juicios de valor sobre la actividad legislativa; sino porque, además, aun cuando ello fuese posible, ¿A quién se le debe endilgar la negligencia? ¿A la autoridad que presentó el proyecto de ley? ¿Al Congreso de la República, por tramitarla y aprobarla? ¿A la Presidencia de la República, por sancionarla? O ¿A la Corte Constitucional, en ejercicio del control automático y posterior? No cabe duda, entonces, que la evaluación de estos aspectos es irrelevante.

El control de convencionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano

El Control de Convencionalidad es un mecanismo creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por medio del cual, se somete al filtro de las disposiciones establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH o la Convención), las normas de derecho interno de los Estados a fin de determinar si estas últimas están o no ajustadas a las primeras. En otras palabras, se determina si el derecho interno de un país (sujeto a la competencia de la CIDH) se encuentra o no ajustado a la Convención.

Si bien la doctrina, ha ofrecido varias definiciones en lo que refiere al control de convencionalidad, estas por lo regular suelen quedarse cortas o por el contrario requerir de grandes disertaciones para concretizarlas. No obstante, de la lectura de estas, es posible llegar a ciertos conceptos que ofrecen caracteres importantes sobre la naturaleza del control de convencionalidad.

Así por ejemplo, Rincón y Quinche (2009) consideran al control de convencionalidad como una herramienta de carácter operativo que nace en el seno del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) más concretamente en la CIDH, como consecuencia de la tarea de esta de proteger y promocionar los derechos humanos en la región y que pretende garantizar la efectividad del carácter normativo de la CADH y de los tratados que integran el SIDH (Rincón, 2013), respecto a los hechos y las leyes puestas a consideración de la CIDH.

Por otra parte, Sánchez (2019) añade a esta definición varios elementos, como el carácter residual, entendiendo que este se activa en el evento de que el derecho interno sea incompatible con las disposiciones de la Convención Americana u otros tratados que integren el sistema regional.

Este se concretiza en un examen de confrontación normativa entre el derecho interno y la Convención americana frente a unas circunstancias fácticas que son puestas a disposición del juez; y la providencia que contiene las medidas que es una providencia judicial cuyos efectos alcanzan la “*modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas*” (p. 235).

Así mismo, para Sánchez (2019) el control de convencionalidad es la pura actividad jurisdiccional que la Corte Interamericana realiza sobre las conductas y normas del Estado infractor (p. 234) para alcanzar el fin explicado por Castro et. al. (2017), este es, concretizar el carácter normativo de la Convención, su aplicación armónica y la coherencia del sistema normativo regional.

Se trata de una figura de creación jurisprudencial que ha sido con el paso de los años, consolidada no solo al interior de la CIDH, sino ampliamente estudiada por la doctrina, de modo que hoy en día es considerada una verdadera institución de Derecho Internacional Público y una poderosa herramienta en la defensa de los derechos humanos.

En Colombia, la CADH y el control de convencionalidad ingresan al ordenamiento jurídico mediante la figura del bloque de constitucionalidad ampliamente estudiada por la Corte Constitucional y prevista en los artículos 9, 53, 93, 94, y 214 de la Constitución Nacional (Parada, 2019).

El bloque de constitucionalidad materialmente permite que algunos tratados internacionales en materia de derechos humanos ingresen al sistema normativo colombiano dándoles un puesto preciso en la jerarquía normativa: “prevalciendo en el orden interno” (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 93). Interpretativamente, el bloque le ha permitido a la Corte Constitucional comprender de forma amplia los derechos consagrados en los tratados internacionales ratificados por Colombia, ampliando el espectro de las garantías que ya no están consagradas de manera expresa en la Constitución, sino que se apertura a otras consagradas en el derecho internacional (Swelt-Cook, 2016).

La doctrina del bloque de constitucionalidad elaborada por la Corte Constitucional ha entendido que, en sentido estricto, este está conformado por normas que están integradas en la Constitución y que tienen tanta fuerza vinculante como ella misma. Se habla por ejemplo del preámbulo, los tratados sobre límites que han sido ratificados por el Estado, los tratados en materia de DIH, los tratados que reconocen derechos intangibles y la jurisprudencia elaborada por los tribunales internacionales que sirven como criterio de interpretación (Quinche, 2009).

En el caso particular de la Convención Americana, esta es una norma de derecho internacional público que nace en el seno de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, celebrada en el año 1969 y que contiene disposiciones sobre derechos humanos, por lo que considerando la ratificación realizada por Colombia sobre el tratado en el año 1973, se trata de un instrumento que hace parte del bloque de constitucionalidad en virtud de la cláusula de apertura del artículo 93 superior.

Sobre ello, la Corte Constitucional ha establecido de forma reiterativa que, en efecto, la CADH hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto y que ello sirve como criterio de interpretación del texto constitucional e incluso como parámetro de control en el análisis de casos concretos. No obstante, un aspecto interesante al que ha arribado la Corte en su jurisprudencia y que en la actualidad sigue imperando, es respecto al rango que tiene este instrumento sobre el ordenamiento constitucional.

Frente a este particular, la Corte Constitucional ha establecido que la pertenencia de un tratado en el bloque de constitucionalidad no significa de ninguna manera que este prevalezca sobre la Constitución Nacional, ni que puedan servir como parámetro de control para determinar de entrada la inconstitucionalidad de las leyes de menor jerarquía. Se trata de una posición que

predomina desde el año 1998 con la expedición de la sentencia C-400 del mismo año, interpretada y complementada por la sentencia C- 1189 de 2000.

Más bien, la Corte ha entendido que la inclusión de los tratados internacionales en el bloque de constitucionalidad conlleva a que se adelanten interpretaciones armónicas y sistemáticas que permiten garantizar en mejor medida los derechos. (Corte Constitucional, Sala plena, Sentencia C-028, 2006)

En esa línea y particularmente sobre la CADH, la Corte Constitucional ha sostenido de forma expresa que, la Convención si hace parte del bloque de constitucionalidad y que por ello debe ser utilizada como parámetro de control en el estudio de constitucionalidad abstracto y concreto que realizan las autoridades judiciales, pero que de ninguna manera podía entenderse como una norma supraconstitucional que tuviese más valor que el texto constitucional.

Incluso ha dicho la Corte que, la confrontación de una norma con el texto de la Convención no da lugar de forma automática a su declaratoria de inconstitucionalidad porque es necesario que se interprete conforme a la Constitución, posición que fue utilizada por esa corporación en el estudio de constitucionalidad de algunas normas de la derogada Ley 734 de 2002, sentencia C- 028 de 2006, la cual es un ejemplo claro de los efectos de esta posición jurisprudencial.

Esta posición ha sido reiterada en las sentencias C-123 de 2006, C- 291 de 2007, C-504 de 2007, C-941 de 2010 y C-111 de 2019, eventos en los cuales la Corte ha manifestado que los tratados internacionales que ingresan al bloque de constitucionalidad en sentido estricto no tienen la vocación de prevalecer en el orden interno por encima de la Constitución.

Justamente por ello, Cabrera (2014) explica que la expresión “prevalecen en el orden interno” que se encuentra establecida en el artículo 93 de la Constitución y que como se ha visto justifica la inclusión de los tratados internacionales en materia de derechos humanos al ordenamiento interno, no significa que estos estén por encima de la Constitución o que se apliquen de forma prevalente a ella; sino más bien que tienen rango “supralegal”, se encuentran al mismo nivel de esta norma superior, conforman un bloque, un solo articulado que debe entenderse e interpretarse de forma armónica y sistemática.

Quinche (2009) afirma sobre este panorama que en Colombia, el bloque de constitucionalidad en cualquiera de sus dos vertientes ha sido utilizado por la Corte Constitucional como criterio de interpretación de la Constitución en el ejercicio del control de constitucionalidad para ampliar las fuentes de interpretación, por lo que, es apenas lógico que no se considere por parte de la jurisprudencia en ningún sentido, la tesis de la supraconstitucionalidad de los tratados internacionales, que solo pueden aspirar a estar al mismo rango de la Constitución.

Como consecuencia de lo anterior, la Corte Constitucional ha manifestado que ella no es un Tribunal Convencional ni juez de convencionalidad, ya que no está llamada a verificar la concordancia entre los tratados internacionales y la legislación interna (Corte Constitucional, Sala plena, Sentencia C- 941, 2010), pero si efectúa la verificación de la concordancia de la legislación nacional con la Constitución Nacional dentro de la cual se encuentran los tratados internacionales en materia de derechos humanos incluyendo la CADH.

Fundamentos de la responsabilidad del estado por el hecho de las normas declaradas inconvencionales

A partir de lo expuesto anteriormente, no queda duda de la importancia que hoy tiene el control de convencionalidad en el derecho interno. Esta es una herramienta efectiva en la protección de los derechos humanos, que le permite a las autoridades jurisdiccionales internacionales y nacionales mantener la eficacia normativa de la Convención Americana asegurando su interpretación armónica, ordenada y coherente.

Si bien la declaratoria de inconventionalidad de la ley es una operación que se realiza en los países de manera difusa por parte de los jueces domésticos, a diferencia del control de constitucionalidad, esta no tiene vocación para extraer una norma del ordenamiento jurídico. Aunque en varios pronunciamientos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha exhortado a los países a cambiar su ordenamiento interno, cuando en sede contenciosa administrativa, advierte que las disposiciones de derecho interno son abiertamente contrarias a la Convención Americana; finalmente, estas sentencias no cambian el orden jurídico interno porque dependen de la voluntad de los legisladores. (Abbott, 2020)

A partir de ello, la posibilidad de declarar la responsabilidad del Estado legislador por la inconventionalidad de la ley, no puede operar como operaría en los casos de inexecutableidad de la misma, ya que el Consejo de Estado ha sido claro en expresar que en estos últimos casos el daño es antijurídico cuando se le dan efectos retroactivos al fallo que declara la inconstitucionalidad. Sin embargo, la declaratoria de inconventionalidad no funciona de la misma manera, es decir, no saca a la norma del sistema jurídico y, por lo tanto, no hay efectos retroactivos para proporcionar.

De cualquier forma, la inconventionalidad de la ley puede evidenciar la posible inconstitucionalidad de la misma. Al respecto, debe recordarse la posición que, en el sistema de fuentes colombiano, tiene la Convención Americana de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como otros instrumentos que hacen parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; a los que, el Estado debe sujetarse en cumplimiento de los deberes de cumplimiento de la Convención.

Así mismo, cuando la ley es declarada inconventional, y, en consecuencia, es inaplicada por parte del juez doméstico queda al descubierto la falla del servicio del legislador, quien conociendo el contenido de la Convención Americana y los deberes que le asisten al Estado para darle cumplimiento, expide normas que le son abiertamente contrarias. Como ejemplo más claro, está la expedición de la Ley 2094 de 2021 que persiste en atribuirle facultades a la Procuraduría General de la Nación para sancionar a los servidores públicos de elección popular, pese a las disposiciones existentes en la Convención Americana, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el precedente particular fijado por el caso *Petro Urrego vs Colombia*.

En estos casos, pese a la evidente inconventionalidad, el Congreso de la República expide una norma que genera efectos jurídicos desfavorables a los administrados. Se consolidan daños antijurídicos, consistentes en las pérdidas patrimoniales y/o inmateriales que trae consigo soportar las consecuencias jurídicas de la norma y que se mantienen durante su vigencia, mientras el órgano interno con facultades para ello, no la expulsa del ordenamiento jurídico.

Entonces, lo que se observa en el plano fáctico, es la consolidación de daños antijurídicos ocasionados entre, la advertencia de inconventionalidad de la ley cuando es inaplicada por el operador doméstico o cuando se falla el caso en sede contenciosa por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; hasta la fecha en la que la Corte Constitucional decide sacar la norma del ordenamiento jurídico por inconstitucional.

Se trata de casos diferentes a los supuestos planteados por el Consejo de Estado cuando estudia la responsabilidad del Estado legislador por la inconstitucionalidad de la ley, pero en estos puede existir constancia y certeza de la falla del servicio por parte del legislador desde que el operador judicial advierte la inconventionalidad de la ley, momento desde el cual, puede considerarse la antijuridicidad del daño.

Al tratar de averiguar sobre la imputación del daño antijurídico al Estado, en estos supuestos, debe acogerse el criterio de Cifuentes (2020) respecto a la falla objetiva y evitar, en consecuencia, juzgar la conducta del legislador, que poco importa cuando se evidencia la inconventionalidad de la ley. Existe una falla del servicio, que genera un daño antijurídico a un

particular, que puede ser continuado en el tiempo inclusive, y que debe repararse, sin perjuicio del aspecto subjetivo.

Ahora bien, aunque la responsabilidad del Estado legislador es posible ante la expedición de leyes que no cumplen con los estándares internacionales en materia de derechos humanos impuestos por el Sistema Interamericano; no puede negarse que acoger tal supuesto, implica la existencia de ciertos obstáculos. Uno de los más importantes, la situación del control de convencionalidad en la jurisprudencia actual de la Corte Constitucional, que en varias ocasiones se ha negado a reconocerse como Tribunal de Convencionalidad.

Y es que, aunque el control de convencionalidad se ha convertido en una herramienta poderosa en la protección de los derechos humanos, su aplicación ha supuesto diversos puntos de conflicto por parte de la Corte Constitucional los cuales han sido identificados de las propias posturas de este último órgano que incluso ha llegado a referir que no es una Corte de Convencionalidad.

El primer punto de conflicto refiere a algunas diferencias normativas entre las fuentes. Si bien la Convención Americana y la Constitución colombiana parten de supuestos de protección similares, existen pequeñas diferencias que tiene implicaciones sobre la forma en la cual cada una de estas Cortes entiende, interpreta los derechos y fija estándares para su protección.

De acuerdo con el artículo segundo de la Convención Americana, cuando un Estado ratifica la Convención, adquiere la obligación de adoptar con arreglo a sus procedimientos, las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos establecidos en ella. Esto ha llevado a que, en sede contenciosa, la Corte Interamericana haya ordenado la reforma de disposiciones de derecho interno, incluyendo los textos constitucionales⁷ cuando se encuentra que estos son contrarios a la Convención; situación que genera el segundo punto de tensión: ¿Cuáles son las normas que deben prevalecer en el orden interno? Es decir, en los casos ejemplos anteriores, ¿Debe la Constitución nacional ceder ante el texto convencional?

Sobre ello, vale la pena recordar que como lo ha establecido la doctrina del bloque de constitucionalidad, la Convención Americana, así como otros tratados en materia de derechos humanos, integran un bloque con las disposiciones constitucionales, de manera que hacen parte de la Constitución y se encuentran en el mismo nivel dentro de la pirámide normativa. Sin embargo, ante dos normas opuestas o que regulan derechos de forma diferente, como se expuso anteriormente ¿Cuál es la norma que debe aplicarse?

Como lo explica Rincón (2013), este es tal vez otro de los puntos de tensión entre la jurisprudencia de estas Cortes. Se discute si en estos casos la Convención Americana tiene vocación de ser un texto supraconstitucional o si por el contrario está al mismo par, en la misma jerarquía del texto constitucional.

En el caso colombiano, ha sido la propia Corte Constitucional quien ha zanjado la discusión estableciendo en primera medida que las normas de la Convención no son supraconstitucionales; que además no sirven como parámetro exclusivo de constitucionalidad; y que, no se privilegian por encima de otros tratados internacionales en materia de derechos humanos, por lo que no pueden ser utilizados para establecer su constitucionalidad (Rivas, 2017).

Las sentencias C-028 de 2006 y C- 442 de 2011 son muestras fehacientes de esta tendencia de la Corte Constitucional. En la primera, esta corporación establece que la confrontación de una norma con un tratado internacional no tiene la vocación para dar lugar a una declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad (pese a que esta haga parte del bloque de constitucionalidad) porque se hace necesario realizar el estudio integral con el texto de la

⁷ Véase por el ejemplo el caso de *La última Tentación de Cristo vs. Chile*.

Constitución. Y en la segunda, la Corte expone que las decisiones de la Corte Interamericana no pueden incorporarse de manera automática en el derecho interno, aún en ejercicio del control de convencionalidad, sin tener en cuenta la legislación interna. (Corte Constitucional, Sala plena, Sentencia C- 442, 2011).

La Corte ha sido del criterio que la CADH al igual que otras fuentes de derecho internacional hacen parte de la Constitución, al mismo nivel de jerarquía y que deben entenderse conforme una interpretación sistemática de ella. Se trata de un fenómeno que la doctrina denomina constitucionalización del derecho internacional (Gutiérrez, 2016).

Subsiguientemente otro de los problemas más notorios y que refieren otro punto de tensión entre la CIDH y la Corte Constitucional colombiana es el referido a la obligatoriedad de las reglas y estándares fijados en la jurisprudencia Interamericana en interpretación al texto de la Convención.

Vale la pena referir que, en los últimos años, la CIDH ha establecido que la jurisprudencia emanada de esa corporación es igualmente vinculante por ser interpretación del texto convencional y que, en Colombia, la Corte Constitucional ha hecho parte del bloque de constitucionalidad en sentido lato, los pronunciamientos del Tribunal Internacional interamericano en materia de derechos humanos.

No obstante, como lo dice Rincón (2013), durante todo este tiempo la Corte Constitucional ha mantenido un “vaivén” frente a la tesis de la obligatoriedad de la doctrina de los tribunales internacionales, ya que en algunas sentencias como la C-481 de 1998, en donde se debatió una situación de discriminación laboral por género sostuvo que la “*doctrina internacional vincula entonces a los poderes públicos en el orden interno*” (Corte Constitucional, Sala plena, Sentencia C-481, 1998). Lo cual lleva a pensar en una aceptación por parte de ese tribunal de la obligatoriedad de las providencias dictadas por los tribunales internacionales, por tratarse de medios a través de los cuales se interpretan las normas sobre derechos humanos.

Pero más tarde en sentencia C-370 de 2006, en donde se estudió la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz, la Corte Constitucional empleó una posición dirigida a manifestar que la jurisprudencia internacional era más bien un criterio hermenéutico de interpretación de las disposiciones constitucionales, situación que la ubicaba como una fuente extra auxiliar de derecho, no vinculante.

Posteriormente, en sentencia T-563 de 2012 la Corte establece un elemento relacionado con la naturaleza normativa de la jurisprudencia de la CIDH, dejando claro que es un criterio que complementa y es necesario para entender los alcances de las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, pero que en sentido estricto no ostentan rango constitucional como la Convención Americana.

Como se advierte hasta este punto, la Corte Constitucional no parece ser consecuente con los propósitos de la CIDH y la evolución del control de convencionalidad. La doctrina es concordante en establecer que pese a que el control de convencionalidad es una gran oportunidad para lograr que el cumplimiento de los derechos humanos se de en todos los niveles; la Corte Constitucional no parece compartir esa visión.

Giraldo (2017) comparte esta misma visión, indicando que en Colombia si existe control de convencionalidad pero que este no es ejercido por la Corte Constitucional, tribunal que ha declarado en reiteradas oportunidades que no es un tribunal convencional (Corte Constitucional, Sala plena, Sentencia C-941, 2010) y para el que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe control de convencionalidad, sino que el mismo se ejerce directamente a través del control de constitucionalidad (Corte Constitucional, Sala plena, Sentencia C- 327, 2016).

¿Como puede superarse los conflictos existentes en procura de una responsabilidad del legislador por la inconvencionalidad de la ley?

Si partiéramos de la línea lógica expuesta en el capítulo anterior, el resultado sería rechazar la posibilidad de que el legislador pueda responder por el hecho de la inconvencionalidad de sus normas, no solo porque dicho control se subsume en el control de constitucionalidad y ya existe un evento de responsabilidad por las leyes declaradas inexecutable; sino porque además las diferencias entre las fuentes normativas, eventualmente conllevarían a la posibilidad de que una norma inconvencional no fuese al interior del ordenamiento jurídico colombiano, posible blanco de inexecutable por parte de la Corte Constitucional.

Por lo cual, deben buscarse estrategias que ayuden a superar los obstáculos existentes, especialmente tratándose de posiciones que son contrapuestas entre sí. Como propuesta, se plantean las siguientes:

En primer lugar, respecto a la diferencias entre las fuentes, deben perseguirse medidas de armonización del ámbito de protección, mediante el reconocimiento de que la Convención Americana de Derechos Humanos hace parte del bloque de constitucionalidad. Aunque la Corte Constitucional ya reconoce que los tratados internacionales de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad, es necesario admitir que, lejos de quitarle relevancia a los preceptos constitucionales o serle contrarios, los estándares de la Convención Americana complementan y fortalecen los derechos consagrados en la Constitución.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe admitir que los derechos garantizados por la Convención, así como su interpretación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no solo complementan, sino que prevalecen en caso de conflicto, siempre que amplíen la protección; porque eso garantiza que se cumpla el fin último de los sistemas nacionales o internacionales de protección: la guarda de la integridad personal y la dignidad humana de los individuos.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional debe recordar que la interpretación de los textos constitucionales y las normas integrantes del sistema normativo, deben asegurar la protección de los individuos, ser progresistas y ampliar el espectro de protección de los derechos humanos. En virtud del principio pro persona, debe aplicarse la norma más favorable al individuo, sea esta constitucional o convencional.

Como consecuencia de lo anterior, debe fortalecerse la interpretación integradora entre las disposiciones convencionales y constitucionales, convenciéndose que las primeras que son una herramienta complementaria para desarrollar los derechos constitucionales, sin que esto se perciba como una amenaza al control de constitucionalidad.

Entonces, para superar los puntos de tensión, Colombia debe avanzar hacia un modelo de complementariedad entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad, reconociendo que ambos son herramientas fundamentales para garantizar los derechos humanos. Este cambio requiere, en su mayoría, ajustes jurisprudenciales. No obstante, ello no solo fortalecería la protección de los derechos fundamentales, sino que también permitiría que el control de convencionalidad se consolide como generador de responsabilidad estatal en caso de incumplimiento.

Conclusiones

El análisis de la responsabilidad del Estado por normas declaradas inconvencionales plantea un desafío significativo en el derecho administrativo colombiano, pues permite vislumbrar la posibilidad de que los daños ocasionados por normas contrarias a la Convención Americana de Derechos Humanos puedan dar lugar a una obligación indemnizatoria por parte del Estado. Esta

problemática cobra especial relevancia en el marco de la jurisprudencia contencioso-administrativa, que ha avanzado en el reconocimiento de la responsabilidad estatal por leyes declaradas inconstitucionales, pero que aún presenta vacíos respecto a los efectos de las normas declaradas inconvencionales.

La aplicación del control de convencionalidad en Colombia ha permitido la armonización del derecho interno con los tratados internacionales en materia de derechos humanos. No obstante, persisten desafíos en cuanto a su aplicación efectiva por parte de los jueces nacionales, así como en la configuración de una teoría coherente sobre los efectos de una declaratoria de inconvencionalidad en la responsabilidad estatal.

La responsabilidad del Estado por la declaratoria de inconvencionalidad de las leyes encuentra su fundamento en la necesidad de garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales. Cuando una norma contraria a los tratados internacionales de derechos humanos es aplicada y genera perjuicios, su posterior anulación no suprime el daño causado, lo que hace necesario un mecanismo de reparación para las víctimas afectadas.

Asimismo, el deber estatal de garantizar la primacía del derecho internacional impone la obligación de que la producción normativa se ajuste a los estándares de los tratados ratificados por Colombia. De manera que, si una ley vulnera estas disposiciones y ocasiona daños, el Estado debe asumir su responsabilidad por no haber prevenido dicha afectación, reforzando el vínculo entre la producción legislativa y la responsabilidad patrimonial.

El reconocimiento de la responsabilidad del Estado por actos legislativos ha sido un tema de debate en el derecho administrativo, pero la evolución jurisprudencial y doctrinal sugiere que, cuando una norma inconvencional ha generado perjuicios, la ausencia de reparación resulta incompatible con los principios de justicia y protección de derechos. En este sentido, la reparación de los daños causados por normas inconvencionales se configura como una necesidad para fortalecer la seguridad jurídica y la confianza en el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, el control de convencionalidad juega un papel clave en este escenario, ya que obliga a todos los jueces a garantizar que las normas internas sean compatibles con los tratados internacionales de derechos humanos. El incumplimiento de este deber por parte del Estado, al permitir la expedición y aplicación de normas inconvencionales, refuerza la idea de que la responsabilidad estatal no solo es viable, sino también necesaria para asegurar la eficacia de los compromisos internacionales asumidos por el país.

Finalmente, el estudio de la responsabilidad del Estado por el hecho de las normas declaradas inconvencionales plantea diversas rutas para abordar en posteriores trabajos de investigación, especialmente los aspectos relacionados con la supremacía de la Constitución frente a la Convención Americana y la posibilidad de que normas constitucionales por pronunciamientos de la Corte Constitucional que así lo avalen, terminen siendo inconvencionales por pronunciamientos realizados en ejercicio del control de convencionalidad por otras autoridades. Los estudios de casos pueden permitir explorar la efectiva existencia de los daños y las futuras investigaciones pueden intentar determinar cómo plantear la responsabilidad y bajo que título de imputación.

Referencias bibliográficas

- Abbott, S. (2020). ¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la Corte Interamericana en un ordenamiento jurídico? *Estudios constitucionales*, 18 (2), 265-308. <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v18n2/0718-5200-estconst-18-02-265.pdf>

- Alonso, M. y Leiva, E. (2012). La responsabilidad del Estado por la actividad del legislador. *Revista derecho del Estado*, 29, 145-173. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3295>
- Cabrera, L. (2014). El control de convencionalidad y la protección de los derechos humanos En Colombia. *Derecho y Políticas Públicas*, 16 (19), 53-14. <https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/732/735>
- Cifuentes, M. (2020). La responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes inconstitucionales: estudio comparado entre Colombia y Francia. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 23, 329-358. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/6287/8213>
- Consejo de Estado. (1998, 25 de agosto) Sentencia radicación interna exp. IJ-001 (Jesús María Carrillo Ballesteros, CP)
- Consejo de Estado. (2003, 15 de marzo) Sentencia radicación interna N° 23245 (Alier Eduardo Hernández Enríquez, CP)
- Consejo de Estado. (2012, 25 de mayo) Sentencia radicación interna N° 22592 (Enrique Gil Botero, CP)
- Consejo de Estado. (2013, 29 de julio) Sentencia radicación interna N° 27228 (Stella Conto Díaz del Castillo, CP) [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/131/S3/25000-23-26-000-1998-15972-01\(27228\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/131/S3/25000-23-26-000-1998-15972-01(27228).pdf)
- Consejo de Estado. (2014, 26 de marzo) Sentencia radicación interna N° 28864 (Jaime Orlando Santofimio Gamboa, CP) [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/148/S3/44001-23-31-000-2001-00282-01\(28864\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/148/S3/44001-23-31-000-2001-00282-01(28864).pdf)
- Consejo de Estado. (2014, 27 de marzo) Sentencia radicación interna N° 27364 (Danilo Rojas Betancourth, CP) [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/150/S3/25000-23-26-000-2001-02679-01\(27364\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/150/S3/25000-23-26-000-2001-02679-01(27364).pdf)
- Corte Constitucional. (2006, 26 de enero) Sentencia C-028/2006 (Humberto Antonio Sierra Porto, MP) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-028-06.htm>
- Corte Constitucional. (2006, 1 de febrero) Sentencia C-038/2006 (Humberto Antonio Sierra Porto, MP) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-038-06.htm>
- Corte Constitucional. (2010, 24 de noviembre) Sentencia C-941/2010 (Jorge Iván Palacio Palacio, MP) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-941-10.htm>
- Corte Constitucional. (2011, 25 de mayo) Sentencia C-442/2011 (Humberto Antonio Sierra Porto, MP) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-442-11.htm>
- Corte Constitucional. (2016, 22 de junio) Sentencia C-327/2016 (Gloria Stella Ortiz Delgado, MP) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-327-16.htm>
- Echeverría, M. (2012). Responsabilidad patrimonial del estado colombiano por el hecho del legislador. *Saber, Ciencia Y Libertad*, 7(1), 19-34. <https://doi.org/10.18041/2382-3240/saber.2012v7n1.1785>
- Gutiérrez, L. (2016). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: interacción, confusión y autonomía. Reflexiones desde la experiencia francesa. *Revista IIDH*, 64, 239-264. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36283.pdf>
- Quinche, M. (2009). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 12, 163-190. <https://corteidh.or.cr/tablas/r25586.pdf>
- Parada, A. (2019). *Aplicación del Control de Convencionalidad dentro del Estado colombiano*. Universidad Libre de Colombia. <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/17799/Aplicaci%C3%B3n%20del>

[%20control%20de%20Convencionalidad%20dentro%20del%20Estado%20colombiano.pdf?sequence=2&isAllowed=y#:~:text=El%20control%20de%20convencionalidad%20se,no%20dar%20aplicaci%C3%B3n%20de%20normas](#)

- Rincón, E. (2013). ¿Cómo funciona el Control de Convencionalidad? Definición, clasificación, perspectiva y alcances. *Revista Iter ad Veritatem*. 11, 197-214. <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/view/579/0>
- Rivas, D. (2017). El (des)control de convencionalidad en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana” en *MAGDA. Capítulos en libros de investigación- Grupo de investigación: Derecho Constitucional*, 662-680. <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/c10b0487-c009-4d84-824d-94f1357f92f3>
- Rojas, D. (2015). Control de convencionalidad en Colombia. Entre el control de la Convención y su aplicación. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 21, 113-140. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2015/pr/pr11.pdf>
- Ruiz, W. (2005). Responsabilidad del Estado Legislador. *Revista electrónica de difusión científica*, 5 (9), 75-88. <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/ccsh/article/view/709>
- Saavedra, R. (2008). *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Editorial Ibáñez.
- Sentencia C- 481. (1998, 9 de septiembre). Corte Constitucional (Alejandro Martínez Caballero, MP)
- Serna, M. (2024). Responsabilidad por el hecho del legislador con ocasión de la expedición de leyes declaradas inexequibles. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 31, 207-235. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/9134/15946>
- Suelt-Cock, V. (2016). El bloque de Constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del bloque en derechos en Colombia. *Vniversitas*, 133, 301-382. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/17747>
- Vargas, M. (2023). El principio de confianza legítima como fuente de la responsabilidad extracontractual del Estado: un análisis desde los títulos de imputación, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 53 (138) 1-27. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/9134/15947>
- Villegas Mayorga, J. (2021). Criterios jurisprudenciales y doctrinales sobre las conceptualizaciones de normalidad y necesidad en las deducciones en la ley de impuesto sobre la renta vigente. *Enfoque Disciplinario*, 6(1), 42-58. <https://doi.org/10.70165/enfdis.v6i1.279>