

ESTUDIOS

ALGO MÁS SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: ESTADO DE COSAS INCONVENCIONAL

María Lidia Álvarez Chamosa¹

Resumen: Tomando como fundamento decisiones e informes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el control de convencionalidad y la técnica del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) desarrollada principalmente por la jurisprudencia colombiana, esta contribución tiene como objetivo rendirle tributo al profesor Pedro Nikken, quien de forma sencilla y a la vez exhaustiva fue, es y será guía desde lo básico a lo más complejo en los temas ius fundamentales. En consecuencia, se procederá a señalar algo más sobre el control de convencionalidad cuya revisión y análisis no le eran ajenos,² aprovechando la ocasión para plantear aspectos adicionales a los expresados en un trabajo previo en la materia.³ La propuesta es que la inexistencia de mecanismos para dicho control por parte de la Administración Pública, si deriva en fallas estructurales del Estado y violaciones masivas de derechos, genera un Estado de Cosas Inconvencional que la Corte Interamericana debe declarar, con las correspondientes consecuencias, es decir, la posibilidad de dictar órdenes estructurales que involucren a las diversas auto-

-
- 1 Abogada, especialista en Derecho Administrativo y Magister en Derecho Constitucional, todo en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Actualmente en revisión de proyecto de tesis del Doctorado en Derecho (UCAB). Profesora de pre y post grado de la misma Universidad.
 - 2 Vid. Pedro Nikken. "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno". En *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, vol. 57, enero-junio 2013 pp. 11-68. En www.corteidh.or.cr/tablas/r32270.pdf
 - 3 Vid. María Lidia Álvarez Chamosa. "El control de convencionalidad y su ejercicio por los funcionarios de la administración pública". En *Revista Electrónica de Derecho Administrativo REDAV* 15, Homenaje a Luis Enrique Farías Mata, 2019. Centro de Estudios de Derecho Público Universidad Monteávila. pp- 37-61. En <http://redav.com/ve/>

ridades transgresoras, el hecho de que la sentencia surta efectos de cosa juzgada cuando todas las órdenes se cumplan y que será precedente vinculante para los Estados parte al entrar en la constelación que configura el corpus iuris interamericano.

Palabras clave: *Control de convencionalidad. Administración Pública. Estado de Cosas Inconvencional. Estado de Cosas Inconstitucional.*

Summary: *Based on decisions and reports of the Inter-American Human Rights System, the conventionality control and the Unconstitutional State of Affairs (Estado de Cosas Inconstitucional, ECI) technique developed mainly by Colombian jurisprudence, this contribution aims to pay tribute to professor Pedro Nikken, who in a simple and at the same time exhaustive way was, is and will be a guide from the basic to the most complex on issues of fundamental rights. Consequently, it will proceed to point out something more about the conventionality control whose review and analysis were not alien to him, [1] taking the opportunity to raise additional aspects to those expressed in a previous work on the subject. [2] The proposal is that the absence of mechanisms for such control by public administration, if it results in structural failures of the State and massive violations of rights, generates an Unconventional State of Affairs that the Inter-American Court must declare, with the corresponding consequences, that is to say, the possibility of issuing structural orders involving the various transgressing authorities, the fact that the sentence takes res judicata effect when all the orders are carried out and that it will be a binding precedent for the States parties upon entering the constellation that configures the Inter-American corpus iuris.*

Keywords: *Conventionality control. Public administration. Unconventional State of Affairs. Unconstitutional State of Affairs.*

Recibido: 16 de abril de 2020

Aceptado: 13 de julio de 2020

SUMARIO

- I. A manera de introducción: El control de convencionalidad y la Administración Pública.
- II. La Administración Pública y el Estado de Cosas Inconvencional.
A modo de terminación
Referencias

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) mediante sus decisiones en aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y de otra serie de regulaciones, ha ido configurando el control de convencionalidad cuyas principales características se resumen de la siguiente manera⁴:

- i) *Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.*
- ii) *Debe ser realizado de oficio por toda autoridad pública.*
- iii) *Su ejercicio se realiza en el ámbito de competencias de cada autoridad. Por tanto, su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH.*

4 Claudio Nash Rojas. "Breve introducción al control de convencionalidad". En *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 7: Control de Convencionalidad*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019, p.6, en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>

- iv) *La obligación que está siempre presente tras el control de convencionalidad es la de realizar un ejercicio hermenéutico que haga compatibles las obligaciones del Estado con sus normas internas. Es baremo de convencionalidad la normativa internacional y la jurisprudencia de la Corte IDH, tanto contenciosa como consultiva.*

- v) *La obligatoriedad de realizar el control deriva de los principios del derecho internacional público y de las propias obligaciones internacionales del Estado asumidas al momento de hacerse parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*

De lo anterior interesa principalmente que dicho control debe ser ejecutado de oficio por todas las autoridades, incluyendo las administrativas, en el ámbito de sus competencias, amplitud competencial no exenta de debates porque básicamente se asume que solo el Poder Judicial es el llamado a ejercerlo, así como solo él debe llevar a cabo el control de constitucionalidad, concentrado o difuso, sobre las actuaciones y omisiones de los restantes poderes.

Sin embargo, tal como indica el profesor Nikken (2013), el solo hecho de que el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que a su vez es un principio del derecho internacional consuetudinario plasmado en la Convención de Viena (artículo 27), obligue a los Estados a garantizar los derechos protegidos sin condiciones y de manera inmediata, trae como consecuencia que no puede alegarse el sistema jurídico interno para justificar el incumplimiento de la CADH⁵ o en definitiva para transgredir el corpus iuris interamericano, esto es, el bloque de convencionalidad configurado por esta Convención, por las demás convenciones americanas e internacionales en esta materia, el *ius cogens*, las opiniones de la

5 P. Nikken. *Ob. cit.*

Comisión Interamericana y las sentencias de la Corte IDH.⁶ Mediante estas últimas, la Corte además de señalar su propia competencia concentrada para llevar a cabo el control de convencionalidad, ha extendido el ejercicio difuso del mismo a los Estados parte en cabeza de todas las autoridades internas más allá de las judiciales, abarcando con ello a los funcionarios de la Administración Pública.

Es de advertir, que en este trabajo se parte de la postura por la cual la competencia para ejercer el control de convencionalidad por las autoridades internas de un Estado, no deriva de que el órgano a su vez tenga la competencia para el ejercicio del control de constitucionalidad, ya que aquel no nace de instrumentos normativos internos sino directamente del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en este caso decisiones de la Corte en ejercicio del control concentrado de convencionalidad), por lo que el Poder Ejecutivo y la Administración Pública (en sentido orgánico y funcional) de los Estados parte, cuentan con la competencia para ejercer el control difuso de convencionalidad aunque le esté vedado el control de constitucionalidad.⁷

6 Domingo García Belaúnde plantea que tal cantidad de instrumentos hace de este *corpus iuris* un conjunto normativo variopinto y extenso, que más bien debiera limitarse a un bloque sólido, pequeño, permanente y propone por razones de practicidad que el mismo se centre en "...el sistema interamericano con sus instrumentos —no más de seis o siete realmente importantes— y por cierto los Pactos Internacionales de 1966 aprobados por las Naciones Unidas. Con esto tendremos más que suficiente..." "El control de convencionalidad y sus problemas". En *Revista Pensamiento Constitucional*; 20, 2015, p.144 / ISSN 1027-6769 en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/File/14888/15428>

7 Vid. Allan Brewer-Carías. Justicia constitucional y jurisdicción constitucional. Colección *Tratado de Derecho Constitucional*, t. XII. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, obra facilitada en digital por el autor. Para consultar las posturas en contra o sobre los límites del control de convencionalidad ejercido por la Administración Pública, Vid. M.L. Álvarez Chamosa, *Ob. cit.* A favor del control de convencionalidad difuso por parte de la Administración Pública Vid. Elard Bolaños Salazar. ¿Puede el control de convencionalidad ser una alternativa ante la prohibición del control difuso en sede administrativa?. *Administración Pública & control*, no. 27,

Como indica Sagüés (2015), en definitiva, interesa que la Administración cuente con mecanismos para resolver la violación del *corpus iuris* interamericano, en el entendido que

...lo que no es admisible es que el Poder ejecutivo o el ente administrativo del caso tengan bloqueados todos los conductos de acceso para (i) decidir por sí mismo, o (ii) para plantear ante un órgano apto para resolver el control represivo de constitucionalidad, su reclamo de control represivo de convencionalidad, respecto, v. gr., de una ley.⁸

No se propone la violación del principio de legalidad, elemento basal del Estado de Derecho, pero como es menester que el ordenamiento interno se ajuste al interamericano dando cumplimiento a las normativas internacionales garantes de derechos humanos, las autoridades de cada Estado parte deben levantar las barreras, promoviendo y ejecutando las reformas constitucionales, legislativas y reglamentarias requeridas, ya que en el caso específico de la Administración Pública, como señala el profesor Hernández-Mendible, si esta no cuenta con la competencia expresamente atribuida por el ordenamiento jurídico nacional,

...Estaría impedida de ejercer el referido control difuso de convencionalidad como lo haría un órgano jurisdiccional, so pena de incurrir en usurpación de funciones del Poder Judicial y por ende en incompetencia manifiesta, lo que de producirse constituiría una expresión de vicio de nulidad

marzo 2016 en https://www.academia.edu/24216016/Puede_el_control_de_convencionalidad_ser_una_alternativa_ante_la_prohibición_del_control_difuso_en_sede_administrativa?email_work_card=title

8 Néstor Sagüés. "Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung e. V., Bogotá, año XXI, 2015, pp.141-149, en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2015/pr/pr12.pdf>, p. 148.

*absoluta del acto por ella expedido, que hubiese materializado tal declaración de control difuso de convencionalidad.*⁹

Interesa a los fines del cumplimiento del corpus iuris interamericano y su efecto útil, que todos los poderes del Estado en general y la Administración Pública en particular, dentro del ámbito de sus competencias y regulaciones procesales correspondientes, puedan interpretar, desaplicar, anular o promover procedimientos mediante los cuales eviten decidir conforme a actos o normativas internas transgresoras de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

A tal efecto, en esta breve contribución se plantea que de suceder lo contrario, esto es, la incompetencia de la autoridad administrativa para el control difuso de la convencionalidad, alegando las normativas domésticas que limitan exclusivamente al Poder Judicial el control constitucional o convencional, configura un Estado de Cosas Inconvencional derivado de la abierta omisión por parte de los restantes poderes de dotar o reconocerle a la Administración Pública tal atributo, siempre que se determine la violación masiva y estructural de derechos humanos garantizados en el bloque regulador interamericano, situación de cosas que debería ser declarada por la Corte IDH a través de una sentencia estructural aplicable como precedente vinculante (al formar parte del corpus iuris) por todos los demás Estados parte del Sistema.

9 Víctor Hernández-Mendible, *El Estado Convencional, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Internacional y Derechos Humanos*. Librería Jurídica Internacional. Santo Domingo, 2019, p. 85.

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL ESTADO DE COSAS INCONVENCIONAL

1. Qué es el Estado de Cosas Inconvencional?

Construir los fundamentos del Estado de Cosas Inconvencional, requiere aplicar análogamente la figura del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) que ha sido especialmente desarrollada por la Corte Constitucional de la República de Colombia.¹⁰

El ECI se ha configurado como una técnica jurídica coadyuvante en la protección de los derechos fundamentales, por

10 Según la doctrina, el origen del ECI se sitúa en la sentencia SU-559 del 6 de noviembre de 1997 de la Corte Constitucional de la República de Colombia. Para solventar la violación del derecho de igualdad de un grupo de docentes que por omisión no fueron afiliados al fondo de prestaciones sociales se decretó dicho estado de cosas al constatarse que la causa de la transgresión radicaba en la ejecución irracional y desordenada de políticas públicas aplicadas a la materia educativa. Vid. Omar Huertas Díaz, Ana De Carli y Bruno de Paula Soares, "El Estado de Cosas Inconstitucional como un mecanismo de exigibilidad de respeto y garantía de los derechos humanos en Colombia y su aplicación en Brasil por la Corte Suprema". *Revista Direito UFMS*, n.º. 1, vol. 3 (enero-julio 2017): 33-51, en DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i1.4096>. Vid. Corte Constitucional de la República de Colombia, caso: *Situado Fiscal en materia educativa en procesos de tutela números T-115839 - promovido por Delfida Carrascal Sandoval, Francisca Correa Padilla, Francia Cassiani Peña, Carmen Cecilia Cueto Navarro, María Victoria Julio Meza, Pedro Carval San Martín, Carmen Rosario Torres Acevedo, Merlyn Vanegas Alvarez, Carmen Serrano España, María Isabel Arcia Herrera, Miladys Vanegas Batista y Josefina Fuentes Pérez contra el municipio de María la Baja, Bolívar, - y T-116052, promovido por Wilson Cabeza Arroyo, Edilberto Calderón Polanco, Alberto Montes, José Alvarez Larios, Xiomara Cantillo, Candelaria Causado, Minerva Tobias, Wilson Carey Palencia, Brigitte Torres, Asunción Simanca, Gloria Suárez Herrera, Orlando Beltrán, Rosario Mulford Hernández, Jenny Acosta, Gehovanny Barcas, Yarlis Cabarcas, Amaury Guzmán, Marina Mercado, Daici Rodríguez, Tatiana Torres, Martha Arzayus, Jorge Rosales, Wilmer Madera, Hildeberto Avila, Amarilda Vergara de Ávila, José Herrera Esquivel, Emiro Mercado Moreno, Dalgy Hernández Cotes, Ana del C. Hernández, Donaldo Gamarra, Margarita Durán, Ana Hernández e Ivonne Lozano contra el municipio de Zambrano, Bolívar*. Sentencia SU.559-97, de 1997 en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>

la cual los tribunales¹¹ constatan que aun cuando la Constitución esté vigente es ineficaz por falla estructural -sistemática- de un Estado que desconoce masivamente derechos humanos contemplados en la Norma Suprema.

Se debe entender por masivo que la actividad o inactividad del órgano o ente afecte a multitud de personas lo que a su vez viene acompañado de la repetición y gravedad de la acción u omisión violatorias de derechos humanos. Por su parte estructural implica según Vásquez Armas (2010) que el ECI se justifica ante la existencia de un problema estructural de fondo, es decir el que se refiere a múltiples situaciones de hecho que derivan en una violación masiva de derechos fundamentales y hacen pensar en la posible interposición de muchas acciones de tutela.¹²

11 Es menester precisar que debido a la cantidad de autoridades involucradas, la variedad de órdenes, exhortos y propuestas que contempla la sentencia que declara el ECI, la constatación a su vez de elementos de violación masiva y estructural de derechos humanos, la jurisprudencia colombiana ha establecido que la competencia para declararlo corresponde exclusivamente a la Corte Constitucional, aunque después en la ejecución y seguimiento del fallo, los tribunales de instancia pueden a través de las acciones de tutela, conocer de situaciones similares que ameriten dictar sentencias para resolver un caso puntual. En esos casos estos tribunales pueden adoptar medidas, pero siempre en el marco del ECI decretado por la Corte Constitucional. Vid. Corte Constitucional de la República de Colombia, Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 y sus Autos de cumplimiento, *caso: Solicitud pronunciamiento del Gobierno Nacional frente al informe de cumplimiento entregado el 1 de julio de 2010, en el marco del seguimiento a la Sentencia T025 de 2004 y sus Autos de cumplimiento*. Auto 385 de 2010 de 10 de diciembre. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/DNP/AUTO%20385%20de%202010.pdf>

12 Renato Vásquez Armas, La técnica de declaración del "Estado de cosas Inconstitucional" Fundamentos y análisis de su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano. En *Ius et Veritas*, n.º. 1, (2010): 128-147. Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12114/0>

Se puntualiza que el aludido estado de cosas

*“ha sido descrito recientemente como el evento en que “el texto constitucional carece de efectividad en el plano de la realidad, tornándose meramente formal”, y en que “las autoridades públicas, aún al actuar en el marco de sus competencias legales, tejen su actividad al margen de los derechos humanos y de sus obligaciones constitucionales, en relación con su respeto y garantía”.*¹³

Por aplicación análoga, el Estado de Cosas Inconvencional implicaría similares supuestos, solo que el parámetro de control lo configuran los diversos componentes del corpus iuris interamericano, de manera tal que las acciones u omisiones de los Estados serán inconvencionales en la medida en que contraríen ese bloque normativo de forma masiva y estructural, declarado o a nivel interno (difuso-autónomo-horizontal) por la máxima instancia judicial (a semejanza de lo que sucede con el ECI) o de forma concentrada-heterónoma-vertical por la Corte IDH.

Como técnica el Estado de Cosas Inconvencional no sería una institución jurídica sino una constatación fáctica, en la que concurren “(1) una vulneración generalizada de derechos fundamentales respecto de un número plural de personas, (2) causada por fallas estructurales”,¹⁴ por la cual una vez que el juez ya sea interno o la Corte IDH, constatan los hechos, declara el estado de cosas y dictan órdenes complejas o estructurales para alcanzar su solución.¹⁵

13 Corte Constitucional de la República de Colombia, caso: *Acción de tutela para proteger los derechos fundamentales a la salud, al agua y a la alimentación de los niños y niñas del pueblo Wayuu del Departamento de la Guajira*. Sentencia T-302/2017 de 08 de mayo. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-302-17.htm>: pp. 127-128, esta decisión se fundamenta a su vez en la sentencia de la Corte Constitucional T-762/15, 2015.

14 *Ibíd.* p. 127.

15 *Ibíd.* Debe advertirse que la existencia del ECI no es requisito para dictar esas órdenes, aunque para la solución de dicho estado de cosas si es necesario que sean dictadas. Entonces, en el entendido que se está utilizando la analogía para establecer ciertas definiciones del Estado de Cosas Incon-

Por tanto, se trata de una situación, esto es, un estado de cosas, que requiere como condiciones, por una parte, detectar la repetida violación de derechos convencionales de muchas personas que pudieran en virtud de ello acudir a las instancias judiciales para intentar acciones de tutela o en este caso acciones ante las instancias interamericanas, con la consecuencial congestión y caos institucional, y por la otra, que la causa de la vulneración sea imputable no solo a la autoridad contra la cual se intentan las acciones, sino que se origine en factores estructurales.¹⁶ En virtud del carácter sistemático de las violaciones y con el fin de superar la situación, queda habilitada la instancia correspondiente para dictar órdenes, es decir, exhortos, indicaciones, sugerencias, establecer plazos, etc, para que las autoridades involucradas en la conculcación y por ende en su solución, adopten medidas o cesen en actuaciones u omisiones violatorias.

2. ¿Existen antecedentes sobre el Estado de Cosas Inconvencional?

Se han hecho algunas menciones doctrinarias y jurisprudenciales en relación a esta situación o estado de cosas.

Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos calificó como Estado de Cosas Inconvencional la violación masiva y generalizada de algunos derechos en República

vencional, la aludida sentencia T-302/2017 señala que en decisiones como la T-760 de 2008 y T-488 de 2014 de la Corte Constitucional colombiana, sin previa declaración del ECI han sido dictadas múltiples órdenes estructurales. De igual forma ha sucedido en el Sistema Interamericano en el que se han detectado problemas estructurales que han generado órdenes de ese estilo sin haberse declarado previamente un estado de cosas contrario al bloque de convencionalidad. *Vid.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso: *Campo Algodonero vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, 2009 de 16 de noviembre en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

16 *Ibíd.* Sentencia T-302/2017 de 08 de mayo. En este fallo la Corte reitera las sentencias SU-090 de 2000, T-025 de 2004 y T-762 de 2015, todas de la misma instancia.

Dominicana, derivado de omisiones respecto a personas dominicanas de ascendencia haitiana en el acceso y la tenencia de documentos de identidad requeridos para probar su nacionalidad dominicana.¹⁷ Aunque no se trata de un reconocimiento judicial, la naturaleza de *soft law* del informe emitido por ese órgano, puede derivar en *hard law* y fundamento de futuras sentencias de la Corte IDH.

*Nogueira Alcalá hace referencia a dicho estado de cosas, partiendo del caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile sentenciado por la Corte IDH en 2001, que según su criterio, configura un ilícito internacional continuado latente que existe cuando las normas constitucionales de un Estado parte vulneran la Convención Americana e internamente no se modifica el texto constitucional contrario al estándar mínimo de protección.*¹⁸

En este mismo orden de ideas, Sánchez Vallejo alude al Estado de Cosas Inconvencional basado en una sentencia estructural del Consejo de Estado de la República de Colombia de 10-09-2014 que aprecia un Estado de Cosas Inconstitucional e Inconvencional (situación de cosas) derivado de la violación por omisión por falta de atención oportuna en la satisfacción del derecho a la salud.¹⁹

17 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre situación de los derechos humanos en República Dominicana*, doc. 45/15, 2015 de 31 de diciembre. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Republica Dominicana-2015.pdf>.

18 Humerto Nogueira Alcalá, "El Control de Convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos". En *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 19, año 10, (enero-junio 2013): 221-270. Universidad de Granada. Instituto Andaluz de Administración Pública en <https://www.ugr.es/~redce/RED-CE19pdf/ ReDCE19.pdf>

19 Juliana Sánchez Vallejo, "Entre la recepción y la omisión de una obligación internacional: el control de convencionalidad en el Consejo de Estado". En *Revista Academia & Derecho*, n° 11, año 6 (julio-diciembre 2015): 183-226. Universidad Libre Seccional Cúcuta - Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales & Centro Seccional de Investigaciones en file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DialnetEntreLaRecepcionYLaOmisionDeUna

3. ¿Cómo se configura un Estado de Cosas Inconvencional por acciones u omisiones de la Administración Pública?

La multiplicidad de funciones administrativas ejecutadas desde el Estado hace que cualquier desvío por acción u omisión, tenga impacto en ocasiones a nivel particular, pero en otras a niveles macro, ya que el número de personas beneficiadas o afectadas puede ser muy alto.

Tomemos el caso de la violación de derechos en República Dominicana, de dominicanos con ascendencia haitiana. Allí se detectaron problemas estructurales, consistentes en la discriminación en el acceso, obtención y tenencia de documentos que les permitieran a tales sujetos probar su nacionalidad dominicana, que involucraban una serie de autoridades (administrativas, judiciales, legislativas) y afectaban a un número importante de personas.

Acorde al Informe del 2015 de la Comisión Interamericana,²⁰ la magnitud y carácter prolongado de dicha problemática de violaciones reiteradas, continuadas y de patrones sistemáticos, se derivaba de prácticas de diversas autoridades internas, implementación de políticas, reformas administrativas, medidas legales aunadas a interpretaciones del Tribunal Constitucional incluso retroactivas, que durante años moldearon un proceso dirigido a la desnacionalización de hijos de migrantes haitianos regulares e irregulares

ObligaciónInternaci-6713581.pdf y Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, *caso: Recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 30 de julio de 2004, proferida por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, Caldas, Chocó y Risaralda en caso intentado por María González y otros contra el Instituto de Seguros Sociales*, radicación número: 05001-23-31-000-1991-06952-01(29590), 2014, de 10 de septiembre. [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/155/S3/05001-23-31-000-1991-06952-01\(29590\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/155/S3/05001-23-31-000-1991-06952-01(29590).pdf)

20 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre situación de los derechos humanos en República Dominicana*. Ob. cit.

convirtiéndolos en apátridas, al negárseles documentos de identidad aun habiendo nacido en República Dominicana y expulsarlos colectivamente del país, generando la vulnerabilidad de una población que ve lesionados sus derechos a la nacionalidad, a poseer documentos de identidad, a la igualdad y a la no discriminación por motivos raciales y de nacionalidad.

No en balde la Comisión catalogó tal situación como un Estado de Cosas Inconvencional, porque lejos de la normativa interna que avalaba y servía de fundamento a las decisiones de las autoridades dominicanas, sucede que tales instrumentos internos, las interpretaciones judiciales, las políticas públicas, etc., violaban la CADH, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Protocolo de San Salvador, la Convención para reducir los casos de apatridia y otros instrumentos que conforman el bloque de convencionalidad.²¹

Y es entonces que mantener normativas o prácticas internas que impiden o no le reconocen competencia o no establecen procedimientos para que la Administración Pública ejerza el control interno de convencionalidad, puede generar situaciones en las que esas autoridades ante regulaciones de cualquier jerarquía incluso constitucionales, políticas públicas, actos administrativos, sentencias, etcétera, contrarias al corpus iuris interamericano, deban aplicar instrumentos y decisiones que a su vez harían que sus propias decisiones –actos administrativos, contratos, etc.– sean violatorias de derechos humanos.

La inexistencia de mecanismos de control de convencionalidad en manos de la Administración Pública, si involucra a varias autoridades y afecta a muchos sujetos es una omisión inconvencional estructural que requiere de medi-

21 *Ibíd.*

das que resuelvan la situación, por tanto, como puede inferirse de lo expuesto hasta ahora, no interesan todas las violaciones por acción u omisión, sino solo aquellas que son estructurales -involucran varias autoridades- y además a muchas personas, respecto a las que la Corte IDH no debiera limitarse a señalar esa condición sino declarar un Estado de Cosas Inconvencional que sirva de mayor sustento y a la vez de límite a las órdenes destinadas a influir o modificar conductas de los Poderes Públicos de cada Estado parte, para la mayor protección de los derechos lesionados.

En este caso la declaratoria de un Estado de Cosas Inconvencional por la Corte IDH parte de la base de que la protección de derechos hoy en día no se limita al sujeto que sufrió la lesión, ya que los derechos fundamentales cumplen funciones estructurales. La consecuencia de esto es que no solo deben verse como derechos de defensa, es decir como derechos subjetivos políticos, sociales, culturales, económicos o civiles, de primera, segunda, tercera, cuarta o quinta generación, cuyo titular puede exigir su satisfacción ante las instancias correspondientes, sino que además como principios que son, el Estado fundamentado en el sentido objetivo de los derechos, debe velar su garantía a todos aquellos que los detentan, independientemente de la clase de derecho o de si ha sido o no exigido formalmente por el afectado, lo cual habilita a las autoridades a decidir en el caso concreto tomando las medidas que impidan o logren el cese de la violación para el particular accionante y además a adoptar medidas, dictar órdenes y establecer pautas a fin que la violación puntual no se repita en casos similares.

Ambos sentidos (subjetivo y objetivo) implican ampliar el contenido de los derechos al enfocarlos como facultades de defensa ante las violaciones y como prestaciones del Estado que involucran a la colectividad, porque

...en el Estado democrático, los derechos fundamentales, particularmente los de participación política, constituyen, como lo ha sostenido HÄBERLE «el fundamento funcional de la democracia por antonomasia»; por consiguiente representan las garantías de organización y procedimiento que contribuyen para que el proceso de decisión sea libre y abierto. Y en el Estado Social, los derechos fundamentales tienen implicaciones de naturaleza económica y social, las cuales exigen que las libertades clásicas deban ser algo más que prerrogativas sin posibilidad de realización, es decir, su contenido debe ser algo más que simple prohibición de las intervenciones del Estado. Por tanto, desde el contenido subjetivo, son derechos a prestaciones sociales que comprenden la puesta en marcha de la actividad general del Estado, y en sentido objetivo, los derechos fundamentales se concretan como «directrices constitucionales y reglas de actuación legislativa» (y de los poderes públicos en general) de las que se desprende la obligación de una determinada puesta en marcha de la actividad estatal. El contenido objetivo de los derechos fundamentales que se suma al contenido subjetivo, es constituido por normas objetivas de principio (objektive Grundsatznormen) y decisiones axiológicas (Wertentscheidungen) que se erigen como garantías institucionales y deberes positivos, es decir, imponen deberes de protección y mandatos de actuación al Estado, los cuales proporcionan pautas de integración e interpretación de las normas que regulan la vida política y la convivencia ciudadana. Esta doble cualificación es el resultado de la denominada teoría objetiva, que sobresale por la ampliación del contenido de los derechos fundamentales, los cuales no se limitan a actuar en la relación del individuo con el poder público, sino que se produce un cambio de dirección iusfundamental, se convierten en valores supremos que rigen para todo el ordenamiento jurídico.²²

22 Julián Tole Martínez, "La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. el Estado de Cosas Inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación". *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. n.º. 1 (julio.diciembre 2006). <https://revistas.uridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/issue/view/228>. Planteamiento de este autor citando a Schneider, Häberle y Fernández Segado, 258 y 259.

4. ¿Qué tipo de decisión adoptaría la Corte IDH al detectar el Estado de Cosas Inconvencional?

Los problemas sistemáticos corroborados por la Corte Interamericana deben solucionarse mediante sentencias estructurales, es decir un tipo de sentencias atípicas, cuyo efecto consiste en "...superar situaciones sociales sumamente desfavorables, a la par que le permiten participar a la ciudadanía en la reconstrucción del tejido social que se ha desvanecido por efecto de la vulneración de sus derechos".²³

Como fórmula de protección objetiva de derechos el origen de este tipo de decisiones se ubica en Estados Unidos en los *structural remedies* de los años cincuenta cuyo antecedente es la sentencia sobre la discriminación racial en las escuelas públicas (Brown II), generando la aparición de nuevas acciones procesales caracterizadas por lo siguiente:

*la acción procesal parte de la existencia de una violación sistemática de los derechos fundamentales de un grupo de personas y por ende la orden judicial apunta a modificar un status quo injusto; 2) el proceso judicial involucra a un conjunto importante de autoridades públicas; 3) los hechos expuestos guardan relación con políticas públicas; 4) la sentencia no tiene sólo efectos interpartes; 5) la Corte Suprema de Justicia conserva su competencia para vigilar el cumplimiento del fallo; 6) el juez constitucional no es neutral o pasivo ante la situación y 7) la finalidad del fallo judicial es garantizar la vigencia de unos principios constitucionales.*²⁴

23 Estas decisiones atípicas son además las adoptadas para solucionar el ECI por ello han sido definidas en Colombia por la jurisprudencia y la doctrina. Vid. Néstor Osuna, "Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia", en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales y las sentencias estructurales*, Editor académico Víctor Bazán, n°5, 91-116, (Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung e V., 2015): 114. https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_41796_4.pdf/7bc149f4-967c-225c-ba7f4c0351289cff?version=1.0&t=1539652344591

24 Las sentencias estructurales fundamentadas en *structural remedies* norteamericanos han sido objeto de análisis en varias decisiones colombianas

Debe aclararse que dentro del Sistema Interamericano no son desconocidas tales decisiones, cimentadas en la búsqueda de la igualdad estructural exclusivamente respecto a poblaciones en desventaja, en virtud de que los Estados deben cumplir obligaciones positivas, es decir, formular y ejecutar políticas, llevar a cabo prácticas, dictar y aplicar normativas, etc. a fin de garantizar la igualdad material de grupos o sectores sociales que viven en condiciones estructurales desventajosas en el acceso o ejercicio de sus derechos básicos.

La Corte IDH fundamentada en el logro de la justicia material, ha resuelto casos vinculados con violaciones estructurales por omisión de derechos humanos como indica Miranda Bonilla²⁵, en materias como niños, mujeres, privados de libertad, desplazados, LGBTI.²⁶ Se observan dentro del Sistema Interamericano informes o decisiones relacionados con violencia estructural o pautas sistemáticas del Estado contra las mujeres

que declaran el ECI y que pueden calcarse a sentencias que declaren el Estado de Cosas Inconvencional. *Vid.* Corte Constitucional de la República de Colombia, caso: *Acción de tutela por vulneración de la dignidad humana; la prohibición de someter a una persona a tratos crueles, inhumanos y degradantes; a la igualdad; a la intimidad; al libre desarrollo de la personalidad; a la información; a la presunción de inocencia; a la salud; a la defensa; al ejercicio libre de una profesión (para el caso de sus abogados); a la unidad familiar; los derechos del menor a no ser separado de su familia, así como el derecho de petición promovida por internos del Pabellón de Máxima Seguridad de Cóbbita (Boyacá) contra el INPEC – Dirección del Complejo Penitenciario y Carcelario “El Barne”, Sentencia T-1030/03, 2003 de 30 de octubre, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-1030-03.htm> (tomando como base a Farber, VII. Consideraciones).*

25 Haideer Miranda Bonilla, “Las sentencias estructurales en la actuación de la Sala Constitucional de Costa Rica”. En *Revista Ius Doctrina*, n.º. 2, vol. 11 (2018), en <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/35777/36506>

26 Claudio Nash Rojas, “Tutela judicial y protección de grupos: comentario al texto de Néstor Osuna “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”, en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales y las sentencias estructurales*, Editor académico Víctor Bazán, n.º.5, 125-144 (Konrad Adenauer Stiftung e V., Bogota, 2015), en https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_41796_4.pdf/7bc149f4-967c-225c-ba7f-4c0351289cff?version=1.0&t=1539652344591

como el caso *María da Penha Fernandes vs. Brasil* o el caso *Campo Algodonero vs. México*, o casos como el de las niñas *Yean y Bosico vs. República Dominicana* a las que este país les negó la nacionalidad aunque habían nacido dentro del territorio de ese Estado.²⁷

Una lectura a dichos documentos revela la existencia de patrones estructurales que violan derechos humanos -básicamente sociales- y que derivaron en una condena al Estado cuya actuación o inacción toleró la transgresión por parte de varios de sus funcionarios, órganos y entes, planteando la exigencia de instituciones, políticas, regulaciones, recursos humanos y financieros adecuados para mejorar o lograr el cese de la violación más allá del caso puntual.²⁸

-
- 27 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *caso: Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, Informe número 54/01, 2001 de 16 de abril. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm>. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso: Campo Algodonero vs. México*. *Ob. cit.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso: Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, (Fondo, Reparaciones y Costas), 2005 de 8 de septiembre en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf
- 28 Las violaciones masivas y sistemáticas en su sentido clásico requerían pasividad y severidad, pero luego se consideró que adicionalmente ameritaban la planificación de dichas violaciones por parte de los Estados como mecanismo para conservar el poder. A este respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en su Informe Anual 1979-1980 “que había una relación orgánica entre las violaciones a la integridad personal, el no cumplimiento de los derechos económicos y sociales y la supresión de la participación política” lo que llevó a dicho órgano a evolucionar de dar en un principio respuesta a violaciones individualmente consideradas, a diseñar mecanismos para responder a las violaciones masivas y sistemáticas en sentido clásico o en el más actualizado, preparando informes sobre la situación general de los países a fin de documentarlas mediante los *country reports*. *Vid.* Cecilia Medina Quiroga y Claudio Nash Rojas, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*. Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, abril 2007: 98 y 99, en http://www.libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/390/submission/proof/files/assets/common/downloads_f9f12250/CDH_025.pdf

Sin embargo aunque pareciera que los anteriores casos mayoritariamente remiten a violaciones estructurales por incumplimiento del *corpus iuris* vinculadas de forma exclusiva a la noción de igualdad estructural de derechos sociales, se observa una cierta apertura hacia otros derechos que no son típicamente prestacionales, como en el caso *María da Penha Fernandes vs. Brasil* de 2001 cuyo debate se centra en derechos civiles ya que el entonces cónyuge trató de asesinarla en dos oportunidades, a su vez desde el inicio de las investigaciones habían transcurrido diecisiete años, no se había abierto el procedimiento contra el presunto responsable y tampoco se había dictado sentencia definitiva ni la reparación de los daños sufridos, todo ello con riesgo de prescripción, sucediendo que la situación según el Informe elaborado por la Comisión Interamericana, lejos de limitarse a la situación concreta, se repetía en otros casos que revelaban reiteración y patrones estructurales violatorios por una clara discriminación contra mujeres agredidas por la ineficacia de los sistemas judiciales.²⁹ Este caso evidencia la manera en que el Sistema con base al concepto de igualdad le da una nueva lectura a derechos civiles o políticos y a las obligaciones del Estado en ciertos contextos sociales.³⁰

Hoy en día la dimensión objetiva de los derechos implica que el Estado siempre, en mayor o menor medida, tiene que satisfacer una faceta prestacional respecto a todos ellos, sin limitarse a los denominados de segunda generación.

Las clasificaciones de derechos responden a razones más aparentes que reales³¹ porque además que las diferencias entre

29 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *caso: Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*. *Ob cit.*

30 Víctor Abramovich, "De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". En *Revista Derechos Humanos* 1, año 1, Infojus, (noviembre 2012): 95-138, en http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120196-abramovich-las_violaciones_masivas_patrones.htm

31 Luis Díez-Picazo, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 3ª ed. (Navarra: Aranzadi, S.A., 2008).

“clases” de derechos es vaga y peca de simplificación, es imposible establecer a priori el contenido total de ellos a fin de identificar si su satisfacción se logra con la abstención del Estado o al contrario con la actividad prestacional del mismo ya que más bien existe un complejo conjunto de deberes de diferente índole que deben ser cumplidos a fin de protegerlos.³² Gutiérrez Beltrán ejemplifica lo anterior al señalar que existen derechos políticos de primera generación como las elecciones que requieren de obligaciones positivas para organizarlas y llevarlas a cabo y por tanto no se satisfacen exclusivamente con la abstención estatal, mientras otros como la conservación de la identidad cultural de los pueblos indígenas considerado derecho cultural de tercera generación ameritan de la abstención por parte del Estado.³³

Entonces la posibilidad de que la Administración Pública dicte actos o tome decisiones inconvencionales por no poder ejercer internamente el control de convencionalidad cuando alguna acción, inacción, normativa, política, etc., sea contraria al bloque ius proteccionista interamericano, si involucra a diversas autoridades y amenaza a un número importante de sujetos, evidencia un patrón de transgresión sistemática. De ser conocido por la Corte IDH ameritaría una sentencia estructural en búsqueda de una acción conjunta y coordinada de varios órganos, entes o autoridades a fin de superar el patrón de tolerancia del Estado, pero a su vez para instar a las autoridades a dictar leyes, aprobar presupuestos y en definitiva adoptar todas las decisiones requeridas para que los órganos y entes administrativos (o que cumplan funciones administrativas) asuman competencias de control convencional y con ello se procure superar las violaciones estructurales.

32 Andrés Gutiérrez Beltrán, “Tendencia actual de amparo en materia de derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. En *Revista Derecho del Estado Nueva Serie* n.º 24 (julio 2010): 81-104. Universidad del Externado de Colombia. <https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/421>

33 *Ibíd.*

La decisión de la instancia judicial interamericana debe estar compuesta por órdenes de variada índole, inclusive en materia de políticas públicas, exhortos a todas las autoridades involucradas en el problema, etc., cuyos efectos se extiendan más allá del caso puntual en búsqueda de la igualdad material en todo tipo de derecho.

Cabe decir que esa clase de sentencias generan controversia por el hecho de que a las autoridades judiciales se les ha limitado su actuación a aplicar la letra de la ley o anular normativas que contraríen de forma grosera las Constituciones.

Admitir decisiones estructurales que incidan en materias exclusivas de la Administración Pública –como el caso de las políticas públicas- o del Poder Legislativo exhortándole a que sancione leyes que atribuyan competencia convencional a dicha Administración o de las instancias judiciales internas para que reinterpreten o desapliquen normas contrarias a la aludida competencia, implica abrir la puerta a sentencias complejas propias del activismo judicial, pero que buscan satisfacer la faceta prestacional y con ello la dimensión objetiva del derecho conculcado.

No debe significar, por señalar un ejemplo, la formulación o diseño de políticas públicas para las que en definitiva los tribunales no cuentan con la capacidad técnica propia del Poder Ejecutivo, tampoco dictar leyes o sentencias atribuidas a las instancias domésticas. Significa que la Corte IDH puede y debe moderar e instar a las autoridades competentes a colaborar en conjunto con la colectividad afectada para la solución del problema y de no ser así determinar las responsabilidades correspondientes.

La Corte Interamericana ante el caso puntual en el que la Administración Pública haya llevado a cabo sus funciones aplicando el derecho interno en violación del corpus iuris por no contar con la herramienta del control de convencionalidad,

siempre que tal situación de hecho trascienda a muchos más sujetos que los presentes en el caso debatido y evidencie patrones estructurales de transgresión, debe poner coto al problema estructural. Su solución no se logra con medidas puntuales y particularizadas ineficaces para evitar múltiples reclamaciones y un posible colapso las instancias judiciales internas y más aún las instancias interamericanas, sino que previa constatación fáctica de un Estado de Cosas Inconvencional debe proceder a dictar una sentencia estructural que contenga órdenes dirigidas a resolver el caso puntual y cualesquiera otros semejantes y así evitar futuras acciones ante la Corte.

Las mencionadas órdenes deben cumplir una serie de características que en definitiva son los límites de la actuación judicial, a saber,³⁴

- i. Complejas: determinar si una orden es simple o compleja, es cuestión de grado no de cualidad;³⁵

34 Se sigue en este punto una serie de características expresadas por la jurisprudencia colombiana en materia de órdenes de tutela y que pueden tomarse de guía para las sentencias estructurales interamericanas. Corte Constitucional de la República de Colombia. *Caso: Revisión de decisiones judiciales proferidas por jueces de tutela de instancia en procesos relacionados con las violaciones de los derechos a la dignidad humana, a la vida en condiciones dignas, a la integridad personal, a la salud y a la reintegración social de personas privadas de la libertad en seis (6) centros de reclusión del país.* Sentencia T-388/2013 de 28 de junio en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>

35 *La jurisprudencia constitucional ha sostenido que “[...] una orden de tutela es simple cuando comprende una sola decisión de hacer o de abstenerse de hacer algo que se encuentra dentro de la órbita de control exclusivo de la persona destinataria de la orden y se puede adoptar y ejecutar en corto tiempo, usualmente mediante una sola decisión o acto. Por el contrario, una orden de tutela es compleja cuando conlleva un conjunto de acciones u omisiones que sobrepasan la órbita de control exclusivo de la persona destinataria de la orden, y, con frecuencia, requieren de un plazo superior a 48 horas para que el cumplimiento sea pleno. Para la Corte, las ‘órdenes complejas’ son ‘mandatos de hacer que generalmente requieren del transcurso de un lapso significativo de tiempo, y dependen de procesos decisorios y acciones administrativas que pueden requerir el concurso de diferentes autoridades y llegar a representar un gasto considerable de recursos, todo lo cual suele enmarcarse dentro de una determinada política pública’.* *Ibid.* Sentencia T-388

- ii. Efectivas: la orden compleja se toma por inexistencia de coordinación entre diversas autoridades, agencias o instituciones, para lo cual los jueces, no de cualquier forma sino de conformidad con las normas constitucionales, están llamados a desenredar tal '*marasmo institucional*';³⁶
- iii. Respetuosas de las competencias constitucionalmente establecidas en democracia: las competencias de otros poderes que en democracia ameritan de la deliberación y participación política no pueden ser asumidas por las instancias judiciales so pretexto de la defensa de derechos humanos. Los asuntos de políticas públicas deben garantizar la participación de todas las partes interesadas. Así, las órdenes judiciales hacia la Administración o cualquier otro Poder, no deben ser detalladas, permitiéndose la intervención judicial a través de medidas concretas siempre que cuenten con el concurso de las autoridades competentes en democracia, garantizando la deliberación y participación, sin suplantar a las autoridades, ni creando instituciones paralelas que sustituyan a las autoridades constitucionalmente competentes. Las órdenes deben ser razonables, no irrealizables, absurdas o desproporcionadas;
- iv. Prudentes y abiertas al diálogo entre las instituciones: las órdenes complejas presentan niveles de incertidumbre por la cantidad de factores involucrados (derechos, interesados, autoridades, órdenes emitidas, etc.) que ameritan negociación, diálogo y ponderación judicial en la concepción, ordenación y control del remedio ideado. Cuanto más compleja es una situación menos aconsejable es centrarse en una sola solución. A su vez

de 2013, reiterando decisión de la Corte Constitucional, Sentencia T-086 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

36 Ibid. T-388 de 2013, reiterando la decisión de la Corte Constitucional, sentencia T-974 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo).

el diálogo amerita conocer que una cosa es la decisión, esto es, el derecho que fue objeto de transgresión y el por qué, respecto a lo cual opera la cosa juzgada, y otra cosa son las órdenes establecidas en la sentencia, es decir aquellos remedios señalados judicialmente para resolver la violación o la amenaza, las que con posterioridad pueden ser modificadas o complementadas y sobre las cuales el juez mantiene la competencia pudiendo adoptar aquellas que sean requeridas para el cumplimiento de la decisión, por cuanto a fin de asegurar el goce efectivo, dentro de los límites competenciales puede modificar los aspectos accidentales;³⁷

- v. Cuyo cumplimiento sea objeto de control y supervisión judicial, aunque en el entendido que, por motivos de respeto a las competencias democráticas y administrativas, el juez debe contar con la participación democrática y con el soporte de los entes con competencia técnica en materia de políticas públicas;
- vi. Como órdenes complejas comprenden un catálogo variado de herramientas: medidas cautelares (medidas provisionales en el caso de la Corte IDH), suspensión de trámites administrativos, ordenar que se den procesos participativos, crear mesas de trabajo, verificación de cumplimiento de actos o soluciones paliativas de carácter temporal, realización de estudios, construir

37 *Ibíd.* En este punto la Sentencia T-388/2013 reitera la decisión T-086 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) de la misma instancia, trayendo a colación el Decreto 2591 de 1991 como uno de los estatutos fundacionales de la Constitución Política de 1991, aprobado mediante el excepcional procedimiento transitorio que para el efecto destinó la Asamblea Nacional Constituyente, relacionado con el artículo 27 por el cual el juez establecerá los demás efectos del fallo de tutela para el caso concreto y *mantendrá la competencia* hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza.

o terminar construcción de obras que estaban presupuestadas, etc.,³⁸

- vii. Que busquen la materialización o goce efectivo de los derechos, para lo cual la jurisprudencia ha ordenado el desarrollo de indicadores que permitan conocer y medir los avances que se logran en la implementación de las políticas públicas.³⁹

Es importante tener en cuenta que la ampliación de las competencias decisorias de las instancias judiciales no es ni puede ser ilimitada, tampoco una excusa para violar el principio de legalidad o incurrir en usurpación de funciones. A tal efecto la declaratoria del Estado de Cosas Inconvencional constituye un parámetro de ponderación para los jueces quienes no pueden dictar órdenes que excedan de la superación de dicha situación de cosas. En definitiva, se trata de una colaboración entre poderes públicos para lograr la vigencia efectiva de los derechos humanos y no como se señaló, de la sustitución de las funciones de otros poderes.

Vistas, así las cosas, el estado de cosas funcionaría como parámetro y límite para determinar si la sentencia estructural proferida es desproporcionada. Esto implica revisar si cada orden, exhorto, mandato, plazo o indicación judicial a las diferentes autoridades concernidas además de tener relación con la situación detectada, superan los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto porque

38 *Ibíd.* La decisión T-388 de 2013 presenta un grupo de órdenes contenidas en sentencias y autos como el inventario presentado en materia de acceso al agua potable en materia de políticas públicas contemplado en la sentencia de la Corte Constitucional sentencia T-418 de 2010 (MP María Victoria Calle Correa).

39 Los esfuerzos presupuestales se relacionan con que las políticas públicas se orienten hacia la protección de los derechos humanos y libertades, es decir de todos los derechos, por lo cual siempre deben contar con una dimensión prestacional, en el entendido que esas políticas son el catálogo de acciones y omisiones de una autoridad sobre una determinada cuestión y no un conjunto de directrices y promesas.

solo estarán justificadas aquellas decisiones que cumplan esas condiciones para lograr el cese de la situación contraria al *corpus iuris* interamericano.

La Corte IDH debe controlar si las autoridades competentes cumplen con el contenido de la faceta prestacional de un derecho que a su vez implica el derecho de sus titulares a que se adopten las medidas idóneas y necesarias, con lo cual la adecuación y la necesidad dependerán de cada caso sin ser excesivas ni invadir sin ponderación las competencias de los restantes poderes. Es menester indicar que el nivel de cumplimiento de los derechos puede medirse a través de indicadores, conformados por estadísticas, informes, estudios, etc., que determinan el avance concreto en la protección, respeto y garantía de los mismos.⁴⁰

Dentro de tales controles se encuentra determinar si la Administración Pública cuenta con procedimientos internos para ejercer un control de convencionalidad que garantice el efecto útil del *corpus iuris* interamericano.

En consecuencia en aquellos Estados parte del Sistema cuya inexistencia de tales procedimientos en manos de la Administración Pública-Poder Ejecutivo genere daños masivos que involucren a varias autoridades producto de problemas o fallas estructurales de ese Estado, se genera un Estado de Cosas Inconvencional que legitima a la Corte IDH a dictar órdenes, recomendaciones, exhortos, etc., dirigidos exclusivamente a dar término a eses estado de cosas y que por ello, constituye límites a las decisiones adoptadas por la Corte.

40 Vid. Organización de Estados Americanos. Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador. *Indicadores de Progreso para la Medición de Derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador*, 2da. ed. Washington, 2015 en https://www.oas.org/en/sedi/pub/indicadores_progreso.pdf. Vid. Organización de las Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado. Nueva York y Ginebra, 2012. En https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Human_rights_indicators_sp.pdf

Declarar un Estado de Cosas Inconvencional en esos casos permite primero identificar el problema como una determinada situación de hecho que debe ser resuelta, además limita los poderes de la Corte única y exclusivamente a las medidas que sean necesarias, idóneas y proporcionales para la superación de tal situación a través de sentencias que formarán parte del *corpus iuris* y por tanto de obligatorio acatamiento, de oficio, por los Estados Parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

III. A MODO DE TERMINACIÓN

El profesor Brewer-Carías (2017) abordando el tema de la competencia de los jueces internos para ejercer el control difuso de convencionalidad y con fundamento en la jurisprudencia interamericana, ha planteado que ejercer ese control no depende de si la normativa interna confiere o no la competencia para llevar a cabo el control de constitucionalidad.⁴¹

A su vez, siguiendo a Jinesta, indica que de oficio los tribunales deben efectuar el test de convencionalidad de normas, disposiciones o actos internos, aun cuando no haya sido solicitado por la parte interesada, en virtud de una suerte de reforma tácita de las legislaciones nacionales en materia de acciones de constitucionalidad⁴².

41 A. Brewer-Carías. (2017). *Ibíd.*

42 *Vid.* la mención del profesor Brewer-Carías sobre opinión del magistrado Ernesto Jinesta de la Corte Suprema de Costa Rica. Este considera que a partir de la sentencia de la Corte IDH, Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Perú de 2006, la competencia convencional de oficio, convirtió el sistema de dispositivo en uno parcialmente inquisitivo en el que las instancias judiciales a fin de evitar la responsabilidad del Estado por omisión, han de efectuar tal control en el marco de sus competencias y regulaciones procesales internas. *Ibíd.* Igualmente *Vid.* M. Álvarez Chamosa. *Ob. cit.*

Utilizando los anteriores argumentos, de igual manera se puede razonar cuando se propone que la Administración Pública-Poder Ejecutivo puede ejercer el control de convencionalidad dentro de sus competencias, aun cuando no ejerzan el control de constitucionalidad. En caso contrario cualquier violación sistemática y masiva que se derive de impedimentos u omisiones internas para el ejercicio de aquel, constituye un Estado de Cosas Inconvencional que como tal debe ser decidido por la Corte IDH.

De nuevo con apoyo de la jurisprudencia colombiana y además de los instrumentos internacionales relacionados con índices de satisfacción de derechos, el levantamiento de dicho Estado de Cosas Inconvencional requeriría por parte de la Corte IDH analizar los parámetros de cumplimiento para que se genere cosa juzgada material.

Debido a la imposibilidad de responder a priori cuándo se considera cumplida una orden compleja o en virtud de la multiplicidad de escenarios que al respecto se presentan, se debe en cada caso concreto determinar el cumplimiento siguiendo los parámetros elaborados como consecuencia de los procesos participativos, de la doctrina y de la jurisprudencia, a saber 1-de estructura; 2.- de proceso y 3- de resultado,⁴³ indicadores y parámetros considerados herramienta central de monitoreo para precisar el logro del goce efectivo del derecho, que se desprende de comparar el nivel ideal con el nivel real de prestación, siendo que no solo la instancia judicial puede analizar la situación, sino que las autoridades involucradas se ven comprometidas a mayor transparencia y eficacia y a su vez la

43 La decisión T-388 de 2013 alude a que la Corte Constitucional colombiana en el Auto 226 de 2011 en cuanto a la protección de las personas que requieren con necesidad servicios de salud (MP Jorge Iván Palacio Palacio), clasificó los parámetros de cumplimiento en de estructura, de proceso y de resultado siguiendo para ello propuestas de las Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Ob. cit.*

sociedad civil puede hacerle seguimiento y evaluar la gestión estatal.⁴⁴

A la Corte Interamericana le correspondería respetar discusiones sociales, administrativas y técnicas propias de los poderes internos. No podría establecer los indicadores ni verificarlos de forma directa, ya que debe valerse de expertos, peritos y autoridades que colaboren con la función judicial. Lo que sí puede es vigilar que las autoridades competentes cumplan esos indicadores y parámetros, que contemplen condiciones mínimas de razonabilidad, participación, técnica y transparencia.⁴⁵

A todo evento, una vez cumplidas todas las órdenes, exhortos, etc., y superada la situación estructural y masiva contraria al corpus iuris interamericano, en pocas palabras, cuando se dicten las normas, se determinen los procedimientos administrativos de control de convencionalidad tanto de primer como de segundo grado con los controles judiciales correspondientes, se acuerde el presupuesto para capacitar a los funcionarios y se le confiera la atribución a la Administración Pública para ejercer el control de convencionalidad, la Corte IDH en definitiva declarará el cese del Estado de Cosas Inconvencional generado por los daños producto de la aplicación de normas y prácticas contrarias al corpus iuris interamericano por una Administración imposibilitada de ejercer el control de convencionalidad.

44 Ibid. La sentencia T-388 de 2013 fundamentando su decisión entre otros en propuestas de las Naciones Unidas, el Auto 226 de 2011 y obras de 2010 de Luis Eduardo Pérez, “¿Es posible medir los derechos? De la medición del acceso a bienes y servicios a la medición del disfrute de los derechos” y de 2001 de Amartya Sen, Desarrollo y libertad.

45 Ibid. T-388 del 2013 fundamentando su decisión en el Auto 226 de 2011, reportes de las Naciones Unidas y la sentencia T-760 dictada por la Corte Constitucional de la República de Colombia en el año 2008.

REFERENCIAS

Abramovich, V. "De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". En *Revista Derechos Humanos* 1, año 1, Infojus, (noviembre 2012): 95-138, en http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120196-abramovich-las-violaciones_masivas_patrones.htm

Álvarez Chamosa, M. El control de convencionalidad y su ejercicio por los funcionarios de la administración pública. En *Revista Electrónica de Derecho Administrativo REDAV* 15, *Homenaje a Luis Henrique Farías Mata*, 2019. Centro de Estudios de Derecho Público Universidad Monteávila. pp- 37-61. En <http://redav.com.ve/>

Bolaños Salazar, E. ¿Puede el control de convencionalidad ser una alternativa ante la prohibición del control difuso en sede administrativa? *Administración Pública & control*, no. 27, marzo 2016 en https://www.academia.edu/24216016/_Puede_el_control_de_convencionalidad_ser_una_alternativa_ante_la_prohibición_del_control_difuso_en_sede_administrativa?email_work_card=title

Brewer-Carías, A. *Justicia constitucional y jurisdicción constitucional*. Colección *Tratado de Derecho Constitucional*, t. XII. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017, obra facilitada en digital por el autor

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *caso: Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, Informe número 54/01, 2001 de 16 de abril. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051.htm>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre situación de los derechos humanos en República Dominicana*, doc.

45/15, 2015 de 31 de diciembre. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/RepublicaDominicana-2015.pdf>.

Consejo de Estado de la República de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, *caso: Recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 30 de julio de 2004, proferida por la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia, Caldas, Chocó y Risaralda en caso intentado por María González y otros contra el Instituto de Seguros Sociales*, radicación número: 05001-23-31-000-1991-06952-01(29590), 2014, de 10 de septiembre. [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/155/S3/05001-23-31-000-1991-06952-01\(29590\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/155/S3/05001-23-31-000-1991-06952-01(29590).pdf)

Corte Constitucional de la República de Colombia. *Caso: Situado Fiscal en materia educativa en procesos de tutela números T-115839 - promovido por Délfida Carrascal Sandoval, Francisca Correa Padilla, Francia Cassiani Peña, Carmen Cecilia Cueto Navarro, María Victoria Julio Meza, Pedro Carval San Martín, Carmen Rosario Torres Acevedo, Merlyn Vanegas Alvarez, Carmen Serrano España, María Isabel Arcia Herrera, Miladys Vanegas Batista y Josefina Fuentes Pérez contra el municipio de María la Baja, Bolívar, - y T-116052, promovido por Wilson Cabeza Arroyo, Edilberto Calderón Polanco, Alberto Montes, José Alvarez Larios, Xiomara Cantillo, Candelaria Causado, Minerva Tobias, Wilson Carey Palencia, Brigitte Torres, Asunción Simanca, Gloria Suárez Herrera, Orlando Beltrán, Rosario Mulford Hernández, Jenny Acosta, Gehovanny Barcas, Yarlís Cabarcas, Amaury Guzmán, Marina Mercado, Daici Rodríguez, Tatiana Torres, Martha Arzayus, Jorge Rosales, Wilmer Madera, Hildeberto Avila, Amarilda Vergara de Ávila, José Herrera Esquivel, Emiro Mercado Moreno, Dalgy Hernández Cotes, Ana del C. Hernández, Donald Gamarra, Margarita Durán, Ana Hernández e Ivonne Lozano contra el municipio de Zambrano, Bolívar. Sentencia SU.559-97 de 1997 en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>*

Corte Constitucional de la República de Colombia. *Caso: Acción de tutela por vulneración de la dignidad humana; la prohibición de someter a una persona a tratos crueles, inhumanos y degradantes; a la igualdad; a la intimidad; al libre desarrollo de la personalidad; a la información; a la presunción de inocencia; a la salud; a la defensa; al ejercicio libre de una profesión (para el caso de sus abogados); a la unidad familiar; los derechos del menor a no ser separado de su familia, así como el derecho de petición promovida por internos del Pabellón de Máxima Seguridad de Cóbbita (Boyacá) contra el INPEC – Dirección del Complejo Penitenciario y Carcelario “El Barne”, Sentencia T-1030/03, 2003 de 30 de octubre en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-1030-03.htm>*

Corte Constitucional de la República de Colombia, Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 y sus Autos de cumplimiento. *Caso: Solicitud pronunciamiento del Gobierno Nacional frente al informe de cumplimiento entregado el 1 de julio de 2010, en el marco del seguimiento a la Sentencia T025 de 2004 y sus Autos de cumplimiento. Auto 385 de 2010 de 10 de diciembre en <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/DNP/AUTO%20385%20de%202010.pdf>*

Corte Constitucional de la República de Colombia. *Caso: Revisión de decisiones judiciales proferidas por jueces de tutela de instancia en procesos relacionados con las violaciones de los derechos a la dignidad humana, a la vida en condiciones dignas, a la integridad personal, a la salud y a la reintegración social de personas privadas de la libertad en seis (6) centros de reclusión del país. Sentencia T-388/2013 de 28 de junio en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>*

Corte Constitucional de la República de Colombia. *Caso: Acción de tutela para proteger los derechos fundamentales a la salud, al agua y a la alimentación de los niños y niñas del pueblo Wayuu del Departamento de la Guajira. Sentencia T-302/2017 de 08 de mayo en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-302-17.htm>*

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso: Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, (Fondo, Reparaciones y Costas)*, 2005 de 8 de septiembre en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Caso Campo Algodonero vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, noviembre 16, 2009 en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

Díez-Picazo, L. *Sistema de Derechos Fundamentales*, 3ª ed. Aranzadi, S.A., Navarra, 2008.

García Belaúnde, D. "El control de convencionalidad y sus problemas". En *Revista Pensamiento Constitucional*; 20, 2015, / ISSN 1027-6769 en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/File/14888/15428>

Gutiérrez Beltrán, A. "Tendencia actual de amparo en materia de derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional". En *Revista Derecho del Estado Nueva Serie* n°. 24 (julio 2010): 81-104. Universidad del Externado de Colombia en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/421>

Hernández-Mendible, V. *El Estado Convencional. Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Internacional y Derechos Humanos*. Librería Jurídica Internacional. Santo Domingo, 2019.

Huertas Díaz, O., Ana De Carli y Bruno de Paula Soares. "El Estado de Cosas Inconstitucional como un mecanismo de exigibilidad de respeto y garantía de los derechos humanos en Colombia y su aplicación en Brasil por la Corte Suprema". *Revista Direito UFMS*, n°. 1, vol. 3 (enero-julio 2017): 33-51 en DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v3i1.4096>

Medina Quiroga, C. y Claudio Nash Rojas. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus mecanismos de protección*. Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, abril 2007 en http://www.libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/390/submission/proof/files/assets/common/downloads/f9f12250/CDH_025.pdf

Miranda Bonilla, H. "Las sentencias estructurales en la actuación de la Sala Constitucional de Costa Rica". En *Revista Ius Doctrina*, nº. 2, vol. 11 (2018), en <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/35777/36506>

Nash Rojas, C. "Tutela judicial y protección de grupos: comentario al texto de Néstor Osuna "Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia", en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales y las sentencias estructurales*, Editor académico Víctor Bazán, nº.5, 125-144 (Konrad Adenauer Stiftung e V., Bogotá, 2015), en https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_41796_4.pdf/7bc149f4-967c-225c-ba7f-4c0351289cff?version=1.0&t=1539652344591

Nash Rojas, C. "Breve introducción al control de convencionalidad". En *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 7: Control de Convencionalidad*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019, p.6 en <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>

Nikken, P. "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno". En *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, vol. 57, enero-junio 2013 pp. 11-68 en www.corteidh.or.cr/tablas/r32270.pdf

Nogueira Alcalá, H. "El Control de Convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Inter-

mericana de Derechos Humanos". En *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n°. 19, año 10, (enero-junio 2013): 221-270. Universidad de Granada. Instituto Andaluz de Administración Pública en <https://www.ugr.es/~redce/REDCE19pdf/ReDCE19.pdf>

Organización de Estados Americanos. Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador. *Indicadores de Progreso para la Medición de Derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador*, 2da. ed. Washington, 2015 en https://www.oas.org/en/sedi/pub/indicadores_progreso.pdf. Vid.

Organización de las Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado. Nueva York y Ginebra, 2012. En https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Human_rights_indicators_sp.pdf

Osuna, N. "Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia", en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales y las sentencias estructurales*, Editor académico Víctor Bazán, n°.5, 91-116, (Konrad Adenauer Stiftung e V., Bogotá: 2015) en https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_41796_4.pdf/7bc149f4-967c-225c-ba7f-4c0351289cff?version=1.0&t=1539652344591

Sagüés, N. Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung e. V., Bogotá), año XXI, 2015, pp.141-149 en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2015/pr/pr12.pdf>

Sánchez Vallejo, J. "Entre la recepción y la omisión de una obligación internacional: el control de convencionalidad en el Consejo de Estado". En *Revista Academia & Derecho*, n° 11, año 6 (julio-diciembre 2015): 183-226. Universidad Libre Seccional Cúcuta - Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales & Centro Seccional de Investigaciones en file:///C:/Users/

Usuario/Downloads/ DialnetEntreLaRecepcionYLa Omision
DeUna ObligacionInternaci-6713581.pdf

Tole Martínez, J. “La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. el Estado de Cosas Inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación”. *Cuestiones Constitucionales*. En *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. n°. 1 (julio-diciembre 2006): 253-336 en [https:// revistas. juridicas.unam. mx /index. php/ cuestiones-constitucionales/issue/view/228](https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/issue/view/228).

Vásquez Armas, R. La técnica de declaración del “Estado de cosas Inconstitucional” Fundamentos y análisis de su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano. En *Ius et Veritas*, n°. 1, (2010): 128-147. Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) en [http:// revistas.pucp.edu.pe/ index.php/iusetveritas/article/view/12114/0](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12114/0)