

**LA EXIGIBILIDAD DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LAS
SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:
EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
COLOMBIANO**

MANUEL EDUARDO MARÍN SANTOYO

DIRECTOR: DOCTOR JUAN FERNANDO SEGOVIA

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA
MAESTRÍA EN DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL
HUMANITARIO
FACULTAD DE DERECHO**

ABRIL- 2016

CONTENIDO

RESUMEN	3
ABSTRACT	4
INTRODUCCIÓN	5
1. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	7
1.1 Origen y concepto del control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).....	7
1.2 Las formas de ejercicio del control de convencionalidad.....	15
1.3 El control de convencionalidad de las sentencias de la Corte IDH.....	20
2. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD	24
2.1 Origen, y concepto del principio de subsidiariedad.....	26
2.4 El principio de subsidiariedad en la CADH.....	41
3. LA EXIGIBILIDAD DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE	
CONFORMIDAD CON EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.	55
3.1 El control de convencionalidad de las sentencias de la Corte IDH y su exigibilidad en el ordenamiento jurídico colombiano.....	55
3.1.1 Bloque de Constitucionalidad y control de convencionalidad	64
3.2 La inexigibilidad del control de convencionalidad de las sentencias de la Corte IDH de conformidad con el principio de subsidiariedad del derecho natural.....	69
4. Conclusiones	80
BIBLIOGRAFIA	84



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

RESUMEN

La presente investigación realiza un análisis de como el control de convencionalidad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) de Derechos Humanos como mecanismo de integración y efectivización de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), plantea un problema tanto al iusnaturalismo como al positivismo jurídico, el cual debe ser resuelto desde su contraste con el principio de subsidiariedad, para tratar de definir si la figura jurídica responde o no al postulado superior de justicia, que le permita ser exigible en el ordenamiento jurídico colombiano.

Palabras claves: Control de convencionalidad, principio de subsidiariedad, bloque de constitucionalidad, derecho natural, derecho positivo, Convención Americana de Derechos Humanos.

ABSTRACT

This research makes an analysis of how the conventionality control of judgments issued by the Inter-American Court of Human Rights as a mechanism of integration and effectuation of the provisions of the American Convention on Human Rights, poses a problem both natural law and legal positivism, which must be solved from its contrast with the principle of subsidiarity, to try to determine whether the legal concept responds or not the above postulate of justice, allowing it to be enforceable in the Colombian legal system.

Keywords: Conventionality control, subsidiarity principle, block of constitutional law, natural law, positive law, American Convention on Human Rights

INTRODUCCIÓN

La instauración de la Corte IDH por parte de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), ha conllevado a través de su trasegar histórico la presencia de una serie de decisiones en las cuales, ha definido la forma como deben ser entendidos y aplicados los Derechos Humanos dentro de los Estados bajo su jurisdicción.

Derivado de lo anterior la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH adoptó la figura del control de convencionalidad, propuesta etimológicamente por el Juez Sergio García Ramírez en el voto razonado emitido en el caso *Myrna Mack Chang Vs Guatemala* (Corte IDH, 2003), y que se ha entendido en dos ámbitos, uno de naturaleza concentrada en el cual la Corte como suprema intérprete de la convención ordena a los Estados la adecuación de sus normas internas a las disposiciones contenidas en el Pacto de San José de Costa Rica, y a la interpretación que del mismo ha realizado la misma Corte, y otro difuso, según el cual las autoridades de los Estados, están obligadas a la aplicación directa y prevalente de las normas convencionales, y de la interpretación que de las mismas haya realizado la Corte, en este último evento incluso de aquellas vertidas en fallos de las cuales no son recepcionarios por no haber sido parte en el proceso adelantado, aspecto este último precisado en el seguimiento de la sentencia del caso *Gelman Vs Uruguay* (Corte IDH , Supervisión de cumplimiento caso Gelman, 2013).

Frente al alcance dado por la Corte IDH respecto de la imperatividad de adecuar el ordenamiento jurídico de los Estados signantes de la CADH, al contenido de las normas

convencionales, y a la interpretación que de la misma se ha efectuado mediante sus sentencias, así como el deber de las autoridades nacionales de aplicar preferentemente la convención y la interpretación de la misma, se hace necesario acudir a la revisión del principio de subsidiariedad como fundante de las relaciones que se generan dentro las estructuras orgánicas, para con base en el mismo definir si resulta exigible la aplicación del control de convencionalidad sobre las decisiones de la Corte IDH; para dicho propósito se aborda el principio de subsidiariedad desde el aspecto sustancial, esto es desde su concepción de derecho natural, así como la aplicación que del mismo efectúa el Pacto de San José, y la manera como ha sido interpretado en el ordenamiento jurídico colombiano principalmente en lo que atañe a la figura del bloque de constitucionalidad.

El presente trabajo acude a una investigación dogmática, en la que, partiendo de los conceptos de control de convencionalidad y subsidiariedad, se delimitará si es exigible el control de convencionalidad de las decisiones de la Corte IDH, con lo que se busca dar respuesta a la siguiente pregunta de investigación:

¿Cuál es la exigibilidad del control de convencionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano a la luz del principio de subsidiariedad?

1. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

1.1 Origen y concepto del control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)

El voto razonado emitido por parte del Juez Sergio García Ramírez en la Sentencia de la Corte IDH en el caso *Myrna Mack Chang Vs Guatemala* (Corte IDH, Caso *Myrna Mack Chang*, 2003), acuñó por primera vez el término control de convencionalidad, el cual según la conceptualización vertida en dicha decisión razonada correspondía al efectuado de dos formas, una a nivel internacional, y otra a nivel nacional, la primera a cargo de la Corte IDH, y la segunda de los jueces de cada Estado signante de la CADH.

Sin embargo considerar como único origen de lo que se conoce como control de convencionalidad la denominación dada por el Juez García Ramírez, implica una visión reduccionista de la figura, que no permite abarcar en su totalidad, los aspectos que de la misma se desligan, en especial lo que hace referencia a la injerencia que las decisiones de la Corte IDH ha tenido sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados signantes de la CADH, y la relación que dicho ejercicio tiene con el principio de subsidiariedad.

Es por ello que acogiendo la reconstrucción efectuada por Quinche (2014), debe realizarse una revisión partiendo de dos momentos del control de convencionalidad, el primero que refiere al control de convencionalidad sobre las leyes y las constituciones de los Estados parte, y el segundo relativo al ejercicio del control de convencionalidad desde escenarios difusos, esto es desde la aparición de la figura en estricto sentido, referente a la obligación de las autoridades

jurisdiccionales de aplicar el mismo, hasta su último punto de llegada, que amplía el ámbito a la totalidad de las autoridades de los Estados miembros.¹

La opinión consultiva 2/28 de 24 de septiembre de 1982² (Corte IDH, Opinión consultiva 2/28, 1982), es el primer antecedente del control de convencionalidad sobre los Estados, en ella se determinó que la firma de la CADH implica el sometimiento de los Estados signantes a un orden legal del que se desliga el deber de eliminar y evitar instituir cualquier tipo de obstáculo a la aplicabilidad de las reglas prescritas en la Convención. Esta interpretación fue fundada en la aplicabilidad del principio *pacta sunt servanda*, contemplado especialmente en la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, con base en la cual por primera vez se prescribe la aplicación superior del denominado Pacto de San José de Costa Rica, respecto de los ordenamientos jurídicos de los Estados signantes.

En aplicación del artículo 2 de la CADH que prescribe el deber de adoptar disposiciones en el ordenamiento interno que permitan el cabal ejercicio de los derechos y libertades de la misma convención, la Corte IDH en la opinión consultiva No 14 de 1994³ sentó como postura el “*Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un*

¹Al respecto ver también: “*El origen del Control de Convencionalidad (CCV) y sus implicaciones para los Estados que reconocen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)*”. De Jaime Alfonso Cubides Cárdenas en la revista ambiente jurídico de la Universidad de Manizales No 15 año 2013.

² Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y tenía como finalidad absolver la siguiente cuestión: ¿desde qué momento se entiende que un Estado es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando ha ratificado o se ha adherido a dicha Convención con una o más reservas?, ¿desde la fecha del depósito del instrumento de ratificación o adhesión o al cumplirse el término previsto en el artículo 20 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados?

³ Solicitada por la CIDH, y que tenía por finalidad absolver las siguientes cuestiones: [1] Cuando un Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos dicta una ley que viola manifiestamente las obligaciones que el Estado ha contraído al ratificar la Convención, ¿cuáles serían en ese caso los efectos jurídicos de esa ley en vista de las obligaciones internacionales de ese Estado? ¿Cuándo un Estado parte en la Convención dicta una ley cuyo cumplimiento por parte de los agentes o funcionarios de ese Estado se traduce en una violación manifiesta de la Convención, ¿cuáles son las obligaciones y responsabilidades de dichos agentes o funcionarios?

Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado” (Opinión Consultiva, 1994, párrafo 1 decisión.), al igual *“Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya per se un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto.”* (Opinión Consultiva, 1994, párrafo 2 decisión). Con lo cual la Corte instituye un control abstracto respecto de las normas de los Estados signantes de la convención, según el cual puede llegar a desligar responsabilidades internacionales en virtud de la expedición de cualquier tipo de normas, que contraríen la Convención, por constituir una violación de la misma, lo cual resulta sancionable a la luz del denominado ordenamiento jurídico internacional.

La interpretación vertida en la opinión consultiva 14 de 1994, fue llevada al plano jurisdiccional en la Sentencia de la Corte IDH emitida en el Caso *Súarez Rosero Vs Ecuador* (Corte IDH, Caso *Suarez Rosero*, 1997), en la cual se declaró responsable al Estado Ecuatoriano por la no aplicación del derecho de habeas corpus a quienes se encontraban encausados por delitos sancionados con la ley de sustancias psicotropias, contemplado en el artículo 114 del Código Penal Ecuatoriano, con lo cual se generó en el SIDH una decisión en el cual se declara responsable a un Estado por la simple prescripción de normas que resultan contrarias a la convención, con lo cual se obliga a los Estados a la adecuación de las normas nacionales, so pena de incurrir en nuevas sanciones por mantener normas inconvencionales en su ordenamiento jurídico.

Siguiendo la misma línea en la Sentencia del Caso Castillo Petrucci y otros contra Peru (Corte IDH, Caso Castillo Petrucci, 1999), se declaró responsable al Estado Peruano por la institución de normas violatorias de la convención, las cuales fueron emitidas en virtud de la denominada lucha contra el terrorismo, con lo cual la Corte IDH cimentó una postura respecto de que los motivos seguridad y defensa nacional no podían servir como sustento de la inaplicación de la convención, lo que otorga a las reglas sobre derechos humanos un plano de superioridad respecto del principio de soberanía estatal, ya que el mismo no es sustento suficiente para evitar la declaratoria de responsabilidad por la violación de las normas convencionales.

Una de las expresiones más notorias del control que abstractamente venía realizando la Corte IDH en esta primera etapa del control de convencionalidad es la vertida en el caso la última tentación de Cristo vs Chile (Corte IDH, Caso la última tentación de Cristo, 2001), en la cual se realizó un juicio directo sobre el artículo 19 Numeral 12 de la Constitución Chilena de 1980 que prescribía la censura previa, regla que fue aplicada a la emisión pública de una cinta cinematográfica, norma frente a la cual la Corte determinó que resultaba violatoria de disposiciones convencionales, con lo que fijó un criterio según el cual ni el poder del constituyente corresponde a una expresión absoluta, y que el mismo se encuentra mermado por la obligatoriedad de acoger y acatar las disposiciones contenidas en la CADH, con lo cual se adopta un sistema de supremacía absoluta de los derechos humanos en los ordenamientos

jurídicos, la cual se instituye de manera operativa en un plano superior al de las propias constituciones nacionales⁴.

Se tiene entonces que si bien solo en el voto razonado del Juez García Ramírez en la Sentencia de la Corte IDH en el caso Myrna Mack Chang Vs Guatemala (Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang, 2003), se empleó por primera vez el término control de convencionalidad, previo a ello existía una expresión del mismo, que recayo especialmente sobre normas legales y constitucionales de los Estados, respecto de las cuales la Corte IDH revisó su adecuación con la convención, habiéndose acá destacado solamente las que pueden resultar más relevantes en cuanto al origen de la figura que hoy conocemos.

Una segunda etapa del control de convencionalidad inicia con el uso del término en el multicitado voto razonado del Juez García Ramírez en la Sentencia de la Corte IDH en el caso Myrna Mack Chang Vs Guatemala (Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang, 2003), que fuese nuevamente replicado por parte del mismo García Ramírez en los votos razonados concurrentes en los caso Tibi Vs Ecuador (Corte IDH, Caso Tibi, 2004), y en el caso Lopez Alvarez Vs Honduras (Corte IDH, Caso Lopez Alvarez, 2006).

La Corte IDH adopta el control de convencionalidad como figura jurídica de creación jurisprudencial en la sentencia del caso Almonacid Arrellano y otros vs Chile (Corte IDH 2006, Caso Almonacid Arrellano y Otros, párrafo 124)⁵, en el cual determinó que los jueces de los

⁴ Véase “*Perspectivas actuales para el estudio de los derechos humanos desde sus dimensiones*” Tania Giovanna Vivas Barrera, Fabio Enrique Pulido Ortiz, Jaime Alfonso Cubides Cárdena en Revista LOGOS CIENCIA & TECNOLOGÍA ISSN 2145-549X, Vol. 5. No. 1, Julio – Diciembre, 2013.

⁵ La Corte consigna lo siguiente en la Sentencia: La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las

Estados firmantes del Pacto de San José de Costa Rica, tienen el deber de aplicación directa y prevalente de las reglas de la CADH, así como de la interpretación que de la misma se haya efectuado por la Corte.

Este concepto tal como lo amplió la misma corte en el caso de los Trabajadores Cesados del Congreso Vs Perú (Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso, 2006, párrafo 128) implica frente a los jueces nacionales dos alcances, el primero como se observó previamente el correspondiente al deber de una aplicación directa y prevalente de lo determinado por la Corte en materia de Derechos Humanos, y el segundo la potestad de que la misma Corte imponga modificaciones al ordenamiento interno para que como lo señala Brewer (2013) se corrija como lo la inconvencionalidad en sus normas.

Tras la adopción jurisprudencial de la figura del control de convencionalidad, la Corte Interamericana fue ampliando el ámbito de aplicación de la misma en varios fallos dentro de los que se pueden destacar los del caso Xakmok Kasek Vs Paraguay (Corte IDH, Caso Xakmok Kasek, 2010) , Rosendo Radilla Pacheco Vs Mexico (Corte IDH, Caso Rosendo Radilla, 2009), Velez Loo Vs Panamá (Corte IDH, Caso Velez Loo, 2010) y Gelman Vs Uruguay (Corte IDH, Caso Gelman Vs Uruguay, 2011), hasta llegar a la delimitación definitiva efectuada en la supervisión de sentencia de este último caso (Corte IDH, Supervisión de cumplimiento caso Gelman, 2013), en la que circunscribe su alcance tanto al deber de efectuar el control de las leyes

disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

nacionales respecto de las normas y derechos consignados en el Pacto de San José, al igual que de las interpretaciones de la propia Corte.

Como se ha visto la conceptualización del control de convencionalidad se dio al seno de la propia Corte IDH, la cual lo ha definido de la siguiente manera:

“Por otro lado, se ha acuñado en la jurisprudencia interamericana el concepto del “control de convencionalidad”, concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal. Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Corte IDH Supervisión de Cumplimiento Caso Gelman, 2013, párrafos 65 y 66).

De esta manera la figura del control de convencionalidad ha tenido un origen eminentemente jurisprudencial, lo que no ha sido óbice para que distintos autores se hayan ocupado de conceptualizar sobre el término.

Brewer determina en alusión al control concentrado que el mismo *“es precisamente, el control que usualmente ha realizado y realiza la CORTE IDH en sus sentencias al juzgar las violaciones cometidas por actos y omisiones de los Estados, ha tenido que confrontar las normas de las misma con las previsiones del derecho interno, de manera que en los casos en los cuales ha encontrado que estas son contrarias o incompatibles con aquella ha ordenado a los Estados realizar la corrección de la inconvencionalidad, por ejemplo modificando la norma cuestionada”* (Brewer, 2013. p. 44), entretanto conceptualiza el control difuso como el *“que han ejercido y ejercen los jueces o tribunales nacionales cuando han juzgado la validez de los actos del Estado, al confrontarlos no solo con la Constitución respectiva, sino con el elenco de derechos humanos y de obligaciones de los Estados contenidos en la Convención Americana, o al aplicar las decisiones vinculantes de la Corte Interamericana, decidiendo en consecuencia, conforme a sus competencias la anulación de las normas nacionales o su desaplicación en el caso concreto”* (Brewer, 2013, p. 44).

Quinche (2014) aborda la definición desde dos sentidos, uno de carácter sustantivo y otro instrumental . El primero refiere a la obligación de los Estados de velar por que los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto, lo cual se fundamenta en tres elementos, el primero relativo a que los jueces nacionales se encuentran sometidos a su ordenamiento interno, por lo que su competencia se circunscribe a un control de legalidad y de constitucionalidad, el segundo que esos jueces se encuentran igualmente obligados a ejercer el control de convencionalidad en virtud de la ratificación de la CADH y un tercero que indica que el alcance del control incluye la Convención, los tratados concurrentes a la misma y la interpretación que de ellos ha realizado la Corte IDH En el sentido instrumental el Profesor

Quinche describe el control de convencionalidad como “*un conjunto de instrumentos y de instituciones procesales, aplicadas para mantener la vigencia y efectividad de los derechos vertidos en los tratados públicos de derechos humanos que integran el Sistema Americano de Protección*” (Quinche, El control de Convencionalidad, 2014, p. 53).

Villalba refiere que el control de convencionalidad “*converge en reseñar la facultad que tiene la Corte IDH de realizar un control de cumplimiento de la Convención Americana de DH, de ahí la terminología “convencionalidad”, diferenciadora del control de constitucionalidad, que implica ajustarse a la Constitución*” (Villalba, 2015, p 519).

El control de convencionalidad es entonces una figura jurídica de origen jurisprudencial en virtud de la cual la Corte IDH puede ejercer un control abstracto de las normas nacionales de los Estados para definir si las mismas se encuentran o no acordes con la CADH, y en razón a la cual los jueces y las autoridades de los Estados signantes están obligados a la aplicación prevalente de las normas de la Convención, así como de la interpretación que de la misma ha efectuado la Corte IDH en sus sentencias.

1.2 Las formas de ejercicio del control de convencionalidad.

El control de convencionalidad tiene desde su origen una dualidad, que conlleva a la presencia de dos formas de ejercicio, las cuales se distinguen tanto en la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana (Corte IDH, Caso Gelman, 2011) como en la doctrina como el control concentrado y el control difuso (Villalba , 2015), cada uno de los cuales tiene un ámbito de

ejercicio, tanto en sentido material, esto es a la manera como es realizada, como funcional, esto es respecto de a quién corresponde su ejercicio

1.2.1 El control concentrado de convencionalidad

Se conoce como control concentrado el que es ejercido de manera directa por la Corte IDH al momento de determinar la compatibilidad de las normas internas de los Estados miembros con las de la convención, el cual ejercita en virtud de su función de velar por la denominada supremacía de los derechos humanos, y la prevalencia de su protección.

Autores como Brewer (2013) determinan que este es el control propio u original, que se da en virtud de la función de la Corte Interamericana como suprema intérprete de la Convención, y de su deber de aplicación y promoción de la misma

El fundamento de este control se encuentra en el desarrollo de los artículos 2⁶, 33⁷ y 64⁸ de la CADH, los cuales contemplan el deber de los Estados de adoptar las disposiciones de derecho interno para permitir el correcto ejercicio de los derechos y libertades convencionales, así como la competencia de la Corte Interamericana para emitir consultas sobre la compatibilidad

⁶ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

⁷ Artículo 33. Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:

a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y
b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

⁸ Artículo 64. 1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

de las normas internas de los Estados, y para conocer de asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes.

El control ejercido en este ámbito por la Corte Interamericana consiste en que, dentro del trámite de consultas, o en desarrollo de los casos sometidos a su conocimiento la Corte realiza una confrontación del derecho interno de los Estados para determinar en qué eventos el mismo debe ser modificado con miras a que su contenido y aplicación no constituyan una inconvencionalidad, que como lo determina Santofimio pueda acarrear una responsabilidad del Estado (Santofimio, 2013).

La Corte dentro del ejercicio del control concentrado ha incluido la evaluación de todo tipo de fuentes de derecho, lo que implica que dentro de su competencia puede revisar la conformidad de la Constitución (Corte IDH, Caso la última tentación de Cristo, 2001) , la Ley (Corte IDH, Caso Kimel, 2008), los Decretos (Corte IDH, Castillo Petruzzi y Otros, 1999) y la jurisprudencia (Corte IDH, Supervisión de Cumplimiento caso Gelman, 2013) de un Estado, con las normas del Pacto de San José, al igual que de la interpretación que del mismo se ha efectuado por parte de la misma Corte.

En ejercicio del control concentrado la Corte Interamericana ordena a los Estados la modificación, derogación, o anulación de las normas, que resultan contrarias a la convención americana o a la interpretación que el mismo tribunal ha efectuado, llegando a determinar eventos en los que se hace necesaria la institución de reformas para que las instituciones jurídicas de los Estados se adecuen a la convención, tal como sucedió en el caso Kimel Vs Argentina, en

el cual se obligó a la modificación del tipo penal de injuria y calumnia, para generar una excepción en su aplicación respecto de los servidores públicos.

Como resulta evidente el control concentrado de convencionalidad se encuentra radicado de manera exclusiva en la Corte Interamericana de derechos humanos, por tanto en este ámbito el ejercicio del mismo limita a dicho organismo, el cual es el único dentro del SIDH con la facultad para ejercerlo.

1.2.2 El control difuso de convencionalidad

El control difuso de convencionalidad, si bien no es el primero en hacer presencia en la doctrina jurisprudencial interamericana, como lo determina Villalba (2015) constituye la forma más típica de ejercicio del mismo.

Consiste el control difuso en la obligación inicialmente impuesta a los jueces nacionales, en todos los ordenes jerarquicos y funcionales existentes, a ejercer el control de convencionalidad al momento de aplicar el derecho, lo que significa que siempre deben al momento de resolver los casos sometidos a su conocimiento emplear de manera directa y prevalente las normas de la CADH, así como la interpretación realizada de las mismas por parte de la Corte Interamericana.

De esta manera el juez al momento de resolver un asunto jurídico sometido a su conocimiento debe determinar si las normas jurídicas nacionales, resultan aplicables en el caso concreto de conformidad con la Convención Americana, pues en el evento en que exista una

inconventionalidad en la resolución del asunto, es imperativo dejar de aplicar las normas nacionales, para dar paso a la prevalencia de la Convención o de su interpretación, dando de esta manera una supremacía absoluta a los derechos humanos.

Esta modalidad del control de convencionalidad tiene su fundamento en el artículo 29 del Pacto de San José, el cual en su literal b⁹ impone el deber de interpretación las normas de la Convención, en sentido de que de ninguna manera es posible limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad reconocido por ella. Con base en este criterio interpretativo, la Corte IDH ha impuesto a los jueces nacionales el deber de aplicación directa y prevalente de las normas convencionales al momento de resolver un asunto en que se vean involucrados derechos humanos.

El control difuso como determina Villalba (Villalba, 2015) implica la imposición de la supremacía de los derechos humanos lo cual indica que en consideración de la Corte Interamericana los mismos generan un precepto superior de aplicación directa e inmediata, que permea y resulta prevalente en todo el ordenamiento jurídico de los Estados, por lo cual no es factible que los jueces o los organos estatales desconozcan los mismos so pretexto de aspectos como la seguridad nacional (Corte IDH, Caso Suarez Rosero, 1997), o la soberania estatal (Corte IDH, Caso La última tentación de Cristo, 2001).

El ejercicio del control difuso en contrario al concentrado, tiene como su nombre lo indica una serie de destinatarios más amplia, pues como lo definió la Corte Interamericana en el Caso

⁹ Artículo 29. Normas de Interpretación

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

Almonacid Arellano Vs Chile (Corte IDH, Caso Almonacid Arellano, 2006), el mismo es ejercido por jueces como parte del aparato del Estado. Con lo cual se incluye la totalidad de los organos propios del poder judicial, quienes deben realizar el control al momento de tomar las decisiones en los casos sometidos a su conocimiento.

La indicación de los funcionarios judiciales como principales recepcionarios del control de convencionalidad ha sido ampliada por la propia Corte en el caso Mendoza Vs Argentina (Corte IDH, Caso Mendoza, 2013), al igual en la Supervisión de Sentencia del Caso Gelman Vs Uruguay (Corte IDH, Supervisión de cumplimiento caso Gelman, 2013), en los cuales se ha determinado que el mismo no recae unicamente sobre los jueces, sino que esta a cargo de todos los organos y autoridades del Estado, sin importar si su naturaleza es o no jurisdiccional, indicando que en ejercicio de cada una de las competencias constitucionales o legales, cualquier organismo de los Estados signantes de la Convención tienen el deber jurídico de aplicación prevalente de la misma, al igual el de ceñirse estrictamente a las interpretaciones realizadas por la Corte Interamericana en sus decisiones, sobre el alcance de determinado derecho.

1.3 El control de convencionalidad de las sentencias de la Corte IDH.

Sin adentrarnos aún en la discusión referente a que la aplicación prevalente de las normas contenidas en un tratado internacional, presenta problemas tanto desde la óptica del iusnaturalismo como del positivismo jurídico, los cuales serán abordados más adelante. Es necesario plantear de manera general que la existencia de esta problemática constituye un importante punto de partida para el estudio que se aborda en el presente aparte, pues el mismo se funda principalmente en que si bien es cuestionable la aplicación prevalente de las disposiciones

de los tratados internacionales sobre derechos humanos, la misma encuentra asidero en la existencia de figuras como la contemplada en el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia. Sin embargo, no lo es así el que la Corte IDH, considere que la totalidad de las interpretaciones vertidas en sus sentencias constituyen objeto de control de convencionalidad, por lo que es necesario revisar los fundamentos de dicha postura.

En la sentencia dictada en el caso de los Trabajadores Cesados del Congreso contra Perú (Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso, 2006) la Corte Interamericana acudió a una consideración relativa a la necesidad de que los Estados signantes de la convención acogieran como criterio las interpretaciones dadas en sus sentencias, con lo que definía un sistema de aplicación de precedentes jurisprudenciales, según el cual la existencia de una postura reiterada de la Corte en lo que refiere a determinadas disposiciones de la convención constituía una fuente de aplicación futura para casos analogos, constituyendose en un criterio para la misma Corte, el cual los Estados debían tomar en consideración al momento de acudir a la misma.

El anterior concepto empezó a ser superado en diversos pronunciamientos, y finalmente en la sentencia del Caso Gelman Vs Uruguay (Corte IDH, Caso Gelman, 2011), así como en la Supervisión de cumplimiento de la misma (Corte IDH, Supervisión de Cumplimiento caso Gelman, 2013), la Corte reemplaza la existencia de un simple sistema de precedente, por la obligación de que sobre sus sentencias se deba ejercer por parte de los órganos nacionales un control de convencionalidad, lo cual resulta relevante, pues implica una aplicación directa y e imperativa de la interpretación vertida en sus decisiones, con lo cual no se está ante un simple

precedente jurisprudencial, sino plenamente ante una fuente de alcance normativo, que vincula y obliga a los Estados, sin que exista la posibilidad de ser aplicada en contrario.

Al respecto la Corte ha precisado dos alcances de esta especie del control de convencionalidad, uno que refiere al que debe ser ejercido respecto de las sentencias en las cuales el Estado ha sido parte, y otro que corresponde al acogimiento del contenido interpretativo de aquellas decisiones en las que el Estado no ha tenido dicha calidad.

En lo que respecta al primer alcance, el mismo tiene como contenido concreto el de la cosa juzgada, e implica que a todas las autoridades de un Estado destinatario de determinada interpretación de la Convención vertida en una sentencia, quedan sujetos materialmente a la decisión, esto es tanto a los elementos resolutivos de la misma, como a su *ratio decidendi*, y por ende los mismos son de aplicación prevalente respecto del ordenamiento jurídico interno, sin que se pueda realizar ningún tipo de salvedades, o aplicaciones en contrario. Este alcance tiene una aplicación directa al caso concreto, y no se diferencia de ninguna manera del efecto de todas las sentencias jurisdiccionales a las cuales las partes quedan totalmente vinculadas.

Villalba describe este alcance en su aplicación en el sentido en que “ *ninguna objeción se presenta, con relación a que los fallos de la Corte IDH deben ser cumplidos y acatados por los tres poderes del Estado, en el marco interno de cada uno de los países condenados*” (Villalba, 2015, pag. 532)

El segundo alcance, refiere a lo que se ha denominado por la doctrina el efecto *erga omnes* de las interpretaciones que la Corte realiza en sus sentencias (Villalba, 2015), en virtud de

este la Corte IDH ha determinado que su papel de principal intérprete de la convención genera que al realizarse de su parte la exégesis de las reglas convencionales, la totalidad de los Estados bajo su jurisdicción quedan supeditados al acatamiento de la misma; lo que implica que existe el deber de atender la jurisprudencia de la Corte al momento de definir situaciones análogas, so pena de incurrir en circunstancias de las que puede devenir una responsabilidad internacional.

Esta postura de la Corte Interamericana se fundamenta en considerar la existencia de lo que se ha denominado por la jurisprudencia y la doctrina como *corpus iuris* convencional, dentro del cual se encuentra que la jurisprudencia de la Corte forma parte de la Convención, y por tanto genera efectos *erga omnes*, aspecto que resulta particularmente llamativo, ya que al tener las decisiones de dicho Tribunal un contenido concreto sobre las disposiciones de un Estado, es claro que el alcance de la *ratio decidendi* recae solo sobre estas, sin que pueda desligarse con facilidad de que manera es posible otorgarle a ello un alcance con pretensión universal.

Partiendo de las premisas enunciadas previamente, el control de convencionalidad sobre las decisiones de la Corte IDH debe ser realizado por la totalidad de las autoridades de los Estados signantes de la convención, y la obligación de estar al tanto de las determinaciones de la Corte y de su alcance se convierte en un imperativo, en la medida en que dicho organismo le ha dado a las mismas un efecto de alcance absoluto, que convierte su contenido no en un criterio interpretativo, sino propiamente en una regla de aplicación superior¹⁰.

¹⁰ Al respecto se puede revisar el libro “Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos” autores: Nathalia Chacón Triana , Jaime Alfonso Cubides Cárdenas, Luis Felipe Díaz Mantilla , Alfonso Jaime Martínez Lazcano, Daniel Ricardo Vargas Díaz , Tania Giovanna Vivas Barrera de Colecciones JUS público de la Universidad Católica de Colombia, especialmente el capítulo IV: Influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Control de Convencionalidad (CC): análisis de dos casos paradigmáticos.

2. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

La Corte Interamericana de Derechos Humanos les ha dado las interpretaciones vertidas en sus sentencias en virtud de su propia doctrina jurisprudencial, un alcance normativo propio de la CADH, aspecto que resulta esencial para el análisis del problema que hemos planteado en el presente escrito, pues las mismas no se encuentran cobijadas por el *pacta sunt servanda* que funda la naturaleza vinculante de las normas contenidas en los tratados internacionales para los Estados que los signen, esto de conformidad con la Convención de Viena sobre derecho de los tratados del año 1969¹¹.

Es por ello que habrá de analizarse la manera como el principio de subsidiariedad obra respecto del control de convencionalidad de las Sentencias de la Corte IDH, para poder definir si el mismo efectivamente es un imperativo vinculante para los Estados que se encuentran bajo su jurisdicción.

Como se verá más adelante el principio de subsidiariedad¹² tiene su fundamento en el derecho natural, constituyéndose en el orden justo que define las competencias que le son

¹¹ En su parte tercera sección primera, contiene las reglas que rigen el cumplimiento de las disposiciones contenidas en los tratados internacionales de la siguiente manera:

PARTE III

Observancia, aplicación e interpretación de los tratados.

SECCION PRIMERA Observancia de los tratados.

26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

¹² El principio de subsidiariedad del derecho natural ha sido adoptado por el derecho internacional desde el tratado de Maastricht, incluyéndolo como una regla a seguir con miras a determinar en qué eventos corresponde a los tribunales internacionales resolver determinados casos que en principio son de resorte de los Estados, sentido que fue seguido igualmente por la CADH.

propias a los órganos que hacen parte de una sociedad, en virtud de lo cual emerge como base fundamental del andamiaje jurídico, con especial atención a la función de generar normas vinculantes que permitan la aplicación material de la justicia.

Es entonces la subsidiariedad un principio que responde a la justicia, por lo cual habrá de revisarse su operatividad, con miras a definir bajo que supuestos las interpretaciones vertidas en las sentencias de la Corte IDH resultan vinculantes con el alcance que el control de convencionalidad les otorga, ya que en aquellos eventos en que las decisiones de dicho tribunal no resulten acordes con el principio de subsidiariedad resultan injustas, y se adecúan a lo dicho por Santo Tomas en cuanto a que:

“A su vez, las leyes pueden ser injustas de dos maneras. En primer lugar, porque se oponen al bien humano, al quebrantar cualquiera de las tres condiciones señaladas: bien sea la del fin, como cuando el gobernante impone a los súbditos leyes onerosas, que no miran a la utilidad común, sino más bien al propio interés y prestigio; ya sea la del autor, como cuando el gobernante promulga una ley que sobrepasa los poderes que tiene encomendados; ya sea la de la forma, como cuando las cargas se imponen a los ciudadanos de manera desigual, aunque sea mirando al bien común. Tales disposiciones tienen más de violencia que de ley. Porque, como dice San Agustín en *I De lib. arb.*: La ley, si no es justa, no parece que sea ley. Por lo cual, tales leyes no obligan en el foro de la conciencia” (Santo Tomas de Aquino, Parte I-II, cuestión 96, art. 4).

Los principios del derecho natural resultan fundantes de toda la juridicidad, por lo cual cualquier fuente de derecho requiere contrastarse con los mismos para que pueda ser exigible, tal es la situación que acontece en el caso de las decisiones de los tribunales internacionales con el principio de subsidiariedad, este entendimiento del derecho natural es claro para Vallet de Goytisoló quien afirma:

“Así, dijo que siempre el edificio del derecho, en su base profunda y verdaderamente sólida, el ideal de la razón y justicia, se apoya en la fuerza del *donne*. Así entendido el derecho natural se

mantiene como principio supremo de toda elaboración propiamente científica del derecho positivo, anterior y superior, como tal a las combinaciones prácticas que constituyen y conforman su puesta en acción, variable y algo artificial a pesar de su importancia preponderante que permanecen cuidadosamente distintas” (Vallet de Goytisolo, 1976, ps. 19 y 20)¹³

2.1 Origen, y concepto del principio de subsidiariedad

En medio de la presencia cada vez más voraz del modelo político liberal- capitalista, que generó la crisis bursátil de 1929, al igual que del surgimiento de sistemas de gobiernos totalitaristas como el comunismo, el fascismo y el nazismo, se presenta la discusión acerca de la planeación de un modelo social, económico, de gobierno y jurídico que permita la protección del individuo y de los grupos sociales intermedios, para que estos puedan ejercer autónomamente sus competencias propias, sin que el Estado las absorba imponiéndole modelos y formas de acción contrarias a su propia naturaleza. En ese contexto, y en virtud de la conmemoración de los cuarenta años de la *Rerum Novarum*¹⁴ de León XIII, aparece uno de los aportes más importantes por parte del Magisterio y la Doctrina Social de la Iglesia a la filosofía social, como lo es el principio de subsidiariedad, que plantea un principio de orden natural que permea los ámbitos sociales, económicos y políticos, y permite la realización de los mismos dentro de un orden justo tendiente a la consecución del bien común.

¹³ Sobre este punto puede leerse igualmente Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomas de Aquino, de Juan Vallet de Goytisolo En F. d. Juan B Jordano Barea, Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro. Madrid: Tecnos. Al igual que el Compendio de filosofía del derecho de Michel Villey de la Universidad de Navarra, específicamente el tomo referido a los medios del derecho en su capítulo III que refiere a los fundamentos naturales del derecho.

¹⁴ Publicada en 1891 su importancia radica en que en la misma el Papa se refiere a las condiciones de las clases trabajadoras, y hace una serie de disquisiciones acerca de lo nocivos que resultaban los sistemas liberales y socialistas, , proponiendo como solución a dichas propuestas absolutistas una organización socioeconómica que más tarde se llamaría corporativismo, en el cual por medio de la asociación se buscara privilegiar los derechos de los trabajadores y a la propiedad privada.

El concepto del principio de subsidiariedad se da el 15 de mayo de 1931 en el contenido de la encíclica *Quadragesimo Anno*¹⁵ de Pio XI, en la cual se le consagra de la siguiente manera:

“como un principio firmísimo de la filosofía social, principio definitivo e inmutable, que no hay que arrebatar a los individuos para confiar a la comunidad aquello que los individuos pueden realizar por su propio esfuerzo e industria. Así también es una injusticia y un gran mal social, así como una perturbación del recto orden, transferir a un orden más amplio y elevado funciones que pueden ser desempeñadas y satisfechas por organismos inferiores y subordinados” (PIO XI, 1931).

No obstante el término fue acuñado en la mencionada encíclica *Quadragesimo anno*, es posible arraigar su concepción en la filosofía clásica, tal como lo determina Bernard Dumont al afirmar que *“la lectura del primer capítulo de la Política de Aristóteles nos hace saber que la sociabilidad del hombre empieza en el microcosmos que es la familia, pero nos dice que ésta, a pesar de todo lo precioso que tiene en favor del hombre (es su “hogar”), resulta sin embargo una sociedad imperfecta, que no dispone de recursos suficientes para permitir a sus miembros encontrar todo lo necesario para el cumplimiento de su naturaleza”*. (Dumont, 2010, p. 863). Esto en virtud del reconocimiento clásico del hombre como un ser naturalmente político, que no es nada distinto de su concepción como un ser esencialmente social, para el cual es indispensable para el cumplimiento de sus fines propios, la convivencia con sus congéneres, por tanto la vinculación con éstos a través de grupos sociales, y a su vez la conformación de la comunidad política que está unida y junto a estas pequeñas sociedades.

¹⁵ En su contenido se habla sobre restauración del orden social y su perfeccionamiento en conformidad con la ley evangelizadora, con el cual busca plantear una solución a los regímenes totalitarios que atentan directamente contra el ser humano.

La importancia de la precisión terminológica del principio de subsidiariedad como parte de la filosofía social y jurídica, resulta basilar en el estudio del mismo, ya que con ello se encuadra a éste como rector de las relaciones que se generan dentro de una sociedad, partiendo del entendimiento de la misma como una *“pluralidad compleja de entes sociales, trabados entre sí, sobre los que la comunidad política constituye una unidad de orden”* (Sánchez Agesta, 1961, p. 7), lo cual determina la necesidad de la coexistencia de una serie de órdenes que permitan la operatividad que rijan la sociedad, para que la misma logre la consecución del bien común, que es el fundamento único de un orden justo¹⁶.

El principio de subsidiariedad ha tenido su desarrollo doctrinal tomando como punto de partida el concepto de Pío XI, ocupándose principalmente de la forma como el mismo es concebido, y de la manera cómo opera en las sociedades orgánicas, con miras a definir de qué manera estas pueden alcanzar los postulados propios del bien común.

La subsidiariedad entiende la pluralidad social, como la existencia natural de sociedades que componen la comunidad política, en virtud de lo cual se hace necesaria la presencia de un principio de orden natural que permita regular la manera como éstas se relacionan entre ellas, y como se encuentran vinculadas con la finalidad última de la sociedad.

Es así como la presencia de diversos entes sociales, hace necesaria la existencia de un orden de convivencia, que permita que los mismos respondan a unos principios y valores

¹⁶ Es claro que para que una comunidad logre sus cometidos, cada uno de los miembros y órganos que le componen deben responder a unas reglas, las cuales se introducen en cada orden de acuerdo a su propia competencia, así pues, el padre pone las normas en su casa, el alcalde en su ciudad, pero todos dentro del respeto de sus propios ámbitos, atendiendo a un interés general, y cumpliendo siempre hacia el cuerpo menor un rol de asistencia y complementariedad la cual solo es necesaria ante la incapacidad del otro cuerpo social.

fundamentales, que logre que los fines que persiguen cada uno de estos se dispongan al fin social, es así como lo define Luis Sánchez Agesta “*estos grupos tienen fines propios, y la sociabilidad plural del hombre no solo hace que el hombre pueda participar en diversos grupos, sino que su conciencia es capaz de discernir esta compleja trama de intereses que los diversos grupos representan y oponerlos entre sí, o enfrentarlos con valores políticos*” (Sanchez Agesta, 1961, p. 8)

En virtud de la naturaleza orgánica de la comunidad política, no puede hablarse de la existencia de una sociedad única, sino la presencia de diversas sociedades, dentro del entramaje de la sociedad política entendida como un todo y representada por el Estado moderno, es por ello que dentro del mismo cada una de las comunidades existentes cumplen con funciones que le son propias, y que no deben, ni pueden ser reemplazadas, pues de las mismas se desliga el cumplimiento del fin social, que no es nada distinto a la consecución del bien común, entendido como lo define Danillo Castellano:

“el bien propio de todo hombre en cuanto hombre y por esto bien común a todos los hombres. Un bien, pues, que no es público ni privado; un bien además que no viene dado por elementos o un conjunto de elementos exteriores al hombre. Al contrario, es un bien intrínseco a la naturaleza del ser humano inalienable. Es también el bien propio de la comunidad política, puesto que está constituida por hombres y otras sociedades humanas naturaleza (familia y sociedad civil) que existen en función de bienes del hombre pero que no se hallan en la condición de ayudar al hombre (cosa que la comunidad política hace principalmene con el ordenamiento jurídico justo) a conseguir el bien, que- por lo que respecta al tiempo- es la vida auténticamente humana, esto es, la vida conducida de conformidad con el orden natural del ser humano” (Castellano, 2013, p. 24)

Es entonces la unidad plural, la que hace que los diversos entes sociales se encuentren recíprocamente vinculados, y es esta reciprocidad la que hace que sea necesario que cada uno de

estos cumplan con una finalidad específica para poder alcanzar la finalidad social (el bien común), para lo cual cada organización social debe ejercer las competencias que le son propias, y respecto de las mismas existir una complementariedad entre sí, y frente a ellos por parte del Estado como órgano final de la comunidad política.

Dentro de una sociedad subsidiariamente organizada, la pluralidad de comunidades ayuda y coordina el orden político, para lo cual cada una de ellas desarrolla de manera autónoma sus competencias propias, pero dentro de un orden jerárquico, así las cosas el entendimiento del principio de subsidiaridad implica una unidad *secundum quid*, que significa que toda estructura orgánica tiene su razón de ser en el desarrollo independiente de las competencias por parte de las distintas comunidades, las cuales reciben eventualmente la ayuda del Estado como organización política en aquellos eventos en que la misma sea necesaria para cumplir con el fin social. Bernard Dumont detalla lo anterior en el entendido de que

“el simple hecho de describir así los cuerpos sociales según sus necesidades de perfección indica un sentido: el ser humano debe ser ayudado desde su llegada al mundo, no puede vivir sin un socorro (*subsidium*) de sus semejantes, socorro a su vez sometido a las exigencias de un ordenamiento que deriva de una obligación de la naturaleza. Por consiguiente, todas las empresas parciales, individuales o colectivas, y la comunidad política misma, son por esencia complementarias, subsidiarias. Ontológicamente, “la sociedad es para el hombre”, la familia para cada uno de los miembros, el gobierno para los gobernados, y así sucesivamente” (Dumont, 2010, ps 83 y 84).

La conceptualización que se realiza sobre el principio de subsidiariedad hace necesario traer a colación la manera como Juan Vallet de Goytisolo aborda el mismo al determinar que *“las comunidades humanas son de diferentes grados y órdenes y la más elevada de ellas es la comunidad civil ordenada para ser de por sí suficiente a la vida humana, por lo cual es la más*

perfecta” (Vallet de Goytisolo, 1976, p 747). De lo que se desprende que, en toda sociedad existen de manera natural diversas organizaciones o cuerpos intermedios dentro de la misma, pero cada de una de ellas con el cumplimiento de unas funciones específicas que permita la concreción de los bienes y fines de la vida humana, lo que se complementa con la cita que del P. Urdánoz hace el mismo Vallet de Goytisolo:

“la sociedad política, que es la sociedad temporal perfecta, se superestructura sobre las otras sociedades inferiores y naturales, al menos genéricamente, como familias, municipios, sindicatos, etc., a las que la sociedad civil viene a complementar. Por lo mismo debe respetar las ordenaciones de los individuos a esos bienes comunes inferiores con los derechos inherentes a los mismos, a la vida familiar, de asociación, etc. La ordenación pues, de los individuos al bien común social no significa la absorción de todas sus actividades, sino el respeto para esas primeras sociedades- las cuales ya limitan así el poder del estado- y la función supletoria y perfectiva de las mismas. El llamado principio de subsidiariedad” (Vallet de Goytisolo, 1976, p. 747).

Es entonces, el principio de subsidiariedad el que establece una unidad en el orden dentro de la comunidad política, según la cual cada organización social debe desarrollar las competencias que le son dadas de manera natural, y respecto de las cuales el Estado debe permitir su ejercicio autónomo, y proveer de ser necesario la ayuda correspondiente, para que, a través de la concreción de estas funciones sociales, se llegue a la consecución del fin social último cual es el bien común.

2.2 Naturaleza del principio de subsidiariedad.

En desarrollo del estudio del principio de subsidiariedad se han generado por la doctrina diversas interpretaciones sobre su naturaleza, la primera acerca de que la misma es limitativa o supletoria, la segunda que lo entiende como un principio positivo que especifica la naturaleza de la intervención del Estado, la tercera que lo entiende como un elemento que busca la acción

positiva del Estado para encaminarla al bien común, y una cuarta que lo entiende como un principio de división de competencias.

Quienes interpretan la subsidiariedad como limitativa o supletoria, parten de que la misma se contrapone al principio de totalidad, por ello autores como Fellermeier determinan que la consecuencia del principio subsidiariedad es que “*las diferentes formas de la sociedad y la personas que se unen en ellas poseen plena independencia en el cumplimiento de las misiones de su esencia*” (Fellermeier, 1960, ps. 74-74). Esta interpretación indica que la naturaleza limitativa de la subsidiariedad hace que el Estado, tenga como deber fijar los deberes de las comunidades supraordinadas, buscando generarles condiciones que permitan su desenvolvimiento, ejercicio dentro del cual debe ser especialmente cuidadoso para que la superioridad no le haga absorber las funciones propias de estos órganos de la sociedad. En este entendimiento la ayuda termina convirtiéndose en una suplencia, según la cual la comunidad superior sólo puede intervenir cuando las comunidades no pueden cumplir con la misión que les corresponde (Sánchez Agesta, 1961, p 13).

La subsidiariedad así entendida se opone a la totalidad¹⁷, pues significa necesariamente la prescripción de una serie de límites sociales, que aparecen a partir de los fueros competenciales de cada una de las comunidades intermedias, y del respeto por el ejercicio de las mismas, lo que se convierte en una garantía de su autonomía, la cual resiste cualquier intervención que no tenga como fin la ayuda para el cumplimiento de los cometidos, ante la insuficiencia para lograr los mismos (Geppert, 1955, p 85).

¹⁷ En lo que atañe al derecho la totalidad lleva generalmente a una aplicación injusta del mismo, ya que se generaliza una interpretación que se impone en todos los casos sin atención a los hechos y razones concretas que rodean la situación particular a ser resuelta.

La interpretación positiva del principio de subsidiariedad, entiende el mismo no como un límite, sino como la especificación de la naturaleza de la intervención del Estado, y fundan la misma en la idea del bien común. En este sentido la subsidiariedad no significa una simple limitación a la intervención del Estado, sino que se concibe como el principio que orienta las relaciones del Estado con las sociedades que lo conforman, y la función subsidiaria consiste en la ayuda que corresponde al Estado como misión propia, que busca garantizar el bien común, por lo cual es su deber actuar en subsidio, e incluso sustituir o reemplazar las competencias de los órganos intermedios cuando sea necesario en la consecución de los fines (Calvez & Perrin, 1961, ps 410-420).

Una tercera interpretación de la naturaleza de la subsidiariedad, concibe el principio como un elemento que busca la acción positiva del Estado para encaminarla al bien común, de acuerdo con esta concepción, la función subsidiaria y el bien común son expresiones de una misma idea, pero entiende a la función subsidiaria como complemento del principio de solidaridad que vincula de manera general a la comunidad y a sus miembros, y respecto del cual la subsidiariedad precisa qué funciones corresponde tanto al órgano jerárquico superior, como a los demás órganos que componen el mismo, todo orientado sobre un solo eje fundamental, que es la consecución del bien común.

Quienes sostienen esta postura describen el principio de subsidiariedad como:

“ayuda para el propio desenvolvimiento. Y por ello este principio legitima toda la acción que emprenda la sociedad para poner a sus miembros en situación de realizar un pleno desenvolvimiento de su personalidad por el impulso propio de sus propias fuerzas y la actuación de las facultades y disposiciones que le han sido concedidas por el Creador. El conjunto de las posibilidades que son creadas a través de esa acción de la sociedad es lo que llamamos bien

común, que viene así a proyectarse como eje del principio de subsidiariedad” (Sanchez Agesta, 1961).

Finalmente, quienes entienden el principio de subsidiariedad como un principio de división de competencias, determinan que el Estado tiene como misión permitir que todos los miembros de la comunidad cumplan las tareas que les corresponden, y que debe prestar la ayuda necesaria para el desenvolvimiento de dichas funciones, con lo cual entienden que la división del poder es en sí mismo fundamental en una sociedad de composición plural, que otorga a cada grupo una misión de la que es responsable, lo cual resulta indispensable para la consecución del bien común, por lo que el Estado debe velar por la correcta ejecución de las competencias distribuidas, pues las funciones dadas en ellas al ser necesarias, requieren que eventualmente deba ayudarse en su concreción, para lo cual puede llegar a imponerse límites, adoptarse sanciones o ejercer la suplencia sobre las sociedades que tienen las mismas a cargo, así como asistir y auxiliar a estas sociedades (Johannes , 1984, pàg 255-264 y 732).

En la totalidad de las interpretaciones sobre la naturaleza del principio de subsidiariedad se hacen presentes dos elementos que resultan esenciales del mismo, el primero la presencia de una definición de competencias de los grupos sociales, competencias que son, en principio, naturales, es decir, vienen de la misma naturaleza de esos grupos y no de la definición que de ellas pueda hacer la ley, las cuales deben ser respetadas por el Estado, para que estos puedan desarrollarlas con autonomía, y un segundo elemento es la colaboración o ayuda que debe cumplir el Estado, para que estas competencias se ejerzan en debida forma y permitan la consecución del bien común. Estos dos elementos resultan los pilares fundantes de una sociedad que opera de manera subsidiaria, en la cual se permite que cada una de las partes cumplan sus

funciones, asegurándose de que reciban del Estado la ayuda que sea necesaria para el desarrollo de las mismas, que éstas se constituyen en elemento esencial para el bien común.

El principio de subsidiariedad no es una norma sociológica o una disposición simplemente legal. Es un principio de derecho natural, pues Pío XI lo presenta como “inalterable” al estar basado en “la justicia. Por lo tanto, el recto ordenamiento jurídico, social, económico, de una comunidad política se hace en base a este principio que está en la misma naturaleza de las cosas, y por tanto influye para que las determinaciones que sean tomadas por un Tribunal como es el caso de la Corte IDH resulten vinculantes y por ende repercute en la exigibilidad del control de convencionalidad¹⁸.

2.3 El ejercicio de la función subsidiaria.

Delimitado conceptualmente el principio de subsidiariedad y su naturaleza, es necesario con miras a poder resolver el problema jurídico correspondiente a la exigibilidad del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad, revisar de qué manera opera el ejercicio de la función subsidiaria, pues dicha forma de operar es el pilar fundamental que permitirá revisar si existe o no subsidiariedad entre la Corte IDH y los Estados firmantes del Pacto de San José de Costa Rica.

El principio de subsidiariedad busca comprender las relaciones que se generan entre el individuo y la comunidad, así como la forma como esta sociabilidad natural genera multiplicidad de sociedades que se sitúan jerárquicamente dentro de la comunidad política.

¹⁸ Esto ya que solo las acciones verdaderamente subsidiarias resuelven concretamente los casos mirando una solución justa al mismo.

La existencia de esta serie de funciones y fines propios de las sociedades que hacen parte del Estado como comunidad política, hace necesario revisar de qué forma el mismo puede actuar frente a ellas, con miras a cumplir los cometidos del bien común¹⁹.

Resulta claro que entre las diversas sociedades que hacen parte de la comunidad política existe una relación, que las liga con la consecución del bien común, por lo cual el poder político requiere generar un orden que permita definir y deslindar las competencias que corresponden a cada uno de los grupos humanos. Para dicho cometido el poder político que ejerce el Estado, debe definir de manera imperativa, la distribución y coordinación de esferas de acción, para que a su vez cada uno de estos grupos puedan de manera autónoma cumplir con las competencias que le son que le son propias, es decir, asignadas por su naturaleza y no por el Estado y aportar lo que le corresponde para la consecución del bien común.

Luis Sánchez Agesta describe la manera cómo opera la subsidiariedad de la siguiente forma:

“la imagen de la sociedad que se deriva de ese principio es la de una pluralidad de comunidades, cuyo desenvolvimiento ayuda y coordina el orden político, respetando la autonomía de sus funciones propias. Este orden, es un orden jerárquico en el que la función subsidiaria del Estado se define con modos específicos: dirigir, vigilar, urgir, castigar. Y adviértase que estas misiones se definen a su vez como de la exclusiva competencia del Estado. La metáfora orgánica que lo define como una ayuda a los miembros del cuerpo social acentúa esa idea de un orden jerárquico,

¹⁹ La sociedad siempre se encuentra ordenada orgánicamente de manera natural, esto se puede ver en los roles que corresponden a cada individuo dentro de la misma, y los cuales al ser incumplidos generan una lesión respecto del cometido general del bien común, como lo que sucede cuando la persona que está encargada de entregar los medicamentos a los enfermos de un hospital no acude a cumplir su función a la hora estipulada, con lo cual puede afectar gravemente la salud de quienes se encuentran internados.

integrado por diversos miembros y regido por una cabeza que dirige, vigila, urge y sanciona” (Sanchez Agesta, 1961, p. 11).

El texto de Sánchez Agesta, siendo correcto en el fondo, amerita dos observaciones: primera, la autonomía de los grupos sociales no es meramente funcional, sino natural, esto es, fundada en la naturaleza de las cosas; segunda, el Estado no sólo dirige, vigila y castiga, sino que también: auxilia, socorre, corrige, asiste y, en última instancia, *suple*²⁰.

De esta manera la función subsidiaria tiene que partir de la definición de las competencias que de acuerdo con la naturaleza le corresponden a cada órgano de la comunidad política, pues con base en las mismas, el Estado debe permitir y procurar su correcto ejercicio, lo que implica direccionarlo al bien común, vigilar su cabal cumplimiento, urgir a su cumplimiento en los eventos en que no se esté dando, sancionar cuando la función sea definitivamente incumplida, así como asistir y auxiliar para que los diversos grupos sociales cumplan la misión que por naturaleza tienen. Estos son los medios de ayuda que le son dables al Estado, cuya intervención nunca puede llegar a absorber la función de los cuerpos intermedios, para tomarla para sí, pues la finalidad de la función subsidiaria es que, en desarrollo de un orden social, cada uno de los grupos y los individuos que hacen parte de los mismos cumplan los cometidos que le son dados naturalmente para alcanzar: el bien propio con el que se colabora al logro del bien común.

Respecto de este aspecto resulta indispensable determinar que cada uno de los grupos sociales tienen finalidades parciales dentro del todo de la comunidad política, pero que estos fines implican intereses que pueden estar contrapuestos, por lo que el Estado debe ordenar estos,

²⁰ Estas funciones permitirían por ejemplo que la Corte IDH en casos concreto si pueda generar supuestos que resulten subsidiarios frente a los Estados.

de modo tal que estén proporcionados al fin total (bien común), y que no entren en confrontación entre sí.

La operatividad del principio de subsidiariedad deviene como se ha sostenido en varias oportunidades de la naturaleza social del hombre, en la cual es necesario que los diversos grupos que conforman la comunidad política respondan a una ley que permita una soberana armonía, la cual se produce a través del orden subsidiario que corresponde reconocer e imperar de manera colaborativa al Estado.

Para analizar la forma cómo opera la función subsidiaria se hace necesario revisar la manera como las comunidades políticas se conforman de forma natural, para lo cual puede acudir a la ejemplificación que hace Vallet de Goytisoló de la siguiente manera:

“El hijo nace y vive en la asociación doméstica, ese fundamento divino de las asociaciones humanas. Las familias se agrupan entre sí de una manera conforme a la ley de su origen y de esta manera, forman aquellos grupos superiores que llevan el nombre de clases: las diferentes clases se consagran a diferentes funciones: unas cultivan las artes de la paz, otras las artes de la guerra; unas conquistan la gloria, otras administran la justicia, y otras acrecientan la industria. (...)

Esto desde el punto de vista social. Desde el punto de vista político, las familias se asocian en grupos diferentes: cada grupo de familias constituyen un municipio; cada municipio es la participación común de familias que le forman, y de la variedad de los municipios se forma la unidad nacional” (Vallet de Goytisoló, 1981, ps. 305 y 306)

Tenemos entonces que desde la formación misma de la comunidad política, los cuerpos sociales que hacen parte de la misma existen con fundamento en una serie de competencias que deben cumplirse de manera autónoma, dentro de un orden unitario *secundum quid*²¹, pues el

²¹ Esto es acorde con las competencias que le son propias, y que genera como obligación el ejercicio de las mismas.

origen y la naturaleza de cada cuerpo intermedio le dota de una finalidad específica que le corresponde para alcanzar el bien común, por lo cual el Estado como órgano social superior solo interviene mediante el ejercicio de las facultades que le son propias, pero siempre en pro de prestar la colaboración para que cada uno de los grados asociativos logre la consecución de los bienes requeridos para alcanzar el fin último de la sociedad.

Una de las mejores formas de entender cómo el desarrollo de las competencias propias de los grupos sociales solo puede ser intervenida por el Estado en pro de la consecución de sus fines últimos, se da en el análisis de la función de enseñanza de los hijos, sobre ella es claro que corresponde a los padres, por lo que se constituye en una obligación inexcusable a su cargo. Es por ello que las leyes que se instituyan por el Estado deben disponer de los medios necesarios para el ejercicio de esta competencia, convirtiéndose estos medios en un derecho en favor de los padres, para que de manera autónoma dentro de la familia como grupo social básico, puedan proveer la enseñanza a sus hijos, por lo cual el Estado no puede más que generar reglas que permitan la plena autonomía, para la escogencia del tipo de enseñanza que se les va impartir, el acceso libre a la misma, así como permitir la imposición de reglas que permitan el cabal desarrollo de las actividades propias de la instrucción académica que reciben los hijos. Sobre esta competencia propia de la familia, y en cabeza de los padres, el Estado solo puede aparecer a ejercer un rol de ayuda o colaboración, el cual como lo describe Cantero consiste exclusivamente en:

“hacer cargo de la enseñanza en aquello en que la sociedad, la iniciativa privada resulte insuficiente. Pero ha de hacerse de acuerdo con la finalidad propia de la enseñanza y conforme al bien común. Lo que quiere decir que la enseñanza no cambia de naturaleza, ni de finalidad por el hecho de que se encargue de parte de ella (en lo que sea necesario en cada circunstancia de tiempo y lugar), el Estado. Lo único que varía es el sujeto que la proporciona” (Cantero, 1982, p. 155)

De esta forma tenemos que el ejercicio de la función subsidiaria implica que el Estado tiene una serie de facultades para dirigir, vigilar, urgir, sancionar, ayudar, facilitar y asistir las competencias que deben ser ejercida por los grupos sociales que componen la comunidad política, esto para generar un orden que permita la armonización de los fines de cada una de las comunidades intermedias, para que los mismos se dirijan hacia la consecución del bien común, y que en los eventos en que estas comunidades pequeñas no puedan ejercer sus competencias solo es posible de manera temporal ejercer una suplencia sobre las mismas, sin que sea posible absorber completamente la misma, pues ello conlleva la desaparición del cuerpo intermedio en su razón de ser.

Así las cosas, la subsidiariedad en sentido positivo es entendida como la asistencia y ulterior suplencia mediante la cual el Estado ayuda a las entidades más pequeñas, de lo cual se desprenden una serie de implicaciones negativas, que impone al Estado abstenerse de restringir las competencias propias de las comunidades menores.

Lo discurrido implica que solo cuando estas competencias se cumplen cabalmente se puede por parte del Estado emitir normas vinculantes para la sociedad, situación que tiene aplicación analógica respecto de las Corte IDH en el control de convencionalidad, pues el mismo solo puede ser aplicado cuando con el mismo se de prevalencia a las funciones subsidiarias del orden justo, y por ende se constituya en justicia materialmente hablando.

2.4 El principio de subsidiariedad en la CADH.

El principio de subsidiariedad propio del derecho natural, cuyo origen se da en la doctrina social de la iglesia, empezó a tener en el siglo XX una mayor utilización en la medida en que fue recogido por el derecho internacional, al incluirlo en diversos tratados internacionales, como la CADH y el tratado de Maastricht en la Unión Europea, por lo cual su uso ha sido llevado desde el plano del derecho natural al derecho positivo, sin que ello ignore su origen.

Ello hace que el principio de subsidiariedad se convierta en una de las más afincadas formas de desarrollo de las diversas relaciones que se presentan en las comunidades políticas, esto por la necesidad de que dentro de las mismas se respeten ciertos ordenes que permitan a cada uno de sus integrantes el correcto desarrollo de sus diversas funciones.

Clásicamente como se ha venido anotando el principio de subsidiariedad opera como constitutivo de una sociedad organizada de manera autárquica y jerárquica de acuerdo con la naturaleza de las cosas, permitiendo de esta manera el desarrollo de las libertades civiles y políticas dentro de la comunidad, pues con el mismo se busca de manera natural un desarrollo autónomo de las funciones que le son propias a cada órgano, para a partir del mismo validar la intervención de los entes superiores solo en pro de la colaboración necesaria para el logro de los cometidos propios del bien común.

El anterior contenido del principio, debe ser contrastado con la práctica del mismo, para poder llegar a definir si efectivamente la manera como el derecho internacional lo ha acogido responde realmente a lo que en sustancia se ha entendido como subsidiariedad.

La prescripción del principio en los tratados internacionales sobre derechos humanos ha partido de la instauración de un modelo de funcionamiento de la denominada comunidad internacional, y ha partido de la protección de los derechos humanos con una pretensión universal y de aplicación uniforme de los mismos, como sustento de las intervenciones subsidiarias.

De esta manera habrá de estudiarse en el caso concreto del SIDH la manera cómo opera el principio de subsidiariedad, ello a fin de contrastarlo con el principio del derecho natural, y revisar la manera en que se relacionan de manera directa con la exigibilidad que tenga el control de convencionalidad de las Sentencias de la CIDH.

La CADH en su artículo 1.1²² consigna el compromiso de los Estados en la protección de los derechos y libertades consagrados en ella, lo que constituye la base fundamental del SIDH, ya que a partir de dicha obligación, corresponden a sus órganos el deber de vigilar, y ayudar en pro de que se cumplan los cometidos de garantía y prevalencia de dichos derechos y libertades.

En virtud del deber de ayuda que corresponde al SIDH, el preámbulo de la CADH consagra la subsidiariedad como principio²³ de la jurisdicción del SIDH, el cual se funda en que la misma solo obra con posterioridad a que se agoten los mecanismos propios de la jurisdicción

²² 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

²³ Lo define de la siguiente manera: Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

interna de los Estados, señalando principalmente que el Sistema Interamericano es un coadyuvante en la implementación y protección de los derechos humanos.

Los artículos 46.1.a²⁴ y 61.2²⁵ de la convención describen la manera cómo opera la subsidiariedad, contemplando el primero una regla según la cual para acudir a la jurisdicción interamericana, es necesario que se hayan interpuesto y agotado todos los recursos de jurisdicción interna, entretanto el segundo determina que la Corte Interamericana sólo puede conocer los hechos que constituyan violaciones a los derechos humanos, cuando se hayan agotado los procedimientos ante la Comisión Interamericana, en los cuales se debe verificar el agotamiento de los recursos internos en cada caso.

Este concepto ha sido desarrollado históricamente por la Corte IDH, y se encuentran antecedentes entre otros en el Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras en el cual la se fijó el siguiente criterio: *“La regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta “coadyuvante o complementaria” de la interna (Convención Americana, Preámbulo)”* (Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, 1988, párrafo. 61).

²⁴ Artículo 46. 1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:

a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos

²⁵ Artículo 61

2. Para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50.

En la Sentencia Caso Las Palmeras Vs. Colombia, precisó la especial relevancia procedimental que reviste el agotamiento de los mecanismos internos al afirmar que:

“La Convención Americana es un tratado multilateral mediante el cual los Estados Partes se obligan a garantizar y a hacer efectivos los derechos y libertades previstos en ella y a cumplir con las reparaciones que se dispongan. La Convención es la piedra fundamental del sistema de garantía de los derechos humanos en América. Este sistema consta de un nivel nacional que consiste en la obligación de cada Estado de garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención y de sancionar las infracciones que se cometieren. Ahora bien, si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en la que los órganos principales son la Comisión y esta Corte. Pero, como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, la protección internacional es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. En consecuencia, cuando una cuestión ha sido resuelta definitivamente en el orden interno según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla a esta Corte para su “aprobación” o “confirmación”.

En el presente caso, el Consejo de Estado de Colombia ha decidido en última instancia que el Estado es responsable por la muerte de Artemio Pantoja Ordóñez, Hernán Javier Cuarán Muchavisoy, Julio Milciades Cerón Gómez, Edebraes Norverto Cerón Rojas y Wilian Hamilton Cerón Rojas. Las sentencias que así lo deciden no han sido objetadas en este aspecto por las partes. Por lo tanto, la responsabilidad de Colombia quedó establecida en virtud del principio de cosa juzgada.” (Corte IDH, Caso Las Palmeras ,2001, párrafo. 33 y 34).

En decisión posterior en el caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador definió sobre la idoneidad de los mecanismos adecuados y efectivos y la posibilidad de que ante la ausencia de ellos se acuda a la jurisdicción del SIDH:

“Es obligación del Estado determinar las razones y motivos que llevan a las autoridades internas a declarar un estado de emergencia y corresponde a éstas ejercer el adecuado y efectivo control de esa situación y que la suspensión declarada se encuentre, conforme a la Convención, “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”. Los Estados no gozan de una discrecionalidad ilimitada y corresponderá a los órganos del sistema interamericano, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer ese control en forma subsidiaria y complementaria. En este caso, la Corte analiza la conformidad de los actos estatales

en el marco de las obligaciones consagradas en el artículo 27 de la Convención, en relación con las otras disposiciones de la Convención objeto de la controversia” (Corte IDH, Caso Zambrano Vélez, 2007, párrafo. 47).

Resulta igualmente relevante en punto del desarrollo del principio de subsidiariedad la Sentencia del caso Manuel Cepeda Vargas Vs Colombia, en la cual el voto concurrente del Juez Diego García-Sayán definió respecto del mismo lo siguiente:

“El principio de subsidiariedad del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos implica que recae en los Estados- a través de sus órganos y autoridades internas- la responsabilidad primaria de respetar y garantizar en el ámbito de su jurisdicción los derechos humanos recogidos en las normas internacionales de protección y cumplir con las obligaciones internacionales que de ellas se derivan. Antes bien, los garantes en primera línea de la protección de los derechos humanos están llamados a ser los tribunales y autoridades nacionales. (...) Los operadores internacionales no intervienen sino ahí donde el Estado ha fallado en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. En consecuencia, el principio de subsidiariedad establece un mecanismo adecuado para definir los límites de la jurisdicción internacional y las obligaciones de las autoridades nacionales” (Corte ID H, Caso Manuel Cepeda Vargas, 2010, Voto Concurrente Garcia- Sayán, parr 9).

En ese mismo sentido es importante el pronunciamiento realizado en el caso Masacre de Santo Domingo contra Colombia en el que se dio aplicación al principio en estudio de la siguiente manera:

“Así, en el fondo de ese caso la Corte destacó que los tribunales contencioso administrativos no establecieron todos los alcances de la responsabilidad estatal, aun cuando estaban llamados a hacerlo. Luego, en el capítulo de reparaciones de ese caso, y en atención a que una reparación integral y adecuada no puede ser reducida al pago de compensación a las víctimas o sus familiares (pues según el caso son además necesarias medidas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición), la Corte tomó en cuenta las indemnizaciones otorgadas en dichos procesos, considerando que “de existir mecanismos nacionales para determinar formas de reparación [que satisfagan] criterios de objetividad, razonabilidad y efectividad para reparar

adecuadamente las violaciones de derechos declaradas”, tales procedimientos y sus resultados “pueden ser valorados”. No obstante, si esos mecanismos no satisfacen tales criterios, corresponde a la Corte, en ejercicio de su competencia subsidiaria y complementaria, disponer las reparaciones pertinentes.

Lo anterior significa que se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se toman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad.” (Corte IDH, Caso Masacre de Santo Domingo, 2012, párrafo. 142 y 143)

El concepto de subsidiariedad consignado en las Sentencias de la Corte IDH no se adecúa al principio estudiado sustancialmente, pues este último como se vio previamente se constituye en la acción positiva del Estado para ayudar a las comunidades intermedias a lograr sus fines mediante el ejercicio de sus competencias, como a su vez en un límite al obrar de éste . Por el contrario, la interpretación convencional del principio indica que el mismo no es nada distinto que una distribución administrativa de competencias, según la cual sobre un mismo caso puede existir un pronunciamiento de la jurisdicción nacional, pero una vez agotada la misma, y sin ningún criterio sustancial sobre ello, puede entrar la jurisdicción internacional a juzgar estos mismos hechos, e imponer un criterio de aplicación o interpretación, en virtud de su propia competencia.

Lo anterior, encuentra un primer sustento en que la concepción de subsidiariedad contenida en la Convención Americana no refiere a la distribución de competencias entre las diversas sociedades que componen una comunidad política, así como tampoco impone límites a la intervención del denominado SIDH, pues ninguno de sus componentes delimita o adjudica competencias a cada uno de los Estados, así como tampoco consagra que la intervención del Sistema, específicamente de la Corte Interamericano, sea solo de manera excepcional, ni mucho menos que el mismo cumpla con una función de ayuda suplementaria cuando la finalidad que se tiene con la función a cargo de los Estados no es alcanzada, por el contrario se desprende de las normas que regulan el principio que la Corte siempre tiene el derecho de intervenir, con lo cual se trata de una competencia eminentemente procesal, que le es delegada de manera absoluta, presentandose la Corte siempre como sustituta de los Estados, pues puede conocer los asuntos que provienen de los mismos atendiendo siempre a sus propios criterios de aplicación de la convención.

Un segundo fundamento del que se desprende que el alcance del principio de subsidiariedad en la Convención se aleja de la concepción originaria del mismo, es que en ella no se consigna ningún criterio que permita el ejercicio autónomo de competencias reglamentarias en materia de derecho humanos por parte de los Estados, ya que la Corte es enfática en determinar que la aplicación debida por las autoridades judiciales internas debe ceñirse a lo prescrito por la Corte misma, sin que les sea dable desarrollar su competencia de manera independiente, con lo cual el Tribunal regional entra a suplir cualquier posible acción de los Estados en materia de Derechos Humanos.

Esto último resulta más claro de la lectura del voto parcialmente disidente del Juez Manuel E. Ventura Robles en el caso Manuel Cepeda Vargas Vs Colombia, en el cual se determina que:

“Todos estos textos, donde se define la subsidiariedad del Sistema Interamericano, lo que significan es que hay un antes y un después, uno o varios procesos internos y uno internacional ante la Comisión Interamericana y otro ante la Corte Interamericana, cada uno con sus procedimientos y límites propios, que ninguno de los cuales debe, en razón del fin invadir criterios o etapas de los otros, los que tienen su propia naturaleza en razón del fin que cada uno cumple. Así el criterio o el procedimiento para determinar una reparación o monto que se determine en la jurisdicción interna, es un elemento, entre otros, para legitimar el sometimiento o no del caso ante la Corte o para encontrar una solución amistosa, pero no un criterio para fallar un aspecto de un caso ya sometido a la jurisdicción de la Corte, tal como lo explicita el artículo 62.1 de la Convención. La naturaleza de la jurisdicción de la Corte es única e indivisible y como consecuencia de esto, los montos o el monto de la reparación lo determina la Corte siguiendo sus propios procedimientos, criterios y costumbres y no los de la jurisdicción interna, por razonable que sea el monto fijado o por apropiado el procedimiento seguido, como ocurrió con el Consejo de Estado de Colombia en este caso. El actuar apropiado del órgano interno no es razón suficiente para que la Corte, en uso de su jurisdicción o competencia contenciosa, asuma partes de este procedimiento interno” (Corte IDH, Caso Manuel Cepeda Vargas, 2010, voto parcialmente disidente Ventura Robles, p. 2).

Queda en esta postura explicitado que el principio de subsidiariedad de la CADH tiene una naturaleza eminentemente procesal, y no sustancial, pues como se ve, lo único que atañe a su aplicación, es que la Corte Interamericana es la única competente para definir la manera como se aplican las normas convencionales, y que lo que tiene que ver con la subsidiariedad para acudir a ella, corresponde únicamente a la presencia de requisitos de procedibilidad, consistentes en el agotamiento de los mecanismos internos de cada uno de los Estados. Así lo visualiza Alfonso Santiago cuando refiere que:

“Prima facie diremos que la regla del agotamiento previo de los recursos internos es una manifestación de la vertiente procesal del principio de subsidiariedad en materia de derecho internacional de los derechos humanos. En esta línea es importante recordar que el artículo 1° del Estatuto de la Corte IDH define la naturaleza y régimen jurídico del tribunal: “la Corte IDH es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad de la citada Convención y del presente Estatuto” (Santiago, 2013, ps 445 y 446).

La subsidiariedad de la CADH opera como una delegación entregada al SIDH, para que conozca tras el agotamiento de unos requisitos de procedibilidad aquellos casos que se presentan dentro de los Estados, en los cuales entra a complementar y a integrar el derecho nacional.

En cuanto al criterio al que acude la Convención Americana para que sea justificada la intervención subsidiaria, el mismo refiere a la insuficiencia o ineficacia de las jurisdicciones nacionales, frente a lo cual habrá de hacer una conjunción con la existencia del control de convencionalidad, pues de esta última se desliga que los Estados están totalmente obligados a la aplicación imperativa y con raigambre normativa de la Convención y de las interpretaciones que de la misma realiza la Corte Interamericana, lo que indica que la competencia para la aplicación de las reglas sobre Derechos Humanos es exclusiva de ésta, y que los Estados no tienen ninguna facultad autónoma al respecto, pues solo tienen un deber absoluto de adoptar las medidas internas para generar la prevalencia de la Convención y de las interpretaciones de la misma, con lo cual desaparece cualquier colaboración subsidiaria, y se pasa a la absorción plena de competencia por parte del SIDH, pues a la luz del mismo siempre será insuficiente e ineficaz el ejercicio jurisdiccional que no se encuentre conforme con las reglas establecidas por la Corte IDH.

En este sentido en decisiones como la tomada en el caso Acevedo Jaramillo Vs Perú (Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo, 2006), la Corte determinó que la competencia del Estado está restringida únicamente a resolver las violaciones de derechos humanos en el orden interno, para lo cual debe atender todos los postulados propios de la Convención Americana, y de las interpretaciones que de la misma ha efectuado la Corte IDH, pues de lo contrario deberá afrontar su responsabilidad en la jurisdicción internacional.

Este criterio fue adoptado en el caso de la Masacre Santo Domingo Vs Colombia, en el cual se determina que la intervención de la Corte se sustenta en la medida en que el Estado no haya subsanado la irregularidades generadas sobre los derechos humanos por sus propios medios, sin embargo recordó que los mismos deben ser adecuados a los lineamientos de la convención al manifestar que:

“La Corte recuerda que la regla del previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios. Lo anterior significa que no sólo deben existir formalmente esos recursos, sino que también deben ser adecuados y efectivos, como resulta de las excepciones contempladas en el artículo 46.2 de la Convención” (Masacre de Santo Domingo Vs Colombia, 2012, párrafo. 33)

Resulta entonces claro que más que una función subsidiaria, lo que opera en el caso de la Convención Americana es una delegación plena de la competencia en cuanto a la aplicación y alcance de los derechos humanos en los Estados firmantes de ella, pues tal como lo determina el voto concurrente del Juez García Ramírez en el caso Yatama Vs Nicaragua “*el Tribunal regional de derechos humanos no constituye una nueva instancia para revisar las resoluciones de los órganos judiciales, sino una instancia única, de carácter internacional, dispuesta a definir el*

alcance los derechos humanos contenidos en la Convención Americana, mediante la aplicación e interpretación de ésta” (Corte IDH, Caso Yatama, 2005, voto concurrente García Ramírez párrafo 4).

Resulta pertinente realizar una digresión acerca de como la Corte IDH y la CIDH han delimitado que su intervención subsidiaria no constituye una función de cuarta instancia respecto de los casos que llegan a su conocimiento.

Al respecto la Sentencia del Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador determinó lo siguiente:

“La Corte reitera que el esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que el Tribunal deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos, para establecer su compatibilidad con la Convención Americana. A la luz de lo anterior, se deben considerar los procedimientos internos como un todo, incluyendo las decisiones de los tribunales de apelación. La función del tribunal internacional es determinar si la integralidad del procedimiento, inclusive la incorporación de prueba, se ajustó a la Convención.” (Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs Ecuador, 2012, párrafos. 22 y 23)

De acuerdo con lo consignado en la sentencia reseñada, la Corte IDH define que su competencia se circunscribe de manera exclusiva a un análisis de compatibilidad de los procedimientos internos con la CADH, por lo cual no le corresponde realizar una revisión sobre la forma en que los jueces nacionales han dado aplicación al derecho interno.

En igual sentido la Sentencia del Caso Palma Mendoza contra Ecuador definió sobre la excepción preliminar de cuarta instancia propuesta lo siguiente

“Este Tribunal ha establecido que la jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario, por lo que no desempeña funciones de tribunal de “cuarta instancia”. A la Corte le corresponde decidir si, en el caso de que se trate, el Estado violó un derecho protegido en la Convención, incurriendo, consecuentemente, en responsabilidad internacional. La Corte no es, por tanto, un tribunal de alzada o de apelación para dirimir los desacuerdos que tengan las partes sobre determinados alcances de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales en derechos humanos” (Corte IDH, Caso Palma Mendoza Vs Ecuador, 2012, párrafo 16.)

“Asimismo, la Corte ha indicado que para que la excepción de cuarta instancia sea procedente, sería necesario que el solicitante busque que la Corte revise el fallo de un tribunal interno “en virtud de su incorrecta apreciación de la prueba, los hechos o el derecho interno, sin que, a la vez, se alegue que tal fallo incurrió en una violación de tratados internacionales respecto de los que tenga competencia el Tribunal”⁸. Ello, en el marco de lo señalado por la jurisprudencia reiterada del Tribunal, que ha advertido que la determinación de si las actuaciones de órganos judiciales constituyen o no una violación de las obligaciones internacionales del Estado, puede conducir a que la Corte deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la Convención Americana” (Corte IDH, Caso Palma Mendoza Vs Ecuador, 2012, párrafo 18.)

La subsidiariedad del SIDH refiere directamente a las obligaciones internacionales de los Estados, lo cual tiene como implicación que la misma no se va a ocupar de las divergencias interpretativas o probatorias que se presenten frente a los jueces de instancia, sino que su jurisdicción se va a enmarcar dentro de la revisión concreta de si las actuaciones transgreden o no los derechos y libertades consagrados en la CADH.

Este mismo parametro ha sido adoptado previamente por la CIDH en el caso Marzioni Vs Argentina, al definir que su competencia esta dada para estudiar la existencia de violaciones a la

convención sin que le este dado intervenir en lo que corresponde a la jurisdicción de los Estados, ello se puede ver en los siguientes apartes:

“La protección internacional que otorgan los órganos de supervisión de la Convención es de carácter subsidiario. El Preámbulo de la Convención es claro a ese respecto cuando se refiere al carácter de mecanismo de refuerzo o complementario que tiene la protección prevista por el derecho interno de los Estados americanos.

La regla del agotamiento previo de los recursos internos se basa en el principio de que un Estado demandado debe estar en condiciones de brindar una reparación por sí mismo y dentro del marco de su sistema jurídico interno. El efecto de esa norma es asignar a la competencia de la Comisión un carácter esencialmente subsidiario.

El carácter de esa función constituye también la base de la denominada "fórmula de la cuarta instancia" aplicada por la Comisión, que es congruente con la práctica del sistema europeo de derechos humanos. La premisa básica de esa fórmula es que la Comisión no puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención.

La Comisión es competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando ésta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso, o que aparentemente viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención. Si, en cambio, se limita a afirmar que el fallo fue equivocado o injusto en sí mismo, la petición debe ser rechazada conforme a la fórmula arriba expuesta. La función de la Comisión consiste en garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados partes de la Convención, pero no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia”. (CIDH, Informe No 39, 1996, párrafos 48 a 51)

La consideración de que el SIDH en virtud de la subsidiariedad cumple con unas competencias especiales, que no pueden llegar a convertirse en una instancia adicional, sino que

corresponde a una única instancia internacional es clara en el siguiente pronunciamiento de la CIDH: *“En las sociedades democráticas, en que los tribunales funcionan en el marco de un sistema de organización de los poderes públicos establecido por la Constitución y la legislación interna, corresponde a los tribunales competentes considerar los asuntos que ante ellos se plantean. Cuando es evidente que ha existido la violación de uno de los derechos protegidos por la Convención, la Comisión tiene competencia para entender en el caso”*. (CIDH, Informe No 39, 1996, párrafo 60)

Es entonces el principio de subsidiariedad contenido en la CADH, de naturaleza eminentemente procesal, ya que el mismo opera mediante una distribución administrativa y delegada de competencias, según la cual tras el agotamiento de los mecanismos y recursos internos de protección de los Derechos Humanos, la Corte Interamericana actúa como única instancia dentro de la jurisdicción internacional de carácter regional, y en virtud de ello impone a los Estados su interpretación y aplicación de las normas convencionales, las cuales sustituyen cualquier acción que sobre dicha materia hayan adelantado los Estados.

3 LA EXIGIBILIDAD DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE CONFORMIDAD CON EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.

Revisada la figura del control de convencionalidad, y presentado conceptualmente el principio de subsidiariedad, habrá de abordarse la temática sobre si el primero resulta exigible de manera imperativa a los Estados signantes de la CADH.

Para dicho propósito se analizará en un primer momento el caso concreto del ordenamiento jurídico colombiano y la forma como en el mismo se ha adoptado la figura del bloque de constitucionalidad como mecanismo de inserción de las normas internacionales de derechos humanos, ello para definir si es admisible vía subsidiariedad la aplicación prevalente al control de convencionalidad propuesto por la Corte Interamericana. En un segundo momento, se realizará el contraste de la figura del control de convencionalidad con el principio de subsidiariedad del derecho natural, para determinar si el mismo cumple con los requisitos que el orden justo impone para que sea exigible, y se convierta en vinculante para los Estados signantes del Pacto de San José.

3.1 El control de convencionalidad de las sentencias de la Corte IDH y su exigibilidad en el ordenamiento jurídico colombiano.

El control de convencionalidad de las Sentencias de la Corte IDH, en especial su pretensión de prevalencia en los ordenamientos jurídicos de los Estados parte de la CADH, plantea un problema al derecho positivo, especialmente a su sistema de fuentes formales, por lo

que se hace necesario realizar la revisión de la manera como en el ordenamiento jurídico colombiano se realiza la integración de las normas internacionales, esto teniendo en cuenta que la obligación en el control de convencionalidad que impone la Corte IDH, es una forma de integrar al ordenamiento jurídico la interpretación que ha dado a las reglas de la CADH.

El artículo 93²⁶ de la Constitución Política de Colombia contempla la prevalencia de los tratados sobre derechos humanos en el orden interno, así como el deber de interpretación de los derechos constitucionales de conformidad con el contenido de dichos instrumentos internacionales.

La correcta interpretación del artículo 93 constitucional, requiere su integración con el artículo 230 de la misma carta, según el cual los jueces están obligados únicamente al imperio de la Ley, acepción esta última que refiere al concepto de normas nacionales²⁷, lo que *prima facie* indica que las normas contenidas en los tratados internacionales solo resultan vinculantes cuando han sido insertadas en el ordenamiento jurídico mediante la ratificación que debe efectuar el congreso de conformidad con el numeral 16 del artículo 150 de la carta política.

²⁶ Determina expresamente el artículo: Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, **prevalecen en el orden interno**. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, **se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia**.

²⁷ Diversas posturas existen sobre el alcance de la acepción Ley del artículo 230, desde los autores que consideran que la misma refiere a la Ley en sentido estricto, pasando por aquellos que consideran que ello refiere a la totalidad del ordenamiento jurídico, hasta aquellos que consideran que dicha acepción está totalmente revaluada y superada por un sistema de fuentes en el cual el juez es creador de derecho, al respecto se puede acudir a la lectura entre otros de los textos: La fuerza vinculante de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano de Jaime Orlando Santofimio Gamboa, de la editorial Universidad Externado de Colombia.

El precedente judicial en Colombia papel y valor asignados a la jurisprudencia de Javier Tamayo Jaramillo y Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo (Tamayo Jaramillo & Jaramillo Jaramillo, El precedente judicial en Colombia, 2012) (Santofimio Gamboa, 2010) (Tamayo Jaramillo, Manual de hermenéutica jurídica, 2013) de la Editorial Ibañez en asocio con la Universidad Javeriana.

Manual de Hermenéutica Jurídica de Javier Tamayo Jaramillo de la editorial DIKE.

La Constitución de 1991 adoptó un sistema mixto para la entrada en vigencia de los tratados internacionales, correspondiéndole al ejecutivo en virtud del numeral 2° del artículo 189²⁸ la celebración, entretanto al Congreso le compete ratificarlos mediante la emisión de la Ley aprobatoria con base en el numeral 16° del artículo 150²⁹. A este procedimiento se suma la facultad consagrada en el numeral 10° del artículo 24³⁰, que otorga a la Corte Constitucional la decisión definitiva sobre si el tratado internacional es o no exequible, esto es si se encuentra o no ajustado su contenido a la carta política.

Sobre la competencia del tribunal constitucional es importante precisar, que su naturaleza es absoluta, ya que, la norma de la que se desprende, establece de manera imperativa que la decisión que tome dicha corporación judicial es obligatoria para el ejecutivo, pues este último solo podrá realizar el canje de notas del tratado cuando la Corte Constitucional le haya declarado exequible, en caso contrario no podrá ratificarlo, y en el evento en que la declaratoria de inconstitucionalidad recaiga sobre solo algunas de las normas, se deberá manifestar expresamente la reserva sobre estas.

De esta manera en desarrollo de la revisión formal y material del contenido de los tratados internacionales, la Corte Constitucional evalúa mediante una confrontación directa con la Carta

²⁸ 2. Dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso.

²⁹ 16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.

³⁰ 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

Magna la validez de las normas internacionales y la manera como las mismas deben ser interpretadas y anexadas al derecho interno, para dicho propósito ha adoptado el sistema de integración mediante el denominado bloque de constitucionalidad, figura que debe ser estudiada con miras a determinar si se encuentra en contradicción con el control de convencionalidad, y como actúa respecto del principio de subsidiariedad.

La aparición conceptual del bloque de constitucionalidad en Colombia³¹ se da desde el año 1993 en diversas sentencias como la C-4988/93, C-089/94, C-372/94 y C-555/94, siendo la Sentencia C-225 de 1995, la que le precisó de manera definitiva de la siguiente forma:

³¹ Sobre los antecedentes históricos de la figura la Sentencia C-067 de 2003 consigna lo siguiente: Este concepto amplificado del derecho positivo constitucional tuvo sus orígenes en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés en cuanto le dio valor normativo al preámbulo de la Constitución de 1958. Luis Favoreu sostuvo que fue en el seno del Consejo Constitucional de la Quinta República en donde por primera vez se utilizó el concepto de normas de constitucionalidad (la expresión como tal fue acuñada por la doctrina, no por la jurisprudencia), bajo la denominación de “principios y reglas de valor constitucional”, para hacer referencia al conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la Ley. También en Derecho Administrativo se utilizó la expresión “bloque de legalidad”, importada de Hauriou, para referirse al conjunto de leyes, principios y reglas a que estaba sometida la Administración, que no tenían jerarquía legal. Dice entonces Favoreu que fue en las decisiones D-39 del 19 de junio de 1970 y D-44 del 16 de julio de 1971 en donde el Consejo Constitucional reconoció el valor constitucional del preámbulo de la Constitución de 1958 y, por remisión hecha por el mismo texto, adoptó como normas de rango constitucional la Declaración de los Derechos Humanos de 1789, tal como fue confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946.

Rubio Llorente advierte que después de arraigarse en Francia, el concepto pasó a otros países europeos, como España. Sostiene al respecto que el Tribunal Constitucional español hizo uso por primera vez de la expresión en el fallo STC 10/82 y recuerda que dicho tribunal se refirió al bloque como “a un conjunto de normas que ni están incluidas en la Constitución ni delimitan competencia, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen” (STC 29/1982) (JC, vol III, pág 371).

Otros países del viejo continente adoptaron decisiones similares. Así, por ejemplo, la Constitución austriaca decidió integrar las normas de Derecho Internacional a su bloque de constitucionalidad, mientras que en Italia el ordenamiento jurídico comunitario adquirió por disposición de la misma constitución prevalencia y aplicación preponderante frente al ordenamiento jurídico interno. El artículo 25 de la Constitución de Alemania Occidental establecía por su parte que “las reglas generales de derecho internacional firman parte del derecho federal. Tendrán precedencia sobre las leyes y crearán derechos y deberes directamente para los habitantes del territorio federal”.

Luego de arraigarse en Europa, el criterio del bloque hizo su aparición en la jurisprudencia colombiana, aunque su presentación inicial no fue del todo aceptada.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1886, la idea de que ciertas normas de Derecho Internacional tienen prelación sobre la legislación interna no fue suficientemente esclarecida. La inexistencia de una norma inequívoca que reconociera esa prelación dificultó la admisión de la tesis. Fue esa la razón por la cual la Corte Suprema de Justicia se negó a ejercer el control de constitucionalidad de las leyes frente a los textos de derecho internacional. Se decía que “en ejercicio de la jurisdicción constitucional sólo le es dado confrontar a la Corte la ley con los textos de la Carta, cuya integridad se le ha confiado. Por tanto, no procede el examen del cargo de violación del artículo 1 de la citada Ley 74 de 1968(Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y

“El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*” (Sentencia C-225 de 1995).

El fundamento del bloque de constitucionalidad, se da a partir del reconocimiento de la Constitución como norma de naturaleza abierta, que debe ser integrada con principios, reglas y cánones, que se encuentran fuera de su texto. Ello se ha decantado entre otras en la Sentencia C-028 de 2006 en el siguiente sentido:

“... la normatividad constitucional no es un privilegio exclusivo de los artículos que formalmente integran el texto de la Carta Política, sino que el Estatuto Superior está compuesto por un grupo más amplio de principios, reglas y normas de derecho positivo, que comparten con los artículos del texto de la Carta la mayor jerarquía normativa en el orden interno. En ese orden de ideas, la noción del bloque de constitucionalidad permite vislumbrar el hecho de que la Constitución de un Estado es mucho más amplia que su texto constitucional, puesto que existen otras disposiciones, contenidas en otros instrumentos o recopilaciones, que también hacen parte del mismo...” (Sentencia C-028 de 2006).

El entendimiento de la Constitución como norma abierta, genera una antinomia desde el sistema de fuentes jerarquizadas propias del positivismo kelseniano, que se encuentra inserto en el ya mencionado artículo 230 constitucional, ello en virtud de que el artículo 4° de la propia carta le da estatus de *norma normarum*, lo cual tiene por efecto principal, el que toda oposición entre su contenido y otras normas, implica la primacía del texto constitucional, de lo cual se desprende que existe contradicción en el rango jerárquico que la carta política le ha dado en el

Culturales)”. Los textos del derecho internacional no tenían, en ese sentido, fuerza de referencia para determinar la constitucionalidad de las normas legales.

artículo 93 a los tratados sobre derechos humanos, ya que los mismos no podrían tener de manera alguna la prevalencia que predica dicha norma.

Para resolver la contradicción que referimos en el párrafo que antecede, la Corte Constitucional ha considerado que la armonización de estas dos disposiciones se hace mediante la creación del bloque de constitucionalidad, lo que ha sido fijado como criterio en la Sentencia C- 067 de 2003:

“...Del análisis de los artículos 4º y 93 de la Constitución Política era evidente para la Corte que la coexistencia de dos jerarquías normativas de carácter prevalente constituía un escenario jurídico de gran complejidad; por esta razón, la Corporación entendió que la única manera de conciliar dicha contradicción era aceptando que los tratados internacionales de los cuales Colombia es Estado parte, en los que se reconocieran derechos humanos de conculcación prohibitiva en Estados de excepción, también tenían jerarquía constitucional y conformaban, con el texto del Estatuto Superior, un solo bloque normativo al que la legalidad restante debía sumisión...” (Sentencia C- 067 de 2003).

La consecuencia de la creación de la figura del bloque de constitucionalidad, es que de la interpretación del artículo 93 no se concibe la existencia de una supra constitucionalidad de los tratados internacionales sobre derechos humanos, sino que estos se encuentran en un mismo orden jerárquico al de la constitución, creando junto con ella una unidad, la cual se conforma a partir de las decisiones de la Corte Constitucional sobre la manera en que las reglas, principios o normas del tratado serán insertados en el ordenamiento jurídico colombiano. Así lo afirmó la Sentencia C-028 de 2006, en la que la Corte Constitucional a propósito de la forma como debe ser interpretada en el ordenamiento jurídico interno el artículo 23.2 de la CADH determinó lo siguiente:

“...En efecto, esta Corporación estima que la pertenencia de una determinada norma internacional al llamado bloque de constitucionalidad, de manera alguna puede ser interpretada en términos de que esta última prevalezca sobre el Texto Fundamental; por el contrario, dicha inclusión conlleva necesariamente a adelantar interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen...” (Sentencia C-028 de 2006).

La técnica del bloque de constitucionalidad implica que la inserción e interpretación de las normas que conforman el mismo, debe fundarse exclusivamente en la armonización que sobre la materia concreta efectúe la Corte Constitucional, para lo cual puede determinar en qué eventos el tratado entra sin ningún tipo de condicionamientos como parte integral del bloque, y en cuales es necesaria su armonización, evento en el cual impone una interpretación determinada para que pueda encontrarse ajustada a la Constitución. Ejemplo de la primera de las fórmulas es la contenida en la Sentencias C- 225 de 1995, en la cual se integró al bloque sin condicionamiento alguno el protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra³², entretanto lo son de la segunda las Sentencias C-028 de 2006³³ y C- 500 de 2014³⁴, en las cuales la Corte Constitucional determinó

³² Al respecto dice la Sentencia lo siguiente: “El único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción. Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores”.

³³ Sobre dicho particular la sentencia determina: “El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no se opone realmente a que los legisladores internos establezcan sanciones disciplinarias que impliquen la suspensión temporal o definitiva del derecho de acceso a cargos públicos, con miras a combatir el fenómeno de la corrupción. En igual sentido, la Constitución de 1991, tal y como lo ha considerado la Corte en diversos pronunciamientos, tampoco se opone a la existencia de dichas sanciones disciplinarias, incluso de carácter permanente, pero bajo el entendido de que dicha sanción de inhabilidad se aplique exclusivamente cuando la falta consista en la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado. En suma, contrario a lo sostenido por los demandantes, la facultad que le otorgó el legislador a la Procuraduría General de la Nación para imponer sanciones disciplinarias temporales o permanentes que impliquen restricción del derecho de acceso a cargos públicos, no se opone al artículo 93 constitucional ni tampoco al artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica.”

³⁴ Dice la Sentencia lo siguiente: “La armonización que se plantea no supone integrar al bloque de constitucionalidad la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Ella es un criterio hermenéutico relevante que deberá ser considerado en cada caso. Sin embargo, cuando las normas del tratado se integran al parámetro de control y las autoridades encargadas de interpretarlo establecen una comprensión uniforme, reiterada y clara, no resulta

que la interpretación armónica del artículo 23.2 de la CADH, con la Constitución colombiana, incluye que los derechos políticos se podrán restringir no solo por sentencia de juez penal, sino además mediante el ejercicio de la acción disciplinaria, que no obstante tener naturaleza administrativa, tiene rango constitucional, por encontrarse contemplada por el numeral 6° del artículo 277 de la carta política.

La Corte Constitucional ha distinguido dos sentidos del bloque de constitucionalidad, el primero correspondiente al bloque en *stricto sensu*, y el segundo *lato sensu*, los cuales tienen un contenido específico, al igual que tienen un efecto distinto en la manera como se entienden insertas las normas internacionales en el ordenamiento jurídico nacional.

El bloque *stricto sensu* tal como lo describe Villalba “...compagina una estructura básica fundamental rigurosa e inescindible del contenido constitucional, concretando legitimidad y validez a las disposiciones normativas que componen el sistema jurídico, por cuanto son parte esencial de la Norma Fundamental. Estas normas no pueden ser dejadas de lado por ningún motivo salvo en una reforma constitucional...” (Villalba, 2015, pág. 455).
Hacen parte del bloque en estricto sentido aquellas normas que tienen el mismo nivel de la Constitución, y que se integran a la misma formando un solo cuerpo normativo, así las cosas, lo componen conforme lo ha afirmado la Corte Constitucional en diversas sentencias³⁵ el preámbulo, los tratados que versan sobre límites y sobre derechos humanos ratificados por Colombia, el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, los Convenios de

posible desde la perspectiva de la inserción del estado colombiano en las relaciones internacionales (arts. 9 y 226), abstenerse de considerar esa interpretación al analizar la posibilidad de examinar nuevamente un asunto que, en sede del control abstracto, lo había sido previamente”.

³⁵ Entre otras se pueden observar las Sentencias C- 479 de 1992, C-200 de 2002, C-574 de 1992, C-291 de 2007, C-067 de 2003 y C-028 de 2006

Ginebra y el Protocolo II adicional a los mismos. Todas estas son normas que en principio no tendrían el nivel jerárquico normativo de la constitución, pero que al ser integradas en el bloque obtienen el mismo.

Al hablar del bloque en *lato sensu*, se abarca con el mismo una amplitud mayor de normas, siendo estas como lo anota Quinche “...aquellas a las que remite la Constitución, que sirven como patrón para efectuar el control de constitucionalidad...” (Quinche Ramírez, 2014, pág. 145).

Harán parte entonces de este nivel del bloque de constitucionalidad, aquellas normas que tienen una función interpretativa respecto de las normas constitucionales, sin que entren a ser parte integral de la carta, ni adquieran su nivel jerárquico, sino que sirven como apoyo para su interpretación y aplicación. Villalba determina que hacen parte de ella “...los demás tratados internacionales que no sean de derechos humanos e incluso que lo sean pero que no contengan una intangibilidad de ciertos derechos, las normas de derecho interno que sirven para efectuar control de constitucionalidad, con rango superior a las leyes ordinarias y en especial aquellas disposiciones que tienen relación con el Bloque de Constitucionalidad gracias a una remisión efectuada por alguna norma constitucional...” (Villalba, 2015, p. 456).

El efecto que tiene que la norma pertenezca a uno u otro sentido del bloque de constitucionalidad, es distinto, así lo describe Fajardo “...En efecto, la Corte a partir de 1997, empieza a distinguir entre el sentido *stricto* y el sentido *lato* del Bloque, para diferenciar entre aquellos instrumentos normativos que se sumaban como fuentes materiales formales al texto de

la Constitución y aquellos que se adherían como fuentes de interpretación de las normas constitucionales...” (Fajardo Arturo, 2007, p. 20), es por esto que mientras las normas que componen el bloque en *stricto sensu* son en sí mismas fuentes formales con el mismo nivel jerárquico de la Constitución, las que están en el *latu sensu* solo tienen un alcance interpretativo.

Con base en la conceptualización del bloque de constitucionalidad, como sistema de inserción de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico colombiano, se puede concluir, que ésta es una figura jurídica distinta, que no se subsume en la del control de convencionalidad, ya que entretanto la primera constituye una forma de composición normativa de la Constitución, la segunda es un mecanismo de integración del derecho internacional de los derechos humanos, y en específico de la interpretación que la Corte Interamericana ha efectuado sobre las normas del Pacto de San José de Costa Rica, que no se inserta directamente en la Constitución del Estado.

Es por ello que lo procedente es efectuar un análisis que permita determinar si las figuras son compatibles, o si por el contrario debe existir en el ordenamiento jurídico colombiano la prevalencia de alguna de las dos.

3.1.1 Bloque de Constitucionalidad y control de convencionalidad

Como punto de partida del contraste entre las dos figuras, habrá de acudirse a la función que les corresponde, la cual en el caso del bloque es integradora e interpretativa, mientras que en el control de convencionalidad es la de dotar de eficacia directa a la CADH.

De esta forma el bloque otorga el nivel jerárquico de la Constitución a ciertas normas que no se encuentran insertas en ella, así como les da alcance interpretativo constitucional a otras contenidas en el ordenamiento jurídico nacional, y en tratados internacionales, mientras el control de convencionalidad busca la generación de lo que se ha denominado entre otros por Sagües (2010) un *ius commune* interamericano, dentro del cual se de una única y uniforme aplicación de las normas de la CADH, de conformidad con la exégesis que de la misma realice la Corte IDH.

De lo anterior, se puede extractar que la función del bloque resulta prioritaria en el ordenamiento jurídico colombiano, esto por generar un alcance *erga omnes* sobre las disposiciones que al hacer parte de la Constitución son tenidas como *norma normarum*. En este sentido el control de convencionalidad no puede superponerse al contenido del bloque, ya que el mismo en el caso del ordenamiento jurídico colombiano tiene supremacía sobre cualquier otro tipo de normas, y por ende todo operador jurídico está obligado a la aplicación de ellas de manera prevalente.

Sobre este último aspecto, habrá de contradecirse lo dicho por Quinche (2014) en cuanto a que el bloque de constitucionalidad solo constituye un parámetro interpretativo para el legislador y los jueces, en la forma de ejercer su función, mientras que el control de convencionalidad es una obligación imperativa para todos los operadores judiciales, lo que no resulta adecuado, pues en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico colombiano, el bloque de constitucionalidad, y las normas que le integran, se derivan de la doctrina constitucional, la cual en su acatamiento

es una obligación constitucional de los jueces y todas las autoridades colombianas, tal como lo ha acotado la Corte Constitucional en la Sentencia C-461 de 2013 de la siguiente manera:

“... Las más importantes sentencias de este tipo son aquellas que dicta este tribunal para decidir asuntos de constitucionalidad, esto es, las mismas que los actores denominan sentencias tipo C, bien sea como resultado de una acción ciudadana, bien al término de un trámite de control automático. En todos estos casos, la propia naturaleza de los temas trae como consecuencia que el fallo respectivo tenga efectos erga omnes, es decir, frente a todas las personas. Concretamente son universalmente oponibles los efectos de la cosa juzgada constitucional de que trata el artículo 243 del texto superior, en cuanto todas las personas deben observar la decisión de exequibilidad o inexecutable adoptada por esta Corte, tanto si les favorece como si les perjudica. Por su parte, el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, norma con fuerza de ley aplicable a los procesos y actuaciones que se surten ante esta corporación ratifica este entendimiento al ordenar que “... Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares...” (Sentencia C-461 de 2013)

La primacía del bloque de constitucionalidad resulta aún más clara en la medida en que la Corte Constitucional, ha incluido en el mismo las sentencias de la Corte IDH, pero haciendo parte del mismo en el componente *latu sensu*, pues en las decisiones en que ha aceptado su integración al bloque de constitucionalidad lo ha efectuado como criterio interpretativo, como lo realizó en la Sentencia C-010 de 2000:

“...7- Directamente ligado a lo anterior, la Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la CORTE IDH, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales...” (Sentencia C-010 de 2000)

Lo decantado con precedencia lleva a concluir que en el ordenamiento jurídico colombiano cuando se ha efectuado por parte de la Corte Constitucional un estudio de constitucionalidad de una norma nacional o internacional, y definido su alcance, interpretación e integración a la luz del bloque de constitucionalidad, no es posible efectuar una revisión de convencionalidad diferente a la fijada dentro de la integración del bloque de constitucionalidad, pues ello iría contra un precedente vinculante y obligatorio en el Estado colombiano, por lo cual el control de convencionalidad en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico colombiano se encuentra subordinado al bloque de constitucionalidad³⁶.

³⁶ Algunos pronunciamientos de Magistrados de Altas Corte difieren de este punto, verbigracia de ello se puede leer el salvamento de voto del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, quien respecto de la Sentencia de 5 de marzo de 2014 dictada por la Sala Plena del Consejo de Estado:

“Una interpretación armónica y que salvaguarde el principio pro homine, lleva a sostener que la competencia sancionatoria de la Procuraduría General de la Nación frente a funcionarios popularmente elegidos se extiende, plenamente, para los casos en los cuales uno de tales funcionarios ha incurrido en actos de corrupción, entendiéndose por tales las conductas establecidas en las Convenciones sobre la materia (y que se han señalado supra). En consecuencia, respecto de aquellas conductas que no encuadren dentro de la categoría de “actos de corrupción” se concluye que la Procuraduría General de la Nación no es competente para imponer sanciones disciplinarias a funcionarios elegidos popularmente, por aplicar allí la regla dispuesta en el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es, que se requiere decisión de Juez Penal competente.

Llamarse la atención sobre el diseño institucional como opera en Colombia el control disciplinario frente a funcionarios elegidos popularmente. En la Sentencia SU-712 de 2013, proferida por la Corte Constitucional, la Corte Constitucional defendió la competencia del Procurador General de la Nación acudiendo, entre otras, i) a la interpretación sistemática del artículo 277 superior con otras disposiciones constitucionales así como ii) amparado, en una suerte de interpretación histórica, en los debates dados en la Asamblea Nacional Constituyente sobre el control disciplinario para los funcionarios de elección popular, específicamente quienes se desempeñan como Congresistas de la República. Frente a la alegación de incompetencia de la Procuraduría General de la Nación para adelantar tales actuaciones disciplinarias, con sustento en lo establecido en el artículo 23.2 de la Convención Americana de DD.HH., la Corte respondió a ello apelando, principalmente, al criterio sentado por esa Corporación en la sentencia C-028 de 2006 donde consideró ajustada la competencia del Procurador al efectuar una lectura sistemática de la Convención con otros tratados internacionales sobre lucha contra la corrupción.

De acuerdo con la anterior jurisprudencia constitucional, el juez contencioso administrativo, en sede de tutela, está llamado a advertir que la disfuncionalidad institucional que se revela puede exponer al Estado al incumplimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos, en especial lo consagrado por el artículo 23.2. Si se procede a realizar un control objetivo de convencionalidad de lo consagrado en el artículo 277-6 de la Carta Política, puede resultar una seria contradicción que amerite la exhortación al Ejecutivo o al Legislativo, para se curse la iniciativa de enmienda constitucional, o legal, con el objetivo de adecuar y ajustar la mencionada disfuncionalidad que opera respecto al ejercicio y alcance de las competencias disciplinarias relacionadas con las sanciones de destitución e inhabilidad de servidores públicos de elección popular, en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, siempre y cuando no se trate de supuestos en los que se cuestione, valore o juzgue situaciones de corrupción definidas por las normas internacionales y del ordenamiento interno (a las que se hace referencia en este documento)

La Corte Suprema de Justicia, sigue la línea conceptual previamente sentada, cuando en la Sentencia STC7174-2014 determinó que no era obligatorio el acatamiento de medidas cautelares dictadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuando estas tienen como fundamento interpretaciones jurisprudenciales de la Corte IDH que no se ajustan al bloque de constitucionalidad, aspecto que destaca la providencia en comento de la siguiente manera:

“...Por consiguiente, dar cumplimiento a una recomendación que se basó en un criterio que contradice la propia jurisprudencia de la CORTE IDH, nuestra jurisprudencia constitucional, y nuestra realidad institucional en lo que respecta a la distribución de competencias entre los órganos que conforman la estructura político administrativa del Estado, habría significado un desconocimiento del ordenamiento Superior y del bloque de constitucionalidad, tal como ha sido interpretado por la Corte Constitucional...” (Sentencia STC7174 -2014).

La primacía normativa del bloque de constitucionalidad sobre el control de convencionalidad, está en consonancia con el principio de subsidiariedad consagrado por la CADH, ya que en virtud del mismo no podría imponerse de parte de los órganos del SIDH un modelo diferente al que cada Estado desarrolle para la integración de las normas internacionales, o de interpretación de las mismas, como pretende hacerlo el control de convencionalidad, pues ello resulta contrario al denominado principio democrático que rige en la convención, tal como lo anota Hernández Castaño “...Como ha quedado expuesto, la legitimidad democrática de origen de que goza la Corte IDH no descarta que en ejercicio del control de convencionalidad se pueda extralimitar. Mucho menos justifica por sí sola la superioridad que invoca la Corte en ejercicio de esta competencia, para dar contenido a los derechos humanos y ejercer un control de compatibilidad, y en últimas de validez, al derecho interno de los Estados parte de la Convención que han aceptado su competencia...” (Hernández, 2014, p. 149).

Como se puede notar, el problema que genera el control de convencionalidad al positivismo jurídico, tiene una solución eminentemente formal, que se presenta a partir de la jerarquización de las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico nacional, lo cual como todos los problemas eminentemente positivistas no tienen un contenido sustancial, pues no resuelven la dificultad desde el concepto de justicia, sino a partir de la preeminencia de una norma, lo cual siendo propio de un sistema piramidal kelseniano, solo lleva a que la prevalencia de una figura jurídica se da en virtud del mayor o menor rango que se les haya otorgado, sin atender a su contenido sustancial, lo que llega a generar situaciones contradictorias como que no obstante darse primacía a las interpretaciones del bloque de constitucionalidad, la Corte IDH pueda condenar al Estado colombiano por la violación de la convención en virtud de la aplicación de dichas interpretaciones.

3.2 La inexigibilidad del control de convencionalidad de las sentencias de la Corte IDH de conformidad con el principio de subsidiariedad del derecho natural.

La razón de ser del derecho es la justicia. Como bien es conocido en la visión clásica el derecho y la justicia son una misma cosa, tal como se puede extraer de la concepción del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano que la describe como *ius a iustitia ius est ars boni et aequi*: “El Derecho es justicia, el Derecho es el arte de lo bueno y lo equitativo”, a la cual se debe acompañar el concepto de Ulpiano de la justicia como *est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*: “La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar (conceder) a cada uno su derecho”.

El entendimiento del derecho como lo justo es abordado por Villey al afirmar que “*El derecho mira a la partición de los bienes. Según una fórmula repetida por la mayoría de los filósofos y juristas de Grecia y Roma (muy parecida a la que acabamos de citar de la Ética de Aristóteles), la misión del derecho es dar, asignar a cada uno lo suyo. Suum cuique tribuere (de tribuere: atribuir, asignar, distribuir)*” (Villey, 1979, pág. 80)

El anterior criterio es llevado al plano práctico respecto de la función de administrar justicia, la cual es la materialización efectiva del derecho, lo que entiende Villey de la siguiente forma:

“Apenas podemos comprender por qué esta definición es hoy tan contestada. No hace más que describir la misión del juez ¿Qué hace el juez? Tiene ante sí unos pleiteantes que han acudido a él porque se disputan la repartición de bienes, de créditos o de deudas: un pedazo de tierra, una pensión, el cuidado de un hijo, la situación legal del padre de tal niño, tal función pública, etc. Los despide después de haber asignado a cada uno su parte, sus derechos. El legislador, que es el guía del juez en tanto que contribuye mediante sus leyes a la obra del Derecho, no hace nada distinto. Aristóteles no ha hecho más que describir la intención real de los juristas” (Villey, 1979, págs. 80-81)³⁷.

En dicho sentido y a propósito del estudio que venimos abordando, la respuesta que se da a la exigibilidad del control de convencionalidad, desde el aspecto meramente formal, que fuese abordado en el acápite 3.1, no resulta satisfactoria. Por lo cual se hace necesario realizar el análisis de la figura del control de convencionalidad respecto del principio de subsidiariedad del derecho natural, a fin de determinar si resulta exigible desde el punto de vista sustancial.

³⁷ Sobre esta concepción se puede leer igualmente entre otros los siguientes textos: Alejandro Ordóñez Maldonado, Justicia Disciplinaria de la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud, IEMP ediciones, año 2009. Juan Vallet de Goytisolo, Que es el derecho natural, Editorial Speiro S.A, año 1997. Manuel Atienza, introducción al derecho, editorial Distribuciones Fontarama, año 2005.

Retomando lo dicho en el estudio del principio de subsidiariedad, el mismo corresponde al recto ordenamiento jurídico, social y económico, de una comunidad política, el cual opera a través de una organización que permite el ejercicio autónomo las funciones que de acuerdo con la naturaleza le son propias a los órganos que la componen, para lo cual el órgano superior de la comunidad tiene el deber de dirigir, vigilar, urgir, sancionar, ayudar, facilitar y asistir las competencias que deben ser ejercida por los grupos sociales integrantes de la comunidad política.

Es así como el cumplimiento de la función subsidiaria se impone como obligatorio para la constitución de un orden justo, por lo que, para que el control de convencionalidad responda a los postulados de justicia, entendida en el sentido clásico, debe cumplir íntegramente con una operatividad subsidiaria, pues de lo contrario, no resulta exigible desde el punto de vista sustancial.

Tal como se discurrió previamente el preámbulo de la CADH contempla el SIDH como coadyuvante o complementario al derecho interno de los Estados, lo que en principio resulta de una amplitud tal que, podría tratarse de una función que se presenta como subsidiaria, por lo cual habrá de revisarse si en la práctica dicho sistema, y en específico el control de convencionalidad que se desprende del mismo, cumplen realmente con el principio de subsidiariedad.

La manera como se ha desarrollado la función de complementariedad y coadyuvancia del sistema interamericano, ha redundado tal como se trató en el acápite 2.2 de este escrito, en que la operatividad del principio de subsidiariedad que se desprende sea meramente formal o procesal, convirtiéndose en un sistema de distribución de competencias entre lo que corresponde a los

Estados, y al Sistema Interamericano, pero generando principalmente requisitos de procedibilidad para acudir al mismo, los cuales se limitan al agotamiento de recursos internos y ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Así las cosas, si bien el principio de subsidiariedad se presenta en el preámbulo de la convención como un concepto que podría incluir los deberes de dirigir, vigilar, urgir, sancionar, ayudar, facilitar y asistir, propios de la función del orden natural dentro de la comunidad política, el desarrollo del mismo lo ha vuelto un concepto eminentemente administrativo, tal como sucedió en Europa con el tratado de Maastricht, descrito por Segovia así:

“... No desconozco que en el proceso de unificación de Europa se ha alabado el tratado de Maastricht (1992) porque incorpora en el preámbulo y en su articulado la subsidiariedad, viéndose en ello una posibilidad de reconstrucción de lo social y del gobierno aquende del Estado y el mercado. Aunque no estoy informado de las formas concretas como se le ha instrumentado, me permito notar que tal como se le formula en el Tratado, se trata de un principio de subsidiariedad deformado por una concepción centralista. Así es: el artículo 3 b se refiere primero, implícitamente, a las competencias exclusivas de la Comunidad, que antes ha precisado, y que sólo ella debe llenar, estableciendo de este modo un «coto vedado» a los Estados, los gobiernos, las asociaciones y las redes ciudadanas; luego señala que en las materias que no son de exclusiva competencia de la Unión, ésta intervendrá cuando “los objetivos de la acción prevista ” rebasen las posibilidades de los Estados miembros y, “por su dimensión o por los efectos de la acción en cuestión pueden ser realizados mejor a nivel comunitario” . Tal como entiendo el artículo, este no define una forma de subsidiariedad sino un criterio de distribución de competencias entre la Comunidad y los demás agentes. En todo caso, la subsidiariedad aparece formulada en sentido inverso: no se refiere a lo que las comunidades menores pueden hacer por sí porque corresponde a sus fines, sino a lo que es de competencia de la Unión. La regla es de distribución, no de subsidiariedad; como si dijese: «lo que no hace la Comunidad, hacedlo vosotros». Lo que el gobierno comunitario deja, porque no lo ha creído de su exclusiva competencia, puede entonces tomarlo los Estados miembros y realizarlo con la participación comunitaria o cívica. Y esto no es subsidiariedad. O lo es con mucho esfuerzo y buena voluntad” (Segovia, 2008, págs. 803-804)

Teniendo en cuenta entonces que la operatividad que se le ha impreso al principio de subsidiariedad contemplado en la CADH, la praxis de la Corte IDH lo ha convertido en un mero distribuidor de competencias, sin embargo, atendiendo a lo que lo señala Segovia (2008), este entendimiento puede llegar a ser subsidiariedad con esfuerzo y voluntad, por lo cual ahora se analizara si la figura del control de convencionalidad resulta ajustada al principio de subsidiariedad.

El control de convencionalidad de las Sentencias de la Corte IDH tal como se anotó en la primera parte de este escrito, corresponde, a la obligación a cargo de totalidad de las autoridades de los Estados signantes de la convención, de estar al tanto de las determinaciones de la Corte y de su alcance, para con base en ellas resolver cualquier asunto sometido a su conocimiento, así como adecuar las normas nacionales, convirtiéndose, en un imperativo normativo.

Frente a la figura habrá de decirse que la misma tiene como finalidad la imposición de un derecho común entre los Estados signantes de la convención, pero ella no se impone en virtud de un criterio de justicia, sino con base en el propio criterio de la Corte, en el cual obra como sustituta de los Estados, puesto que sin importar la forma como deba resolverse en cada uno de ellos la situación objeto de debate, es necesario y obligatorio que acaten las posturas previamente provistas por la Corte IDH.

En este punto resulta importante precisar que de conformidad con el principio de subsidiariedad, la asistencia que el órgano superior de la comunidad política ejerce solo puede serlo ante la ausencia de capacidad del órgano intermedio, ello implica que ésta solo puede

ejercerse de manera temporal y sin llegar a absorber por completo la función, es por ello que como lo determina Segovia “*pueden precisarse los campos de acción o libertad de cada uno, sin excluir los de colaboración y, en su caso, de suplencia*” (Segovia, 2008, pág. 804), por lo cual partiendo de dichos campos de libertad es que debe acudirse a determinar si en el caso del control de convencionalidad su imposición es un criterio que responda al orden justo, o si realmente es una verdadera absorción de competencias, que contraría el mismo.

El control de convencionalidad de las Sentencias de la Corte IDH, recae sobre dos ámbitos propios del Estado, el primero la administración de justicia, y el segundo la función legislativa, que se ven afectadas en la medida en que la Corte ordena que una y otra tiene que subordinarse a lo dicho por sus sentencias sobre la aplicación e interpretación de la CADH.

La administración de justicia corresponde a la concreción misma del acto de justicia, para lo cual es necesario acudir a lo dicho por Santo Tomás “... *el acto de la justicia, referido a la propia materia y al sujeto, se expresa cuando se dice que da su derecho a cada uno; porque, como dice Isidoro en el libro Etymol, llámese justo porque guarda el derecho. Pero, para esto, es decir, para que cualquier acto sobre alguna cosa sea virtuoso, se requiere que sea voluntario, que sea estable y que sea firme, porque el Filósofo dice, en II Ethic, que para el acto de la virtud se requiere: primero, que se obre sabiendo; segundo, eligiendo y por un fin debido; y tercero, que se obre indefectiblemente*” (Santo Tomas de Aquino, Parte II-II cuestión 58, art. 1.) El acto de justicia, en el que consiste el derecho, es entonces aquel en el que se da a cada uno lo que le corresponde, para lo cual es esencial que se obre con pleno conocimiento y en busca de un fin

debido, componentes que son esenciales al juez, que por ende debe ser aquel que conoce el contexto de los hechos, así como los fines sociales de la comunidad política.

De esta forma es claro que la imposición de las determinaciones que en justicia corresponden deben ser tomadas por el juez que está más cerano a la realidad de cada caso concreto, y no por un juez que no se encuentra inserto dentro de la comunidad política particular, de esta manera lo señala Santo Tomás al hablar de la existencia de una justicia particular “2. *El bien común de la ciudad y el bien particular de una persona no difieren solamente según lo mucho o lo poco, sino según la diferencia formal, pues no es igual la razón de bien común que la del bien particular, como tampoco es igual la razón del todo que la de la parte. Y por esto dice el Filósofo, en I Pol., que no se expresan acertadamente los que dicen que la ciudad y la casa, y otras cosas semejantes, difieren sólo por su cuantía y parquedad y no por su especie. 3. La comunidad doméstica, según el Filósofo, en I Pol., se distingue por tres uniones, es decir: la del varón y la mujer, la del padre y el hijo y la del señor y el siervo; personas estas de las que una es como algo de la otra. Y, por tanto, para una persona de esta clase no hay justicia en sentido perfecto, sino cierta especie de justicia, es decir, la económica, como se afirma en V Ethic.*”. (Santo Tomás de Aquino, 2001 Parte II-II(a), cuestión 58, art.7), en virtud de lo anterior es claro que quien tiene los elementos necesarios para poder resolver de manera justa los asuntos es el juez de cada uno de los Estados, y que respecto de estos, la Corte Interamericana debe cumplir una función de asistencia, y no de imposición de criterios, que pueden desatender el conocimiento requerido para alcanzar el fin propio de la comunidad política.

En cuanto a la exigibilidad de la Ley, ella depende directamente del concepto de legitimidad, el cual se hace presente en una comunidad política en virtud del bien común, el cual como fin de la Ley hace que sea el Estado al que le corresponda la guarda del bien común como cabeza de una comunidad política, y por ello se encuentra legitimado para la sanción de la Ley en sentido formal, así es entendido por Santo Tomás al decir que:

“Mas el fin de la ley es el bien común, puesto que, como dice San Isidoro en II Etymol., la ley se escribe no para provecho privado, sino para la común utilidad de los ciudadanos. Luego las leyes humanas deben ser proporcionadas al bien común. Pero el bien común implica una multiplicidad, y la ley tiene que referirse a esta multiplicidad, que puede ser tal en razón de las personas, de las actividades y de los tiempos. Porque la comunidad del Estado consta de muchas personas: su bien se alcanza por medio de muchos actos, y no se instituye para que dure solamente un poco de tiempo, sino para que se conserve siempre mediante la sucesión de los ciudadanos, según dice San Agustín en XXII De civ. Dei.”

Ni en el concepto del acto de justicia, ni en el del contenido legítimo de la Ley se atiende a los conceptos modernos de validez y legalidad, a los que acude la Corte IDH para imponer el control de convencionalidad, pues tal como se ha decantando, el fundamento central de su existencia es el *pacta sunt servanda* que reviste los tratados internacionales, el cual solo comprende la presencia de elementos de validez y legalidad de los mismos, siendo aspectos meramente formales, que no sustituyen el concepto específico de legitimidad, ni en materia de administración de justicia, ni en el desarrollo de la función legislativa.

De esta forma para que una figura jurídica pueda llegar a constituir verdadero derecho, y por ende pueda llegar a ser exigible, requiere necesariamente contar con la legitimidad que solo

le otorga el que responda a los postulados de justicia. Para dar fundamento a ello se puede tomar *mutatis mutandi*³⁸ lo dicho por Cantero en el sentido de que:

“...Así resulta imposible que el auténtico derecho esté por encima del Estado y de la Ley, y por eso no puede predicarse de él que “imperar”; no hay pues verdadero “imperio del derecho”. Y es que se quiera o no, no cabe verdadero Estado de derecho sin derecho natural, por lo que la soberanía de la constitución como expresión de un auténtico Estado de derecho (entendido como sometimiento del Estado al derecho verdadero) no es más que otra ficción jurídica, pues las constituciones modernas no reconocen el derecho natural.” (Cantero, Un gobierno de principios, 2001, págs. 516-517)

Como se ha visto el principio de subsidiariedad requiere el cumplimiento por parte del órgano que dirige la comunidad política de unas funciones para dirigir, vigilar, urgir, sancionar, ayudar, facilitar y asistir, las cuales al ser correctamente desarrolladas cumplen con los postulados del orden social justo, y por ende de la justicia, llevada al bien común. La CADHsi bien recoge en su preámbulo una coadyuvancia del SIDH que en apariencia podría ser subsidiaria, la praxis de la jurisdicción por parte de la Corte IDH, ha llevado a que no lo sea así, puesto que no termina cumpliendo ninguna de las funciones que subsidiariamente corresponden a la naturaleza de las cosas, por el contrario, el desarrollo de figuras como la del control de convencionalidad, no tienen como fin el asistir o facilitar la administración de justicia o la justa legislación, sino volver homogénea la aplicación de la justicia y la legislación, en espacios Estatales que por naturaleza son heterogéneos.

En el plano práctico, podemos tener como ejemplo, el que, si por vía control de convencionalidad se impone una aplicación idéntica de la interpretación realizada por la Corte IDH, según la cual en aplicación del artículo 23.2 de la CADHno permite la inhabilitación por

³⁸ Entendiendo donde habla del Estado, al rol que pretende tener forzosamente la CORTE IDH.

vía diferente a la del juez penal, como lo hizo respecto de la República Bolivariana de Venezuela (Corte IDH, Caso López Mendoza Vs Venezuela, 2011), se dejaría a Estados como el colombiano, sin figuras jurídicas necesarias para la lucha contra la corrupción como lo son los juicios fiscales, disciplinarios y, las pérdidas de investidura, lo cual resulta contrario al bien común de dicha comunidad política.

El principio de subsidiariedad constituye en sí mismo el orden justo social, jurídico y económico, por lo cual es un imperativo dentro de toda comunidad política, por lo que cuando un organismo no opera de manera realmente subsidiaria no genera una relación que torne exigible los mandatos que emanen de ella, pues la única manera que sean exigibles, es que respondan al cumplimiento de sus funciones naturalmente subsidiarias, tal como lo dice Ayuso:

“...Tanto a nivel de las federaciones de Estados, como en el de la propia sociedad internacional o “*communitas orbis*” se puede aplicar el principio de subsidiariedad, de acuerdo con su acción de integrar sin asfixiar como ya lo viera Dante al escribir: “Así como la naturaleza produce el pulgar para un fin, y la mano entera para otro distinto, el hombre entero, así también son diferentes fines los del individuo, la familia, la vecindad y el reino, existiendo un último fin para el cual Dios eterno, con su arte que es la naturaleza, produce la esencia del género humano” (Ayuso Torres, 1981, p. 992).

De esta manera es claro que el control de convencionalidad de las sentencias de la Corte IDH, no se encuentra acompasado con el principio de subsidiariedad, pues termina imponiendo una determinada interpretación a las autoridades de los Estados, con lo que se absorbe la función que les es propia, incumpliendo los postulados necesarios para que se opere de manera subsidiaria, sin lo cual no se constituye en orden justo, tal como lo describe Ayuso al decir que “.. *En el respeto que el orden internacional preste a las naciones y a los entes menores- es decir,*

en el respeto del principio de subsidiariedad- está, como después veremos, uno de los requisitos para que un super-gobierno mundial sea lícito...” (Ayuso Torres, 1981, pág. 995).

4. Conclusiones

En la presente investigación se llegó a las siguientes conclusiones de orden general y particular:

La manera como la Corte IDH en sus decisiones ha determinado que sus interpretaciones de la CADH son obligatorias para las autoridades de los Estados miembros, de suerte tal que deben inaplicar y dar por derogadas las normas nacionales para aplicar la interpretación dada por dicho tribunal, o que se debe modificar la legislación nacional conforme ella lo disponga, tiene como única finalidad homogenizar la aplicación e interpretación de los derechos humanos, lo cual no resulta compatible con el principio de subsidiariedad, por el contrario resulta contrario al mismo, pues antes de convertirse en un mecanismo que permita a los Estados el correcto desarrollo y concreción de sus cometidos, se convierte en una absorción de la función reguladora que corresponde a cada uno de los ellos.

En virtud del control de convencionalidad la Corte IDH ha determinado que las interpretaciones que de la CADH se consignan en sus decisiones, resultan vinculantes en dos ámbitos, el que corresponde a la cosa juzgada que obliga al Estado que fue parte en el proceso, y el relativo a los efectos erga omnes, esto es el carácter obligatorio que les reviste dicha interpretación a la totalidad de los Estados signantes de la CADH.

El principio de subsidiariedad proviene del derecho natural, siendo constitutivo del recto ordenamiento jurídico, por tanto, es un presupuesto imperativo para la consecución del bien común, de lo que se deriva que solo entretanto el órgano superior de una comunidad política

cumpla con las funciones naturales de dirigir, vigilar, urgir, sancionar, ayudar, facilitar y asistir, sus determinaciones normativas resultan exigibles en su adopción y aplicación para los demás órganos que forman parte de la sociedad.

La CADH consigna en su preámbulo un concepto de subsidiariedad, que al igual que el contenido en el tratado de Maastricht en su enunciación no parece diferir del correspondiente al derecho natural, sin embargo la interpretación que del mismo ha realizado la Corte IDH no ha atendido en lo absoluto a los postulados propios del principio propiamente dicho, razón por la cual en su operatividad se ha convertido en una norma procesal, contentiva de los requisitos de procedibilidad para acudir al SIDH, consistentes en el agotamiento, insuficiencia o ineficacia de los mecanismos internos de protección de cada Estado.

La exigibilidad del control de convencionalidad de las Sentencias de la Corte IDH requiere en el caso del derecho natural realizar el análisis concreto de si dicho tribunal cumple con una función subsidiaria respecto de los Estados, entretanto en el caso del derecho positivo debe revisarse el sistema de fuentes formales, a fin de determinar que jerarquía tendrían dichas decisiones.

En el caso del ordenamiento jurídico colombiano el control de convencionalidad de las Sentencia de la Corte IDH solo resulta exigible entretanto las interpretaciones en ellas contenidas se encuentren acordes con las realizadas por la Corte Constitucional al momento de integrar las disposiciones de la CADH al bloque de constitucionalidad.

La aplicación prevalente de las interpretaciones dadas por la Corte Constitucional en la integración del bloque de constitucionalidad, no exime de que en los casos concretos la Corte IDH dicte sentencias condenatorias contra el Estado colombiano.

La Corte IDH no cumple un rol subsidiario respecto de los Estados signantes de la CADH, pues sus decisiones no tienen como fin permitir la consecución de los bienes sociales esenciales, sino que generan la absorción de la función regulativa de los estados, lo que ignora por completo la operancia subsidiaria natural, pues tiene como fundamento, no la existencia del bien común que se desligue de los cometidos naturales de la comunidad política, sino la presencia de una delegación de competencias administrativas que propugnan por la homogeneización en la aplicación de los Derechos Humanos, función que tiene como fundamento la convención, y que se ejerce sin atención alguna a la justicia. Sin embargo, al ser la subsidiariedad un principio que deviene de la naturaleza de las cosas, es un principio de justicia, no una norma técnica, procesal o formal, sino que hace a la justicia sustancial, en la medida en que las decisiones de la Corte IDH se adecuen correctamente al mismo podrían llegar a ser exigibles vía control de convencionalidad, de lo contrario no se constituyen en regla justa y por ende su aplicación es inexigible.

La anterior conclusión implica que la contrastación del principio de subsidiariedad con el control de convencionalidad, y la función que en virtud de estos puede llegar a cumplir el SIDH, hace necesario el estudio de casos particulares, lo que a futuro permitirá que al respecto puedan analizarse la posibilidad de intervención de la Corte IDH en casos particulares, lo que haría procedente estudiar por ejemplo la responsabilidad del Estado por los procesos de justicia

transicional que se apliquen a propósito del proceso de paz que se adelanta en Colombia, ello con miras a estudiar si las decisiones que sobre el mismo tome dicho tribunal resultan más ajustadas al orden justo que se requiere para una paz sostenible.

BIBLIOGRAFIA

(s.f.).

Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de septiembre de 2006).

Abanense (cord.), S. (2008). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar.

Aquino, S. T. (2001). *Suma teológica II parte II- II (a)*. Madrid: Biblioteca de autores Cristianos.

Asamblea General de la OEA. (1979). Estatuto de la Corte IDH.

Atienza, M. (2005). *Introducción al derecho*. Mexico DF: Distribuciones Fontarama.

Ayuso Torres, M. (1981). El principio de subsidiariedad y las agrupaciones supranacionales. *Verbo*, 197- 198, 991- 1002.

Boixareau Carrera, A. (1994). El principio de Subsidiariedad. *Revista de instituciones europeas*(21), 771-808.

Boyce y otros Vs Barbados (Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de noviembre de 2007).

Brewer- Carias, A. R., & Santofimio Gamboa, J. O. (2013). *Control de convencionalidad y responsabilidad del estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Cabrera Garcia y Montiel Flores Vs México (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de noviembre de 2010).

Calvez, J., & Perrin, J. (1961). *Église et société économique*. Paris: Aubier.

Cantero, E. (1982). El principio de subsidiariedad y la enseñanza. *Verbo*, 201-202, 9.

Cantero, E. (2001). Un gobierno de principios. *Verbo*, 395- 396, 507-521.

Caso Acevedo Jaramillo Vs Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 7 de Febrero de 2006).

Caso Gelman Vs Uruguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de febrero de 2011).

Caso Kimel Vs Argentina (Corte Interamericana de Derechos Humanos mayo de 2008).

Caso Lopez Álvarez Vs Honduras (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 de febrero de 2006).

Caso López Mendoza Vs Venezuela (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de septiembre de 2011).

Caso Manuel Cepeda Vargas Vs Colombia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de mayo de 2010).

Caso Mendoza Vs Argentina (Corte Interamericana de Derechos Humanos 13 de mayo de 2013).

Caso Myrna Mack Chang Vs Guatemala (25 de noviembre de 2003).

Caso Rosendo Radilla Pacheco Vs Mexico (Corte Interamericana de Derechos Humanos 09 de 09 de 2009).

Caso Suarez Rocero Vs Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 12 de Noviembre de 1997).

Caso Tibi Vs Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 7 de septiembre de 2004).

Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Peru (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Noviembre de 2006).

Caso Xalmok Kasek Vs Paraguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de agosto de 2010).

Caso Yatama Vs Nicaragua (Corte Interamericana de Derechos Humanos 23 de junio de 2005).

Casos Veles Loor Vs Panama (Corte Interamericana de Derechos Humanos 23 de Noviembre de 2010).

- Castellano, D. (2013). ¿Que es el bien común? En M. A. (Editor), *El bien común cuestiones actuales e implicaciones político jurídicas* (págs. 13-25). Madrid: Itinerarios.
- Castillo Petruzzi y Otros Vs Peru (Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de mayo de 1999).
- Comunidad indígena Xámok Kásek Vs Paraguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de agosto de 2010).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (noviembre de 2009). Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .
- Dumont, B. (noviembre de 2010). La cuestión social, el liberalismo y el principio de subsidiariedad. *Verbo*(480-490).
- Fajardo Arturo, L. A. (2007). Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad en Colombia. *Civilizar. revista electronica* , 15-34.
- Fellermeier, J. (1960). *Compendio de Sociología Católica* . Madrid: Herder.
- Fermín Ramirez y Raxacacó Reyes Vs Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos 9 de mayo de 2008).
- Fernández Ortega y otros Vs México (Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de agosto de 2010).
- Fernando, Q. R. (2014). *El control de Convencionalidad*. (U. d. Rosario, Ed.) Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Ferrer Mac-Gregor (coord), E. (2012). *El control de convencionalidad un nuevo debate en México a partir de la Sentencia del caso Radilla Ferrer*. Querétaro, Mexico: FUNDAP.
- Garralda Arizcun, J. (2000). Europa y el retorno del principio de subsidiariedad. *Verbo*(387-388), 593- 629.

Gentile, F. (2001). El principio de subsidiariedad como reapertura de una pedagogía del derecho natural. *II jornadas hispanicas de derecho natural* (págs. 285-296). Madrid: Fundación Elías de Tejada.

Geppert, T. (1955). *Theologie der menschlichen Gemeinschaft*. Münster .

Gines Garcia , R. (s.f). *www.edictum.com.ar*.

Gomez Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs Brasil (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de noviembre de 2010).

González Ávarez , A. (1981). El principio de subsidiariedad y la naturaleza del hombre. *Verbo*, 191-192, 29- 46.

Heliodoro Portugal Vs Panamá (Corte Interamericana de Derechos Humanos 12 de agosto de 2008).

Hernández Castaño, D. P. (2014). *Legitimidad democrática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el control de convencionalidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hitters, J. C. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. *Estudios Constitucionales*, 109-128.

Ibsen Cádenas e Ibsen Peña Vs Bolivia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de septiembre de 2010).

Johannes , M. (1984). *Das Naturrecht* (7 ed.). Munich: Duncker y Humblot.

La Cantuta Vs Peru (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de noviembre de 2006).

La última tentación de Cristo Vs Chile (Corte Interamericana de Derechos Humanos 5 de febrero de 2001).

Masacre de Santo Domingo Vs Colombia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de noviembre de 2012).

Miguel Ayuso, D. C. (2013). *El bien común cuestiones actuales e implicaciones político jurídicas*. Madrid: Itinerarios.

Morán, M. T. (1982). El principio de subsidiariedad y doctrina pontificia. *Verbo*, 135- 260.

Opinión Consultiva , OC-2/82 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de septiembre de 1982).

Opinión Consultiva, OC-14/1994 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 9 de diciembre de 1994).

Ordóñez Maldonado, A. (2009). *Justicia disciplinaria de la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud*. Bogotá: IEMP ediciones.

Organización de Estados Interamericanos. (1969). *Convención Interamericana de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica.

PIO XI. (15 de mayo de 1931). *Quadragesimo anno. CARTA ENCÍCLICA*. Roma, Vaticano.

Puceiro, E. Z. (1981). El principio de Subsidiariedad en relación con el principio de totalidad la pauta del bien común. *Verbo*, 199- 200, 1171-1195.

Quinche Ramirez, M. F. (julio-diciembre de 2009). Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional*(12), 163-190. Recuperado el 10 de marzo de 2015, de cortidh.org.cr/tablas/r25586.pdf

Quinche Ramírez, M. F. (2014). *El control de Convencionalidad*. Bogotá: Temis.

Rey Cantor, E. (2008). *El control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. Mexico : Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

Rosendo Radilla Vs Estados Unidos Mexicanos (Corte Interamericana de Derechos Humanos 23 de noviembre de 2008).

Rozas Valdez, J. M. (1993). El principio de subsidiariedad en el tratado de Maastricht y la doctrina social de la Iglesia. *Verbo*(313- 314), 255- 281.

Sagües, N. P. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios constitucionales*, 117-135.

Sanchez Agesta, L. (1961). El principio de función subsidiaria. *Estudios Políticos*, 5-22.

Santiago, A. (2013). *Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*. Obtenido de <http://www.ancmyp.org.ar/user/files/02%20Santiago13.pdf>

Santo Tomás de Aquino. (2001). *Suma Teológica I parte I*. Madrid: Biblioteca de autores Cristianos.

Santo Tomás de Aquino. (2001). *Suma Teológica II-II*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.

Santofimio Gamboa, J. O. (2010). *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema de derecho positivo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Segovia, J. F. (2006). El modelo corporativista de estado en la Argentina, 1930- 1945. *Revista historia del derecho*(34), 269-355.

Segovia, J. F. (2008). Gobernanza Global y democracia: una perspectiva crítica hispanoamericana. *Verbo*, 469- 470, 781-805.

Sentencia C-067 de 2003, C-067 de 2003 (2003).

Sentencia C- 225 de 1995, C- 225 de 1995 (Corte Constitucional 1995).

Sentencia C- 941 de 2010, C- 941 de 2010 (Corte Constitucional 2010).

Sentencia C-010 de 2000, C-010 de 2000 (Corte Constitucional 19 de enero de 2000).

Sentencia C-028 de 2006, C-028 (Corte Constitucional Colombia 2006).

- Sentencia C-028 de 2006, C-028 de 2006 (Corte Constitucional 26 de Enero de 2006).
- Sentencia C-067 de 2003, C-067 de 2003 (Corte Constitucional 4 de febrero de 2003).
- Sentencia C-225 de 1995, C-225 de 1995 (Corte Constitucional 18 de mayo de 1995).
- Sentencia C-461 de 2013, C-461 de 2013 (Corte Constitucional 17 de julio de 2013).
- Sentencia de 5 de marzo de 2014, 25000-23-42000-2013-06871-01 (Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso de los Administrativo 2014 de marzo de 2014).
- Sentencia STC7174 -2014, 11001-22-03-000-2014-00572-01 (Corte Suprema de Justicia 5 de junio de 2014).
- Supervisión de Cumplimiento Gelman Vs Uruguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013).
- Tamayo Jaramillo, J. (2013). *Manual de hermenéutica jurídica*. Bogotá: DIKE.
- Tamayo Jaramillo, J., & Jaramillo Jaramillo, C. (2012). *El precedente judicial en Colombia*. Bogotá: Ibañez.
- Turco, G. (2013). Bien Común representación política. En M. A. (Editor), *El bien común cuestiones políticas actuales e implicaciones político- jurídicas* (págs. 203- 271). Madrid: Itinerarios.
- Ullate, J. A. (2010). La cuestión social, el liberalismo y el Principio de Subsidiariedad. *Verbo*, 489-490, 134-149.
- Vallet de Goytisolo, J. (1976). Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomas de Aquino. En F. d. Juan B Jordano Barea, *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*. Madrid: Tecnos.
- Vallet de Goytisolo, J. (1981). Diversas perspectivas de las opciones a favor de los cuerpos intermedios. *Verbo*, 193- 194, 299-354.

Vallet de Goytisolo, J. (s.f.). Libertad y principio de subsidiariedad. En J. G. Francisco Canales Vidal, *El principio de subsidiariedad* (págs. 915- 958). Madrid: Speiro.

Vallet de Goytisolo, J. (s.f.). *Que es el derecho natural*. Madrid: Editorial Speiro S.A.

Vélez Loo Vs Pana,a (Corte Interamericana de Derechos Humanos 23 de noviembre de 2010).

Villalba Bernie, P. (2015). *Jurisdicción Supranacional El procedimiento en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad*. Bogotá: Ediciones nueva jurídica.

Villey, M. (1979). *Compendio de filosofía del derecho*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.

Widow, J. (2006). Posibilidad de una acción política en la sociedad muncial. *Intus legere* 9, 2, 109-117.

Wilhelmsen, F. D. (s.f.). *Universidad de Alicante* . Recuperado el 24 de 02 de 2015, de http://www.ua.es/personal/jms/hc/Wilhelmsen_rsm.pdf