**LA CUARTA INSTANCIA EN EL MARCO DEL PRINCIPIO DE
SUBSIDIARIEDAD Y SU RELACIÓN CON EL AGOTAMIENTO DE LOS
RECURSOS INTERNOS, A LA LUZ DE LOS CONTROLES DE
CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EN COLOMBIA**

**MAESTRÍA EN DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS ANTE
TRIBUNALES, CORTES Y ORGANISMOS INTERNACIONALES**

**MAESTRANDOS: FRANKLIN DÍAZ POLANCO
ARISTIDES PEÑA ZÚÑIGA**

TUTOR: Dr. ALEJANDRO RAMELLI ARTEAGA

**UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
BOGOTÁ D.C.**

2016

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	4
PALABRAS CLAVE	4
ABSTRACT	5
KEY WORD	5
INTRODUCCIÓN	6
1. ESTADO DE LA DISCUSIÓN: ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA SOBERANÍA CONSTITUCIONAL	10
1.1. LOS DERECHOS HUMANOS Y EL ESTABLECIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	12
1.1.1. PUNTO DE PARTIDA: UN CONCEPTO CRÍTICO DE DERECHOS HUMANOS	13
1.1.2. LA POSITIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	14
1.2. EL CONSTITUCIONALISMO COMO PUNTO DE PARTIDA PROBLEMÁTICO EN SU RELACIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	17
2. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO LÍMITE DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL EN LA NACIONAL.	22
2.1. PRESUPUESTOS FILOSÓFICOS DE LA SUBSIDIARIEDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	22
2.2. CARÁCTER SUBSIDIARIO DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTERAMERICANO	29
2.3. ASPECTOS PROCESALES DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO Y SU RELACIÓN CON EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO	31
2.3.1. EL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS Y SU IMPORTANCIA EN EL CASO COLOMBIANO	31
2.3.2. LA FÓRMULA DE LA CUARTA INSTANCIA O TRIBUNAL DE ALZADA	41
3. NUEVOS DESARROLLOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD TRADICIONAL	53
3.1. DOSCIENTOS AÑOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL DESDE EL JUEZ JHON MARSHALL	53
3.2. DEL CONTROL POLÍTICO AL CONTROL CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA DESDE 1821 A 1991	60
3.3. EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO DESDE 1991	62
3.4. EL CONTROL PREVIO CONSTITUCIONAL FRENTE A LOS TRATADOS	

INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS.....	66
3.5. EL DIDH FRENTE AL DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO Y EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.....	72
3.6. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SIDH	73
3.7. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD FRENTE AL DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO	80
4. CONCLUSIONES	88
Bibliografía	94

ESQUEMAS

ESQUEMA 1. ESTRUCTURA Y SEMEJANZAS EN EL FUNCIONAMIENTO DE LOS SISTEMAS CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL	19
ESQUEMA 2. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL.....	20
ESQUEMA 3. EL SISTEMA INTERNACIONAL.....	20
ESQUEMA 4. CASO GUSTAVO PETRO: MEDIDAS CAUTELARES ESTABLECIDAS POR LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	21
ESQUEMA 5. RAZONES PARA EL NO ACATAMIENTO DE LA DECISIÓN POR EL ORDENAMIENTO INTERNO COLOMBIANO.....	21

RESUMEN

La *cuarta instancia* es un criterio procesal aplicado por los principales organismos del SIDH en el régimen de peticiones individuales. A pesar de ello, aún persisten dudas sobre su contenido y alcance. Si bien tal nominación se debe a que dichos órganos no constituyen una instancia en el sentido del derecho procesal interno, también lo es, que aquella no se configura cuando hay menoscabo al debido proceso, discriminación, o violación a otro derecho reconocido por la Convención Americana. Habida cuenta que *cuarta instancia* y *agotamiento de recursos internos* se basan en el principio de *subsidiariedad*, el documento analiza la relación existente entre estos tópicos y los controles de constitucionalidad y convencionalidad en Colombia, frente al establecimiento de la *cuarta instancia*.

PALABRAS CLAVE

Sistema Interamericano, Subsidiariedad, Cuarta Instancia, Agotamiento de Recursos Internos, Control de Convencionalidad, Control de Constitucionalidad.

ABSTRACT

The fourth instance is a procedural criterion applied by the main bodies of the SIDH for the individual petitions procedure. In spite of this, doubts still persist about its content and scope. While such nomination is must to such organs not constitute an instance in the sense of the right procedural internal, also it is, that not is shaped when there is damage or prejudice to the proper process, discrimination, violation of one or other right accepted by the Americam Convention. Taking into account the fourth instance and exhaustion of remedies it is based on the principle of subsidiarity, the paper discusses the relationship between these issues and the control of constitutionality and conventionality in Colombia and the fourth instance.

KEY WORD

Inter-Americam system, subsidiarity, the fourth instance, exhaustion of remedies, control of conventionality, control constitutionality

INTRODUCCIÓN

La *fórmula de la cuarta instancia o tribunal de alzada* es un criterio procesal empleado por los tribunales internacionales bajo el argumento de garantizar el principio de subsidiariedad de la justicia supranacional, así como el de evitar la congestión procesal de las causas internacionales, como se presenta en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Pese a lo anterior, aún persisten importantes lagunas en relación con su contenido y alcance de las causas internacionales, como se presenta en los órganos internacionales de derechos humanos no constituyen una instancia en el sentido del derecho procesal interno (González Morales, 2009 p. 50), también lo es que aquella no se configura cuando la procedencia de la petición internacional se origina en inobservancias substanciales al debido proceso, por discriminación, por violación a otro derecho reconocido bien sea en la Convención Americana o en el *corpus iuris* exigible *-hard law-* a los Estados Parte. Así, el *tribunal de alzada* deja de configurarse en forma genérica ante dos presupuestos que pueden presentarse de manera concurrente o separada: i) cuando en el proceso interamericano se alega violación al acceso a la justicia doméstica, que en el caso convencional se refiere esencialmente al derecho a las garantías judiciales, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial, o, ii) cuando se predica la violación notoria a otros derechos sustanciales que no fueron prohijados internamente.

En ese contexto, cuando en el trámite interamericano el Estado acusado pretenda demostrar que se ha constituido la *cuarta instancia*, resulta indispensable analizar el agotamiento de los recursos internos en el *cas d'espece*, con la finalidad de determinar si las presuntas víctimas acudieron a los remedios idóneos y efectivos, de conformidad con los estándares del DIDH sobre el particular. En caso afirmativo, la consecuencia sería dar plena aplicación a la *cuarta instancia* como garantía del principio de *subsidiariedad*, o, dicho de otra manera, limitar la vocación de prosperidad del asunto desde una perspectiva procesal, debido a que el Estado ha cumplido con el mandato primigenio de la CADH. Ello pone de relieve como escenario inicial de reflexión, la relación entre el derecho internacional y la soberanía de los ordenamientos domésticos a propósito de los sistemas de justicia supranacionales en derechos humanos; es decir, las tensiones entre el derecho internacional de los derechos humanos y la soberanía constitucional.

Al considerar que tanto el *tribunal de alzada* como el *agotamiento de los recursos internos* se basan en el principio de *subsidiariedad*, el elemento central del problema de investigación es la relación existente entre dichas figuras procesales del trámite interamericano, cuando previamente se ha dado aplicación de los controles de constitucionalidad y de convencionalidad en el caso colombiano. Por tanto, el problema se edificó sobre preguntas en torno a ¿existe una relación entre cuarta

instancia y agotamiento de recursos internos en el marco del principio de subsidiariedad?

Como hipótesis de trabajo se consideró que la fórmula de la cuarta instancia y el indebido agotamiento de los recursos nacionales internos, son aspectos procesales del Sistema Interamericano que se basan en el mismo principio: la *subsidiariedad*. Su fundamento jurídico en el marco de la CADH también comparte pisos comunes relacionados con temas de competencia y admisibilidad. Pese lo anterior, se entiende que *la cuarta instancia* difiere del *agotamiento de recursos* en su concepción jurídica y operativa, al punto que ambos no pueden ser invocados simultáneamente por los mismos hechos en el trámite litigioso en razón a que son excluyentes. Mientras *el tribunal de alzada* se basa en la noción que hay decisiones judiciales de cierre en los ordenamientos domésticos (es decir que sí se acudió a la justicia interna), la *falta de agotamiento* asegura que las presuntas víctimas no acudieron de los remedios judiciales previstos por la legislación interna de los Estados.

Por tanto, se considera que existe una relación intrínseca entre *agotamiento de recursos* y *cuarta instancia* bajo el enfoque operativo, pues el cumplimiento adecuado del primero configura la exigibilidad de la segunda. Así, la aplicación material y amplia de los controles de constitucionalidad y convencionalidad por parte de los jueces internos puede permitir al ordenamiento colombiano, tanto en lo

administrativo como en lo judicial, entender agotadas las vías internas, lo que conduce a la aplicación de la *cuarta instancia* en el plano procesal interamericano.

Conforme a lo anterior, los objetivos del trabajo giraron en torno a fijar un marco inicial de discusión sobre la relación existente entre derecho internacional de los derechos humanos y derecho interno, para luego construir los referentes conceptuales tanto normativos, como doctrinarios y jurisprudenciales de subsidiariedad, cuarta instancia, agotamiento de los recursos internos y de los controles de constitucionalidad y convencionalidad. A partir de ello, se buscó analizar la relación de tales tópicos desde el ordenamiento interno en Colombia frente al proceso interamericano.

Metodológicamente para el desarrollo de la investigación se utilizó el enfoque de investigación jurídica o cualitativa, bajo el modelo dogmático-teórico y de análisis jurisprudencial (Universidad Santo Tomás, 2008 p.9). En ese marco, se adelantaron actividades de revisión, descripción, registro, análisis e interpretación de información para la construcción de referentes conceptuales. De acuerdo con ello, la investigación se desarrolló desde dos escenarios. De un lado el ámbito internacional, mediante una revisión dogmática al concepto de subsidiariedad y sus correlativos cuarta instancia y agotamiento de recursos internos a partir de fuentes secundarias provenientes de variados autores, jurisprudencia y documentos orientadores del derecho internacional. De otro lado, la fijación del marco conceptual

sobre convencionalidad y constitucionalidad según el desarrollo de tales tópicos tanto por el DIDH como por el ordenamiento interno colombiano. Tal entramado pretende mantener el dialogo jurisprudencial entre el derecho doméstico y supranacional. Así que, con la investigación se busca aportar a la discusión acerca de la incidencia e importancia del derecho internacional en el ordenamiento jurídico de Colombia, habida cuenta que la pertinencia y viabilidad de las actuaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son en la práctica judicial internacional constitutivas de una cuarta instancia, en la construcción de justicia, democracia y ciudadanía

1. ESTADO DE LA DISCUSIÓN: ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA SOBERANÍA CONSTITUCIONAL

La constitución moderna de los Estados, desde hitos como Westfalia y las grandes revoluciones europeas, con el corolario establecimiento de los estados democráticos liberales de corte capitalista, así como el nacimiento de la comunidad internacional, la globalización y los metalenguajes entre lo interno y lo internacional, ponen de manifiesto retos importantes de cara a la protección de la persona humana. Además, dado el reconocimiento de dinámicas históricas y sociales propias en las Américas y por supuesto en Colombia. Los procesos de conquista y colonización, la exclusión social, política y económica, la existencia de conflictos armados, la notoria presencia de actividades ilícitas derivadas del narcotráfico, junto

a fuertes dinámicas de corrupción generalizadas en el andamiaje social (público y privado), supone un contexto que además de generar fisuras profundas en la credibilidad y eficacia estatal, deja de manifiesto la necesidad precisa de reconocer mecanismos jurídicos y políticos que aunados al empoderamiento, permitan el establecimiento de herramientas dirigidas a garantizar la existencia y continuidad del fin último del Estado: el individuo.

Ante tal panorama, el ánimo proteccionista entre cortes domésticas y foráneas, plantea diversos debates doctrinarios vigentes. Algunos de ellos están relacionados con la preeminencia de la soberanía estatal (Ackerman, 1999) y la consecuente no intervención o no injerencia del derecho internacional sobre los asuntos internos, supuesto que deriva la práctica jurídica de las Cortes Constitucionales y de Derechos Humanos en el ejercicio proteccionista, cuyos efectos son notorios en el ámbito constitucional e internacional, con alcances que van más allá del plano jurídico como se puede observar en la adopción de políticas públicas en sede doméstica (Peña Zuñiga, 2015).

Tal situación alimenta el aspecto doctrinario al poner en su punto más álgido discusiones en temas como la cosa juzgada material, la preeminencia de los textos constitucionales o el límite a la competencia material de dichas Cortes.

Además, la discusión se remite al poder de la soberanía constitucional, como si se tratara de un proceso cíclico de decantamiento doctrinario, o al menos de ambientación propicia al surgimiento de teorías, las cuales no son ajenas a las tensiones entre constitucionalismo y neo-constitucionalismo, pues incluso alimentan la noción de jurisdicción constitucional supranacional.

Siendo el planteamiento problemático inicial, ¿cómo y de dónde surge? Asimilarlo presupone reconocer parámetros iniciales necesarios.

1.1. LOS DERECHOS HUMANOS Y EL ESTABLECIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Se puede afirmar en la actualidad, que un campo importante del denominado derecho internacional público es conocido por algunas corrientes académicas como derecho de la humanidad. Integrado por el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario, el derecho penal internacional e incluso la justicia transicional, tiene como hito la positivización de los derechos humanos, así que, el inicio para la instrumentalización de los derechos humanos, es la construcción histórica, social, cultural, económica y política de los derechos humanos en sí mismo.

1.1.1. PUNTO DE PARTIDA: UN CONCEPTO CRÍTICO DE DERECHOS HUMANOS

Analógicamente, parafraseando a Ernst Gombrich¹ en su célebre tratado sobre *Historia del Arte* (Gombrich, 1997), y desde una perspectiva crítica kantiana, se puede afirmar que no existen realmente los Derechos Humanos. Tan sólo hay humanos.

Los Derechos Humanos son un constructo conceptual, producto histórico y cultural que los conglomerados sociales han considerado válido desde la filosofía y la política a lo largo de su existencia. Incluso, son vistos como verdad al unísono y por tanto hegemónico de universalidad y validez mundial, que contemporáneamente tienden a excluir o negar procesos sociales históricos y profundos, de paz y de guerra en diferentes momentos de la humanidad y regiones del globo terráqueo.

Su falta de eficacia explica su existencia y necesidad, pues se busca contener las asimetrías de poder (existentes igualmente a lo largo de la historia en las relaciones entre los particulares y entre éstos y las diferentes formas de Estado), o atender los resultados derivados de dichas asimetrías cuando revertirlas escapa a su dominio.

¹ No existe, realmente el Arte. Tan sólo hay artistas. Éstos eran en otros tiempos hombres que cogían tierra coloreada y dibujaban toscamente las formas de un bisonte sobre las paredes de una cueva; hoy, compran sus colores y trazan carteles para las estaciones del metro [...] y mientras advirtamos que el arte, escrita la palabra con A mayúscula, no existe, pues el Arte con a mayúscula tiene por esencia que ser un fantasma y un ídolo.

En consecuencia, su comportamiento es cambiante, habida cuenta que responde a la dinámica social misma, cuyo camino en el transcurrir de los tiempos abre constantemente estadios de vulnerabilidad, discusión y protección. Por tanto, es apenas connatural, y hasta necesario que posean un contenido político e ideológico.

En otras palabras, los derechos humanos representan una caja de herramientas, cuyos instrumentos permiten realizar ajustes o al menos intentarlo, ante una falla en la estructura social, política, jurídica o económica que produzca detrimento a la dignidad humana. Bajo tal perspectiva, nuevas corrientes afirman que la función principal de los derechos humanos es superar un problema estructural de las democracias contemporáneas: la pobreza en un sentido amplio.

Actualmente tales ajustes tienen una mayor probabilidad, dada la existencia de mecanismos de exigencia política y jurisdiccional, tanto en el plano doméstico como supranacional. Y ello solo ha sido posible luego del establecimiento de la comunidad internacional, pues permitió la rápida evolución del Derecho Internacional General, así como el surgimiento del DIDH y su incidencia en los aparatos judiciales domésticos, especialmente en los ordenamientos constitucionales.

1.1.2. LA POSITIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Aunque la base del Derecho Internacional es anterior al establecimiento de la comunidad internacional, es gracias a la aparición de las sociedades interestatales con interés común y disposiciones políticas, que la regulación supranacional se reconoció, dinamizó y adquirió sentido práctico. El horizonte adoptado por la agrupación de Estados permitió el desarrollo de las relaciones internacionales, la diplomacia entre las naciones, la política internacional, el derecho internacional y junto a ello, los Pactos y Tribunales Internacionales (Farr, Dryzek, & Leonard, 1999). En el campo de los derechos humanos, la interacción permanente entre los organismos políticos supranacionales y el ejercicio jurídico interno provocó una constante evolución o resonancia, que se reflejó cíclicamente alrededor de nuevos instrumentos de carácter vinculantes o no, así como en la emisión de pronunciamientos de alcance global que sirvieron de parámetros orientadores para la comprensión, aplicación y desarrollo del derecho.

Los derechos humanos y la política en el escenario internacional no cuentan con una frontera rígida que los separe, pues se trata de dos aspectos fuertemente complementarios. Por ello, los convenios y las decisiones de los organismos especializados no son un producto exclusivamente jurídico. Contrario sensu, provienen de estamentos pertenecientes a organizaciones estrictamente políticas y atienden realidades humanas permanentemente abordadas desde lo político. De hecho, son diversos los organismos que tienen dentro de sus funciones la recolección de información y la formulación de sugerencias y recomendaciones

específicas de tipo legislativo, político o de otra índole, dirigidas a los gobiernos con el único objetivo de hacer cumplir sus obligaciones en la materia. Por tanto, los tratados sobre derechos humanos deben ser considerados, no solo desde un enfoque jurídico, sino esencialmente como una expresión política internacional con efectos jurídicos y políticos, los cuales limitan el ejercicio del poder estatal al tiempo que crean derechos y obligaciones *erga omnes* para la comunidad internacional.

En tal sentido, autores contemporáneos de connotada incidencia en la protección de la persona humana a través del DIDH, como Antônio Augusto Cançado Trindade y Fabián Salvioli, han destacado la preeminencia del individuo como sujeto del derecho internacional actual, especialmente de cara a su protección, aunque también como sujeto de responsabilidad individual cuando se trata de la comisión de graves violaciones a los DDHH o infracciones graves al DIH.

Aun cuando esquemáticamente y bajo posiciones tradicionalistas, cada una de dichas ramas es analizada en forma independiente, los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos las interrelacionan entre sí cuando a ello hay lugar. Dicho tratamiento ha sido reiterado en numerosos casos que involucran conflictos armados, dictaduras militares, e incluso procesos de paz.

1.2. EL CONSTITUCIONALISMO COMO PUNTO DE PARTIDA PROBLEMÁTICO EN SU RELACIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Asumir el Derecho Constitucional como el fundamento del orden jurídico y político de un Estado, implica reconocer su capacidad de organización estatal, de regulación del ejercicio del poder público, así como de la consagración de los derechos y garantías consideradas fundamentales para el ser humano.

Implica así mismo reconocerlo al final del camino, como producto inconcluso, ineludiblemente resultante de las formas de pensamiento de la humanidad, de los modelos políticos y económicos, de las luchas sociales, de la multiculturalidad, de la principalística y la axiología proveniente juntas del seno ontológico y deontológico discutido por la ética y la moral. De las tesis filosóficas sobre la justicia, el poder y el Estado y sus consecuentes cambios ejercidos sobre los paradigmas de Estado. Incluso, como un proceso de imposición hegemónica (o al menos de tensión) en determinadas regiones de occidente, como ocurre en el caso de las comunidades indígenas (ARIZA SANTAMARÍA, 2010).

De manera que hay una relación fundacional entre derecho constitucional y derechos humanos. Al ser ello así, la diferencia entre el orden interno e internacional de los Derechos Humanos, presenta un componente altamente formal y funcional,

a pesar que se retroalimentan mutuamente. Ello queda en evidencia cuando el derecho constitucional nomina como derechos fundamentales a los Derechos Humanos, siendo la Constitución Política de los Estados la que define los derechos, pues les otorga contenido, alcance y mecanismos de protección judicial, como ocurre con la Carta Política de 1991 en el caso colombiano.

Pero, ¿qué sucede si la norma constitucional no reconoce determinados derechos, excluye, delimita o discrimina?

El derecho constitucional colombiano ha dado respuestas a tales interrogantes en muchos casos, aunque está en deuda en otros. Temas como el reconocimiento de garantías colectivas o individuales a título de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la incorporación parcial del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional a la política criminal del Estado en el contexto del conflicto armado; o la protección parcial a grupos vulnerables o en desventaja manifiesta, son algunos de los asuntos resueltos mediante la adopción importante de estándares internacionales. Entre tanto, aspectos relacionados con la operatividad del tipo penal de lesa humanidad por crímenes cometidos en el marco del conflicto armado; la adopción homogénea de leyes de alternatividad penal que impidan la impunidad de actores armados en el contexto de procesos de justicia transicional; o la discriminación en temas de género (como aborto o adopción por

personas con orientación sexual diversa), se encuentran aún en proceso de resolución.

Si existe tanta identidad entre los sistemas, el constitucional y el internacional, es preciso reconocer por qué hay una comunión tan exigua entre ellos, para lo cual resulta pertinente identificar sus puntos de unión y disolvenca en el plano jurídico.

Tres aspectos los unen:

- i) el punto de partida (punto A): la fuente jurídica de protección;
- ii) el punto de llegada (punto B): la vocación de justicia; y,
- iii) el intérprete u operador político o jurídico quien se encuentra en tal trecho; como se muestra en la gráfica siguiente:

Esquema 1. Estructura y semejanzas en el funcionamiento de los Sistemas Constitucional e Internacional

A su turno, dos de ellos los alejan: i) la fuente jurídica de protección, y, ii) el intérprete u operador político o jurídico; los que en ambos casos divergen por la vocación vinculante, es decir, por las diferencias conceptuales sobre la obligatoriedad para el ordenamiento interno de la fuente jurídica, (posición fundamentada esencialmente en la noción de soberanía constitucional en amparo al derecho de los tratados), o

de la decisión misma (por tratarse de un organismo cuasi-judicial); ejercicio en el cual el punto B resulta sacrificado: la justicia.

Esquema 2. El Sistema Constitucional

Esquema 3. El Sistema Internacional

De lo anterior, como ejemplo se puede observar en las medidas cautelares dictadas por la CIDH en el caso Petro (CIDH, R. 5. MC No. 374-13/ 2014). En dicho asunto, el Estado colombiano rehusó el acatamiento de la medida cautelar por tratarse de una decisión tomada por un organismo cuasi-judicial, advirtiendo que si se trataba de una orden similar (medidas provisionales) dictada por la Corte IDH, hubiese sido obedecida. Argumentó el Estado, que mientras las medidas provisionales cuentan con la base jurídica en el artículo 63.2 de la Convención Americana, las medidas cautelares no tienen fundamento jurídico vinculante, pues la mencionada figura jurídica existe en el Reglamento de la CIDH, la cual no alcanza la categoría de

tratado internacional de conformidad con el artículo 31.1 de la Convención de Viena de 1969.

Allí, la formalidad está determinada por la aparente fuente jurídica sobre la competencia o facultad de la Comisión para emitir ese tipo de decisiones. A pesar que la discusión es mucho más amplia, desde un aspecto meramente formal, se puede precisar que la fuente jurídica no se encuentra solamente en la competencia para expedir la medida, sino que tiene piso en el artículo 23 de la CADH relativo a los derechos políticos. Ello permite dimensionar las divergencias de ambos sistemas, a partir de los alcances vinculantes desemejantes de dos decisiones potencialmente idénticas pero dictadas por organismos distintos como se puede advertir en el esquema a continuación.

Esquema 4. Caso Gustavo Petro: Medidas Cautelares establecidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Esquema 5. Razones para el no acatamiento de la decisión por el ordenamiento interno colombiano

2. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO LÍMITE DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL EN LA NACIONAL.

2.1. PRESUPUESTOS FILOSÓFICOS DE LA SUBSIDIARIEDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Aunque se puede observar algunas diferencias según variados autores, hay un punto de referencia común entre ellos: el origen de la subsidiariedad no se encuentra en lo jurídico (como principio del derecho), sino que la filosofía y la política fueron sus pilares fundacionales. Algunos académicos la ubican en la Grecia Clásica (Chantal citado por Carozza, 2003), o en la época medieval como Santo Tomás, Maquiavelo y Dante (Hoffner, 1974, p. 54). No obstante, es oportuno tener en cuenta que el derecho germano y los preceptos generales de la Iglesia católica bien pueden interpretarse como antecedentes importantes sobre el particular.

Se afirma que el término subsidiariedad fue acuñado por el Papa Pío XI en 1931, tras la publicación de la encíclica *Quadragesimo Anno* que conmemoró los cuarenta años de *Rerum Novarum* de León XIII, cuando se planteaba que (VATICANO, 1931):

Conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás perdería mucho tiempo, con lo cual logrará realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que sólo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija.

Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que, mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función "subsidiaria", el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación.

Por lo tanto, es necesario que los gobernantes tengan de presente que, mientras más vigorosamente reine el principio de función "subsidiaria", en el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero será el estado de la nación.

Para el postulado social de la iglesia, la subsidiariedad protege a la persona humana, a las comunidades locales, a los grupos intermedios y a los estados

nacionales del peligro de perder su legítima autonomía. Procura sigilosamente por la aplicación justa del principio en virtud de la dignidad misma de la persona humana, amparada en el respeto de la humanidad como lo más imperante en la organización de la vida social, y de la salvaguardia de los derechos de los pueblos en las relaciones entre las sociedades particulares y la sociedad universal.

Desde los fundamentos, para Paolo Carozza el principal fundamento de la subsidiariedad es la convicción de que cada ser humano individual, está provisto de un valor o dignidad inherente e inalienable, debido al cual, el valor de la persona humana es ontológica y moralmente superior al del Estado o cualquier otra agrupación social (Carozza, 2003, p. 42). Por tanto, la subsidiariedad es aplicable a todos los ámbitos de la actividad humana, y desde el plano filosófico-político tiene una doble significación o dimensión: una negativa y otra positiva. La primera, implica que las instancias superiores no deben sustituir a las inferiores, sino actuar cuando éstas sean incapaces de hacerlo. La segunda, que las instancias superiores deben ayudar a las instancias inferiores para que puedan alcanzar mejor sus objetivos. Dicho de otra manera, la negativa consiste en que las comunidades mayores tienen una restricción sobre los espacios y las competencias de las menores, mientras que la positiva impone la obligación a las comunidades mayores de intervenir cuando las menores no alcanzan a cumplir con su objetivo.

Así, al tener en cuenta que las instituciones pueden ser grandes o pequeñas, fuertes o débiles, *vr. gr.* el Estado y la familia; el presente documento centra la atención en dos tipos: la Comunidad Internacional (comunidad mayor) y el Estado (comunidad menor). La primera, por cuanto la discusión se centra en su poder o capacidad de *injerencia* frente al Estado, dadas las bases de la comunidad en la noción de garantía colectiva. La segunda, en razón a que todas las personas nos encontramos adscritas o bajo el poder de un Estado (al menos), institución llamada a ser primer garante en relación con el individuo, bajo la égida de los derechos humanos.

De acuerdo con el autor, la subsidiariedad en su dimensión filosófico-política, implica que el Estado (como ejemplo de la organización política fuerte frente a la débil), debe abstenerse para no comprometer el principio de no intervención, pero inmediatamente se le exige la misma intervención si la sociedad no logra alcanzar por sí misma sus objetivos. De esa manera, la idea de la subsidiariedad combina la intervención con la no interferencia (Carozza, 2003, p. 51):

Taking subsidiarity seriously implies basically not to restrict the subsidiarity principle to the role of a rule, as embodied in [Article 5 of the EC Treaty], but to give it an additional dimension by holding that there exists, alongside this rule, a subsidiarity principle” that should be given a wide scope. For Schilling, the principle “pervades the whole field of the relationship between Community and Member State competences,” recognizing a certain Community law supremacy yet balancing it against national interests in the service of the overall coherence and stability of the Community. Gráinne de Búrca’s assessment of the significance of subsidiarity confirms and amplifies Schilling’s understanding.

Al cñño hist3rico, la introducci3n del t3rmino tom3 fuerza en el Siglo XX, con su adopci3n positiva por la Uni3n Europea del Tratado de Maastricht en 1992. El t3rmino alcanz3 un desarrollo importante con el Protocolo sobre la Aplicaci3n de los Principios de Subsidiariedad y Proporcionalidad de 1996 anexo al Tratado de 3msterdam (1997). En sus consideraciones, los Estados signatarios reconocieron que, a partir de sus anhelos y convicciones, su decisi3n de seguir con el proceso de creaci3n de una uni3n entre los pueblos de Europa era clara, con el fin de que las decisiones se tomen de la manera m3s eficaz a los ciudadanos, con base en el principio de subsidiariedad (Tratado de Maastricht, 1992). Incluso, esa es la raz3n por la cual fuera del campo del derecho europeo, la palabra a3n puede tener algo de desconcertante. Los euro-parlantes la asemejan con una delgada y reducida analogía del s3lido t3rmino “federalismo”. A pesar de ello, la idea ha incrementado su relevancia en una variedad de 3reas sustanciales del derecho y la gobernabilidad, y encuentra un lugar en el discurso constitucional de muchos otros sistemas legales m3s all3 de la Uni3n Europea.

La consecuencia entonces, es que la subsidiariedad deja de ser un mero estandarte filos3fico-político, para convertirse en una figura jur3dica al interior de la Uni3n Europea. Ello incide en el ejercicio contencioso de la Corte Europea de Justicia y de los 3rganos del Sistema Europeo de Derechos Humanos, a pesar que la Comisi3n Europea y la Corte Internacional de Justicia venían invocando la figura desde tiempo

atrás (CIJ, Caso Barcelona Traction y Power Company/1964)). Es así como tal figura pasa a ser considerada un principio del derecho constitucional europeo, al buscar la integración regional bajo el respeto de los ordenamientos nacionales.

En ese contexto, la positivización de la subsidiariedad implica su nacimiento a la vida jurídica, y por tal conducto, rápidamente el camino para convertirse en un principio del Derecho Internacional. Ello debido a que los tratados poseen un contenido político en su creación y finalidad o ejecución, y dada su naturaleza jurídica, sus fundamentos y efectos tornan formas igualmente jurídicas. Es decir que, independiente de su origen o naturaleza, el contenido del tratado adquiere y/o mantiene valor político-jurídico, siendo lo jurídico invocado y exigido en el plano jurisdiccional.

Dado la aparente bifurcación (a veces antagónica), que muestra la subsidiariedad en los planos filosófico-político y jurídico, se entiende que tal principio se expresa en dos dimensiones estrechamente relacionadas entre sí: una sustancial y una procesal (jurídica).

Conforme lo señala el profesor Santiago, la parte sustancial quiere establecer un equilibrio entre la unidad de derechos y la diversidad de contextos políticos, sociales y culturales con el fin que se permita y garantice de manera equitativa el surgimiento de estándares comunes sobre la base de un diálogo entre los diferentes sistemas

constitucionales. Por otra parte, en la dimensión procesal, la subsidiariedad busca garantizar la efectividad de los derechos y establecer un marco jurídico procesal que defina alcances y limitaciones del propio sistema internacional (Santiago, 2013, p. 461-462).

En el campo de los Derechos Humanos, éstos tienen una clara relación con el principio de subsidiariedad. Aquí pone de presente el deber de las organizaciones inferiores acogerse a un poder superior, cuando se encuentran en incapacidad de cumplir con los fines en relación al individuo. El fin último del organismo supranacional (en el plano jurisdiccional), no es sustituir la labor de la organización menor (Estado infractor), sino exhortarlo al cumplimiento de sus fines, traducidos en obligaciones internacionales de conformidad con las fuentes establecidas por el derecho internacional. Pese a ello, no es menos cierto que la consideración internacional, global y general del contexto de los derechos humanos en uno o más Estados, no es subsidiaria ni subsiguiente del funcionamiento o no funcionamiento de la protección nacional interna.

Gros Espiell (1991), advierte que en la actualidad no se puede estudiar lo concerniente a los derechos humanos y su localización en el derecho constitucional o internacional, sin olvidar la protección internacional que los derechos humanos tienen en la naturaleza subsidiaria de defensa nacional. Además, la protección interna debe ejercerse de forma previa a la internacional y por la inexistencia de la

primera será el sistema internacional quien intervenga, en razón que el principio de subsidiaridad nace por la presencia de la soberanía estatal (p. 176).

Señala que el principio de subsidiariedad tiene un sentido distinto en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho comunitario, pues mientras en el primero significa que la protección internacional -universal o regional-, es subsidiaria o consecutiva de la protección nacional; en el segundo, en cambio, quiere decir que existe o nace una competencia comunitaria cuando no se ha ejercido la competencia nacional correspondiente.

Por lo anterior, en el ámbito del DIDH la subsidiariedad no es anterior a la noción de soberanía estatal. Incluso, puede corresponderse con la premisa de soberanía individual o plena garantía en el desarrollo del ser humano. Dado el carácter político del individuo por sociabilidad, y en tanto su incursión en variadas o múltiples organizaciones de diversa naturaleza, la subsidiariedad se refiere a las reglas necesarias en las relaciones de cooperación y coordinación por parte de ellas para con él, de cara al respeto de sus particularidades, y en el contexto de las respectivas obligaciones de las comunidades estatales.

2.2. CARÁCTER SUBSIDIARIO DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTERAMERICANO

Desde la perspectiva institucional, los órganos del sistema interamericano han establecido que la subsidiariedad frente a la protección interna es caracterizante de la protección internacional, cuyo fundamento jurídico se encuentra en el Preámbulo y el literal b del artículo 47 de la Convención Americana. Bajo la misma línea argumentativa se han pronunciado acerca de la relación existente entre la jurisdicción interna y la internacional. Y en tal sentido, sobre la posibilidad de examinar los procedimientos internos al considerar que la regulación de protección internacional de los derechos humanos tiene la connotación de ser subsidiaria respecto del derecho interno.

Poner en juego la regla de la subsidiariedad en el ámbito procesal o jurisdiccional, implica entonces la existencia de un trámite judicial internacional a través del cual se alega la violación a normas del DIDH mediante una conducta atribuible al Estado, según las reglas de imputación sobre el particular (ONU, Res. A-RES-56-83/2002, Artículo 2).

Al tener en cuenta que el principio de subsidiariedad respecto a la responsabilidad internacional de los Estados en el mérito del asunto, el análisis debe tomar en consideración que los órganos internacionales sólo actúan ante la ineficacia de los sistemas de justicia domésticos. Ello implica la oportunidad inicial que tiene el Estado de hacer justicia, y sólo se podrá acudir a las instancias supranacionales si se logra demostrar que el proceso interno no fue instruido de forma objetiva,

independiente e imparcial de conformidad con las garantías del derecho internacional.

2.3. ASPECTOS PROCESALES DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO Y SU RELACIÓN CON EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO

2.3.1. EL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS Y SU IMPORTANCIA EN EL CASO COLOMBIANO

Cuando el sistema interamericano de protección de los derechos humanos exige el agotamiento de recursos internos, reconoce una premisa fundamental del derecho internacional: la existencia del poder soberano de los Estados. Lo anterior da lugar para expresar que los recursos establecidos internamente por los estados son de obligatorio cumplimiento, siempre y cuando una persona que se considere afectada en sus derechos fundamentales los pueda ejercer sin ningún traumatismo. Lo anterior implica que la regulación normativa de la regla jurídica del agotamiento de recursos está diseñada para proteger a los Estados de la justicia internacional, al tener la oportunidad de remediar los problemas jurídicos con las personas sujetas a su jurisdicción, utilizando la legislación nacional e internacional.

El reconocimiento de la soberanía del Estado por parte de los organismos que hacen justicia internacional, respaldados en los tratados internacionales, tiene un carácter político que no se debe perder de vista en el tratamiento de la relación jurídica estatal y los derechos humanos. Es necesario precisar que el ejercicio del poder político se basa en los principios democráticos, y en tanto, la violación de los derechos debe considerarse como una situación excepcional en el ejercicio del poder. Ello difiere del ejercicio del poder político autoritario, el cual se encuentra en contravía de los derechos de las personas.

Junto a la ratificación estatal de un instrumento internacional como la Convención Americana, se encuentra la intención política, real o imaginaria, que, en el desarrollo de las políticas públicas gubernamentales de promoción y protección de los derechos humanos, tales acuerdos serán respetados, o al menos, se propenderá por su respeto. Es decir, la voluntad estatal implica adecuarse a las exigencias propias de las regulaciones internacionales. Para alcanzar estos fines, los órganos del Estado legalmente constituidos, especialmente la rama judicial -a propósito del acápite que ocupa el texto-, están vinculados por las normas jurídicas de carácter constitucional y por ende a la supremacía que de ella emanan. En consecuencia, el reconocimiento de la existencia de los derechos humanos y los correspondientes pronunciamientos judiciales, deben estar acordes con los compromisos que soberanamente el Estado adquirió como sujeto de derecho público internacional.

La cosmovisión política y los compromisos que soberanamente adquieren los Estados tras el reconocimiento de los estándares internacionales en su normatividad interna, implican una responsabilidad de protección de los derechos humanos.

Por otra parte, respecto a los recursos internos es importante traer en mención lo que menciona Fergus MacKay, las decisiones de admisibilidad pronunciadas por la CIDH, permiten ilustrar adecuadamente el requisito de recursos internos:

[...] se refieren a procedimientos (principalmente jurídicos y administrativos) que existen en la legislación nacional que pueden utilizarse para resolver las presuntas violaciones de derechos humanos. Estos procedimientos pueden existir con relación a derechos constitucionales, previsiones estatutarias, derecho consuetudinario o legislación administrativa. La regla de agotamiento requiere que todos los recursos sean usados y concluidos antes de recurrir a los mecanismos internacionales. (MacKay, 2001)

La aplicación y novación en la concepción del agotamiento de recursos internos ha sido producto de las restricciones en que los estados incurrían, pues generalmente no eran eficaces al momento de garantizar los derechos de los individuos. Ello implicaba dificultades en el acceso a la justicia internacional, puesto que en el Sistema Interamericano primaba la regla general de agotamiento de recursos internos como requisito necesario para acceder ante dicha instancia.

La CIDH se ha pronunciado sobre los aspectos que pueden ser determinantes tanto al sistema jurídico interno como al internacional. Al primero, para establecer qué son los recursos internos, y al segundo, para dar certeza sobre hasta dónde llega su competencia, tal como lo hizo en el informe 51 de 2003 (CIDH, INF. Nº 51/2003, Caso DOMÍNGUEZ vs ARGENTINA), cuando manifestó que:

La jurisprudencia del sistema ha establecido que, si bien en algunos casos dichos recursos extraordinarios pueden ser adecuados para enfrentar violaciones de derechos humanos, como norma general los únicos recursos que es necesario agotar son aquellos cuyas funciones, dentro del sistema jurídico, son apropiadas para brindar protección tendiente a remediar una infracción de determinado derecho legal. En principio, se trata de recursos ordinarios, y no extraordinarios (párr. 45).

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte IDH ha considerado como regla general que únicamente es exigible agotar los recursos ordinarios, aunque en ciertos casos también podrían serlo los extraordinarios. Determinar cuáles recursos se deben agotar, depende de dos aspectos: i) el tipo de violación que se trate (violación grave y sistemática o violación no grave), y ii) los recursos con que cuente el ordenamiento interno.

De acuerdo con lo anterior, en el caso colombiano se ha desarrollado una amplia gama de recursos judiciales y administrativos en los términos de los artículos 8 y 25

de la CADH, esencialmente a consecuencia de la importante tradición jurídica del país, así como al alto grado de vulneración de los derechos humanos tanto por el Estado como por los particulares, bien en el marco del conflicto armado, bien fuera de él. Dichos recursos están dirigidos a atender los procedimientos judiciales y administrativos en diferentes áreas del derecho, aunque algunos de ellos son transversales a cualquier tipo de causa.

Ahora, tanto en los trámites administrativos estatales, como en los procesos judiciales de derecho privado y de derecho público, existen mecanismos dirigidos a garantizar aspectos como la doble instancia, los cuales pueden ser de naturaleza ordinaria o extraordinaria.

El recurso de reposición sirve para canalizar las inconformidades de carácter jurídico respecto de la decisión judicial adoptada, con la finalidad que el mismo operador jurídico la modifique o la revoque. Situación que se presenta de manera diferente en el trámite administrativo, puesto que si bien es cierto dicho recurso está presente, no implica que sea obligatorio. Expresión jurídica que no ocurre con el recurso de apelación, pues siendo obligatoria su presentación para el agotamiento en sede administrativa, el recurso busca que el superior jerárquico conozca, analice y resuelva el caso bajo estudio con el propósito de obtener una nueva decisión.

De otra parte, el recurso de queja procederá como medio subsidiario del recurso de reposición contra aquella decisión que no concede la apelación o la casación y, el recurso de súplica, será interpuesto contra aquellas decisiones que por su esencia tienen la posibilidad de presentar el recurso de apelación. Por ello, su carácter excepcional que impide convertirse en una nueva instancia para aportar otras razones jurídicas o fácticas con base en los argumentos que sustentó el concepto de la violación o adicionar cargos con nuevos elementos de juicio (CConst, Auto 195/2011, MP. G. MENDOZA).

Existen otros recursos como la revisión y la casación, mecanismos netamente judiciales que tienen elementos propios de una demanda más que de un recurso dado su carácter extraordinario, pues buscan la protección y el control de legalidad de la decisión adoptada. El recurso de revisión, tiene la particularidad de ir contra la inmutabilidad de las providencias ejecutoriadas, es decir, aquellas que han hecho tránsito a cosa juzgada, pero, por la ocurrencia de situaciones fácticas y conductas contrarias a derecho, una vez configuradas desvirtúan la oponibilidad a la sentencia, siendo la seguridad jurídica el fundamento constitucional de su procedencia (CConst, C 520/2009, MP. M. CALLE). El Código General del Proceso consagra en el artículo 333 una nueva definición del recurso de casación, clarificando su significado y trascendencia en el ámbito jurídico al señalar que:

[...] tiene como fin defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos, unificar la jurisprudencia nacional y reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida (L. 1564/2012).

La definición del recurso de casación creada por el Estado Colombiano regula el reconocimiento de los instrumentos internacionales, permitiendo con ello abrir el dialogo entre el tribunal interno y el internacional, teniendo como fundamento la nueva situación política existente en América Latina, especialmente, por la apertura de nuevos espacios democráticos. Así, cuando el Estado regula la necesidad de “[...] lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales [...]” (L. 1564/2012), genera mayor consolidación normativa con el único fin de proteger los derechos humanos consagrados en los instrumentos nacionales e internacionales.

De otro lado, en el agotamiento de los recursos internos en Colombia, es importante tener de presente la necesidad e importancia de la presentación y aplicación de las acciones constitucionales, constituidas en su esencia para la protección de los derechos prohibidos en la norma superior interna. Entre ellas se desataca la acción pública de inconstitucionalidad, expresión del carácter democrático del Estado Social de Derecho que se materializa en el sistema de control constitucional vigente.

Para la autora colombiana Pérez Bohórquez, la acción es un recurso adecuado y efectivo, que debe ser agotado previamente para acudir ante el Sistema Interamericano (Pérez Bohórquez, 2013, p. 71). Se debe agregar que, la Corte Interamericana estableció en qué eventos no se ha debido agotar. Es decir, el Tribunal reconoce la necesidad de su agotamiento. Entre las situaciones mediante las cuales la acción de inconstitucionalidad no debe ser agotada se encuentran:

1. Cuando su presentación requiera de la cualificación de la persona que la presenta, es decir, cualquier persona no podrá interponer la acción y por ello su agotamiento implicará un mayor desgaste a la víctima.
2. Conforme a los postulados de la Convención Interamericana la demora injustificada constituye una de las excepciones del cumplimiento del agotamiento de recursos.
3. La alta exigencia de requisitos innecesarios e ineficaces para su presentación.
4. En el evento de la inexistencia de procedimientos ni términos determinados con claridad del trámite ante el defensor del pueblo.
5. Cuando el juez y órgano que decidirá sobre la acción de constitucionalidad se ha adelantado para predisponer su decisión.
6. La necesidad de los requisitos materiales de funcionamiento del órgano judicial que decidirán del asunto (Pérez Bohórquez, 2013, p. 71-73).

A propósito de los dos últimos ordinales la jurisprudencia de la Comisión Interamericana, señaló la no necesidad de realizar el agotamiento de la acción bajo las siguientes consideraciones:

1. Porque ya había intentado que no se le aplicara dicha ley mediante la solicitud de aplicación de la facultad relativa al control difuso de constitucionalidad de las leyes.
2. Porque existía una imposibilidad material de obtener un resultado favorable, por razones estrictamente políticas, puesto que el tribunal constitucional, se encontraba conformado por miembros elegidos mediante una transacción política entre la mayoría oficialista y un sector de la oposición, por lo que dicho tribunal adolecería de independencia e imparcialidad que le implicaba fallar en favor del interesado.
3. Porque se encontraba impedido de hacerlo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 203 de la Constitución peruana, que requiere la concurrencia de 5.000 ciudadanos para intentar dicha acción.
4. Porque aun cuando se hubiera intentado exitosamente dicha acción de inconstitucionalidad, la eventual sentencia favorable al accionante no hubiera podido tener efectos retroactivos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 204 de la Constitución peruana, por lo que dicha sentencia no hubiera podido reparar la situación jurídica que se alegaba como infringida por la Ley. (CIDH 43/1999 Allan García Pérez vs Perú, párrafo 6)

Conforme a lo anterior, y al tener en cuenta que la acción de constitucionalidad tiene un carácter extraordinario que busca el cuestionamiento legal y constitucional de

una noma, diferente al análisis de una decisión judicial, no puede catalogarse como un recurso, y en tanto, no siempre debe ser agotado por el peticionario, especialmente bajo las siguientes sub-reglas (Pérez Bohórquez, 2013, p. 74-75):

1. Cuando la acción de inconstitucionalidad constituye un recurso extraordinario limitado por estar destinado a una persona particular en su legitimación por activa.
2. La inviabilidad jurídica de interponer la acción de inconstitucionalidad.
3. Falta de eficacia de la acción por no enmendar el caso bajo estudio debido a que no se produce el resultado esperado: Un claro ejemplo es: cuando no se precisa el alcance de la providencia.

En relación con el caso colombiano, la Honorable Corte Constitucional ha enfatizado que es indispensable agotar los recursos legales vigentes en la legislación colombiana. A tales efectos, ha señalado que se trata de los aquellos que el Estado prodiga en la legislación nacional expedida a través del órgano competente, pues su interés, es primordialmente hacer justicia y evitar que la víctima deba acudir a la esfera externa. En caso de hacerlo, el Estado debe demostrar que están cumplidas sus obligaciones convencionales y eludir mayores y más graves cargos por violación a los derechos humanos.

En tal sentido, la sentencia de constitucionalidad 554 de 2001, determinó que:

La regla del previo agotamiento de los recursos internos en la esfera internacional de los derechos humanos, tiene ciertas implicaciones que están presentes en la Convención.

[...] Por eso, cuando se invocan ciertas excepciones al no agotamiento de los recursos internos, como son ineffectividad de tales recursos o inexistencia del debido proceso legal, no solo se está alegando que el agraviado no está obligado a interponer tales recursos, sino que indirectamente se está imputando al Estado involucrado una nueva violación de las obligaciones contraídas por la Convención (CConst, C-554/2001, MP. C. VARGAS).

2.3.2. LA FÓRMULA DE LA CUARTA INSTANCIA O TRIBUNAL DE ALZADA

Al interior del Sistema Interamericano, la fórmula de la cuarta instancia nace a finales de los años ochenta en el siglo XX, al seno de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Dicha figura evolucionó paulatinamente, a través de pronunciamientos del mismo organismo como el caso del señor López-Aurelli en el año de 1990 (CIDH, Informe No. 74/90), los cuales retomaron el fundamento de las decisiones que en similar sentido venía emitiendo su homóloga Comisión Europea mucho antes, desde el año 1958.

Es así como la primera aproximación del organismo interamericano se realizó en el caso Clifton Wright vs Jamaica, dictamen en el que resultó significativamente tímido el análisis expuesto por la Comisión sobre tal figura (CIDH, R. No. 29/1988. Caso 9260 Jamaica). En aquel caso, el marco fáctico se refirió a la privación injusta de la libertad y posterior imposición de pena capital al ciudadano jamaicano, quien fuera detenido el 29 de agosto de 1981 por el presunto asesinato de Louis McDonald el día anterior, lo que motivó al afectado acudir a la CIDH mediante petición recibida el 13 de febrero de 1984 en Washington. En dicha misiva, Wright expuso su inocencia y la imposibilidad de hacer valer una defensa adecuada ante el juez, tras un juicio carente de garantías judiciales, doble instancia y debida apreciación de las pruebas en el proceso judicial, lo que en términos de los peticionarios constituía un *grave error judicial*; siendo entonces el “*error*” uno de los elementos que fundamentaría a futuro las bases teóricas y de aplicabilidad de la institución procesal, junto al *error de hecho*.

Más adelante, y pese a la existencia de otras decisiones intermedias que lucieron dicha noción, fue en el Informe de Admisibilidad sobre el Caso Marzioni vs Argentina, en el que la Comisión desarrolló con mayor vigor la línea interpretativa sobre el concepto de la cuarta instancia. Entendió que la petición del señor Santiago Marzioni no caracterizó “*prima facie*” violación alguna a los derechos humanos, pues lo que se veía reflejado, era un inadecuado análisis del derecho a la igualdad por parte del denunciante (junto al derecho a la propiedad), quien comparó algunas

sentencias del ordenamiento argentino frente a su situación particular, y asumió por tal conducto que en su caso se predicaba un tratamiento no igualitario en relación con los montos indemnizatorios a él fijados por la justicia doméstica, luego de un accidente laboral que lo incapacitó en un 42.5%.

La caracterización “*prima facie*” expuesta en el segundo momento por la Comisión, cuenta con un fundamento normativo en la Convención Americana. El artículo 47.b) del mismo instrumento indica que: la Comisión deberá declarar inadmisibile toda petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 o 45 que no cumpla los requisitos indicados en el artículo 46; no exponga los hechos que caractericen una violación a los derechos establecidos y garantizados por la Convención (Convención Americana sobre Derechos Humanos/1969). Desde donde se afina el marco jurídico de la cuarta instancia.

Conceptualmente y de acuerdo con el ex-comisionado chileno Felipe González Morales, el nombre de cuarta instancia proviene del hecho de que los órganos internacionales de derechos humanos no constituyen una “instancia” en el sentido del derecho procesal interno (CIJ, Caso Aegean Sea Continental Shelf/1978, párr. 42). Tal caracterización implica que ninguno de los organismos del SIDH sea considerado un tribunal de alzada o apelación para dirimir desacuerdos entre las partes sobre aspectos como el alcance de la valoración probatoria o inconformidades por las decisiones dictadas en el marco del derecho interno. Muy

a pesar de ello, tanto la Comisión como la Corte han señalado que podría revisarse la actuación de la autoridad judicial interna si se ha actuado, por ejemplo, al margen del debido proceso². En tal situación, los organismos no podrían referirse a dicha solicitud en forma de una excepción preliminar, habida cuenta que deberán considerar el fondo del asunto y analizar si el derecho convencional fue violado o no; postulados que en principio resultan contradictorios, o el menos de difícil resolución en un *cas d'espece*.

Según la Comisión Interamericana, la denominada fórmula consiste en que “si bien en principio no cabe a la CIDH examinar las determinaciones de derecho o de hecho de los tribunales nacionales, a la manera de un tribunal de alzada (...)” (CIDH, INF. No 5/2005. Gustavo Sastoque vs. Colombia. Pár. 28). La CIDH no puede actuar como órgano cuasi-judicial de cuarta instancia y revisar las decisiones de los tribunales nacionales de los Estados miembros de la OEA, pues, al contrario, su función es proceder con base a las denuncias presentadas de acuerdo con los Artículos 44 a 51 de la Convención Americana (CIDH, R. N° 29/1988. Wright vs. JAMAICA). A partir del pronunciamiento, la noción fórmula de cuarta instancia³ se empezó a desarrollar como un predicamento que limita la competencia material del

² Al hablarse del debido proceso el debate se torna más difícil de manejar, pues al revisar los elementos del debido proceso según el artículo 8 convencional, junto a la jurisprudencia sobre el particular, se pueden encontrar los siguientes aspectos: juez independiente, imparcial, establecido con antelación al juicio por ley, juez natural, defensa técnica (este punto contiene a su turno diversos aspectos como introducción y valoración probatoria, alcance de la responsabilidad del letrado o del Estado, gratuidad de los servicios, etc.), derecho a recurrir decisiones (doble instancia), deber de motivación de las decisiones, plazo razonable, entre otros.

órgano administrador de justicia interamericano, para evitar la injerencia en asuntos internos de cada estado.

Tanto para la CIDH (CIDH, Informe 87/1998, Caso Oscar Vila-Mazot, Venezuela, párr. 17), como para la doctrina y para la misma jurisprudencia de la Corte IDH (CorteIDH, Caso Vargas Areco, voto razonado Juez García Ramírez, párrs. 6-7/2006), la fórmula de la cuarta instancia no puede ni pretende convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno. Al definir la existencia de una violación, es preciso considerar la conducta del Estado en su conjunto. La Corte ha indicado que puede examinar los procedimientos internos como un todo, con el fin de esclarecer si el Estado violó o no sus obligaciones internacionales en razón a las actuaciones de sus órganos judiciales, ya que “sólo puede señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención [...] pero carece de competencia para subsanarlas en el ámbito interno” (CorteIDH, Caso Genie Lacayo/1997. párr. 94.).

Es decir, los órganos del sistema no pueden revisar un procedimiento interno, a menos que sea ostensiblemente arbitrario y constituya denegación de justicia, no haya sido sustanciado por jueces competentes, independientes e imparciales, no se haya permitido recurrir la sentencia ante un tribunal superior o se haya transgredido alguna de las garantías establecidas en el artículo 8 de la Convención.

En el caso *Marzióni vs. Argentina* la Comisión señaló que:

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. (CIDH, INF. Nº 39/1996. *Marzióni vs. Argentina* Párr. 50)

Así mismo indicó que tal figura es congruente con la práctica del sistema europeo de derechos humanos, pero, además, la condición básica de la fórmula consiste en que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no puede estudiar las providencias dictadas por los tribunales de cada país que actuaron en su competencia y aplicando las necesarias garantías judiciales, lo cual no es óbice para que se considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención. Así, la Comisión no puede limitarse a afirmar que la decisión adoptada internamente fue equivocada o injusta en sí misma. Es necesario que la providencia interna se haya efectuado al margen de las garantías, debido a que el órgano no puede hacer las veces de un tribunal de alzada con el fin de analizar supuestos errores de derecho o de hecho que pudieron incurrir los tribunales nacionales dentro de los marcos de su competencia (CIDH, INF. Nº 39/1996. *Marzióni vs. Argentina* párr. 50 y 51).

De allí que su cuerpo normativo al igual que otros instrumentos, traducen en la práctica judicial internacional, la aplicación efectiva de la fórmula. Ad exemplum el artículo 47.b. es la causal que frecuentemente utiliza la Comisión para declarar inadmisibles los casos por pretender usar a la Corte como un tribunal de alzada frente a las decisiones judiciales de los jueces nacionales. A su vez, el artículo 46.1.a y el 46.1.b de la CADH, condiciona la admisibilidad de una petición al agotamiento de los recursos internos y a la presentación de la petición dentro de los 6 meses siguientes a partir de que se le haya notificado al presunto lesionado la decisión definitiva, con lo que se reafirma el respeto por las decisiones judiciales, en igual sentido se refiere el artículo 37 del reglamento de la CIDH.

Jueces de la Corte IDH como Cecilia Medina Quiroga en su voto disidente del caso Lori Berenson Mejía, o el Juez García Ramírez en su voto razonado del caso Vargas Areco, han afirmado que la Corte tiene a su cargo el control de convencionalidad, producto de la confrontación de las actuaciones realizadas frente a las normas de la Convención, pero no es posible que el control efectuado pueda ser o convertirse en una nueva y última instancia de conocimiento de las controversias dentro de cada Estado, tal como suele expresarse, a través de la idea producto de la percepción popular en cuanto a que el sistema interamericano es la tercera o cuarta instancia (pár. 6) (CorteIDH, Caso GERARDO VARGAS vs. PARAGUAY/2006). Por lo cual, no se puede pretender que acceder al sistema interamericano de derecho

humanos no se convierta en una instancia adicional de las controversias judiciales emanadas en cada ordenamiento interno.

En la sentencia de Excepciones Preliminares del caso Velázquez Rodríguez, la Corte IDH estableció que si bien es cierto que el régimen de protección internacional de los derechos humanos es de naturaleza subsidiaria respecto del derecho interno, también es necesario proteger al ser humano de la injusticia, en razón que la protección internacional de los derechos humanos es fundado en el amparo de la víctima por las afectaciones del Estado y con base en dicha protección el agotamiento interno de las instancia no puede afectar la eficacia del accionar internacional para la protección de la persona vulnerada (CorteIDH. Excepciones Previas. Caso Velásquez Vs. Honduras/1987, párr. 93).

Similar sentido tiene el pronunciamiento de la Corte en el caso Cantos vs Argentina, al señalar que frente a la providencia emanada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación resultaría complejo establecer si la misma vulnera la Carta Americana, pero sería diferente si la sentencia fuera en su esencia arbitraria pues la naturaleza de esa providencia debe ser la consolidación razonada del derecho vigente a la época de los hechos, pero no por incumplir la situación podría conducir a tacharse de arbitraria, pues para contemplarse esto deberá presentar vicios de gravedad en su decisión y análisis (CorteIDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo/2002, párr. 63);

aspecto refrendado en sentido idéntico en el caso Montiel Flores (CorteIDH, CASO CABRERA GARCÍA Y MONTIEL FLORES VS. MÉXICO/2010).

El estado actual de tal noción permite plantear dos reflexiones iniciales: una sustancial y otra formal.

Desde el plano sustancial, la fórmula de la cuarta instancia ha provocado una grieta para el planteamiento de excepciones que atacan el fondo, animando un juicio a priori, mediante el uso de una ecuación jurídico-procesal poco clara, que en la práctica puede conducir a la multiplicidad de estándares o a una inseguridad jurídica para las partes especialmente en detrimento de las víctimas.

Formalmente, la caracterización *prima facie* del hecho violatorio de la CADH como un requisito de admisibilidad, da lugar al planteamiento de una excepción tal como ha ocurrido en la práctica recurrente de los Estados en el proceso ante la CIDH. Al igual como sucede con el agotamiento de los recursos internos, pero a diferencia de los requisitos formales de una petición según el artículo 44 convencional, cobra valor el principio de subsidiariedad, el cual debe ser tomado en cuenta por los órganos del sistema especialmente en el estudio de caso. La facultad incide en el trámite procesal, el cual cuenta con anclajes puntuales en el propio preámbulo convencional, bajo un principio -que dado el lugar de importancia que ocupa en el

DIDH-, ha sido ampliamente abordado por la doctrina y jurisprudencia interamericanas, y para cuya defensa se encuentra legitimado el Estado.

Si bien las excepciones no cuentan con fuente normativa en el Pacto de San José, su asidero es inminentemente doctrinario en los terrenos del debido proceso aplicable al ámbito internacional, tal como se manifiesta en el reglamento de la Corte IDH cuando son consideradas como preliminares. El apellido preliminar (que en derecho interno colombiano es sinónimo de previo), constituye un mecanismo de defensa de la parte acusada, a través del cual se intenta evitar que el fallador emita pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión.

Cuando Faúndez Ledesma retoma los pronunciamientos de la Corte en los casos hondureños, a propósito de las excepciones preliminares, busca resaltar cómo en el ámbito internacional el concepto de excepción preliminar se aleja considerablemente de lo que se entiende en el derecho doméstico, ya que en la jurisdicción internacional la inobservancia de ciertas solemnidades no siempre es relevante, pues lo importante es que se preserven necesarias para que los derechos procesales de las partes no se vean disminuidos o desequilibrados, y alcancen los objetivos para los cuales estos procedimientos han sido diseñados. Así lo indicó la Corte IDH (CorteIDH. Excepciones Previas. Caso Velásquez Vs. Honduras/1987, párr. 33), citando sendos casos de la otrora Corte Permanente de Justicia

Internacional y la actual Corte Internacional de Justicia (CIJ, Caso Aegean Sea Continental Shelf/1978, párr. 42).

Ese rasero interpretativo ha sido utilizado por la Corte en relación con el agotamiento de recursos internos, en el que ha buscado prevalecer el interés proteccionista de las potenciales víctimas, antes de despachar juicios anticipados que eventualmente conduzcan una doble victimización de éstas, aspecto que ha reflejado su jurisprudencia, práctica y la modificación a su propio Reglamento.

Se dice que dos factores han incidido decisivamente para que el requisito procesal de la cuarta instancia haya adquirido una relevancia mucho mayor que en el pasado. Por una parte, los procesos de democratización en el Continente Americano han acarreado un fortalecimiento de los sistemas judiciales internos, que, mirado en términos generales y con variaciones según los países de que se trate, hoy gozan de una mayor independencia e imparcialidad que en el pasado. Por otra, en la medida que se han diversificado de manera muy importante las materias sobre las que versan las denuncias, la Comisión ha debido prestar una atención creciente a la cuestión de la caracterización de los hechos, de manera de apreciar debidamente acaso se cumple o no el requisito³.

³ La doctrina de la “cuarta instancia” debe distinguirse de la del “margen de apreciación”, también originada en el Sistema Europeo y que no ha sido recogida por el Sistema Interamericano, ya que mientras en la primera de ellas se trata de determinar la presencia o no de una caracterización prima facie de una violación a los derechos humanos, en la segunda, admitiéndose que podría haber derechos humanos comprometidos, el órgano internacional considera que los órganos internos se hallan en mejor posición para efectuar un pronunciamiento al respecto (la doctrina del margen de apreciación se aplica o no dependiendo de cuáles sean los derechos involucrados y de otras circunstancias).

Para los autores del presente documento, tal cuestión no representa una entidad menor. Al contrario, explica las razones de la imprecisión tanto conceptual como operativa de la figura al interior del Sistema Interamericano. Ello permitió la creación jurisprudencial de las instituciones jurídico-procesales como la *cuarta instancia* y el *margen de apreciación* en el marco legal europeo, desde un momento muy anterior al trasplante realizado por la CIDH al Sistema Regional sobre *cuarta instancia* a través del caso Clifton Wright vs Jamaica.

Desde otra perspectiva, tal evolución y contexto, permiten aproximar reflexiones sobre el aparente antagonismo jurisprudencial al interior del SIDH acerca del *tribunal de alzada*: mientras la doctrina define la *cuarta instancia* como un límite a la competencia material, la CIDH fundamenta dicha noción, además, en el artículo 47.b convencional (CADH/1969, Art. 47b), el cual se refiere a los requisitos de admisibilidad. La confusión de ambos presupuestos ha hecho de la CIDH un intérprete impreciso, y a veces errático, en una amplia gama de elementos cuando éstos se relacionan intrínseca⁴ o extrínsecamente⁵ con la *cuarta instancia*.

⁴ Como el error (de hecho y de derecho), la caracterización *prima facie*, o la inconformidad de la presunta víctima con la decisión judicial interna.

⁵ Como el agotamiento de recursos internos, el margen de apreciación, e incluso el control de convencionalidad.

3. NUEVOS DESARROLLOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD TRADICIONAL

3.1. DOSCIENTOS AÑOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL DESDE EL JUEZ JHON MARSHALL

En el año de 1779 nació en los Estados Unidos de Norteamérica una Constitución escrita de corte federalista, que, si bien no es la más antigua de las constituciones existentes, si es una de las más conocidas y leída, debido a que es un documento político creador de una nueva cosmovisión de la forma cómo debe funcionar un estado. La constitución protege los derechos individuales y con gran respeto conserva su eficacia y su vitalidad, además, refleja su actividad en el mundo occidental, unas veces por imitación otras por imposición dadas las circunstancias políticas existentes en los últimos doscientos años.

Con la Constitución Norteamericana, se dio inició a la construcción jurídica del capitalismo fundamentado en los derechos individuales y la protección social de los mismos, con las limitaciones propias que el poder político debe tener cuando se abandona los fundamentos filosóficos que sostienen la tiranía, lo que ha dado como consecuencia que América sea la tierra de libertad y de la consolidación de los estados de derecho, razones por las cuales la Constitución estadounidense:

Supera a cualquiera otra Constitución escrita debido a la excelencia intrínseca de su plan, a su adaptación a las circunstancias del pueblo, a la sencillez, concisión y precisión de su lenguaje y a la forma juiciosa como fija los principios con claridad y firmeza, en tanto que a la vez permite elasticidad en los puntos de detalle. (Bryce (como se citó en Hamilton, Madison & JAY)

Para que la naciente Constitución anglo sajona no quedara solamente en manos de la clase política norteamericana, se produjo el pronunciamiento judicial por parte del magistrado John Marshall en el caso Marbury vs Madison. Sentencia cuyos efectos cambiaría el derecho constitucional. La decisión del Juez Marshall es de tal alcance que sus postulados aún permanecen intactos desde cuando con la decisión judicial se creó el control constitucional judicial. Por lo anterior, es menester expresar que la sentencia del juez Marshall, es el punto de partida para reflexionar sobre qué es el control constitucional judicial en el mundo jurídico, su importancia radica en que la decisión judicial desde el punto de vista político clarifica los límites de los poderes públicos y el fortalecimiento del concepto de la supremacía constitucional.

Para la autora, María Virginia Andrade en el análisis de la sentencia MARBURY VERSUS MADISON, la decisión es el inicio del control constitucional judicial al considerar que todos los demás pronunciamientos posteriores, no son más que el desarrollo y complementación de la doctrina establecida por el honorable Juez John

Marshall, teniendo en cuenta que la argumentación de la providencia se basa en los siguientes puntos:

El principio de la limitación de poderes y de la supremacía de la Constitución escrita: El gobierno de los Estados Unidos tiene poderes limitados, y precisamente para que tales límites no sean equivocados u olvidados la Constitución es escrita. La Constitución, o es una ley superior no alterable por los métodos ordinarios, al igual que otras son alterables a discreción de la legislatura y entonces la Constitución no es ley; si es cierta la última parte, entonces las Constituciones escritas son intentos absurdos, además, de que el pueblo limite el poder que por su propia naturaleza es ilimitado. Todos aquellos que han establecido Constituciones escritas las han considerado como ley fundamental y superior de la nación, siendo consecuentes con la teoría de los gobiernos, pues será un acto nulo de la legislatura cuando contradiga a la Constitución. La teoría está vinculada a las Constituciones escritas y, en consecuencia, ha de ser considerada por el tribunal como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad".

La sentencia del Juez Marshall, coloca a la constitución escrita como la ley fundamental del Estado y de ella se deriva toda su superioridad que no puede ser desconocida por ninguno de los poderes públicos, superioridad que no es solamente formal, también es material en el sentido jurídico y político, puesto que cualquier acto jurídico realizado por el constituyente derivado que no se ajuste a la

constitución será nulo y en consecuencia, corresponde al poder judicial a través de su órgano competente pronunciarse respecto de la constitucionalidad del acto legislativo de manera automática, ya sea, porque el mandato constitucional permite que el ciudadano por vía de acción ponga en funcionamiento el aparato judicial y peticione la inconstitucionalidad de la ley para que se declare de manera total o parcial fuera de la órbita jurídica por ser contraria a la norma superior o porque de una manera autónoma el órgano constitucional está revestido de dicha facultad.

Igualmente, compete al poder judicial decidir constitucionalmente de fondo cuando un acto legislativo se encuentra en conflicto con una norma de la Constitución. El togado no puede o no debe dejar de cumplir la obligación, por lo tanto, es una obligación judicial inaplicar el acto legislativo para salvaguardar la supremacía constitucional, hacer lo contrario, implica desconocer el fundamento de la constitución misma y de contera de su contenido ideológico, filosófico, jurídico que sustenta el ideario del estado demo-liberal.

El pronunciamiento del Juez Marshall, tiene un tinte político y uno jurídico que forman una simbiosis sine qua non, para mantener incólume la existencia de los postulados creadores del Estado de Derecho. La limitación de los poderes públicos como garantía para evitar el abuso del poder y la supremacía de la norma superior como garantía del orden institucional y social que el pueblo en su calidad de

soberano, ordenó mantener cuando decidió darse forma de vida jurídica en la sociedad.

Tales tintes plasmados en la famosa decisión judicial, tienen como venero inagotable los postulados que los fundadores del Estado Federal Norteamericano legaron con el nombre de Federalista. Allí se encontró que el principio que rige una democracia constitucionalmente creada, está fundado en la limitación del poder político, puesto que una constitución de derecho tiene que regular a un Estado de derecho:

(...) la cuestión principal, la que domina todas las demás en el mundo trastornado de nuestros días... más fundamental que el problema relativo a si las leyes deben consagrar el sistema capitalista o algún otro... es la de optar entre el gobierno constitucional y el gobierno arbitrario. (Hamilton et al, 2013, p. 24)

Además, es importante clarificar que:

La única posibilidad, si el gobierno no es un gobierno de leyes, es el imperio de una voluntad irresponsable y absoluta. “Toda nuestra cultura moderna ha escrito Jellinek descansa sobre la afirmación de que los poderes del estado tienen un límite de que nosotros no estamos sometidos como esclavos al poder ilimitado del estado”. (Hamilton et al, 2013, p. 24)

En los estados de derecho es pilar fundamental que el gobierno tenga límites. Es la manera como los representantes de los ciudadanos elegidos por voto popular, deben ejercer el poder de forma temporal con el fin de garantizar que el designado tome como suyo el atributo otorgado. Será un estado democrático aquel que permita la participación completa de los ciudadanos o sé convierten en representativos cuando la elegibilidad está limitada por la raza, la posición económica, el conocimiento, el género o cualquier otro factor social o cultural.

En el texto denominado El Federalista, se presentan alusiones claras sobre las diferencias que puede tener un gobierno de otro dependiendo su sistema político:

[...] el gobierno limitado y el sistema representativo, son el estado federal, el régimen de división de poderes, con su corolario del sistema presidencial, la enunciación en la ley fundamental de los derechos individuales esenciales y, por último, la creación de un Poder Judicial independiente, encargado de asegurar el equilibrio de todo el sistema. La trascendencia de estos principios resalta en su sola expresión. (Hamilton et al, 2013, p. 26)

Teniendo en cuenta la forma política del Estado, sea federal o unitario, lo cardinal para su funcionamiento es la separación de las ramas del poder público, sin desmedro del trabajo armónico e independiente, puesto que así,

El reconocimiento de una amplia medida de autonomía a las partes componentes puede ser la única manera de agruparlas en un conjunto más amplio o de gobernar a regiones con características y necesidades locales diferentes. La separación de los poderes del gobierno, en realidad rechazada por la teoría parlamentaria, resulta el régimen obligado en su variante del sistema llamado presidencial, en los países que carecen de la estabilidad que proporciona la tradición monárquica o no han alcanzado el grado superior de cultura que es necesario para la práctica del parlamentarismo. (Hamilton et al, 2013, p. 26)

Mientras el Juez Marshall construía la argumentación que sustenta la creación del control constitucional a cargo del poder judicial por el órgano competente, el territorio sur del continente permanecía invadido por los extranjeros de ultramar, aunque las ansias de libertad, igualdad y fraternidad estremecían las mentes criollas que recibían en sus oídos los postulados de la ilustración. Entretanto el gigante del norte ya se había liberado del sistema colonial, había creado el estado de derecho fundado en los postulados del ideario plasmado en el liberalismo ideológico mencionado anteriormente, en el cual uno de los poderes públicos debe proteger la constitucionalidad de las leyes y con esa visión se creó:

Un Poder judicial a la altura de los demás poderes, para terminar, puede no ser indispensable en una nación como Inglaterra, donde la observancia de la constitución está confiada a un sentido político como no lo posee ningún otro pueblo y donde la única

sanción para el caso de que sea violada consiste en la posibilidad de una revolución.
(Hamilton et al, 2013, p. 26)

La sentencia del Juez Marshall no fue solo un admirable precedente judicial, creador del sistema del control constitucional judicial, sino también es una férrea defensa de la concepción democrática, en aspectos como el sistema federal, el presidencialismo del gobernante, la tridivisión del poder político, la limitación de los poderes políticos y la supremacía constitucional, para que todos estos postulados en su conjunto eviten que el despotismo se apropie nuevamente de las riendas del poder político.

La creación del control constitucional judicial convierte al poder judicial en el garante del ejercicio de los derechos individuales y colectivos del ser humano, porque sus pronunciamientos al reconocer el ejercicio de los derechos no permiten el abuso ni de la autoridad ni del poder político.

3.2. DEL CONTROL POLÍTICO AL CONTROL CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA DESDE 1821 A 1991

El Acta de Independencia de Colombia es un mandato del constituyente primario para la creación de un nuevo Estado. A pesar de ello, en realidad no se trata de un documento que se precie de un sentido separatista del reino español, pues forjó la

creación de un Estado con soberanía interna y externa. Independiente de España, pero al tiempo no desconocía el poder de la corona en la Nueva Granada. La adhesión al Rey Fernando VII de España, es solo una protesta sutil contra la invasión de las fuerzas francesas encabezadas por Napoleón Bonaparte al reino colonizador.

En ese contexto y precisando lo referente de la historia del control constitucional en Colombia, debe tenerse presente que los cimientos del Estado Nacional se ven reflejados desde la constitución de 1821 que en el artículo 189 dispuso que “El Congreso podrá resolver cualquier duda que ocurra sobre la inteligencia de algunos artículos de esta Constitución” (Zuluaga Gil, 2003, p. 153). Adicionalmente, aparece la articulación de un Tribunal Judicial habida cuenta que “(...) luego de consolidada la independencia de la Corona Española, la Constitución de Cúcuta que rigió para todo el territorio nacional, denominó al tribunal como Alta Corte de Justicia” (PORRAS, ROMERO, OCHOA ROJAS, & CARRILLO CORZO, 2005, p. 10).

Desde la construcción inicial del cuerpo normativo constitucional colombiano, el control constitucional se construyó desde una visión política, otorgándose la respectiva competencia al Congreso de la República. Es decir, el análisis del ordenamiento jurídico tenía el enfoque netamente político sin tener de presente la concepción judicial y legal de las normas. Más adelante y como es bien sabido, las inestables condiciones políticas y sociales del naciente Estado generaron diversas

reformas en el desarrollo constitucional. Tras el establecimiento de la Constitución Nacional de 1886, cuya permanencia fue producto igualmente de diferentes reformas, la competencia del control de constitucionalidad recayó sobre la Corte Suprema de Justicia, debido a la naturaleza de máximo órgano de la justicia y guardián de la constitución (REYES BLANCO, 2007).

3.3. EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO DESDE 1991

La Carta Política de Colombia en su artículo 1º, señala que

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Constitución Política de Colombia, 1991)

La Carta Magna otorga al Estado Social de Derecho la categoría de principio fundamental, a partir del cual define los caracteres y estructura política del Estado colombiano, dirigido a cumplir la justicia social y la dignidad humana por medio del deber de las autoridades públicas a sujetarse de los principios, derechos y deberes sociales (CConst, C-1064/2001, M.P. M. Cepeda y J. Córdoba). Desde modo que, el presupuesto central sobre el cual se construye la organización política, es el de una íntima interrelación entre el Estado y la sociedad, donde éste se visualiza, ya

no como un ente compuesto de sujetos libres e iguales en abstracto (según ocurría bajo la fórmula clásica del Estado liberal decimonónico), sino como un conglomerado de personas y grupos en condiciones de desigualdad real (CConst, C-566/1995, M.P. E. Cifuentes).

Estado Social de Derecho consiste, así, en crear los supuestos sociales de la misma libertad, es decir, suprimir la desigualdad social. Según lo ha indicado la Corte Constitucional:

Con el término social se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todas las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales. (CConst, SU-747/1998, M.P. E. Cifuentes)

El Estado constitucional ha sido la respuesta jurídico-política de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores y derechos, consagrados por la denominada y hoy en día poco aceptada tesis sobre la generación de derechos humanos, especialmente por la segunda y tercera, y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de participación, control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo,

mediante la consagración de principios y de derechos fundamentales que inspiran la interpretación y el funcionamiento de la organización política.

A partir del nuevo contexto, la forma de concebir el derecho no depende ya de una lógica formal. Sin embargo, desde el año 1991 el objetivo fundamental en Colombia es impartir justicia con base en decisiones argumentadas, donde se reivindicquen los derechos fundamentales y la dignidad humana.

Tal viraje implicó una transformación radical al control constitucional con la creación de la Corte Constitucional y el establecimiento de acciones públicas para el ejercicio del control ciudadano, con el fin de proteger judicialmente los derechos fundamentales. Así mismo fue creado el control abstracto de constitucionalidad, el cual se encontraba anteriormente en cabeza de la Corte Suprema de Justicia. Producto de ello, el nuevo sistema combinó elementos del control concentrado y abstracto con el difuso y concreto, para generar un control “mixto” en aras de proteger y ejercer una defensa judicial de la Constitución Política (Cajas Sarria, 2005, p. 14).

El sistema concentrado se fundamentó en el modelo europeo que centraliza el control constitucional en un único órgano sin hacer parte del poder judicial, y con una estructura normativa por fuera del poder que debe regentarlo. Por otra parte, en el sistema de control difuso, el juez debe realizar una interpretación con el fin

analizar la constitucionalización de las normas. Igualmente, la decisión del juez ordinario es igual de legítima e importante como el pronunciamiento realizado por el máximo Tribunal constitucional (HIGHTON, 2013, p. 14), hecho al cual se le conoció como la constitucionalización del derecho ordinario.

Por otra parte, en la Constitución Política de 1991 puede encontrarse la noción del control político en los artículos 40 y 114 cuando enuncian:

ARTÍCULO 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político

ARTÍCULO 114. Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración [...].

(Constitución Política de Colombia, 1991)

Según el Alto Tribunal Constitucional colombiano, es necesario precisar que, dentro del régimen democrático, resulta trascendental el establecimiento de un control entre los diversos detentadores del poder en un Estado, pues el control que se realiza a nombre de la opinión pública tiene como presupuesto fundamental buscar el equilibrio de poderes (CConst, C-198/1994, MP. V. NARANJO).

En el ordenamiento colombiano el control netamente judicial ha sido claramente aplicado y desarrollado. Se traslada al juez la competencia del control sin importar

su calidad o jerarquía, pues tiene el estatus de juez constitucional cuando resuelve y protege derechos fundamentales ante la sustanciación de cualquier causa judicial, inclusive, estando facultado para aplicar la excepción de inconstitucionalidad. Tanto los jueces de cualquier jurisdicción como la Corte Constitucional se encuentran facultados para realizar el control constitucional. Las decisiones de los jueces de la jurisdicción ordinaria o de éstos cuando fungen en su rol constitucional, pueden ser revisadas en la mayoría de las oportunidades por la Corte, cuyo control tiene por finalidad unificar criterios y proteger los derechos constitucionales. Igualmente, la Corte Constitucional realiza el control de las normas de forma previa o posterior, de oficio o a solicitud de un tercero, donde lo relevante es que tal control no tiene límites para su eficaz aplicación.

En la nueva etapa el control político se encuentra reducido. Si bien el Presidente de la República no tiene la potestad de realizar control constitucional, sí puede objetar los proyectos de ley aprobados por el legislador, por factores inconstitucionales. Por tanto, el control constitucional está en cabeza de los jueces, y de forma limitada por el Presidente a título político o de objeción, quedando protegido el ordenamiento jurídico y de contera la esencia de la Constitución.

3.4. EL CONTROL PREVIO CONSTITUCIONAL FRENTE A LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

El 23 de mayo de 1969 se firmó la Convención de Viena, hecho de cardinal importancia en las relaciones públicas internacionales, como quiera que los estados sentaran las bases que en la actualidad espreciado como el núcleo esencial del constitucionalismo internacional.

Los Estados trataron con los instrumentos internacionales, no solamente plasman los fundamentos deontológicos, sino que también, buscaron la manera de superar las tensiones existentes entre las relaciones del derecho internacional y el derecho interno, creando la Corte Internacional de Justicia, órgano judicial que tiene la función de definir asuntos que contienen problemática que afectan las relaciones entre los estados, en consecuencia, para decidir deberá aplicar las conocidas fuentes del derecho internacional: el tratado internacional, el derecho de gentes, la costumbre internacional, los principios generales del derecho, las decisiones judiciales y la doctrina. Lógicamente las fuentes han sido pactadas, desarrolladas o reconocidas por los estados como expresiones jurídicas internacionales de obligatorio cumplimiento, y por tanto deben ser acogidas en aras de tratar de resolver las diferencias que se lleguen a presentar, no obstante, su aplicación no resuelve el problema existente entre las normas internas y externas.

Para tratar de resolver la problemática planteada es menester precisar que toda la estructura del ordenamiento jurídico estatal se encuentra condicionada a la superioridad normativa, es decir, una norma inferior está subordinada a una superior

hasta llegar a la norma de normas la que le da validez a todo el orden jurídico. En Colombia opera la misma estructura, mediante la consagración del ya mencionado Bloque de Constitucionalidad, el cual se encuentra conformado por las normas internas y las internacionales en materia de derechos humanos, las cuales alcanzan la jerarquía e importancia constitucional. Es así que son previamente objeto de control constitucional, la ley que aprueba un tratado internacional de derechos humanos, en razón al control automático de constitucionalidad efectuado por la Corte Constitucional, manteniendo así la supremacía e integridad constitucional.

Se ha expresado que para resolver la problemática entre el derecho interno y las normas nacionales se creó el llamado bloque de constitucionalidad, el cual permite la construcción de una unidad normativa en lo constitucional, la cual es controlada por el órgano competente. Así lo expresó el autor Alejandro Ramelli Arteaga:

El establecimiento de un control previo de constitucionalidad sobre todos los tratados internacionales y sus correspondientes leyes aprobatorias, responde a razones de seguridad jurídica, explicables históricamente por el traumatismo que causó en las relaciones internacionales de Colombia la declaratoria de inexecutable del Tratado de Extradición suscrito en 1979 con Estados Unidos (aprobado mediante Ley 27 de 1980). (Ramelli Arteaga, 2007, 21)

No obstante, el ajuste constitucional de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, el referido autor reflexiona con preocupación los efectos negativos que puede presentar el control constitucional cuando expresa:

De igual manera, se pretende brindar estabilidad a la regulación de una materia, evitando que, en el futuro, puedan ser interpuestas acciones públicas de inconstitucionalidad contra las mismas. Con todo, en materia de tratados internacionales la existencia de un control previo de constitucionalidad sobre absolutamente todos los instrumentos internacionales, sin importar la materia que regulan, su extensión y complejidad, comporta ciertos efectos negativos, tal como paso a explicar. (Ramelli Arteaga, 2007, p. 22)

Por último, y en concordancia con lo anteriormente expuesto, el control previo de constitucionalidad sobre los tratados internacionales y sus leyes aprobatorias conlleva efectos de cosa juzgada formal y material, en el sentido que en el futuro, si un ciudadano considera que alguna disposición convencional vulnera el texto fundamental o que el Congreso de la República incurrió en un vicio de procedimiento al momento de tramitar la ley aprobatoria, no podría acudir a la vía de la acción pública de inconstitucionalidad para atacar tales violaciones a la Constitución. Tal consecuencia, perfectamente lógica con los postulados de la seguridad jurídica, no deja de ser preocupante si tenemos en cuenta que la Corte pudo no haber examinado una determinada contradicción, que puede, incluso, ser muy grave entre el tratado internacional y la Constitución. Con todo, queda la pregunta de saber si en estos casos se puede plantear la existencia de una

“cosa juzgada aparente” o qué sucede si la Constitución es modificada y nos hallamos ante una inconstitucionalidad sobreviniente. (Ramelli Arteaga, 2007, p. 24)

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico colombiano, el control constitucional en relación a los tratados internacionales también es importante, pues resulta necesario tener la seguridad sobre los textos que pueden tener la calidad de instrumentos internacionales. En ocasiones la Corte Constitucional se ha declarado incompetente para conocer sobre la constitucionalidad de algunos instrumentos dada la esencia del documento, pues la corporación ha considerado que algunos textos no corresponden a un tratado internacional (Ramelli Arteaga, 2007, p. 28).

Igualmente resulta importante señalar que el control realizado a los tratados internacionales puede ser previo o posterior dependiendo del órgano encargado en los diferentes estados, pero sin importar la tipología, el control no tiene efectos internacionales si se llegara a determinar una posible incompatibilidad con el ordenamiento jurídico interno, pues la inconstitucionalidad declarada no afectará al texto normativo; al no implicar la extinción o nulidad del instrumento internacional, pues solo evitará la vigencia del tratado frente a la constitución del respectivo Estado (Dotor Becerril, 2012, p. 29). De la autonomía estatal frente a las actuaciones internacionales surge el control constitucional en cada ordenamiento en relación con los instrumentos internacionales, con el fin de mantener y salva-guardar los principios y pilares de cada estado, en razón que las normas y la constitución interna

son la base de las decisiones para adoptar o no una norma externa. Ello aplica a otro tipo de organizaciones que no alcancen el estatus de Estado. Se puede observar que, en el caso de la Unión Europea, se cuenta con una herramienta de control para analizar la compatibilidad de los tratados a suscribir, mediante el funcionamiento de un tribunal europeo con el fin de generar conceptos sobre la celebración de instrumentos internacionales de la comunidad europea (Dotor Becerril, 2012, p. 29).

Independientemente, el estado u organización como se plasmó anteriormente, cada entidad realiza un control de constitucionalidad que puede ser de tres tipos: judicial, no judicial o político, y mixto. El control judicial transfiere responsabilidad a las corporaciones judiciales, las cuales actúan de forma difusa o concentrada, donde el primero ejerce control sin importar la jurisdicción o jerarquía sobre las normas y fundamentos de las providencias judiciales. Entre tanto, el control no judicial o político originado en Francia bajo el fundamento de que el Parlamento es el único encargado de la soberanía del pueblo, posee exclusividad jerárquica y capacidad para cuestionar una determinada ley que pueda ser expresa o tácitamente contraria a la Constitución. A su turno, el control mixto reúne elementos de los dos sistemas anteriores, al proveer la facultad a todos los jueces para el reconocimiento de causas que afecten el ordenamiento constitucional y finalmente, pero también donde tal control solo puede ser iniciado por determinadas instancias ante un órgano de control político (Dueñas Muñoz, 2006, p. 412-413).

A partir de la Constitución Política de 1991 se estableció el control mixto, es decir, control constitucional judicial y concentrado, frente al control judicial, donde el juez de forma directa puede inaplicar las normas que sean contrarias al ordenamiento constitucional. Sobre el control concentrado, la Constitución estableció la presencia de la Corte Constitucional con procedimiento de control a priori. Por lo anterior se considera la constitución colombiana como una de las más completas del continente, pues determina que todas y cada una de las normas convencionales internacionales pasarán automáticamente por el control previo a su ratificación a cargo de la Corte Constitucional colombiana, revisión constitucional de carácter obligatorio, pero permite un control integral (Dueñas Muñoz, 2006, p. 431-432).

3.5. EL DIDH FRENTE AL DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO Y EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Una vez entrada en vigencia la Carta Política de Colombia de 1991, la Corte Constitucional inicia una era proteccionista bajo la égida del nuevo Estado Social y Democrático de Derecho, lo que además de convertirla durante sus primeros años en la Corte de Oro, le permitió incorporar y desarrollar la doctrina sobre el bloque de constitucionalidad, como en su momento lo documentó académicamente el profesor Uprimny Yepes (UPRIMNY YEPES, 2003) y posteriormente Alejandro Ramelli.

De acuerdo con la evolución jurisprudencial colombiana, se entiende que aquella es la fórmula que permite la incorporación -entre otros-, del derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento jurídico colombiano, por remisión expresa de los artículos 93, 94 y 214 de la Carta Política, dando rango constitucional a dichas fuentes con independencia al grado de obligatoriedad de las mismas. A partir de ello, la Corte Constitucional colombiana desarrolló una hermenéutica jurisprudencial de tipo proteccionista a la cual llamó Bloque de Constitucionalidad, tesis cuyos antecedentes se encuentran en el derecho administrativo francés y lejos de desdibujar la clásica pirámide kelseniana relativa al orden jerárquico de las normas en derecho interno, amplía de manera importante el texto constitucional con aquellos tratados dirigidos a proteger la persona humana. Y en tanto concibe, por ejemplo, una noción mucho más amplia sobre la constitucionalización del derecho ordinario.

3.6. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SIDH

A partir del artículo 2 de la CADH, la Corte IDH ha desarrollado una tesis sobre la remisión de los estándares internacionales a los ordenamientos domésticos. Como resultado, el llamado control de convencionalidad implica que los Estados en el ejercicio del poder público (en un sentido amplio), así como en la garantía del ejercicio particular, adopte decisiones e incorpore prácticas directamente

relacionadas con el DIDH, teniendo en cuenta para ello tanto su componente duro (tratados), así como el derecho suave (otros instrumentos y decisiones diversas) como fuente de interpretación.

Como se observa, la teoría apunta a todos los órganos del ordenamiento doméstico. Una reflexión importante de tal alcance se puede encontrar en el voto Razonado del Juez García Ramírez a la sentencia del caso Mack Chang Vs. Guatemala cuando expresó que:

27. [...] la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional. (CorteIDH, VC. CASO MACK CHANG VS. GUATEMALA/2003. S. GARCIA, 2003)

De acuerdo con Hitters, el “Control de Convencionalidad” se comenzó estructurar desde el caso Mack Chang vs Guatemala, sentencia en la que se utilizó por primera vez el concepto como producto del estudio entre el Pacto de San José de Costa Rica con otros tratados internacionales ratificados por los estados con el estudio de las disposiciones del ordenamiento interno (Hitters, 2009, p. 110).

En el 2006 la Corte IDH reconoció y estableció directamente el ‘control de convencionalidad’, y al referirse a dicho control, el Tribunal señaló que:

[...] 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 esa 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. (CorteIDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile/2006, párr. 124)

Producto del caso Almonacid Arellano se creó el control de convencionalidad con sustento en el principio de la buena fe del Derecho Internacional, en el entendido que los Estados deben cumplir las obligaciones impuestas en el marco internacional sin excepción. Es así que cuando el Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, también los jueces estarán sometidos al ordenamiento internacional. Por lo anterior, los jueces deben velar para que los postulados de la Convención no se violen tras la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, lo que implica que los órganos del Poder Judicial harán control de constitucionalidad como también de convencionalidad ex officio, entre la Convención Americana y las normas internas (CIDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso contra Perú/ 2006, párrafo 128).

El control de convencionalidad conlleva a la necesidad de plantear la existencia de un principio que permita entenderlo como superior a la norma de la Convención Americana, para unificar la interpretación que hace la Corte Interamericana por medio de sus sentencias (Quinche Ramírez, 2009, p. 177). A su vez, la materialización del control de convencionalidad permite la adopción de medidas que pueden sintetizarse así: i) supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que violen las prerrogativas previstas en la Convención, las desconozcan u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas que desarrollan prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Además, la defensa de los derechos humanos conforme a los compromisos internacionales frente a la labor de los operadores de justicia, se podrá llevar a través del “control de convencionalidad” para velar por la materialización de los instrumentos internacionales, y así no disminuir o anular el estándar internacional de protección de los derechos humanos por la aplicación de normas o prácticas internas (CIDH. Caso Heliodoro Portugal contra Panamá/2009, párrafo 180).

El Juez Cançado Trindade, estima que conforme al artículo 2 de la Convención Americana los Estados Partes están obligados a integrar y armonizar el ordenamiento interno de cada país con los postulados de protección de la Convención Americana, además, permite que por medio del control de convencionalidad se evalúe y determine si los Estados cumplen o no el postulado

del artículo en mención, así como la obligación de respeto de los derechos establecidos en la Convención (Corte IDH. Voto disidente del Juez Antonio Cançado Trindade, a la Sentencia de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Caso Trabajadores cesados del Congreso contra Perú/2007, párrafo 9).

Lo expresado anteriormente contrasta con el proceso de internacionalización del derecho constitucional, fenómeno considerado como la inclusión del Derecho Internacional dentro del derecho constitucional interno de un país, a tal punto que las normas internacionales sean parte de las fuentes del respectivo Estado (Quinche Ramírez, 2009, p. 169). En igual sentido el Autor Ernesto Jinesta considera que el control de convencionalidad conlleva un revulsivo en la teoría de las fuentes del Derecho, al proponer un replanteamiento a las categorías dogmáticas y el surgimiento de otras absolutamente novedosas, y por ello en la actualidad es posible hablar del “parámetro o bloque de convencionalidad” que debe ser interpretado y aplicado por los jueces constitucionales nacionales, con la concepción y principio de la supremacía constitucional basado en la “inconvencionalidad” de las normas internas o su “declaratoria de inconvencionalidad” (Jinesta L., 2012, p. 3).

Es importante resaltar que el control de convencionalidad no debe entenderse como la negación, superación o exclusión del control de constitucionalidad, por el contrario, es un apoyo que actúa de forma concurrente y complementaria del

constitucional, toda vez que el sistema interamericano protege los derechos fundamentales y su principal cuerpo normativo es la CADH (Durango Álvarez & Garay Herazo, 2015, p. 113).

Se puede apreciar la existencia y concurrencia de dos tipos de control de convencionalidad. Por una parte, el control propiamente dicho que lo ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene el carácter de concentrado, en razón que la Corte es el principal y máximo órgano del Sistema Interamericano y sus decisiones son la de un tribunal de cierre en la interpretación y aplicación de la convencionalidad de las normas o actuaciones internas. Por a su vez, los jueces internos de cada Estado ejercen el control con base en las decisiones de la Corte IDH, surgiendo la obligatoriedad que los operadores judiciales internos analicen la convencionalidad de las normas internas, por lo cual su control es de carácter difuso, extensivo y complementario al de la Corte IDH.

Adicionalmente, los jueces internos son los primeros llamados a ejercer el control de convencionalidad por una razón elemental, consistente en la obligatoriedad del agotamiento de recursos nacionales para acceder al Sistema Interamericano, sin olvidar las excepciones que se pueden presentar a ella. Entonces el control difuso de convencionalidad es necesario y trascendental en cada país con un fin preventivo y correctivo en el entendido que al convencionalizar el ordenamiento de cada Estado

y materializarlo, evita las condenas y el reproche de la comunidad internacional por violaciones a los derechos humanos (Jinesta L., 2012, p. 7).

Uno de los problemas centrales frente al ejercicio del control de convencionalidad está relacionado con la obligatoriedad de los preceptos y reglas fijadas por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, situación que genera la presencia de dos estándares internacionales. Por una parte, la obligatoriedad del estándar de protección, como una cuestión que debe entenderse a partir de la diferenciación entre la obligación general de cumplimiento a cargo de los Estados y, de otra, la obligación especial de cumplimiento que se precisa por las órdenes y sanciones que imparte la Corte en casos concretos (Quinche Ramírez, 2009, p. 168).

En Colombia la materialización del control de Convencionalidad es primordial en razón del conflicto interno, la impunidad paramilitar y la necesidad de protección de los derechos de las víctimas. Su ejercicio ha propiciado la aplicación de la Convención Americana, de las reglas y los estándares fijados por la Corte Interamericana, lo que puede observarse principalmente en la justicia constitucional cuando realiza control abstracto y concreto, y de forma subsidiaria y gradual en otros sectores que inician a ser impregnados por la Convención y por las interpretaciones de la Corte Interamericana (Quinche Ramírez, 2009, p. 168).

3.7. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD FRENTE AL DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

En el ordenamiento jurídico colombiano se advierten contradicciones sobre la receptación de la teoría del control de convencionalidad. Ellas tienen arraigo literal desde el texto constitucional, pasando por una serie de interpretaciones de tipo jurisprudencial emanadas de la Corte Constitucional.

Es importante presentar los diferentes pronunciamientos del alto Tribunal frente a la incidencia del ordenamiento internacional en el nacional, pues desde un inicio, en la integración dinámica entre el derecho internacional y el derecho interno en el constitucionalismo colombiano, se precisó que:

la doctrina y la jurisprudencia internacionales han reconocido que la supremacía de los tratados sobre los ordenamientos internos de los Estados no implica la invalidación automática de las normas internas contrarias a los compromisos internacionales, por cuanto, para los ordenamientos nacionales y para los jueces nacionales, esas disposiciones internas pueden seguir teniendo plena validez y eficacia, por lo cual son aplicables. Lo que sucede es que, si los jueces aplican esas normas contrarias a un tratado, entonces eventualmente pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado en cuestión (CConst, C-400/1998, MP. A. Martínez).

Es por ello que, la primacía moderada de las normas e instrumentos internacionales en el orden interno, no conllevan de forma directa que pierdan vigencia y/o validez

cuando presentan conflicto con el ordenamiento internacional, por el contrario, en cada caso concreto, la aplicación de la normatividad nacional deberá ceder frente a la regulación de mayor jerarquía (CConst, C-1189/2000, MP. C. Gaviria).

Hay que mencionar, además la Corte Constitucional en las providencias C 028 de 2006 (CConst, C-028/2006, H. Sierra); C 291 de 2007 (CConst, C-291/2007, MP. M. Cepeda); C 750 de 2008 (CConst, C-750/2008, MP. C. Vargas); y, C 941 de 2010 (CConst, C-941/2010, MP. J. Palacio), sostuvo que: “La Corte Constitucional no es juez de convencionalidad, esto es, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado”. En razón que la confrontación de una ley nacional con un tratado internacional no puede generar una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, pues es necesario, interpretar sistemáticamente los postulados normativos con el texto de la Carta Política.

Dado que, el fundamento normativo de los preceptos internacionales que componen al bloque de constitucionalidad tienen su fundamento de cláusulas constitucionales expresas, las cuales efectúan remisiones directas a las normas y principios supranacionales, incorporándose al ordenamiento colombiano con rango constitucional (CConst, C-1189/2000, MP. C. Gaviria). Pero en otro sentido, la jurisprudencia ha señalado que, en el análisis del control judicial de las normas de acuerdos de liberalización comercial, la Corte Constitucional es un juez de

constitucionalidad y no un juez de control convencional Sentencia (CConst, C-051/2012, MP. L. Vargas).

Por otra parte, la Corte en la revisión de constitucionalidad de los delitos de injuria y calumnia, desarrolló el análisis constitucional con precedentes de la Corte interamericana y en esa oportunidad consideró que, si bien la decisión del caso Caso Kimel Vs Argentina constituye un precedente significativo frente al alcance de la libertad de expresión y del principio de legalidad, en relación con la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, la mencionada decisión no puede ser trasplantada automáticamente en la normatividad colombiana mediante el control de convencionalidad, habida cuenta, que es necesario tener de presente las particularidades del ordenamiento jurídico interno y, especialmente en el caso bajo a la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia (CConst, C-442/2011, MP. H. Sierra).

Lo anterior implica que se debe realizar un análisis completo y concreto en cada caso, pero ello no olvida la importancia y trascendencia del precedente de la justicia interamericana, es así que en salvamento de voto el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, consideró que la providencia del caso Leopoldo López Mendoza contra Venezuela es un precedente internacional, el cual conforme a la doctrina de la interpretación de la CADH es vinculante para todos los agentes del orden interno, incluida la Corporación de la Corte Constitucional, pero su posición va más allá,

pues afirma que la decisión internacional podría resultar incompatible con la posición que la Corte, pues se genera una compleja contradicción normativa de los precedentes de la Corporación y la CorteIDH, habida cuenta que la Corte Constitucional considera permitido que una autoridad administrativa a través de un procedimiento disciplinario separe del cargo a un funcionarios de elección popular, contrario sensu a la CorteIDH, pues sostiene que el artículo 23 de la CADH prohíbe que ello ocurra, ordenando que ese tipo de decisión sea adoptada por un juez penal competente. En consecuencia, considera el Magistrado que, con una contradicción de ese tipo, corresponde a la Corte Constitucional efectuar una armonización de las normas en conflicto, pues así se aseguraría la supremacía de la Constitución, con el respeto de las obligaciones del Estado en el escenario del DIDH (CConst, SU-712/2013, MP. J. Palacio).

Mientras tanto, en la sentencia C-500 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo, Julio 16 de 2014, la Corte Constitucional sostuvo:

[...] atendiendo la obligación de cumplir sus compromisos internacionales las autoridades deben tomar en consideración, según lo advierte la Corte Interamericana, no solo el texto del tratado sino también las pautas que sobre su interpretación establece dicho Tribunal. Con esa misma orientación, la jurisprudencia interamericana ha señalado recientemente, luego de afirmar la obligación de los Estados de cumplir las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana cuando sean parte en el respectivo proceso, que

cuando ello no ocurre -no son parte en el proceso- las autoridades del Estado están vinculadas por el Tratado y, por ello, “deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana (...). (CConst, C-500/2014, MP. M. González)

Es importante señalar los cuestionamientos realizados por la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado en su aclaración de voto, pues considera que frente al "Control de Convencionalidad", en la sentencia de constitucionalidad se debió pronunciarse de manera más profunda y efectiva sobre el alcance y significado de la exigencia interpretativa que propone la Corte Interamericana para con el derecho colombiano, pues son constantes las diferencias en el control de convencionalidad y el bloque de constitucionalidad (CConst, C-500/2014, MP. M. González).

Por otra parte, la magistrada Martha Victoria Sáchica en salvamento de voto de Méndez, consideró que se debe mantener como criterio que la actividad de control a cargo de los jueces nacionales, pues de esa forma se garantiza el efecto útil de los tratados internacionales de derechos humanos, con el fin que las disposiciones convencionales no resulten mermadas o anuladas por normas o prácticas

nacionales que les sean contrarias, además, existe la necesidad que el control convencional se ejerza de manera oficiosa. Pero, en el examen de constitucionalidad no es posible adoptar de forma automática los criterios establecidos por la jurisprudencia de la Corte IDH, habida cuenta, que ellos han sido adoptados para contextos específicos en el análisis de casos concretos, es por ello que, la Corte Constitucional deberá realizar un juicio a la luz de criterios de proporcionalidad y razonabilidad, para trasladar los estándares internacionales al contexto jurídico colombiano (CConst, C-792/2014, MP. L. Guerrero).

Las discusiones en sede constitucional son profundas, como se puede advertir en los diferentes salvamentos de voto realizados por algunos Magistrados que retoman el control de convencionalidad:

La Corte, como órgano de cierre, debe rectificar su rumbo en ejercicio del control de convencionalidad y asumir un cambio de jurisprudencia que armonice la interpretación del numeral 6º del artículo 277 de la Constitución, con el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos –Pacto de San José-, toda vez que una sanción de inhabilitación de los derechos políticos sólo puede ser adoptada por una autoridad judicial. (CConst, SU-355/2015, M. González Rojas)

En igual sentido, la Magistrada Myriam Ávila Roldán en aclaración de voto exhortó a la corporación en la medida que frente a la contradicción entre las posiciones de la Corte Constitucional y de la Corte IDH, se debió rectificar y armonizar a través del

control de convencionalidad la posición adoptada por la primera, con las normas y criterios del bloque de constitucionalidad, pues así se ajustaría la normatividad interna respecto de las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano en la garantía de los derechos humanos (CConst, SU-355/2015, M. González Rojas).

La evolución e integración de la convencionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano es claro, un ejemplo claro se presenta cuando la Corte Constitucional en sede de unificación estableció que, la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales tienen sustento convencional, es decir, el numeral 1º del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el literal a. del numeral 3º del artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos permiten la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales Sentencia (CConst, SU-242/2015, MP. G. Ortiz).

Por último, el Magistrado Alberto Rojas Ríos en salvamento de voto consideró que cuando los jueces nacionales ejercen el control de convencionalidad lo hacen dentro del principio de subsidiariedad, postulado que regula el reparto de competencias entre la justicia interna y la internacional. Es por ello que, cuando un Juez interno ejerce y aplica un adecuado control de convencionalidad y materializa el texto de la CADH y la jurisprudencia internacional, evita que las posibles violaciones de

derechos lleguen a conocimiento del sistema americano de protección de los derechos humanos (CConst, C-469/2016, MP. L. Vargas).

Adicionalmente, agrega que así los jueces realicen el control de convencionalidad difuso, no restringe la competencia de la CorteIDH, es decir, la Corte conserva competencia para examinar en el fallo de fondo, si las providencias de los jueces nacionales son conformes con la CADH y jurisprudencia internacional, pero lo anterior no implica desconocer la prohibición de actuar como una “cuarta instancia” (CConst, C-469/2016, MP. L. Vargas).

Incluso en algunos casos, el Estado demandado ha planteado como excepción preliminar que sus jueces ejercieron el control de convencionalidad difuso, la CorteIDH ha considerado que conserva competencia para examinar, en el fallo de fondo, si tales sentencias son conformes con la CADH y su jurisprudencia, lo cual no implica desconocer la prohibición de actuar como una “cuarta instancia” (CConst, C-469/2016, MP. L. Vargas) .

Resultado del desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se puede concluir que la posición y criterios de la aplicación del control convencional aún es naciente, habida cuenta que son pocas las decisiones del alto Tribunal donde se efectuó un control integral de convencionalidad, los mayores avances de

interpretación constitucional se han estructurado en los diferentes salvamentos o aclaraciones de votos de algunos Magistrados, es decir, la Corte aún no ejerce un control convencionalidad difuso claro, se observa un análisis al margen de la convencionalización del ordenamiento constitucional colombiano.⁶

Es necesario que el ordenamiento jurídico colombiano tenga una convencionalización, pues con ello se realiza un control integral constitucionalidad, legalidad y convencionalidad; si bien los efectos jurídicos que genera el ejercicio del control de convencionalidad difuso dependerán de cada caso concreto y del proceso que se trate. Aunado lo anterior, es necesario que la convencionalidad se ejerza en el ámbito del control de constitucionalidad o en el curso de un proceso ordinario.

4. CONCLUSIONES

En el desarrollo de la investigación se pudo establecer con total claridad la relación existente entre subsidiariedad (agotamiento de recursos internos y cuarta instancia) frente a los controles de constitucionalidad y convencionalidad en el caso colombiano, como un desarrollo importante que busca la protección de la persona humana. Desde allí, el trabajo investigativo logra explicar tal fenómeno, y en tanto,

⁶ La revisión de la jurisprudencia constitucional respecto al control integral de convencionalidad se enmarcó desde sus inicios hasta el año 2016. Estudio jurisprudencial que permitió plantear la afirmación en comentario.

la forma en que los controles mencionados son determinantes en la construcción de aquellas figuras procesales propias del trámite interamericano.

Cabe señalar que el punto de partida en dicha configuración es la noción de Estado. Tanto en sus orígenes más primigenios, pasando por el surgimiento de los estados modernos (democráticos basados en la filosofía liberal), incluyendo ciertos ajustes a través del enfoque social, lo cual ha permitido la consolidación de estados sociales de derecho. Labor que ha sido desarrollada por diferentes dinámicas de tipo histórico, filosófico, político, social, cultural y legal, con un aporte determinante tras la creación de la comunidad internacional.

Surge entonces un evento cíclico. El nacimiento de los estados se ve fortalecido por la necesidad de alcanzar cierta autonomía que permita alcanzar la finalidad de proteger a las personas en el contexto institucional. Las tensiones entre Estados, junto al derecho constitucional que en la escena moderna parte del contractualismo social y la división de los poderes públicos, provoca fenómenos internos y externos que dan lugar a la comunidad internacional, la cual tiene por objetivo primordial proteger la institucionalidad estatal en el campo de las interrelaciones del panorama global.

El derecho internacional como el principal aporte de la comunidad internacional fortalece canales pacíficos de comunicación y concertación, pero al mismo tiempo

demanda la necesidad de establecer herramientas adecuadas para resolver las distancias entre lo local y lo supralocal. Con todo, la creación de la comunidad internacional acelera la consolidación de lo que en la presente investigación se ha denominado derecho de la humanidad, tras la creación de instrumentos y organismos internacionales que refuerzan la protección del individuo.

La subsidiariedad se construyó políticamente en el seno europeo como una herramienta que permitiera resolver diferencias entre diferentes tipos de comunidades (mayores y menores) con la finalidad de proteger aspecto no solo de soberanía sino de garantía al individuo, y por tal conducto fue rápidamente adoptada por las instituciones supranacionales de justicia, lo cual abarcó a las de derechos humanos.

En el plano del DIDH actual, ella busca un diálogo armónico entre el ámbito interno (constitucional) y el ordenamiento supranacional. Su adopción por el quehacer jurídico proteccionista, desarrolló la existencia de mecanismos procesales. Entre tales dispositivos se cuentan el agotamiento de los recursos internos y la fórmula de la cuarta instancia, sin que ellos sean los únicos (existen otros como el margen de apreciación, por ejemplo).

Desde la anterior perspectiva, se puede considerar que el agotamiento de recursos internos y cuarta instancia, no representan exclusivamente un límite al accionar de

la justicia internacional, sino que remarcan la obligación estatal de proteger los derechos en sede doméstica.

Y ese es un punto central de la investigación. La relación entre tales elementos se encuentra en su génesis, más allá del entramado normativo e interpretativo judicial interamericano (preámbulo, artículos 46, 47.b y eventualmente los relacionados con la competencia material). El agotamiento de recursos internos busca el acceso material a la justicia interna en los Estados, mientras que la cuarta instancia prevé que los dispositivos judiciales implementados por la legislación y las decisiones adoptadas por las instancias judiciales domésticas sean respetados. Es decir, mientras el requisito de los remedios internos pone de presente obligaciones precisas a cargo de los estados en materia de justicia material, la fórmula de la cuarta instancia garantiza no revisar el comportamiento interno cuando aquella exigencia se ha cumplido; pues como se ha observado, el tribunal de alzada no se configura si se encuentra detrimento de la obligación en torno a la justicia. La cuestión que queda pendiente por resolver, es la relacionada con la falta de precisión en la interpretación jurídica tras la configuración de las reglas y sub-reglas para la aplicación de la cuarta instancia, de forma tal que se permita claridad y robustezca la estabilidad jurídica en el proceso interamericano.

Por tanto, en el propósito obligacional mencionado, juega un papel determinante los desarrollos sobre control de constitucionalidad y convencionalidad contruidos por

el derecho constitucional e internacional respectivamente. Dichos avances no son considerados recursos a agotar en sí mismos, sino estándares para agotarlos adecuadamente.

Y aquí algunas deficiencias para su adopción. A pesar que el ordenamiento jurídico colombiano ha aceptado la existencia de tales estándares, a partir de los desarrollos de las teorías del bloque de constitucionalidad y la adopción paulatina del control de convencionalidad, aún se encuentran dificultades importantes para su plena acogida. En relación con ambos presupuestos, se pueden encontrar dificultades que parten del contenido literal del texto constitucional, las cuales impactan en diferente forma, según se trate de la práctica legislativa, del accionar administrativo o de la administración pública, o del quehacer judicial.

Es decir, la norma constitucional no le dio un valor vinculante al tratado internacional, pues al tiempo que lo ubica sobre la constitución a través del verbo prevalecer, señala que los mismos serán una fuente de interpretación y por tanto los remite a una escala inferior en la pirámide normativa. Tal situación ha hecho que la adopción sea tímida, aunque a veces progresiva.

En el plano normativo, esa aparente imprecisión ha hecho de la práctica legislativa avances importantes, pero igualmente estancamientos puntuales. Si bien no se puede desconocer la existencia de un marco jurídico importante para el acceso a la

justicia, en muchas oportunidades aquel resulta ser una oda formal a la justicia por diferentes razones, una de ellas arraigada en la actividad judicial como se indicará más adelante.

A su turno, la administración pública es significativamente débil en el actuar que le corresponde, especialmente en aquellos órdenes de la estructura funcional que distan significativamente del escenario central, habida cuenta de la forma como se estructura y divide geopolíticamente el territorio colombiano (nación, regiones, departamentos, distritos y municipios principalmente).

Similar efecto se encuentra en la práctica judicial. En el ordenamiento jurídico colombiano, es común ver la adopción de estándares internacionales por parte de los organismos judiciales de cierre: corte constitucional, corte suprema de justicia y consejo de estado. Pero, debido a la organización judicial (altas cortes, tribunales judiciales, juzgados de circuito y juzgados municipales principalmente), es frecuente observar que los juzgados de conocimiento sean reticentes a adoptarlos, aun cuando aquellos se encuentren incorporados en decisiones superiores o de cierre, las cuales constituyen un elemento importante de interpretación y en algunas oportunidades a título de precedente.

Queda entonces por señalar, que mientras no sean incorporados adecuadamente los controles de constitucionalidad y convencionalidad por todas las ramas y

órdenes del poder público en Colombia, resultará compleja la invocación conceptual de la cuarta instancia en el trámite interamericano, a prevención de las deficiencias en el desarrollo jurídico que sobre el tópico han desarrollado los principales organismos del sistema interamericano, en especial el adelantado por la Comisión Interamericana.

Bibliografía

- Ackerman, B. (1999). El ascenso del constitucionalismo mundial. En B. Ackerman, *La política del diálogo liberal* (pág. 235). Barcelona: Gedisa.
- Andrade, M. V. (2003). Sentencia Marbury Versus Madison (1803). *Derecho y Sociedad*(4), 273-280.
- ARIZA SANTAMARÍA, R. (2010). *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*. San José: IIDH.
- Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución. A/RES/56/83 (Asamblea General de las Naciones Unidas 28 de Enero de 2002).
- Cajas Sarria, M. (2005). Origen del Control Constitucional de las Leyes por vicios de forma en Colombia (1910-1952). *Precedente*, 13-34. doi:<http://dx.doi.org/10.18046/prec.v0.1414>
- Carozza, P. (2003). Subsidiarity as a structural principle of international human rights law. *The American Journal of International Law*, 97(38), 38-79.

- CIDH 43/1999 Allan García Pérez vs Perú, Caso 11.688 (Comisión Interamericana de Derchos Humanos 11 de Marzo de 1999).
- CIDH, INF. Nº 39/1996. Marzioni vs. Argentina, INFORME Nº 39/96 CASO 11.673 Marzioni vs. Argentina 15 de octubre de 1996 (Comisión Interamericana de Derchos Humanos 15 de Octubre de 1996).
- CIDH, Informe 87, Caso 11.216, Oscar Vila-Mazot, Venezuela (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 12 de Octubre de 1998).
- CIDH, Informe No. 74/90 del 4 de abril de 1990 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 4 de Abril de 1990).
- CIDH, R. Nº 29/1988. Wright vs. JAMAICA, RESOLUCIÓN Nº 29/88 CASO 9260 Clifton Wright vs. JAMAICA (Comisión Interamericana de Derchos Humanos 14 de Septiembre de 1988).
- CIDH, Resolución 5. Medida Cautelar MC No. 374-13. Caso Gustavo Petro Urrego. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 18 de Marzo de 2014).
- CIDH, Resolución No. 29 Caso 9260 Jamaica (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 14 de Septiembre de 1988).
- CIDH. Caso Heliodoro Portugal contra Panamá/2009, CIDH. Caso Heliodoro Portugal contra Panamá. Sentencia de enero 27 de 2009. Serie c No. 186 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 27 de Enero de 2009).
- CIDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso contra Perú/ 2006, CIDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 24 de Noviembre de 2006).
- CIDH. Voto disidente del juez Antonio Cançado Trindade, a la Sentencia de Interpretación de la Sentencia de fondo, Caso Trabajadores cesados del Congreso contra Perú/2007, CIDH. Voto disidente del juez Antonio Cançado Trindade, a la Sentencia de Interpretación de la Sentencia de fondo, Caso Trabajadores cesados del Congreso contra Perú. Sentencia de noviembre 30 de 2007. Serie C No. 174 (Comisión Interamericada de Derechos Humanos 30 de Noviembre de 2007).
- CIJ, Caso Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, Reports 1978 (Corte Internacional de Justicia 19 de Diciembre de 1978).
- CIJ, Caso Barcelona Traction y Power Company/1964, Caso relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company, limited (Exepciones Preliminares) (Corte Internacional de Justicia 24 de Julio de 1964).
- Colombia, Congreso de la República (2012, 12 de julio), "Ley 1564 de 2012 del 12 de julio, Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones,

en Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012, Bogotá (CONGRESO DE COLOMBIA 12 de Julio de 2012).

COLOMBIA, Corte Constitucional (1994, abril), Sentencia "C-198", MP. Naranjo Mesa. V., Bogotá (CORTE CONSTITUCIONAL 21 de Abril de 1994).

Colombia, Corte Constitucional (1995, noviembre), Sentencia "C-566", M.P. Cifuentes Muñoz, E., Bogotá (Corte Constitucional 30 de Noviembre de 1995).

Colombia, Corte Constitucional (1998, agosto), Sentencia "C-400", MP. Martínez Caballero, A., Bogotá (Corte Constitucional 10 de Agosto de 1998).

Colombia, Corte Constitucional (1998, diciembre), Sentencia "SU-747", M.P. Cifuentes Muñoz, E., Bogotá (Corte Constitucional 2 de Diciembre de 1998).

Colombia, Corte Constitucional (2000, septiembre), Sentencia "C-1189", MP. Gaviria Diaz, C., Bogotá (Corte Constitucional 13 de Septiembre de 2000).

Colombia, Corte Constitucional (2001, mayo), " Sentencia C-554", MP. Vargas Hernández C. I., Bogotá (CORTE CONSTITUCIONAL 30 de Mayo de 2001). Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=44256>

Colombia, Corte Constitucional (2001, octubre), Sentencia "C-1064", M.P. Cepeda Espinosa, M. J. y Triviño, J. C., Bogotá (Corte Constitucional 10 de Octubre de 2001).

Colombia, Corte Constitucional (2006, enero), Sentencia "C-028", MP. Sierra Porto, H.A., Bogotá (Corte Constitucional 26 de Enero de 2006).

Colombia, Corte Constitucional (2007, abril), Sentencia "C-291", MP. Cepeda Espinosa, M. J., Bogotá (Corte Constitucional 25 de Abril de 2007).

Colombia, Corte Constitucional (2008, julio), Sentencia "C-750", MP. Vargas Hernandez, C. I., Bogotá (Corte Constitucional 24 de Julio de 2008).

Colombia, Corte Constitucional (2009, agosto), "C 520", MP. Calle Correa M. V., Bogotá (CORTE CONSTITUCIONAL 04 de Agosto de 2009).

Colombia, Corte Constitucional (2010, noviembre), Sentencia "C-941", MP. Palacio Palacio, J. I., Bogotá (Corte Constitucional 24 de Noviembre de 2010).

Colombia, Corte Constitucional (2011, mayo), Sentencia "C-442", MP. Sierra Porto, H.A., Bogotá (Corte Constitucional 25 de Mayo de 2011).

Colombia, Corte Constitucional (2011, septiembre), "Auto 195", MP. G. MENDOZA., Bogotá (CORTE CONSTITUCIONAL 7 de Septiembre de 2011).

Colombia, Corte Constitucional (2012, febrero), Sentencia "C-051", MP. Vargas Silva, L.E., Bogotá (Corte Constitucional 07 de Febrero de 2012).

- Colombia, Corte Constitucional (2013, octubre), sentencia "SU-712", MP. Palacio Palacio, J. I., Bogotá (Corte Constitucional 17 de Octubre de 2013).
- Colombia, Corte Constitucional (2014, julio), "Sentencia C-500", MP. González Cuervo, M., Bogotá (Corte Constitucional 16 de Julio de 2014).
- Colombia, Corte Constitucional (2014, octubre), Sentencia "C-792", MP. Guerrero Pérez, L. G., Bogotá (Corte Constitucional 29 de Octubre de 2014).
- Colombia, Corte Constitucional (2015, junio), "Sentencia SU-355", MP. González Cuervo, M., Bogotá. (Corte Constitucional 11 de Junio de 2015).
- Colombia, Corte Constitucional (2015, octubre), Sentencia "SU-242", MP. Ortiz Delgado, G. S., Bogotá (Corte Constitucional 30 de Abril de 2015).
- Colombia, Corte Constitucional (2016, agosto), Sentencia "C-469", MP. Vargas Silva, L. S., Bogotá (Corte Constitucional 31 de Agosto de 2016).
- Comisión Interamericana de Derchos Humanos. (24 de Octubre de 2003). *CIDH, INF. Nº 51/2003, Caso DOMÍNGUEZ vs ARGENTINA*. Recuperado el 2016, de <http://hrlibrary.umn.edu/cases/S51-03.html>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (22 de Febrero de 2005). *CIDH, INF. Nº 5/2005. Caso Gustavo Sastoque vs. COLOMBIA*. Recuperado el 15 de Septiembre de 2016, de <http://hrlibrary.umn.edu/cases/S5-05.html>
- CorteIDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile/2006 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de Septiembre de 2006).
- CorteIDH, CASO CABRERA GARCÍA Y MONTIEL FLORES VS. MÉXICO SENTENCIA (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de Noviembre de 2010).
- CorteIDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México/2010, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de Noviembre de 2010).
- CorteIDH, Caso Genie Lacayo. Serie C No. 30, (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de Enero de 1997).
- CorteIDH, CASO GERARDO VARGAS vs. PARAGUAY/2006. V.D. S. García, Serie C No. 155. CASO GERARDO VARGAS ARECO VS. PARAGUAY de 2006. Voto Disidente S. García (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de Septiembre de 2006).
- CorteIDH, Caso Vargas Areco. Serie C No. 155, voto razonado del juez García Ramírez (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de Septiembre de 2006).

- CorteIDH, VC. CASO MACK CHANG VS. GUATEMALA/2003. S. GARCIA (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de Noviembre de 2003).
- CorteIDH. Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo/2002, Caso Cantos Vs. Argentina. Serie C No. 97/2002 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de Noviembre de 2002).
- CorteIDH. Excepciones Previas. Caso Velásquez Vs. Honduras/1987, Denuncia 7920. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de Junio de 1987).
- Dotor Becerril, C. (2012). Control previo de instrumentos internacionales como parte del proceso constitucional. En E. Uribe Arzate, *Problemas Actuales de los Tribunales Constitucionales y el Control de Convencionalidad* (págs. 13-34). México: Universidad Autónoma del Estado de México.
- Dueñas Muñoz, J. C. (2006). Constitución y relaciones internacionales. El control constitucional previo en la Comunidad Andina, el Mercosur, y su tratamiento en la Constitución Política del Estado de la República de Bolivia. *ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO*, 405-442.
- Durango Álvarez, G. A., & Garay Herazo, K. J. (2015). EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EN COLOMBIA. *Prolegómenos - Derechos y Valores*, 99-116.
- Farr, J., Dryzek, J. S., & Leonard, S. T. (1999). *La ciencia política en la historia*. Madrid: Ediciones Istmo S.A.
- Gombrich, E. H. (1997). *La historia del arte*. New York: Phaidon Press Limited.
- González Morales, F. (2009). *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos*. 35-57. doi:10.5354/0718-2279.2009.11516
- Gros Espiell, H. (1991). *Universidad Nacional de La Plata*. Recuperado el 25 de Marzo de 2015, de <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/derechos-humanos-derecho-internacional-y-politica-internacional.pdf>
- Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (05 de 2013). *El Federalista*. Recuperado el 29 de Agosto de 2016, de https://reformafederal.files.wordpress.com/2013/05/hamilton__alexander-el_federalista.pdf
- HAMILTON, A., MADISON, J., & JAY, J. (sf.). *El Federalista*. Recuperado el 27 de Agosto de 2016, de <https://d3n8a8pro7vhmx.cloudfront.net/danielcassidyforld24/pages/1/attachments/original/1418716919/El-Federalista.pdf?1418716919>
- HIGHTON, E. I. (2013). SISTEMAS CONCENTRADO Y DIFUSO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. En C. S. Nación, *Dossier Investigaciones* (págs. 1-246). Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recuperado el 03 de Septiembre de 2016, de <http://www.csjn.gov.ar/dbre/investigaciones/2013.pdf>

- Hitters, J. C. (2009). CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. COMPARACIÓN (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios Constitucionales*, 109-128.
- Hoffner, J. (1974). *Manual de Doctrina Social Cristiana*. Madrid: Rialp.
- Jinesta L., E. (2012). Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales. En E. Ferrer Mac-Gregor, *El Control Difuso de Convencionalidad de Convencionalidad*. México: FUNDAP.
- Legis. (04 de Julio de 1997). *Colombia (1997), Constitución Política, Bogotá, Legis.* . Bogotá: Legis.
- MacKay, F. (Octubre de 2001). *Una Guía para los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Recuperado el 03 de Junio de 2016, de www.forestpeoples.org/sites/fpp/files/publication/2010/09/iachrbriefingoct01sp.pdf
- Organización de los Estados Americanos. (2007). *Convención Americana sobre Derechos Humanos/1969*. Recuperado el 2016, de <http://forodelderecho.blogcindario.com/2007/12/index.html>
- Peña Zuñiga, A. (2015). *Obligaciones Internacionales en Derechos Humanos y Políticas Públicas. A propósito del caso colombiano*. Neiva: Universidad Surcolombiana.
- Pérez Bohórquez, A. C. (Julio-Diciembre de 2013). El agotamiento previo de la acción de inconstitucionalidad para acceder al sistema interamericano de protección. *Verba Iuris*, 61-82.
- PORRAS, C., ROMERO, M. J., OCHOA ROJAS, S., & CARRILLO CORZO, D. G. (2005). *PARTICULARIDADES DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX*. Recuperado el 3 de Septiembre de 2016, de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2017.pdf>
- Quinche Ramírez, M. F. (2009). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 163-190.
- Ramelli Arteaga, A. (2007). El control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia. *Derecho del Estado*(20), 19-31.
- REYES BLANCO, S. (2007). CARACTERÍSTICAS PROCESALES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA. *VIA INVENIENDI ET IUDICANDI*. Recuperado el 9 de Septiembre de 2016, de <http://numanterioresviei.usta.edu.co/articulos/edi4/caracteristicas-procesales-control-constiucional.pdf>
- Santiago, A. (7 de Agosto de 2013). *Academia de Ciencias Morales y Políticas*. Recuperado el 9 de Febrero de 2016, de EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: <http://www.ancmyp.org.ar/user/files/02%20Santiago13.pdf>

Tratado de Ámsterdam, Por el que se modifican el tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las comunidades europeas y determinados actos conexos (Unión Europea 2 de Octubre de 1997).

Tratado de Maastricht, Por el cual se crea la Unión Europea (07 de Febrero de 1992).

Universidad Santo Tomás. (2008). *Metodología de la Investigación Jurídica y Sociojurídica*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.

UPRIMNY YEPES, R. (2003). El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. En O. e. Humanos, *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Penal Internacional*. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

VATICANO. (15 de Mayo de 1931). *VATICANO, Carta Encíclica Quadragesimo Anno De Su Santidad Pío XI*. Recuperado el 8 de Febrero de 2016, de Vaticano:
http://w2.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html

Zuluaga Gil, R. (2003). EL CARÁCTER INTEGRAL, COMPLEJO Y ABIERTO DEL SISTEMA COLOMBIANO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. *Criterio Jurídico*(3), 133-152.